



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Los delitos de odio a la luz de la libertad de expresión, la dignidad y la igualdad

Javier Alonso Menjón

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de investigación: Derecho Penal y Ciencias Penales

**Los delitos de odio a la luz de la libertad de expresión, la
dignidad y la igualdad**

Director: Prof. Dr. Víctor Gómez Martín

JAVIER ALONSO MENJÓN

BARCELONA, 2024

A mi madre, por enseñarme a volar; a mi padre, por enseñarme a tener los pies en el suelo. Y a los dos, por cuidar con incombustible amor de este regalo que es la vida.

“Nunca olvidaré un momento en Birmingham cuando un policía blanco se acercó a una niñita negra que marchaba en una manifestación con su madre. «¿Qué quieres tú?», le preguntó con aspereza. La niña le miró directamente a los ojos y le contestó: «Libetá». Ni siquiera podía pronunciar bien la palabra, pero sabía lo que significa. ¡Fue algo hermoso!”

Martin Luther King Jr., *Un sueño de igualdad*.

AGRADECIMIENTOS

Toda palabra de agradecimiento es un alegato contra esa idea absurda – y peor aún, perniciosa – del *self made man* – y es que se me antoja indudable que nuestra capacidad de dar las gracias es directamente proporcional al reconocimiento de nuestras debilidades, de nuestras limitaciones y, por qué no, de nuestras miserias. Evidentemente, tampoco podemos convertir algo tan bello en un ejercicio de autoflagelación que nos conduzca más al servilismo y a la sumisión que al verdadero agradecimiento entre los pares que se reconocen mutuamente aquejados de la misma humanidad tan interesantemente imperfecta.

A lo largo de estos cinco años, mi vida se ha tornado en una montaña rusa que ha alternado de manera armónicamente destructiva momentos luminosos y momentos ominosos, momentos en los que me sentía Prometeo y momentos en los que me sentía Sísifo. Tan cierto como que nadie prepara para la paternidad es que no hay manual, guía o recomendación que capte toda la intensidad que trae consigo una empresa como esta.

Si he llegado razonablemente sano y salvo a este momento es por una combinación – a la postre, fructífera – de tozudez patológica y de personas maravillosas que han procurado suavizar los repechos del camino. El elenco de quienes se han cruzado en mi camino para bien es tan largo o corto como el rasero que decida fijar, por lo que mi primera impronta es dar las gracias a todos los que crean que en algún momento me han ayudado, ya que seguro que están en lo cierto. A veces las ligeras brisas llegan más al tuétano que los fuertes vendavales, por lo que sería terriblemente injusto desechar la sutil caricia en detrimento de las ostentosas muestras de afecto. Sin embargo, también creo que sería imperdonable no consignar los nombres de aquellos a los que este trabajo también les pertenece por derecho propio.

Una parte del frontispicio de la Facultad de Derecho en mi caso lo conforman dos personas: los Dres. Santiago Bueno Salinas y Marta Bueno Salinas. El buen criterio que caracteriza a Santi me hizo llegar hasta Marta, con quien fue un placer reencontrarme después de tantos años y quien me guió con gran tino en los primeros compases. Gracias a los dos.

La otra parte del frontispicio pertenece a mis compañeros y compañeras del Área de Derecho Penal. Desde el primer momento, un equipo lleno de personas de inteligencia descollante y de carácter afable me han hecho sentir tan parte de esta Universidad que, en ocasiones, casi se me ha olvidado que no empecé la andadura del Derecho en ella. Muy especialmente reconozco mi gratitud con el Dr. Javier Cigüela Sola, amigo y compañero de andanzas docentes, y cuyos consejos son de valor incalculable.

La última parte de ese frontispicio, y la más importante, no podría ser otra que el Dr. Víctor Gómez Martín. Pocas veces tiene uno la cristalina conciencia de haber caído de pie con alguien, y esta afortunadamente es una de ellas. En él he encontrado a una persona que me ha acogido con los brazos abiertos en el seno de la Facultad y que ha ido guiando mis pasos académicos haciendo gala del aforismo talmúdico según el que es mejor ser flexible como el junco y no rígido como el ciprés. Ha lidiado estoicamente con mi tendencia a la expansión literaria y, si algo de sentido hay en este trabajo, es mérito suyo. Mucho he aprendido de ti y ojalá mucho más siga aprendiendo en los años venideros. Gracias, Víctor.

Mi dedicación a la tesis o, mejor dicho, compaginarla con el ejercicio de la abogacía, la docencia, la paternidad y el matrimonio, ha supuesto un desafío considerable (por decirlo en términos académicamente aceptables) para mi vida personal. Y como quiera que haga más de nueve años que Nuria y servidor decidimos unir nuestras vidas, ella también ha experimentado ese desafío. Las cosas buenas que podría decirte me ocuparían el resto de mi vida, así que me quedaré con dos: te amo y gracias. Y ya que despegas con esto de la lectura, te amo y gracias, Mateo. Tu sonrisa y ternura llegan a los lugares más recónditos del alma.

Por razones biológicas evidentes, una *minima moralia* obligaría al más desalmado a dar las gracias a quienes le han traído a este mundo y le han brindado la mejor vida que han podido. Pero es que, además, en mi caso se da la feliz coincidencia de que al sustrato biológico se le une el afectivo porque, parafraseando a Leibniz, los padres con los que he sido bendecido son los mejores posibles. Os quiero y gracias.

Finalmente, y aun a riesgo de que me lluevan chuzos de punta de la cancelación, sería poco honrado por mi parte preterir a la Providencia, única condición de posibilidad que me ha permitido llegar hasta aquí más o menos indemne. Aunque no lo necesites, yo sí necesito darte las gracias hoy y siempre.

RESUMEN

Los delitos de odio han sido, desde su aparición en nuestro ordenamiento jurídico-penal, fuente de un acalorado debate cuya intensidad no desfallece, sino que parece ganar enteros con los años. Junto con los puntos de debate habituales en todo tipo penal – bien jurídico, elementos subjetivos y objetivos del tipo, concurso con otros delitos – nos encontramos con otros que no son tan comunes, a saber, la dignidad, la igualdad, la libertad de expresión y el Derecho Penal de autor. Mientras que este último sigue perteneciendo en puridad al reino penal, los otros tres son valores, principios y derechos fundamentales reconocidos en los artículos 10.1, 14 y 20.1a) CE, irrupción constitucional que introduce en la discusión una notabilísima carga de profundidad. Así como es habitual relacionar los delitos de odio – sobre todo el discurso de odio – con la libertad de expresión, es menos frecuente desarrollar su encuentro con la dignidad y el derecho a la igualdad sin discriminación.

Este trabajo perseguirá deshacer la madeja que se ha ido enredando alrededor de la interacción entre el plano constitucional y el penal. Para ello, se acometerá un estudio de la libertad de expresión, la dignidad y la igualdad; a renglón seguido, se analizarán los delitos de odio, y, finalmente, se determinará si estos son compatibles con los parámetros constitucionales que son su vara de medir en nuestro Estado constitucional. Dado que la temática abordada no solo ha suscitado controversia en territorio patrio, sino que lo que advertimos en España es común en otros países de nuestro entorno, el componente internacional y europeo se encontrará muy presente en las siguientes páginas. A nivel internacional, prestaremos especial atención al tratamiento de la discriminación en Estados Unidos, ya que es frecuente encontrar estudios sobre el régimen de la libertad de expresión en aquel país, mientras que la cuestión discriminatoria pasa más desapercibida a pesar de su papel central en esta materia.

RESUM

Els delictes d'odi han estat, des de la seva aparició al nostre ordenament jurídicpenal, font d'un acalorat debat que no defalleix, sinó que sembla guanyar intensitat amb els anys. Juntament amb els punts de debat habituals en tot tipus penal – bé jurídic, elements subjectius i objectius del tipus, concurs amb altres delictes – ens trobem amb d'altres que no són tan comuns, a saber, la dignitat, la igualtat, la llibertat d'expressió i el Dret Penal d'autor. Mentre que aquest últim continua pertanyent en puritat al regne penal, els altres tres són valors, principis i drets fonamentals reconeguts als articles 20.1a) i 14 CE, irrupció constitucional que introdueix en la discussió una notabilíssima càrrega de profunditat. Així com és habitual relacionar els delictes d'odi – sobretot el discurs d'odi – amb la llibertat d'expressió, és menys freqüent desenvolupar la intersecció amb el dret a la igualtat sense discriminació.

Aquest treball perseguirà desfer la madeixa que s'ha anat enredant al voltant de la interacció entre el pla constitucional i el penal. Per això, es farà un estudi de la llibertat d'expressió, la dignitat i la igualtat; tot seguit, s'analitzaran els delictes d'odi, i, finalment, es determinarà si aquests són compatibles amb els paràmetres constitucionals que són la seva vara de mesurar al nostre Estat constitucional. Atès que la temàtica abordada no només ha suscitat controvèrsia en territori patri, sinó que el que advertim a Espanya es reproduïx en altres països del nostre entorn, el component internacional i europeu es trobarà molt present a les pàgines següents. A nivell internacional, prestarem una atenció especial al tractament de la discriminació als Estats Units, ja que és habitual trobar estudis sobre el règim de la llibertat d'expressió en aquell país, mentre que la qüestió discriminatòria passa més desapercebuda malgrat el seu paper central en aquesta matèria.

ABSTRACT

Hate crimes have been, since their appearance in our Criminal Law, the source of a heated debate whose intensity does not fade but seems to gain momentum over the years. Along with the usual points of debate about any offense – interest protected, *mens rea* and *actus reus*, concurrence with other crimes – there are others not so common, namely, dignity, equality, freedom of expression and personal censorship. While the latter still belongs strictly speaking to the criminal realm, the other three are values, principles and fundamental rights recognized in articles 20.1a) and 14 CE, a constitutional irruption that introduces a remarkable depth into the discussion. Just as it is common to relate hate crimes – especially hate speech – to freedom of expression, it is less common to develop their interaction with the right to equality without discrimination.

This research will seek to unravel the skein that has become entangled around the interaction between the constitutional and criminal spheres. To this end, a study of freedom of expression, dignity and equality will be undertaken, followed by an analysis of hate crimes, and finally, it will be determined whether these are compatible with the constitutional parameters that are the yardstick for measuring them in our constitutional system. Given that the issue addressed has not only aroused controversy in our homeland, but also in countries like ours, the international and European component will be very present in the following pages. At the international level, we will pay special attention to the treatment of discrimination in the United States, since it is common to find studies on the regime of freedom of expression in that country, while the issue of discrimination goes more unnoticed despite its central role in this area.

ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CDH	Comisión de Derechos Humanos
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
CEDH	Convenio Europeo de los Derechos Humanos
Coord.	Coordinador/Coordinadora
D.	Don
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
Dir.	Director/Directora
DLE	Diccionario de la Lengua Española
Dña.	Doña
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
ECRI	European Commission against Racism and Intolerance
ET	Estatuto de los Trabajadores
Excm.	Excelentísimo
Excma.	Excelentísima
ICERD	International Convention on the Elimination of Racial Discrimination
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RPG	Recomendaciones de Política General
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Sr.	Señor

Sra.	Señora
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	4
RESUMEN.....	6
ABREVIATURAS.....	8
ÍNDICE	10
INTRODUCCIÓN	13

CAPÍTULO I - Libertad de expresión, libertad de información y democracia

1. Presupuestos filosófico-jurídicos.....	18
1.1. Introducción.....	18
1.2. Baruj Espinoza.....	23
1.3. Inglaterra.....	31
1.3.1. John Milton.....	31
1.3.2. John Stuart Mill.....	47
1.4. Francia (y Suiza).....	51
1.4.1. Voltaire	51
1.4.2. Rousseau	54
1.5. Estados Unidos	57
1.6. Consideraciones comunes.....	75
2. La libertad de expresión e información en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	92
2.1. El contenido del artículo 10 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos	92
2.2. Límite exógeno: el artículo 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos	99
2.3. Límites endógenos: el artículo 10.2 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos	106
3. La libertad de expresión e información en España	109
3.1. Los inicios modernos. La Constitución de 1812	109
3.2. Regulación en el resto de las Constituciones decimonónicas.....	123
3.3. La Constitución de 1931	127
3.4. La legislación franquista	131
3.5. La libertad de expresión en la Constitución de 1978.....	134
3.5.1. Los tambores de la democracia	134
3.5.2. Naturaleza monista o dualista del artículo 20 de la Constitución.....	137
3.5.3. Contenido del artículo 20 de la Constitución	144
3.5.4. Límites a la libertad de expresión e información.....	168
4. Recapitulación.....	195

CAPÍTULO II - Dignidad e igualdad

1. Introducción	200
2. Dignidad.....	201
2.1. Origen y marco teórico no jurídico	201
2.2. Marco jurídico internacional y europeo	217
2.3. Marco jurídico español	230
2.4. Consideraciones comunes.....	243
3. Igualdad, desigualdad y discriminación.....	247
3.1. Origen y marco teórico	247
3.2. Formulaciones modernas y contemporáneas de la igualdad.....	251

3.2.1.	Kant.....	251
3.2.2.	Rawls (y Dworkin).....	253
3.2.3.	Consideraciones comunes	258
3.3.	La experiencia americana.....	264
3.3.1.	Contextualización y marco teórico	264
3.3.2.	Recorrido jurisprudencial.....	282
3.3.3.	Consideraciones comunes	294
3.4.	La experiencia europea y española.....	297
3.4.1.	Contextualización y marco teórico	297
3.4.2.	Recorrido jurisprudencial.....	331
3.4.3.	Consideraciones comunes	355
4.	Recapitulación.....	363

CAPÍTULO III - Delitos de odio

1.	Introducción	367
2.	Regulación internacional.....	369
2.1.	Primeras cuestiones.....	369
2.2.	Declaración Universal de los Derechos Humanos	375
2.3.	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	386
2.4.	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial	409
3.	Ámbito europeo I: Consejo de Europa y Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia.....	419
3.1.	Legislación.....	419
3.2.	Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	438
3.2.1.	Delitos de odio: el odio como agravante discriminatoria.....	439
3.2.2.	Discurso de odio: ¿el odio como delito?.....	455
4.	Ámbito europeo II: Unión Europea	503
5.	Consideraciones comunes	505
6.	Ámbito español	511
6.1.	Marco legal	511
6.1.1.	La agravante del artículo 22.4º del Código Penal	511
6.1.2.	El artículo 510 CP	528
6.2.	Los móviles discriminatorios	563
6.2.1.	Racismo.....	564
6.2.2.	Xenofobia.....	568
6.2.3.	Etnia.....	570
6.2.4.	Antisemitismo	571
6.2.5.	Antigitanismo.....	574
6.2.6.	Nación.....	576
6.2.7.	Ideología, religión y creencias.....	580
6.2.8.	Sexo y razones de género.....	588
6.2.9.	Identidad y orientación sexual.....	594
6.2.10.	Enfermedad y discapacidad.....	596
6.2.11.	Edad	599
6.2.12.	Aporofobia y exclusión social.....	600
7.	Doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia del Tribunal Supremo	602
7.1.	Tribunal Constitucional	603

7.2.	Tribunal Supremo	612
7.3.	Consideraciones comunes	617
8.	Recapitulación y reflexiones finales	622
8.1.	Los delitos de odio: ¿ejemplos de Derecho Penal de autor?	622
8.2.	Los delitos de odio: ¿aliados de la dignidad y la igualdad sin discriminación?	624
8.3.	Los delitos de odio: ¿enemigos de la libertad de expresión?	625
CONCLUSIONES FINALES		638
BIBLIOGRAFÍA		647
JURISPRUDENCIA		699

INTRODUCCIÓN

Objeto del trabajo

El 5 de diciembre de 1790, y ante un grupo de jacobinos, Maximilien Robespierre pronunciaría lo que se convertiría años más tarde en el lema de la República Francesa: libertad, igualdad y fraternidad¹. El Incorruptible propuso que quienes se hicieran llamar a sí mismos revolucionarios llevaran esa tríada inscrita en el pectoral de sus camisas debajo de la frase “El Pueblo Francés” y que se inscribiera en la bandera tricolor. Según sucede con toda colección de palabras grandilocuentes, máxime si se relacionan con un ente de lindes tan borrosos como “El Pueblo”, es harto difícil precisar su significado y alcance conjunto, pero no por ello – o precisamente por ello – resulta menos evocador de los mejores valores que deben inspirar la vida en común. Nos preguntamos en este trabajo si no habremos acaso de sustituir esa tríada por libertad, igualdad y odio.

Nos hemos permitido parafrasear el *liberté, égalité et fraternité* porque creemos que casa bien con el objeto de nuestro trabajo, que es el estudio de los delitos de odio *per se* y a la luz de sus principales vectores: la libertad de expresión y la igualdad, a lo que hemos añadido la dignidad por un imperativo contemporáneo que, veremos, solo estaba germinalmente en la época moderna. Los delitos de odio pueden estudiarse desde múltiples perspectivas – jurídica, política, criminológica, sociológica, antropológica, psicológica – y, de entre todas ellas, nos hemos decantado por la primera con unas cuantas dosis de la segunda. Como quiera que “jurídico” y “político” es poco menos que casi todo o casi nada, hemos de precisar que lo primero nos llevará por las veredas del Derecho Constitucional y del Derecho Penal; lo segundo, por las de la filosofía política.

Si empezamos por la filosofía política, se nos antoja un ingrediente indispensable si buscamos entender de qué hablamos cuando hablamos de libertad de expresión, igualdad o dignidad. Evidentemente, podríamos limitarnos a un estudio del derecho positivo, e incluso de cómo ha evolucionado a lo largo de nuestra historia más reciente, pero con ello solo veríamos las hojas moverse sin entender por qué lo hacen. Tan cierto como que existe una noción jurídica de la libertad de expresión, igualdad y dignidad es que resulta incomprensible e inescindible de unos fundamentos que no son, en última instancia, normativos. Claro que siempre podríamos dar pasos sucesivos hacia atrás en una especie de regresión al infinito hasta llegar a la biología, la física o la química como explicaciones subyacentes al comportamiento humano, pero quizá sea demasiado para este trabajo.

¹ ROBESPIERRE, M.: “Discours sur l’organisation des gardes nationales”, en EL MISMO: *Œuvres*, Tomo VI, Société des études robespierristes et Phénix éditions, París, 2007, p. 643. Si bien esta tríada la había acuñado Camille Desmoulins unos meses antes (vid. VETTER, C.: “Introduction: les mots de Robespierre”, en EL MISMO: *Dictionnaire Robespierre. Lexicométrie et usages langagiers. Outils pour une histoire du lexique de l’Incorruptible*, EUT Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2022, p. 19), Robespierre fue el primero en proponerla como lema del nuevo Estado francés, lo que solo ocurriría en 1848 y su inserción en el apartado IV del Preámbulo de la Constitución de aquel año (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1848-ii-republique>).

En cuanto al Derecho Constitucional y al Derecho Penal, el artículo 9.1 CE consagra una sujeción de todos y de todo a nuestra Norma Fundamental que es imposible ignorar. Desde 1978, es la Constitución la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico y esa pirámide normativa hace completamente ocioso preguntarnos si un precepto es congruente con el resto de su parcela jurídica si no nos hemos preguntado si casa con esa vara de medir última que es la Constitución. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS expuso, y lo suscribimos plenamente, que todo límite a los poderes públicos ha de partir de la Constitución porque esta informa el resto del ordenamiento jurídico – incluido el penal – a partir de su sistema de valores, principios y derechos, especialmente los fundamentales². MIR PUIG desarrolló una coherente teoría sobre la legitimidad penal a partir de la configuración constitucional de nuestro Estado como uno social y democrático de Derecho³. en la que estas palabras no eran simples constructos vacías, sino que tenían que ponerse en conexión con el resto de la arquitectura constitucional.

Por ello, no podemos converger con quienes diluyen el peso que la Constitución ostenta en la conformación de la legislación penal, por más que entre sus filas se cuenten autores como SILVA SÁNCHEZ o Díez RIPOLLÉS. Ambos comparten una postura relativizadora de la importancia constitucional en la definición de la legislación penal, si bien cada uno con su propia coloración argumental. Por su parte, el primero habla de que la Constitución contiene enunciados relativamente abiertos que constituyen un mero marco para definir la dogmática, los fines y los límites del *ius puniendi*⁴. Por su parte, el segundo expresa que la Constitución carece de potencialidad para ir más allá de una predeterminación genérica, donde ni siquiera la libertad como valor y principio juega ese papel central porque desconoce otros valores – constitucionales o no – y porque el Derecho Penal no solo se reduce a la privación de libertad⁵.

Sobre la apertura de los enunciados constitucionales, es importante distinguir – siguiendo la nomenclatura empleada por Díez-PICAZO para una discusión clásica⁶ – entre contenido esencial y halo de incertidumbre de los derechos fundamentales. Siempre habrá un núcleo que no podrá afectarse y una parte accesorio que dependerá de criterios de oportunidad y conveniencia legislativas; lo primero, pues, no dependerá de las aproximaciones parciales que hagamos desde cada rama del ordenamiento jurídico. No existe tal cosa como una libertad de expresión, dignidad o igualdad penal, civil, laboral y administrativa, sino aplicaciones de esos valores, principios y derechos a las diferentes realidades

² RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 48-49. Este resulta el punto de partida, entre otros, de juristas como Cuerda Arnau en su artículo “Proporcionalidad penal y libertad de expresión la función dogmática del efecto de desaliento”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 8, pp. 1-43.

³ MIR PUIG, S.: *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, Bosch, Barcelona, 1982, pp. 15-48. En una línea similar se expresa Pérez Manzano en PÉREZ MANZANO, M.: *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990, *passim*, pp. 56-70.

⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.-M.: *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 103-111.

⁵ Díez RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 177-183.

⁶ Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 105.

normativas. La Constitución es la norma de normas no solo porque determine la elaboración procedimental de las leyes, sino porque también influye en su contenido a partir de sus postulados, de tal suerte que la existencia de discrecionalidad legislativa en la política criminal es *gracias* a la Constitución y no *con independencia* de la Constitución. La interconexión de esos valores, principios y derechos nos dará la pista hermenéutica sobre cómo interpretar el resto del ordenamiento y no al revés, en tanto que no construimos el entendimiento de la Constitución a partir del resto del ordenamiento.

Sobre la predeterminación genérica, replicamos lo que acabamos de decir, y sobre la limitación en la apelación a la libertad no tenemos nada que objetar, más allá de recordar que esa libertad también es un derecho fundamental *ex* artículo 17 CE. Asimismo, si la libertad es un valor limitado no lo es en atención a dogmáticas penales separadas del orbe constitucional, sino porque la propia Constitución contiene otros valores, principios y derechos con los que ha de convivir la libertad. Incluso si el Derecho Penal prescindiera por completo de la pena privativa de libertad y se fundiera con el Derecho Administrativo sancionador, la Constitución no perdería ni un ápice de su carácter vinculante por cuanto, por ejemplo, el artículo 25 CE no tiene solo naturaleza penal. Ni qué decir tiene que los valores no constitucionales se aplicarán en tanto no contradigan a los constitucionales, ya que en caso contrario no tienen cabida en nuestro país. Tal y como la Constitución ha pasado por principios de Derecho Civil como la autonomía de la voluntad o la conservación de actos y negocios jurídicos, se aplica lo mismo a los propios del Derecho Penal.

En suma, tan indispensable como incluir la filosofía política en los fundamentos metajurídicos del objeto de nuestro trabajo es incluir el Derecho Constitucional como el fundamento jurídico inapelable.

Respecto de los delitos de odio, se abordarán tanto desde una perspectiva internacional, europea y española; si bien destacarán especialmente los dos últimos bloques, el primero es necesario para asentar las bases de lo que constituyen los delitos de odio, y muy especialmente el discurso de odio. La parte internacional vendrá constituida por lo dictaminado tanto en sede de la ONU como por la exposición de la tradición estadounidense, que será puesta en relación con la europea continental. Este análisis diferencial será un primer punto de engarce entre las dos unidades temáticas previas (capítulos I y II) y el capítulo relativo a los delitos de odio (capítulo III). Finalmente, cumple explicitar que los delitos de odio aquí analizados son aquellos que consisten en delitos con hechos (artículo 22.4º CP) y con palabras (artículo 510 CP)⁷.

⁷ LANDA GOROSTIZA, J.-M.: “Delitos de odio en España: estado de la cuestión”, *InDret*, 4/2024, pp. 145, 148, 156 y 158.

Metodología de investigación

Con la vista puesta en el objeto de la tesis, la metodología empleada es de tipo cualitativo. Dado que estamos trabajando con materias más dadas al análisis, estudio y eventual crítica conceptual que empírica, poco podría auxiliarnos a esos efectos disponer de una evaluación cuantitativa de lo que aquí nos ocupa. Si bien en algún momento se alude a estadísticas, lo es siempre de manera tangencial y a los solos propósitos ilustrativos en aspectos muy concretos, sin pretensión alguna de exhaustividad en ese sentido. No desconocemos que existen ambiciosos proyectos de simbiosis entre ramas habitualmente tenidas como refractarias a lo empírico o a lo conceptual (véase la interesante ética experimental⁸, o el ya no tan novedoso análisis económico del Derecho⁹), pero en materia de delitos de odio ello hubiera tenido recorrido de haber adoptado un enfoque más criminológico o científico-natural. Sobre ello, nos remitimos a obras que sí se decantan por esa perspectiva¹⁰.

Justificación de la estructura del trabajo

Habida cuenta del objeto de nuestro trabajo, dos serán las aproximaciones que realizaremos. La primera, descriptiva – en la medida que consideremos factible la asepsia descriptiva como contrapunto a la valoración personal – mientras que la segunda, valorativa o evaluativa del tapiz que hemos dispuesto bajo nuestros pies. Por ello, podrá observarse unos primeros compases en los que nos dedicaremos a exponer los presupuestos filosófico-políticos y normativos del escenario en el que se representa la función objeto de análisis; ello dará paso a otros puntos en los que ofreceremos nuestra aproximación más subjetiva a cómo cada actor interpreta el papel que se le asigna, con las consiguientes propuestas acerca de cómo creemos que podría acaso mejorarse esa puesta en escena. Este desdoblamiento se acometerá dentro de cada uno de los capítulos en los que se divide la tesis, a saber, la libertad de expresión, la dignidad y la igualdad, y, finalmente, los delitos de odio.

La presentación y el desarrollo de cada uno de esos capítulos seguirá el orden secuencial implícito en la enumeración que hemos acometido, de tal suerte que principiaremos con la libertad de expresión, pasaremos luego a la dignidad e igualdad, y terminaremos con los delitos de odio. De este modo, la estructura visual del trabajo dará buena cuenta de la estructura subyacente temática, que pasa, como hemos dicho, por plantear los presupuestos lógicos de los delitos de odio para, a renglón seguido, discurrir sobre estos en atención a aquellos. Será en sede de delitos de odio, donde, en sus postrimerías, plantearemos con mayor intensidad la interacción entre tales figuras penales y los

⁸ Vid. AGUIAR, F. / GAITÁN, A. / VICIANA, H.: *Una introducción a la ética experimental*, Cátedra, 2020, Madrid.

⁹ Vid. POSNER, R.A.: *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, 2007, Nueva York.

¹⁰ Vid. GIRALDO PÉREZ, S.: “Delitos de odio. Incidencia de la pandemia COVID en los delitos de odio en España”, *Sociología y tecnología*, vol. 12, n.º 1, pp. 216-240.

vectores ya enunciados; ello no empecerá para que, en otras partes de ese mismo capítulo, nos encontremos con reflexiones basadas en esa misma conexión.

Por último, y como no podría ser de otro modo, destilaremos los aspectos más importantes y los incorporaremos en las conclusiones relativas al conjunto del trabajo. Nos referimos a ese conjunto porque *in fine* de cada capítulo plantearemos esa valoración personal de la que hemos hablado *ut supra*, que, si bien no serán en puridad conclusiones, sí que compartirán algo de esa naturaleza de cierre que tendrá lo penúltimo que diremos sobre esta materia. Decimos penúltimo porque, en una temática tan amplia como esta, lo que se diga nunca será lo último y esperamos poder seguir pensando y reflexionando en el futuro sobre cuestiones tan apasionantes.

CAPÍTULO I

-

LIBERTAD DE EXPRESIÓN, LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y DEMOCRACIA

1. Presupuestos filosófico-jurídicos

1.1. Introducción

Mucho y muy tendido se ha hablado, escrito, debatido, reflexionado, e incluso peleado en términos no estrictamente dialécticos por la libertad de expresión. Hay ciertos conceptos que, como un resorte, evocan en nosotros una serie de nociones que trascienden de la mera acumulación de palabras, y puede que la libertad de expresión sea uno de ellos. En la sociedad que, afortunadamente, nos ha tocado vivir, podemos llegar a dar por supuestos algunos derechos, como si hubieran existido desde los albores de la humanidad. Incluso nos permitimos el lujo de relativizar la importancia de ciertos derechos sin prestar la debida atención al impacto crucial que tienen no solo en las macroestructuras políticas de nuestro entramado institucional, sino en nuestras realidades cotidianas. Es evidente, de un repaso a la historia de nuestra especie, que ello dista largamente de la realidad a la vista de los muchos ejemplos que dicha historia puede brindarnos, algunos de ellos no tan lejanos como podría pensarse.

Nos resultó especialmente icónica la historia que SORABJI cuenta al inicio de su *Freedom of Speech and Expression* en relación con la segunda de las ocasiones en las que el filósofo refiere que experimentó muy de cerca el cercenamiento de esa libertad de expresión. Explica el autor que durante la Guerra Fría (no especifica el año) viajó a Checoslovaquia a conversar sobre la *Metafísica* de ARISTÓTELES con un grupo de profesores a los que se les había despedido por temer el régimen prosoviético de ese país que ese libro pudiera resultar contrarrevolucionario. En su lugar, se les había asignado un nuevo encargo profesional como limpiadores de ventanas. Los encuentros entre SORABJI y ese peculiar grupo aristotélico-metafísico de limpiadores de ventanas tenían que desarrollarse en la clandestinidad para evitar las miradas fiscalizadoras de la policía secreta checoslovaca y para evitar ser denunciados por actividades subversivas por parte de personas afectas al régimen; todas las reuniones se celebraban después de la jornada laboral de los profesores checoslovacos¹¹.

Existían, dado el clima represor circundante, reglas básicas que tenían que respetarse: no podían pronunciar en voz alta los nombres de los participantes en tales encuentros, y los profesores no se atrevían a acompañar a SORABJI a su hotel por miedo a incriminar al personal de ese hotel por cuanto cabía el riesgo de que se entendiera que ese edificio se usaba para actividades prohibidas. Asimismo,

¹¹ SORABJI, R.: *Freedom of Speech and Expression*, Oxford University Press, Oxford, 2022, pp. xix-xx.

le aconsejaron a SORABJI no anotarse los libros que los profesores checoslovacos le pedían que les pudiera enviar cuando volviera Inglaterra, por lo que aquel tuvo que memorizarlos. Lo más impactante de la historia de SORABJI es lo siguiente: a un miembro de ese grupo checoslovaco finalmente se le permitió seguir impartiendo docencia, e incluso se le concedió la oportunidad de realizar una estancia académica de tres meses en la London University. Cuando se acabaron esos tres meses, prefirió suicidarse antes que volver a su país. Incluso quien, de entre ese grupo, tenía más opciones de proseguir con lo que a buen seguro le apasionaba no pudo soportar la idea de volver a un régimen represivo de la disidencia (o de lo que, en su infinita ignorancia, creían sus dirigentes que era disidencia), por lo que podemos hacernos una idea bastante cabal de la desazón y desasosiego con el que vivirían quienes no tenían la más mínima opción de hablar en libertad sobre la *Metafísica* de ARISTÓTELES. Ejemplos como este nos permiten afirmar sin temor a errar que ninguna conquista en materia de libertad política puede desmerecerse ni menospreciarse bajo el escuálido manto del conformismo o la indiferencia.

A lo largo de este apartado inicial trataremos de dar forma a esa libertad de expresión, lo que, como hemos afirmado más arriba, nos llevará a discurrir derroteros filosóficos y jurídicos para ser capaces de entender esta realidad poliédrica y tan complicada de asir. En este sentido, quisiéramos advertir al atento lector que, en ocasiones, emplearemos como términos sinónimos los de libertad de expresión, libertad de información o incluso libertad ideológica o de conciencia, pero ello solo será cuando el contexto permita utilizarlos de manera intercambiable. Sin embargo, en ocasiones ello no será así porque la precisión terminológica obligará a no asimilar sus contenidos, como cuando se traten los derechos fundamentales positivizados en nuestra Constitución.

También quisiéramos poner sobre aviso al mismo atento lector sobre una cuestión terminológica adicional. Utilizar de manera indiferente el concepto “libertad de expresión” para hablar del Edicto XII del emperador Ásoka y para hablar del artículo 20 de la CE no responde a que considere que estamos hablando de una realidad jurídica unívoca y que mantiene una línea continuista a lo largo de los siglos. Creemos que nadie en su sano juicio podría pensar tal cosa. El empleo del término “libertad de expresión” (o sus expresiones sinónimas) responde más a un hilo conductor que trata, desde una indudable posición contemporánea, de remontarse a través de los siglos para encontrar en las experiencias del pasado aquellos momentos reseñables en los que puede atisbarse cierto germen de lo que hoy reputamos libertad de expresión. Hay, pues, cierto regusto de intersección entre las dos divisiones que a continuación realizaremos en el sentido de construcción desde lo concreto hasta lo abstracto a partir de la acumulación de estratos ideológicos. Nos apartamos con ello de otras aproximaciones, tales como la de ANSUÁTEGUI ROIG, quien opta por servirse de otras fórmulas como “manifestación del pensamiento” o “exteriorización de ideas”¹² en lugar de valerse de “libertad de

¹² ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.: *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Universidad Carlos III, Madrid, 1992, p. 126.

expresión” cuando analiza tiempos distintos del moderno y contemporáneo. Juzga el autor que libertad de expresión solo puede escribirse si puede predicarse como complemento nominal de “derecho fundamental”, lo que ciertamente no acontece hasta tiempos muy recientes.

Aunque la razón asiste mayoritariamente en lo sustantivo a ese tipo de perspectivas, lo formal nos conduce a emplear conjuntos tales que “libertad de expresión” para evitar perder ese hilo conductor del que se hablaba. También así estimamos que se recarga menos el texto con formulaciones que pueden parecer exóticas y que se asemejan más a sinónimos diacrónicos que a verdaderas expresiones cualitativamente diferentes de la visualmente prescindida. Como quiera que la retroactividad tiene sus evidentes límites, seremos especialmente cuidadosos al traer a la palestra conceptos como “derecho fundamental” o “derecho humano” porque estos sí tienen una carga de abstracción que aconseja no tensar demasiado ese hilo conductor a fin de evitar que se rompa. Siguiendo a PECES BARBA, la idea de derecho fundamental es un concepto histórico propio del mundo moderno¹³, a diferencia de lo que acontece a nuestro entender con “libertad de expresión”, que puede hallar acomodo en construcciones semánticas análogas en tiempos pretéritos. Por más que en lugares como Atenas se esgrimiera la idea de isonomía, nos resulta de difícil encaje ver en ella la potencialidad inmediata de los derechos fundamentales o humanos, que requiere de una carga de subjetividad en la concepción de los derechos que supone un cambio de paradigma. Cosa distinta es que entonces se dieran pasos que, con el tiempo, hayan valido como asidero intelectual en la línea de construir esos derechos fundamentales.

Cuando se aborda la libertad de expresión, entendemos conveniente una división inicial a fin de evitar equívocos, por cuanto dicha libertad cabe concebirla desde una óptica literal o desde una óptica conceptual.

La primera de las aproximaciones entronca con la definición que nos permite configurarla como la posibilidad o capacidad de manifestar con palabras, miradas o gestos lo que se quiere dar a entender. Estaríamos aludiendo aquí, pues, a un criterio meramente funcional desprovisto de cualquier tipo de elaboración que trascienda una casi exclusiva adverbación de que el sujeto físicamente es capaz de esa manifestación, amparándose para ello en la primera de las acepciones – la más naturalística o fisiológica – de la palabra libertad en el DLE¹⁴. Tal noción, sin lugar a duda, no será la que esgrimiremos en lo sucesivo por cuanto agota su contenido en términos de estricta facultad natural, pero se ha traído a colación porque es inevitable ver un nexo entre esa facultad natural y su correlativo reconocimiento jurídico, aunque con los matices que veremos.

¹³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. / FERNÁNDEZ GARCÍA, E.: *Historia de los derechos fundamentales*: Dykinson, Madrid, 2003, p. 15.

¹⁴ Real Academia Española (s.f.). Libertad. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 24 de mayo de 2023 de <https://dle.rae.es/libertad?m=form>.

La segunda de las aproximaciones obedece a una concepción de índole jurídica que trasciende, por lo tanto, lo exclusivamente fáctico, para insertarse de lleno en el reino del derecho subjetivo – o de elemento inescindible de un determinado sistema político – al que acabamos de hacer mención y que engarza con la entrada autónoma de la que disfruta en DLE¹⁵. Necesita de la función física como el escritor necesita de la hoja y del papel, pero la obra no es explicable solo si analizamos las características de ambos objetos. El reconocimiento de la libertad de expresión como derecho es la culminación de una evolución histórica – que no podemos presumir de progreso constante – a partir de experiencias personales y colectivas que han dibujado sus contornos actuales. Se ha acabado dotando de un contenido a ese derecho que obedece a lo que un determinado sistema reputa interesante que se exprese, ya sea por su valía directa o inmediata, ya sea por su valía indirecta o mediata. Por ello lo metajurídico y lo jurídico están imbricados sin solución de continuidad porque lo segundo busca dar una pátina de legalidad a lo que detecta de protegible (o de no censurable) en lo primero y que supera las barreras de lo meramente fisiológico.

Si obviáramos todo ese caudal, se nos antojaría imposible captar correctamente todo su contenido y los matices que hacen de este derecho uno de los más sobresalientes de nuestro ordenamiento jurídico, llegando a ostentar su goce la máxima protección en nuestro sistema constitucional. Y no hablamos solo de su tuición jurisdiccional (artículo 53 CE), sino también del mecanismo para la modificación de su actual literalidad constitucional (artículo 168 CE). Sin pensadores como DEMÓSTENES, CICERÓN, BARUJ ESPINOZA, JOHN MILL, JOHN LOCKE, JOHN STUART MILL, VOLTAIRE o THOMAS JEFFERSON, la libertad de expresión se desplegaría de una manera completamente diferente.

No siempre hubo un apoyo normativo para que la obra de tal o cual autor pudiera representarse en un teatro o pudiera ser distribuida libremente, o para que un orador tuviera permiso para criticar mordazmente una política gubernamental, pero esa falta de sostén jurídico formal no implicó en modo alguno que esa expresión se disociara de las consecuencias lógicas de una determinada configuración política (lo mismo vale para su prohibición). La vida de muchas sociedades hay que encontrarla en ocasiones no en el papel, sino en la práctica, y eso no deja de ser relevante social y jurídicamente, ya que las formas de mera tolerancia del anteayer marcaron el paso para las tímidas positivizaciones del ayer y las más osadas del hoy. Sucede que, en ocasiones, la libertad de expresión no se escribe con las letras de los grandes discursos, ni de los cantos de las memorables epopeyas de antaño ni de los tratados que han pasado a los anales de la historia. A veces, la libertad de expresión se escribe en letra minúscula, es apenas una nota al margen en el texto que nuestra especie ha escrito, un sutil silencio que nos interpela, pero no por ello es irrelevante ni ha de ser condenado al olvido, puesto que no pierde su condición de expresión de lo humano.

¹⁵ Real Academia Española (s.f.). Libertad de expresión. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 24 de mayo de 2023 de <https://dle.rae.es/libertad?m=form>.

Evidentemente no queremos decir con ello que, en nuestros días, ni siquiera en esos reconocimientos parciales del ayer, la libertad de expresión sea un derecho absoluto, una actividad elevada a los altares de lo intocable y de lo sagrado. Como todo, halla sus límites en varios frentes porque no puede pretender enseñorearse sobre todos y sobre todo, de lo que la historia es una buena muestra y que no por límite es intrínsecamente negativo, más allá de considerar como negativo que todo tenga que someterse en este mundo a medida y control. Esa historia ha conocido lindes que se han mantenido estables a lo largo de los siglos, como utilizar la libertad de expresión para llamar al derrocamiento de gobiernos, para difamar a los gobernantes o personajes públicos, para blasfemar o para defender posturas políticas o religiosas que choquen manifiestamente contra la llamada moral pública. Algunas de esas fronteras no son solo cosa de los libros de historia, sino que han llegado a nuestros días y no nos resultan en absoluto ajenas, ya que según decíamos nuestro concepto de libertad de expresión no nace en el vacío o en un texto jurídico, sino que es tributario de una serie de antecedentes.

Por si toda la complejidad en torno a la libertad de expresión no fuera suficiente y no hubiera hecho derramar ríos de sangre y de tinta a lo largo de la historia – como tendremos ocasión de comprobar –, los delitos de odio y, muy en particular, el discurso del odio vino a erigirse en una nueva fuente de conflicto para este derecho tan intrínseco en nuestro mundo y, a su vez, tan difícil de asir. Que hay odio y delito en el mundo es algo tan incuestionable como que hay mundo, pero lo que es ciertamente una novedad es que combinemos ambos elementos para crear los delitos de odio. Al igual que las otras restricciones que en el mundo han sido a la libertad de expresión, los delitos de odio no son importaciones extramundanas ni tienen su origen en el vacío, sino que obedecen a unas coordenadas históricas muy concretas. Y que no se nos malinterprete cuando hablamos de historia como si de una impasible e inexorable sucesión de acontecimientos objetivos se tratara, sino que nos referimos a cómo sus protagonistas decidieron extraer de lo vivido conclusiones para su vida y para la de sus congéneres, con lo que la actividad intelectual humana que da sentido a ese devenir histórico es tan importante como los puntos en el espacio-tiempo.

En Europa, hablar de la génesis de los delitos de odio es retrotraernos a su dolorosísimo parto ante los restos de un continente destruido por la Segunda Guerra Mundial, ante las chimeneas todavía llenas de cenizas de millones de inocentes que, en los campos del horror, fueron masacradas, y ante el grito que ninguno de nosotros oyó, pero que todos podemos sentir, proferido por cada víctima sabedora de su inminente y cruel final. De entre las ruinas de una tierra antaño orgullosa de su cultura y luego incapaz de reconocer su monstruoso reflejo en el espejo, se fue abriendo paso la idea de que tal descarrilamiento colectivo no podía repetirse y de que había que tomar medidas drásticas para proteger a la gente de la gente. Sin embargo, hablar de una génesis de la libertad de expresión que nos interpele como contemporaneidad nos lleva un poco más atrás.

1.2. Baruj Espinoza¹⁶

En las Provincias Unidas (lo que hoy sería, en parte, los Países Bajos), floreció la incomparable figura de BARUJ ESPINOZA. No en vano, y ya en el siglo XVIII, filósofos como LESSING supieron detectar autenticidad en sus textos y en su *modus vivendi* y lo señalaron como el único de los pensadores ilustrados (en el sentido de anteponer la razón a cualquier otro fundamento) profundamente coherente¹⁷. ESPINOZA desarrolló su pensamiento político principalmente en dos obras: el *Tratado teológico-político* (1670) y en el *Tratado político* (1677). Especialmente destacable es la primera, una de las tres que publicó en vida (el filósofo sefardí murió el 21 de febrero de 1677 a los 44 años) y que le granjeó epítetos tan cariñosos como “libro forjado en el infierno”, con lo que no es de extrañar que en julio de 1674 las Provincias Unidas prohibieran el libro¹⁸.

ESPINOZA se sitúa en la órbita del contractualismo¹⁹ al igual que HOBBS, pero, como no podía ser de otra manera, es un contractualista *sui generis* porque el concierto de voluntad es para él una ficción que, no por útil, deja de ser en algunos aspectos una teoría en la que lo importante es atribuir el origen de ese poder no a Dios, sino a una convención humana²⁰. Las personas desean vivir en paz y sin tener que temer constantemente que otros puedan subyugarlos, lo que exige un concierto de voluntades en el que los derechos que cada cual posee en el estado de naturaleza se transfieren al patrimonio común estatal con la esperanza de alcanzar esa seguridad bastante²¹. El filósofo juzga que los seres humanos actuamos por naturaleza siguiendo el interés propio y evaluando como bueno aquello que, en cada situación, nos resulta útil y provechoso, por lo que será malo todo cuanto vaya en la dirección opuesta.

¹⁶ Empleamos este grafismo y otros como Baruch Spinoza por tres razones. El primero es que la última letra hebrea del nombre (ברוך) jaf (ך) tiene su equivalente fonético en la “j” castellana, por lo que no hay que recurrir a las reglas francesa (ch) o inglesa (h) de transliteración.

El segundo es que la letra zayin (ז) hebrea de su apellido שפינוזה, aunque sin equivalente exacto en castellano por ser una fricativa alveolar sonora, habitualmente se translitera como “z”, como en el caso de mezuzá, forma castellanizada de מזוזה (vid. BENOLIEL, J.: “Dialecto Judeo-Hispano-Marroquí o Haquitía”, *Boletín de la Real Academia Española*, Tomo XIII-1926, Madrid, pp. 507-538).

El tercer motivo es que el hebreo, si bien es una lengua marcadamente consonántica, permite la suposición vocálica por el contexto, que en este caso es una “e” habida cuenta de que su apellido seguramente proviene de la localidad burgalesa de Espinosa de los Monteros (vid. DOMÍNGUEZ, A.: *Spinoza. Vida, escritos y sistema de filosofía moral*, Guillermo Escolar, Madrid, 2022, p. 25). No sigo, en cambio, el criterio de este autor sobre la “s” en lugar de la “z” ni tampoco el de emplear Benito en lugar de Baruj. Sobre esto último, si bien Baruj significa en hebreo bendecido/bendito y de ahí surge Benito y su contracción Bento, lo vemos como una traducción que no respeta el nombre que se le da en el *herem* o decreto de excomunión dictado el 6 de Av del año 5416 (27 de julio de 1656). Solo nos hemos permitido pasar del Baruch de ese *herem* a Baruj por el motivo fonético expuesto, considerando además que ese documento se compuso en portugués.

¹⁷ ISRAEL, J.: *A Revolution of the Mind. Radical Enlightenment and the Intellectual Origins of Modern Democracy*, Princeton University Press, Princeton, 2010, pp. 70-71; EL MISMO: “Spinoza and Spinozism in the Western Enlightenment: The Latest Turns in the Controversy”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, año 20, n.º 40, pp. 41-57.

¹⁸ NADLER, S.: *A Book Forged in Hell. Spinoza’s Scandalous Treatise and the Birth of the Secular Age*, Princeton University Press, Princeton, 2011, pp. 229-230.

¹⁹ Es interesante la mención de Espinoza al contractualismo como fundamento del pacto entre el Pueblo de Israel y Dios en el Sinaí (vid. SPINOZA, B.: *Complete Works. Theological-Political Treatise*, Hackett Publishing, Indianápolis, 2002, p. 539). Los israelitas, tras escapar de Egipto, volvieron al estado de naturaleza porque ya no estaba sometidos al yugo de los faraones ni de ningún otro poder. Entonces, decidieron libremente vincularse con Dios mediante un pacto que sellaron respondiendo a Moisés que harían todo lo que Dios les había pedido (vid. Torá con Haftarat, Shemot/Éxodo, Editorial Sinaí, México D.F., 2006, 24:7).

²⁰ SPINOZA, B.: *Complete Works. Theological...*, cit., p. 536.

²¹ Ibid., p. 528.

Trasladado al reino de lo político, será esa misma utilidad la que justifique una cesión de derechos porque, de lo contrario, estaremos ante un estado de esclavitud en el que la puesta en común de derechos solo beneficia al gobernante y sus exclusivos deseos e intereses²².

Idealmente, toda persona debería ser capaz de regirse por el solo uso de la razón y comprender la necesidad de entregar a la comunidad los derechos de los que somos titulares en el estado de naturaleza en aras a superar el estado miserable al que nos conduce ser incapaces de sobreponernos a los deseos y la violencia²³. Natural no significa necesariamente bueno, sino que es un criterio descriptivo y no valorativo, y en términos generales a ESPINOZA el mantenimiento del estado de naturaleza no le parece la situación ideal. Desgraciadamente, la diversidad humana es tal que impide hablar de un comportamiento racional homogéneo, y como quiera que en el estado de naturaleza se puede engañar a los demás si con ello salimos beneficiados (rompiendo una promesa, por ejemplo, porque se ha hecho onerosa en exceso), es imprescindible que el Estado disponga de medios coercitivos que aseguren el cumplimiento de las normas que aseguren la convivencia²⁴. Como se ve, los reparos que ESPINOZA ofrece para mantener el estado de naturaleza tienen cierta similitud con los de HOBBS, pero para el pensador holandés en la orilla en frente de la civilización no hay una situación tan dramáticamente centrada en la supervivencia personal, sino que más bien encontramos un estado precario y deplorable²⁵.

El sistema político sobre el que ESPINOZA desarrolla sus reflexiones es la democracia, a la que define como la unión de los hombres que poseen la soberanía física sobre todo lo que está en su poder. Al haber renunciado al derecho a la autodefensa frente a agresiones de terceros para transferir ese poder al Estado, los ciudadanos han de someterse en todo a las decisiones de ese cuerpo democrático, ya que en caso de pretender haber retenido para sí una parte de esos derechos el Estado no podría sobrevivir²⁶. Vivir en democracia, así, obliga a aceptar decisiones tomadas por otros que a veces pueden antojársenos irracionales, pero es el peaje que hemos de pagar por ser el mal menor en comparación con el caos del estado de naturaleza. De todos modos, el gobernante no tenderá – o no debería tender – a perpetuarse a base de decisiones que constantemente sojuzguen a los demás porque por la vía de los hechos acabará perdiendo la autoridad que jurídicamente ha recibido de los gobernados, y el gobernante seguro que tendrá sumo interés en conservar su poder del modo más racional posible²⁷.

²² SPINOZA, B.; *Ética demostrada según el orden geométrico*, Trotta, Madrid, 2020, p. 327; SPINOZA, B.: *Complete Works. Theological...*, cit., pp. 529-531; DE LUCAS MARTÍN, J.: “Nota sobre la libertad de expresión y la democracia en la obra de Spinoza”, *Doxa*, n.º 4, pp. 355-363.

²³ DE LUCAS MARTÍN, J.: Nota..., cit., p. 358.

²⁴ SPINOZA, B.: *Complete Works. Theological...*, cit., pp. 529-530.

²⁵ RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M.: “El pensamiento filosófico-político de Baruch Spinoza”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 36, pp. 159-179.

²⁶ SPINOZA, B.: *Complete Works. Theological...*, cit., p. 530.

²⁷ Ibid., pp. 530-531.

Uno de los límites del contractualismo político como cuestión exclusivamente práctica radica en que es imposible que una persona transfiera absolutamente todos sus derechos hasta el punto de dejar de ser por ello persona y confundirse con la masa amorfa de ciudadanos, cuyos ejemplos absurdos expone planteando qué ocurriría si quisiéramos forzar a una persona a odiar a quien ama y viceversa²⁸. El individuo siempre y en todo lugar acaba reservándose una porción de sus derechos naturales en los que el poder soberano no tiene nada que decir, situación que es incluso deseable porque ayuda a mitigar el riesgo de que los sujetos estén desarmados ante derivas autoritarias de sus gobernantes, que es precisamente cuando más necesitan justificar su resistencia con base en esos derechos naturales inalienables, ya sea por convicción o por pragmatismo. Ese reducto último de poder se halla incluso en aquellos regímenes que, movidos por un afán desmedido de anular la humanidad de sus ciudadanos, logran ejercer un poder tal sobre ellos que son capaces mediante las más variadas sutilezas de influir en las mentalidades de los sujetos. También en esa tesitura, los hombres preservan un espacio irreductible de derechos naturales que imposibilitan calificar de absoluto o ilimitado el poder que el soberano tiene, y ello obliga a que los gobernantes se esmeren en encontrar fórmulas que aseguren la lealtad de los ciudadanos y eviten que estos se entreguen al placer momentáneo en detrimento de un deber que asegure el futuro del Estado²⁹.

Parte de ese caudal relicto tras ceder al Estado una porción de nuestros derechos naturales es la libertad de expresión. Después de sus disquisiciones al respecto de los derechos en términos generales, el pensador sefardí desemboca en el vigésimo y postrer capítulo (habrá notas suplementarias, pero como su nombre indican son añadidos) de su *Tratado*, donde se discurre acerca de la importancia que tiene para un Estado libre que cada cual piense como le plazca y pueda expresar lo que piense, es decir, pueda expresar lo que le plazca, es decir, la libertad de conciencia y de expresión. Este capítulo de cierre es relevante porque viene a matizar algunas de las consecuencias indeseadas que podrían inferirse de una mal entendida cesión total de derechos naturales, y que se añaden a la limitación estructural dimanante de la igual cesión entre todos los ciudadanos.

Aunque el deseo de todo gobernante, a fin de asegurarse la paz y la tranquilidad del Estado, sería controlar tan fácilmente las mentes como controla la lengua, es imposible que todas las mentes se sublimen al control que el poder político trate de ejercer sobre ellas. La inviabilidad de cercenar en términos absolutos la capacidad de cada ser humano para pensar con independencia de los mandatos ajenos responde tanto a principios ontológicos como prácticos³⁰, de tal modo que siempre habrá una porción de yo inasible para el tú o el otro. No se le escapa a ESPINOZA que el juicio puede recibir numerosas influencias externas que lo moldeen a gusto de alguien que no sea el sujeto pensante, pero incluso en aquellos casos en los que hay una sumisión al poder externo hay siempre un espacio para la

²⁸ SPINOZA, B.: *Complete Works. Theological...*, cit., p. 536.

²⁹ Ibid., p. 537.

³⁰ Ibid., p. 566.

murmuración o la crítica. Lógicamente las dimensiones de ese espacio para la libertad interior (y, consecuentemente, para la exterior) serán más reducidas en una monarquía que en una democracia, aunque más modestos no significa inexistentes y nunca podrá el poder soberano destruir la posibilidad de ser censurado – ni que sea en privado – por algunos de sus súbditos³¹.

Para el poder soberano sería, además, contraproducente con el buen fin del Estado y su perpetuación la creación de un régimen del terror en el que todo ciudadano discrepante sufriera la furia censora del gobierno. Quien así actuara estaría poniendo en peligro el propio Estado por la reacción esperable de las masas oprimidas, así que discute ESPINOZA si la facultad para abusar del poder está implícita en su cesión y si ello se erigiría en un límite intrínseco a la arquitectura del sistema³². Ese holgado margen para la libertad de conciencia y de expresión no es infinito y, como cualquier conducta puede ser proscrita de entenderse contraria al interés del Estado, la expresión no es excepción alguna a ese principio de autoprotección del régimen político. Habrá que trazar la frontera entre lo admisible y lo inadmisible para huir de los extremos, así como para evitar que en nombre de la paz y de la seguridad los hombres acaben siendo bestias o mascotas que los gobernantes usan a su antojo. El fin del Estado es la libertad y ello vale por supuesto para dos de sus modos, la de conciencia y la de expresión.

ESPINOZA ofrece otra aproximación al problema de la cesión incondicionada de los derechos naturales que vimos *ut supra* cuando matiza que no existe en el Estado la transferencia del derecho a pensar y juzgar con autonomía, sino solo en relación con la conducta en términos más físicos en tanto que transformación del mundo (no se tome esta fórmula en sentido estricto como contraposición a espiritual o mental, sino solo a efectos ilustrativos de lo que perseguimos exponer). Si, además, el poder para dictar leyes se atribuye a un cuerpo legislativo en el que hay una nutrida representación directa o indirecta de la diversidad de la población, es todavía más imprescindible que ese derecho de pensar y exteriorizar lo pensado se respete³³. Claro que esa dicotomía entre la palabra y la acción no es inamovible y admite excepciones o precisiones, sobre todo a la luz de las interacciones que entre ambas hay con extremada habitualidad. No es lo mismo quien expresa una opinión contraria a una determinada ley por considerarla irracional que quien integra ese discurso crítico en un plan orientado a avivar el brasero de la revolución o de la hostilidad hacia los gobernantes.

En concreto, ESPINOZA prescribe la prohibición de toda opinión sediciosa. Consciente de la laguna que está concesión al poder soberano podría tener para la libertad de expresión, ESPINOZA pretende ofrecer una concreción de qué entiende por sedición: será sediciosa toda expresión de ideas políticas que pueda causar de manera inmediata la anulación del pacto social basado en la cesión de derechos por los ciudadanos a la comunidad democrática. Realmente no se castiga la expresión *per se*, sino por la

³¹ Ibid., p. 566.

³² Ibid., p. 567.

³³ Ibid., p. 567.

tendencia a la que apunta la acción desestabilizadora que enmascara bajo las palabras que pronuncia o que escribe. En caso de que alguien vea derrotada su propuesta política conforme a los cauces democráticamente fijados, no tiene más derecho que a seguir intentando que su propuesta fructifique (lo que le convertirá en un disidente, figura perfectamente admitida por ESPINOZA), pero siempre respetando la estructura política en la que se inserta, es decir, no poniéndola en riesgo con soflamas que persigan destruir el orden establecido (lo que le convertirá en agitador o rebelde, figura no admitida por ESPINOZA)³⁴.

Asimismo, acompaña esa definición de una serie de ejemplos que ayudan a comprender la extensión de ese concepto. Así, y sin ánimo exhaustivo, será sedicioso un comentario que afirme que el poder soberano no posee todo el poder (salvo que con ello se esté afirmando que hay un reducto inasible para los demás), que las promesas no hay que cumplirlas (la cesión de derechos no deja de revestir la forma de promesa de no reclamar esos derechos, salvo casos excepcionales), o que cada cual puede vivir como si estuviera en el estado de naturaleza (lo que socavaría la existencia de un orden público con fuerza *erga omnes*)³⁵. Por lo tanto, ESPINOZA no alumbra una libertad de expresión ilimitada, aunque tampoco interesaba el castigo a todo discurso contrario al gobierno del Estado, sino que excluía de su ámbito de salvaguarda la tentativa de subvertir por vías violentas los pilares de la autoridad, así como que la expresión se hiciera a partir de manifestaciones engañosas, o desde la ira o el odio³⁶. Solo admitiendo unos márgenes generosos para la libertad de expresión se puede lograr que los hombres puedan vivir en armonía a pesar de su diversidad, centrándose el Estado solo en castigar actos y no meras palabras, salvo, claro está, que ellas mismas tengan el potencial de anular la propia naturaleza de la democracia y el pacto social que la sustenta³⁷.

La libertad de expresión compartirá tuición con la religiosa siempre y cuando se limite a tratar de lo verdadero y de lo falso, de lo opinable, en definitiva, más que de lo materializable en contra de la fuerza y el vigor del Estado, o también de lo opinable cuando enmascare esa tendencia malévola que hemos visto. Permitir que cada ciudadano conserve ese derecho natural, o tal facultad dentro del derecho natural a expresarse, traerá inconvenientes o molestias para el gobernante y puede que también para otros ciudadanos, pero no hay institución que escape a esa realidad dual y máxime cuando el sistema predilecto para ESPINOZA es la democracia. Bien podría alcanzarse cierta uniformidad en las opiniones mediante la coacción, pero aun así sería vano pretender la homogeneidad en los pensamientos empleando esos métodos, lo que generaría una peligrosa disociación entre la creencia y su exteriorización. La presunción de que la gente acepta con agrado el poder estatal se esfumaría y, cuanto mayor fuera la censura, mayor sería la resistencia a una autoridad vista como

³⁴ NADLER, S.: *A Book...*, cit., p. 211.

³⁵ SPINOZA, B.: *Complete Works. Theological...*, cit., p. 568.

³⁶ LEVY, L.W.: *Legacy of Suppression. Freedom of Speech and Press in Early American History*, Literary Licensing, Whitefish, 2011, p. 90.

³⁷ *Ibid.*, p. 91.

tiránica, no solo por las personas que quieren el mal para el Estado, sino para aquellas que sinceramente buscan su bien, porque acabarán creyendo que es su deber resistir su poder por el bien de la comunidad³⁸.

La libertad deviene de este modo compatible con la autoridad en tanto que aquella es condición en última instancia irrenunciable por los ciudadanos a fin de que esta se ejerza legítimamente y con pleno respeto a la fundamentación del Estado. La democracia es, en definitiva, una forma de gobierno en la que lo relevante es la mayoría de los votos, pero tal y como en un momento dado una mayoría de razonamientos tendentes a un mismo resultado han dado lugar a ciertas leyes, no puede descartarse que la evolución del pensamiento conduzca a otros parajes³⁹. La excepcional amplitud que ESPINOZA concede a la libertad de expresión puede obedecer a que, en la *Ética*, ESPINOZA afirma como axioma que *homo cogitat*, es decir, el hombre piensa⁴⁰. La naturaleza pensante del ser humano es la que le permite modificar la realidad gracias al uso de sus facultades intelectuales, lo que la hace inescindible de la configuración esencial de cualquier persona. Bien podría el pensamiento recluirse en la interioridad de la persona sin que jamás se comunicara a quienes solo ven en él un rostro al que pueden presuponerle el pensamiento, pero sin que puedan pasar de esa asunción basada en la experiencia.

No obstante, el pensamiento es tanto potencia como acto. Acto, porque supone la transformación de palabras aisladas en un conjunto relativamente organizado de proposiciones que nos dicen algo sobre nosotros o sobre el exterior de nuestra mismidad. Potencia, porque es la antesala de la expresión entendida como formulación *ad extra* de la incognoscible realidad *ad intra*, y también es potencia porque es la semilla que, germinada, permite un intercambio de ideas que solo es posible cuando el rostro comunica mediante las palabras organizadas. Esto da pie a TATIÁN para reformular las proposiciones derivadas del axioma de *homo cogitat* y asimilar cuerpo y mente por ser una sola y la misma cosa: todo lo que se predica del cuerpo es predicable de la mente, que son, respectivamente, el atributo del pensamiento y de la extensión del ser humano⁴¹. El pensamiento es el ser del hombre y no propiamente una facultad (palabra que hemos usado en párrafos previos) porque sería más correcto decir que el hombre *es* pensamiento y no que el hombre *es* un ser que *tiene* pensamientos.

De lo anterior se sigue que los seres humanos son iguales porque todos son seres-pensamiento y no tanto seres-pensantes (donde pensar se define en esta última locución como una acción y no como un estado o atributo que no puede desgajarse de su sujeto, que sería lo propio de la primera locución), y con ello nos acercamos a Dios, en quien la expresión del pensamiento – que es infinito – carece de

³⁸ SPINOZA, B.: *Complete Works. Theological...*, cit., p. 569.

³⁹ Ibid., p. 571; DE LUCAS MARTÍN, J.: “Nota...”, cit., p. 362.

⁴⁰ SPINOZA, B.: *Ética...*, cit., p. 103.

⁴¹ TATIÁN, D.: *Spinoza disidente*, Tinta Limón, Ciudad de México, 2019, p. 93.

cualesquiera restricciones. La igualdad de las inteligencias no es cosa distinta de la igualdad de las personas, incluida su vertiente de *res extensa* y en ella encuentra su razón de ser que nivela a todos los seres humanos entre ellos y en relación con Dios⁴². Por lo tanto, *ex ante* todo pensamiento y su connatural nacimiento al mundo exterior han de ser juzgados como relevantes e interesantes, si no en grado superlativo, si al menos en grado mínimo como para desterrar la idea de que la censura es siempre útil como medio de control de pensamientos contrarios al sentir mayoritario de la sociedad. Tan solo cuando ese pensamiento, acto para sí y potencia para los demás, recibe la luz del exterior es posible enjuiciar si la presunción de relevancia halla acomodo en los hechos o no.

El Estado ha de ser el medio idóneo en el que el ser humano desarrolle ese carácter de *homo cogitat* para así subir peldaño a peldaño la escalera del conocimiento, especialmente de Dios como realidad última que insufla vida a todo y de la que todo parte como modos de una única sustancia. No es de extrañar que, en el estado civil, la persona tenga que enfrentarse solo a las cortapisas imprescindibles para evitar que el receptáculo en el que se desenvuelve su actividad intelectual se vuelva inhabitable⁴³. Además, en el Estado la persona es más libre que si vive fuera de él porque se conducirá por los decretos dictados para todos en el marco de un correcto uso de la razón. Compartirá en el Estado democrático la responsabilidad, con el resto de los ciudadanos, de animarse los unos a los otros a vencer el odio y convivir a partir del sincero amor que cada cual cultivará con base en ese recto uso de la razón, la mejor garantía de supervivencia y mejora constante del gobierno⁴⁴.

Otra vez más adquiere la libertad de expresión una dimensión social que permite no dejar la libertad de pensamiento o de conciencia encerrada entre las paredes del ser pensante (o del ser-pensamiento), animándose por el contrario a todos a comunicar y a comunicarse para un mejor vivir. La libertad de expresión no se configura como un derecho unilateral en lo que lo importante es la egoísta visión de un sujeto que se expresa sin importarle el contexto ni el auditorio, sino que se trazan las líneas para un derecho relacional que huye de los monólogos y prefiere los diálogos. Proscribir a las mentes independientes hasta el punto de condenarlas a muerte o infligirles graves castigos es insuperablemente calamitoso, aparte de contraproducente para el Estado porque rara vez estas personas se arrepienten de los delitos que se les imputan⁴⁵. En lugar de servir como ejemplo de sometimiento último a los gobernantes y su ideología, crean mártires⁴⁶ que no se pliegan a los designios ajenos, con lo que el efecto catártico que podría lograrse queda en entredicho.

ESPINOZA bascula entre los argumentos del imperativo, del pragmatismo e incluso de la utilidad para justificar su postura en relación con la libertad de expresión, en un intento por cubrir todas las laderas

⁴² TATÍAN, D.: *Spinoza...*, cit., p. 94.

⁴³ RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M.: "El pensamiento...", cit., p. 169.

⁴⁴ SPINOZA, B.: *Ética...*, cit., pp. 367-368.

⁴⁵ SPINOZA, B.: *Complete Works. Theological...*, cit., p. 570.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 572.

por las que ascender a la montaña de la libertad de expresión. Lo imperativo está íntimamente relacionado con las convicciones de que el hombre, como ser-pensamiento, debe cultivar esa capacidad para razonar por ser el único mecanismo que asegura la virtud en el actuar y por ser indelegable en su totalidad, con lo que las restricciones son, en cierta medida, antinaturales y condenadas al fracaso por una incongruencia axiomática.

El pragmatismo responde a la idea de que intentar limitar (y. *a fortiori* si hablamos de suprimir) la libertad de expresión es una empresa destinada a un rotundo y estrepitoso descarrilamiento porque el soberano jamás tendrá el poder suficiente como para controlar sin atisbo de duda un espacio que físicamente le está vetado y que, incluso de ser ese control posible, es consustancialmente etéreo y volátil. La represión crea, decíamos antes, mártires que son el combustible que mantiene viva la locomotora de la disidencia, que encontrará otras formas de seguir circulando y de sortear los obstáculos en el camino.

Llegamos al último de los criterios: la utilidad. Conseguir la ansiada meta de que los ciudadanos se abstengan de conjuras, traiciones y rebeliones puede explorarse desde el lado de la pura y simple censura, cuya teleología será eliminar la disidencia y evitar su propagación. En cambio, también es posible lograr la adhesión y fidelidad del pueblo mediante una serie de políticas pensadas para mostrar una cara benévola y generosa del poder, aunque el precio a pagar sea que muchas personas sean objeto de burlas, mofa, escarnio, críticas y exabruptos. ESPINOZA añade la utilidad – y en cierta medida, el pragmatismo – al imperativo porque, si bien él debió convencerse más a partir de este último vector, la naturaleza humana exige no presuponer que todos se conducen por motivos desprovistos de cualquier premio o castigo directo por sus actos. Sabedor de los impulsos que guían a las personas, es preferible que los gobernantes sientan la espada de Damocles pendiendo sobre sus cabezas que no únicamente fiar su buen hacer como dirigentes a sus buenas intenciones. Allí donde el convencimiento no llegue, tendrá que hacerlo la conveniencia, sobre todo si esta no solo brinda la ausencia de lo negativo, sino la presencia de lo positivo.

Vemos cómo la libertad de expresión es uno de los pilares del edificio espinosista. Tan solo con el reconocimiento de ese derecho puede ESPINOZA presentarse frente al mundo y entregarle las lentes con las que él lo ve, ya que su objetivo no es escandalizar sin más, sino animar el debate sobre temas que considera relevantes para la humanidad. Tampoco tiene alma de mártir, por lo que solo con una manifiesta tolerancia frente a pensamientos y conductas disconformes con la norma social ese debate era posible, aunque su apuesta decidida por predicar con el ejemplo de la libertad de expresión tuviera para él un coste personal que atravesó toda su vida. ESPINOZA formuló una de las aproximaciones más ambiciosas en materia de libertad de expresión no solo si lo comparamos con su época y con los antecedentes de los que partía, sino incluso si avanzamos en el tiempo. No distinguía objetivamente si

la libertad de expresión tenía que serlo solo para cuestiones religiosas, ni tampoco si subjetivamente tenía que concederse solo a católicos, a protestantes o a personas con una fe religiosa cualquiera. Su único límite era el aseguramiento de la *polis*, que por cierto no podía organizarse de cualquier manera para ser la mejor posible, ya que para cumplir con ese requisito había de ser una democracia.

Ese Estado democrático era para ESPINOZA el habitáculo perfecto para el recto ejercicio de la razón común a todas las personas, y en él depositó el filósofo toda su confianza y todas sus esperanzas de ayudar a superar los enfrentamientos entre la multiplicidad de creencias. ESPINOZA es realista y utópico a la vez porque, por un lado, no se engaña con la naturaleza humana y entiende que ha de ser domada para evitar sus excesos y, por otro lado, anhela que en el estado civil el odio sea derrotado por el amor y la superstición por el conocimiento.

1.3. Inglaterra

1.3.1. John Milton

La figura de JOHN MILTON merece ser destacada porque, al igual que el resto de los autores que desfilan por estas páginas, su obra traspasa fronteras espaciales y temporales para insertarse en el caudal de la eternidad que pertenece al mundo entero. No obstante, como cada cual es hijo de sus circunstancias, para entender mejor la obra de MILTON es preciso una breve contextualización sobre la situación de la libertad de expresión en la Inglaterra de su época. No sería hasta el 1694 que el Parlamento dejaría caer el sistema de licencias para publicar (la *Licensing Order* de 1643), lo que conllevó la supresión de la censura gubernamental *ex ante*. A partir de ese momento un editor podría ser sancionado solo tras la publicación del material, y aunque ello no implicó necesariamente una mayor libertad de prensa sí que permitió que los jurados absolvieran cuando solo había acusaciones políticas. Esta permisividad sería el germen de la ausencia de *prior restraints* en materia de publicaciones que luego el jurista WILLIAM BLACKSTONE desarrollaría en sus *Commentaries to the Laws of England* (1765), cuyos ecos se harían sentir en las colonias americanas⁴⁷.

Ese sistema de punición *ex post* dejó incólume la figura del libelo sedicioso propia del *common law*⁴⁸. Sobre qué se entendía por tal, podemos recurrir a WILLIAM HAWKINS, autor en 1716 de un tratado sobre Derecho Penal que tuvo mucho predicamento, y al juez WILLIAM MURRAY: son falsedades maliciosas y escandalosas de naturaleza política que tendían a romper la paz, incitar a la rebelión o al

⁴⁷ LES BENEDICT, M.: *The Blessings of Liberty: A Concise History of the Constitution of the United States*, The Rowman and Littlefield Publishing Group, Londres, 2017, pp. 10-11.

⁴⁸ NIEVES SALDAÑA, M.: *Areopagítica. El discurso fundacional de la libertad de expresión en la tradición constitucional occidental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 194; SIEBERT, F.S.: *Freedom of the Press in England 1476-1776: The Rise and Decline of Government*, University of Illinois Press, Champaign, 1965, p. 197.

desacato del pueblo contra el gobierno, o bien devaluar su estima por sus dirigentes⁴⁹. Su existencia, sin embargo, no vino de la mano de un gran uso, y los gobiernos procuraron no recurrir en exceso a este mecanismo legal para evitar levantar suspicacias sobre su carácter de intocables o enervar los ánimos de parte de la sociedad.

Cuando el gobierno se valía de ese mecanismo, huelga decir que buscaba perseguir la disidencia y asegurarse una opinión pública sumisa, máxime cuando las penas eran privativas de libertad o con un fuerte componente económico, además de exigirse en ocasiones cauciones en garantía de un buen comportamiento⁵⁰. Hablamos de figuras como el *binding over*, un recurso judicial que permitía imponer fianzas a acusados por libelos criminales, cuyo importe se perdía si antes del juicio seguía publicando sobre ciertos asuntos⁵¹. Así, se adelantaba en gran medida el pronunciamiento de condena al aplicar una suerte de presunción de culpabilidad y se revivía la práctica de la censura previa, además de desoír el requisito fijado por BLACKSTONE en el sentido de exigir que el tribunal justificara como probable que se repitieran ciertas conductas durante el proceso antes de imponer cualquier medida cautelar.

Incluso antes de la invención de la imprenta, en Inglaterra existía una ley que condenaba el libelo sedicioso como un medio para restringir la libertad de expresión de aquellos que opinaban de modo opuesto al criterio mayoritario u oficial. La idea que subyacía era que el gobernante no podía hacer nada mal, así que se le podía criticar, amén de no exigirse la generación de daño alguno ni tampoco ser la verdad una excusa. Es más, bajo la teoría de que la crítica verdadera puede ser más lesiva que la falsa, la primera se castigaba con mayor severidad⁵². Esta figura jurídica tuvo tanto predicamento como freno a la disidencia que, siguiendo a BLUMBERG⁵³, los inicios de la jurisprudencia estadounidense sobre la libertad de expresión y de prensa se vieron claramente influidos por la figura del libelo en Derecho inglés, tanto su vertiente civil como penal. A nivel penal se predicaba tanto de sujetos pasivos privados o públicos en relación con afirmaciones verdaderas o falsas hechas de manera maliciosa para ridiculizar, producir escarnio o provocar. El libelo sedicioso era, pues, un subtipo de libelo que protegía a los funcionarios y cargos públicos contra esas aseveraciones cuando se predicaban de actos hechos por razón de su posición.

La permisividad ante una arquitectura político-jurídica como esa tendría indudables efectos negativos sobre la libertad de expresión que acabarían asimilando la censura posterior a la censura previa de cumplirse el propósito preventivo y aleccionador de toda ley. Sería paradójico que se rehabilitara de

⁴⁹ LEVY, L.: *The origin of the Bill of Rights*, Yale University Press, Yale, New Haven, 2001, p. 122.

⁵⁰ ARIAS CASTAÑO, A.: *Clear and Present Danger test. La libertad de expresión en los límites de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 36.

⁵¹ BLUMBERG, P.I.: *Repressive Jurisprudence in the Early American Republic. The First Amendment and the Legacy of English Law*, Cambridge University Press, Nueva York, 2010, cit. pp. 4-5.

⁵² WEAVER, R.L.: *Understanding the First Amendment*, Carolina Academic Press, Durham, 2020, p. 5.

⁵³ BLUMBERG, P.I.: *Repressive Jurisprudence...*, cit., pp. 52-53.

facto dicha censura a priori cuando un escritor, escarmentado por una condena penal o civil propia o ajena dictada al calor de una opinión que se reputó incompatible con el ordenamiento jurídico, tomara buena nota para, en ocasiones futuras, ya no solo repetir el motivo de su desdicha, sino también alejarse unos cuantos pasos más por precaución. No por sutil e invisible sería esa censura menos perniciosa que la formal, y seguramente provoque mayor zozobra intelectual porque con una mano da lo que con la otra quita, lo que deja flotando en el aire una sensación de broma de mal gusto. Veremos, al analizar la libertad de expresión en Estados Unidos, que esa insólita situación la heredaron las colonias americanas por influjo del omnipresente BLACKSTONE, cuya concepción de la susodicha libertad ya hemos visto que no era otra que desterrar la censura previa y favorecer que la punición fuera posterior.

Parece que el único autor del que cabe predicar cierta distancia con el libelo sedicioso es JOHN MILTON con su obra *Areopagítica*, donde aboga vehementemente por una supresión de cualquier restricción a la publicación de textos y también parece que se postula por unos márgenes muy reducidos para el castigo *ex post*. Una de las frases más esclarecedoras la pronuncia en su desarrollo de las funciones adscritas a la prédica religiosa, donde afirma que la mejor y más segura manera de suprimir discursos peligrosos no es la punición subsiguiente, sino la refutación de la falsedad, porque de no ser así se estaría dando un peso excesivo a la ley y su poder coercitivo en detrimento de la exhortación (como sinónimo de la prédica religiosa)⁵⁴.

Otro de los pensamientos miltonianos que nos permiten ver más allá de la censura previa radica en su petición de que, por encima de cualquier otra libertad, se le conceda la libertad para aprender, para expresarse y para discutir libremente acorde con la conciencia⁵⁵. Si partimos de que los tres verbos no son sinónimos – y parece razonable concluir así porque aprender habla de lo que uno recibe, expresarse alude a lo que uno exterioriza unilateralmente y discutir versa sobre esa una exteriorización dialógica –, la libertad para aprender necesita de una intervención mínima por el Estado en obras ya publicadas. De lo contrario, MILTON pediría que una de las tres facultades del derecho que desea por encima de cualquier otro (más allá de lo intencionalmente hiperbólico de ese aserto) estuviera considerablemente limitada, cosa poco coherente. Un último argumento a favor de una cierta simetría entre la inexistencia de controles en ambos instantes es su consejo en materia de lectura, en el que se hace eco de la exhortación escrita por DIONISIO DE ALEJANDRÍA, Padre de la Iglesia, en una de sus epístolas. En ella, recomienda encarecidamente leer cualesquiera libros caigan en nuestras manos porque todos nos bastamos y nos servimos para juzgar sin necesidad de nadie más su contenido⁵⁶.

⁵⁴ MILTON, J.: *Areopagítica, with a Commentary by Sir Richard C. Webb*, Cambridge University Press, Cambridge, 1918, pp. 19 y 58; CANAVAN, F.: *Freedom of Speech. Purpose as Limit*, Carolina Academic Press, Durham, 1984, p. 41; EL MISMO: “John Milton and Freedom of Expression”. *Interpretation: A Journal of Political Philosophy*, vol. 7, n.º 3, pp. 50-65.

⁵⁵ MILTON, J.: *Areopagítica...*, cit., p. 57.

⁵⁶ Ibid., p. 17.

Traer a colación esa admonición indicaría que MILTON no sería proclive a un régimen restrictivo *ex post*.

Sin embargo, hay otros puntos de *Areopagítica* en los que se vislumbra su postura favorable a cierto control *ex post* de cualquier obra si incurre en ciertas opiniones consideradas incompatibles con el buen funcionamiento del Estado. Cuando MILTON aboga por volver al estadio jurídico previo, en el que solo se pedía identificar al autor de cada publicación, afirma que, si bajo ese régimen de sola identificación previa se considera que escriben contenidos maliciosos o difamatorios, el fuego y el verdugo serán el más oportuno y eficaz remedio que la prevención del hombre pueda utilizar⁵⁷. MILTON parece acoger sin reparos la proscripción del libelo sedicioso en toda su extensión con esa referencia genérica a conductas *mischievous* (malvados) y *libelous* (difamatorios), aunque no nos parece que esa vinculación sea tan evidente. Nótese que no emplea el término *seditionous* (sedicioso), sino que incluye el de *libelous*, que solo es la primera parte de libelo sedicioso. Cabría pensar que MILTON lo sobrentiende como parte de un sintagma nominal en el que elide el adjetivo, pero encontramos otras ocasiones en las que enumera de forma separada *libelous* y *seditionous*⁵⁸, con lo que esa explicación no funciona.

Más podría ser que MILTON estuviera pensando en los libelos como expresiones difamatorias concernientes a aspectos de la vida privada de otros ciudadanos⁵⁹, que estarían fuera del paraguas tuitivo que MILTON defiende para lo político y lo religioso. Esta frase no encuentra continuación en ninguna otra parte de *Areopagítica* y, por lo tanto, es complicado saber a ciencia cierta en qué estaba pensando, si bien a la vista de ese argumento literal creemos que la alusión a difamaciones fuera de lo político es la más ajustada al texto y a la propuesta que MILTON hace en materia de libertad de expresión. Cosa distinta es que, por la vía del *mischievous* pudiera entenderse incluida toda opinión que pusiera en riesgo el sistema político defendido por MILTON, pero una vez más carecemos de la llave que abra esa puerta.

El poeta inglés no pudo ver en vida cómo su obra política más aclamada daba los frutos que él había anhelado, ya que para cuando el mundanal final le sobrevino el 8 de noviembre de 1674 la censura previa era una realidad tan inescapable como lo fue durante casi toda su vida⁶⁰. Tendrían que pasar veinte años más para que el Parlamento no renovara la mencionada legislación sobre la censura previa, algo en lo que estoy convencido influyó su ágil y fecunda pluma.

⁵⁷ Ibid., p. 64.

⁵⁸ Ibid., p. 6.

⁵⁹ CHAPMAN, A.A.: *Courts, Jurisdictions, and Law in John Milton and His Contemporaries*, University of Chicago Press, Chicago, 2020, pp. 50-77.

⁶⁰ MILTON, J.: *Areopagitica*..., cit., p. xxix.

Hechas estas precisiones, diremos que, si bien MILTON habla de la libertad de expresión en términos que exceden el ámbito religioso, parte de su obra se asienta sobre cimientos teológicos y, además, habla también sobre la libertad de expresión en materia de asuntos divinos, cuestión esperable en la época. Al lector contemporáneo – o a cierto lector contemporáneo – se le antojaría que esa mezcla de lo divino y de lo humano como justificación de la libertad de expresión lastra su extrapolación a nuestro mundo actual, pero no creemos que haya nada que impida servirnos de la mayoría de sus argumentos en una sociedad cuya secularización la aleja de la que vivió el poeta inglés. En cierta medida MILTON busca no quedarse únicamente con la fundamentación religiosa y explora argumentos de corte netamente secular⁶¹. Quizá decir que es un fiel representante del humanismo como movimiento que busca toda causa natural en cada fenómeno a partir del empirismo, así como se ha desprendido del manto del calvinismo (puede que, en parte, pero dudo que en todo), sea mucho decir⁶², pero desde luego que no es solo un autor confesional ni creemos que su libertad de expresión sea tributaria exclusivamente de su credo religioso según han sostenido autores como LEVY⁶³.

No obstante, MILTON tiene unos fuertes anclajes religiosos y parte de su alegado inicial en *Areopagítica* se base en la contraposición católico-protestante para animar a los segundos a distanciarse de sus acérrimos enemigos y evitar cualquiera de los defectos que el poeta inglés advertía en ellos, a quienes consideraba los introductores de la censura previa gracias principalmente a la Inquisición. La considerable ventaja con la que partía MILTON era que en el mundo protestante estaba casi todo por construir a diferencia de lo que ocurría con el mundo católico, con lo que la historia estaba de su lado ni que fuera por la ausencia de casos de represión política y religiosa sostenidos a lo largo de los siglos. Evidentemente, obviar los incipientes casos que se daban en los países protestantes – así como relativizarlos o justificarlos por caer en las categorías discursivas prohibidas – ayudaba sobremanera en esa empresa de edificación del espíritu protestante. Así, esa dualidad irreconciliable entre ambos polos le lleva a afirmar que en los últimos años la persecución se ha centrado del lado católico en reprimir todo lo protestante⁶⁴, de lo que fácilmente se colige que favorecer la censura es situarse en el lado incorrecto – a ojos de MILTON – de la historia y con ello el poeta inglés anima a sus correligionarios a ser tolerantes como si ello fuera un rasgo definitorio del mundo protestante.

MILTON prosigue ensalzando las virtudes de la lectura como fuente de conocimiento, lo que le sirve para justificar que es imposible conjurar los vicios y peligros de publicaciones potencialmente perjudiciales sin, a la vez, sacrificar o poner en riesgo toda bondad que hay incluso en esos escritos a priori censurables, en lo que ha venido a llamarse teoría de la inseparabilidad⁶⁵. No es sencillo separar

⁶¹ NIEVES SALDAÑA, M.: *Areopagítica...*, cit., p. 187.

⁶² Ibid., p. 109.

⁶³ LEVY, L.W.: *Legacy...*, cit., pp. 96-100.

⁶⁴ MILTON, J.: *Areopagítica...*, cit., p. 14.

⁶⁵ DANIELSON, D.: *Milton's Good God: A Study in Literary Theodicy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982, pp. 164-177.

el grano de la paja, la buena de la mala hierba, y basculando en exceso hacia un celo censor nos arriesgamos a cortar lo bueno en un afán – casi obsesivo – por impedir que lo malo crezca, sin que haya desgraciadamente fórmulas mágicas apriorísticas para evitarlo. Es más, resulta especialmente aconsejable estar expuesto de vez en cuando al error y a la maldad para reafirmarse en la verdad y en el bien, ya que mantenernos en una especie de burbuja intelectual no hace sino debilitar nuestras ideas ante cuestionamientos que tarde o temprano vendrán por una u otra vía y para los que no estaremos preparados. A pesar de que una idea sea correcta, su valor necesita prepararse para la réplica porque puede que en ella descubra nuevas maneras de apuntalar su credo, y solo el cristiano expuesto a los cantos de sirena de este mundo y vencedor en ese embate es digno de llamarse caminante (*wayfaring*)⁶⁶ en el sentido de ir en busca de la verdad.

La evocación de esa alfombra que se tiende sobre nosotros para caminarla sin miedo no es casual, sino que en MILTON forma parte del aparato retórico con el que pretende pintar el lienzo del cristiano que no teme enfrentarse a los males que pueden aguardarle en su trayecto más que con la brújula que le proporciona su creencia en Dios, sin necesidad de estar asistido por ningún ordenamiento jurídico o prácticas políticas que le marquen un camino preciso y, por otro lado, común a todos por ser el único autorizado. Así desarrolla este punto aludiendo a que “No puedo alabar a una virtud huidiza o enclaustrada, que nunca se ejercita ni se expone al adversario, sino que abandona la carrera de la inmortalidad en la que no es posible evitar el polvo y el calor”⁶⁷.

En MILTON, la verdadera virtud depende de que la razón pueda usarse con los menores límites posibles, de tal suerte que en cada momento podamos elegir libremente entre alternativas cuyos puntos fuertes y débiles hemos descubierto gracias también a esa libertad⁶⁸. En la otra gran obra de MILTON, *Paraiso perdido*, el poeta refleja en un diálogo entre el arcángel Miguel y Adán en el que aquel le dice a este que, tras la caída del hombre por el pecado original, la verdadera libertad no existe y lo máximo que puede el ser humano es alejarse de las pasiones y los deseos que lo esclavizan con el recto uso de la razón⁶⁹. Demostrando de nuevo su inspiración cristiana, MILTON vuelve sus ojos a la Biblia para encontrar en la Carta a Tito de san Pablo la clave de bóveda para este punto, en concreto cuando sostiene en ese libro canónico que “para los puros, todo es puro”⁷⁰.

La exégesis de este precepto entiende MILTON que viene a decir que el puro, el justo, el virtuoso, no puede pervertirse por más que se le exponga a la impureza, la injusticia y el vicio, ya que si lo hace es que no es verdaderamente puro, sino que todavía no se le había tentado lo suficiente. A partir de este

⁶⁶ MILTON, J.: *Areopagitica*..., cit., p. 20.

⁶⁷ Ibid., p. 20.

⁶⁸ Ibid., pp. 117-118; TREIP, M.A.: “Reason Is Also Choice”: The Emblematics of Free Will in *Paradise Lost*, *Studies in English Literature, 1500-1900*, vol. 31, n.º 1, pp. 147-177.

⁶⁹ MILTON, J.: *Paradise Lost, Illustrated by Gustave Doré, with Notes and a Life of Milton by Robert Vaughan*, Cassell and Company, Nueva York, 1890, pp. 297-298.

⁷⁰ REINA VALERA: *Santa Biblia* – Carta a Tito (1960), 1:15.

pasaje bíblico, el autor inglés deduce que la exposición al conocimiento por sí misma carece de capacidad para convertir al bueno en malo, por cuanto esa transformación (que sería más realidad descubierta frente a terceros que mutación de la realidad preexistente) no puede hallarse en el texto, sino en la persona. Dios nos ha encomendado cultivar la templanza y, para ello, no ha dispuesto leyes o reglas específicas, sino que ha fiado su cumplimiento por los seres humanos al uso de su razón y a su capacidad de autogobernarse en términos de elegir siempre la vía más moderada y ecuánime.

En consecuencia, unos seres humanos no pueden imponer a otros una minoría de edad perpetua basada en un férreo control sobre sus pensamientos y opiniones del que Dios mismo ha prescindido en aras de dejar espacio para nuestra libertad. Las prédicas, las exhortaciones evangélicas y las vidas ejemplares de quienes nos rodean quedarían en agua de borrajas si esas leyes o prescripciones implementadas coactivamente por el poder civil mediatizaran la práctica de la templanza y virtudes concomitantes⁷¹. La persuasión ha de preferirse, en términos generales, a la coacción y a la imposición de cualesquiera índoles como mecanismos para alcanzar y mantener el ansiado orden social. Cultivar la virtud exige esa confianza entre personas que Dios ha depositado en cada una de sus creaciones porque, de lo contrario, sería ilusorio hablar de una virtud lograda por sujetos libres en su decisión del camino que quieren emprender⁷².

A mayor abundamiento, Dios otorga siempre todos los medios para que cada cual elija entre el bien y el mal, por lo que la mera exposición a ideas peligrosas desde una perspectiva religiosa o política siempre encontrará un contrapeso en oportunidades que la Providencia brinda a todo ser humano para que sea consciente del camino que ha de elegir si quiere congraciarse con la divinidad⁷³. Si hubiere alguien que decidiera ceder ante esas ideas, será solo porque ha desechado todos los manjares del Edén para optar por el árbol de la fruta prohibida. Esta línea argumental está diseñada para atacar la línea de flotación de quienes creían que, suprimiendo el régimen de autorizaciones previas, los planteamientos heréticos y heterodoxos camparían a sus anchas y serían el caldo de cultivo para la degeneración de la sociedad. MILTON tiene muy presente esta posibilidad y nadie duda de que le preocupa como a cualquier defensor de la censura, pero mantiene inquebrantable su confianza en que los justos perseverarán a pesar de todos los pesares⁷⁴.

El literato inglés sale al paso de tres críticas que considera habituales a una apertura a la libertad de expresión. La primera es la capacidad de contagio que tienen las opiniones falsas o erróneas, que son consideradas como infecciones. A ello objeta MILTON que la Biblia también se refiere en muchos pasajes a hechos poco honrosos y no aclara de un modo satisfactorio si tal o cual conducta es correcta

⁷¹ MILTON, J.: *Areopagitica*..., cit., p. 21.

⁷² Ibid., p. 29.

⁷³ Ibid., p. 61.

⁷⁴ BLASI, V.A.: "A Reader's Guide to John Milton's *Areopagitica*, the Foundational Essay of the First Amendment Tradition", *The Supreme Court Review*, n.º 273, p. 273-312.

o no, y cuando lo hace a veces no lo hace tampoco de ese modo satisfactorio que se esperaría de un texto cuyo origen es divino. Hace extensible tal razonamiento a la pléyade de obras de autores paganos, en las que no todo es edificante, pero que contienen muchas trazas de verdades con las que vivimos y que son de la máxima utilidad⁷⁵.

El segundo foco de riesgo es la distracción, esto es, que los lectores puedan emplear su tiempo en ocupaciones vanas por no poder extraer de ellas provecho alguno. Recuerda MILTON aquí su teoría de la inseparabilidad porque en ella aprendemos que la pureza de contenidos es prácticamente quimérica y en la vida encontramos dosis de contenido aprovechable y e inaprovechable de manera entremezclada, además de que lo que *prima facie* se presenta como inaprovechable puede ser fuente de conocimiento *a sensu contrario*⁷⁶.

El tercer y postrer foco de riesgo es la tentación que puede constituir vernos expuestos a contenidos perniciosos para nuestra vida espiritual y política. Habida cuenta de la semejanza que encuentra con la distracción, MILTON recurre de nuevo a su argumento sobre la inseparabilidad para ofrecer una respuesta que considera zanja la cuestión⁷⁷.

A nivel práctico, MILTON desconfía de los métodos censores – por más perfeccionados que se consideren – porque al corresponder a personas su ejecución siempre se dan disfunciones que empañan su correcto funcionamiento. Las rencillas personales, la inercia, la falta de preparación o la demora lastran cualquier empresa humana y la censura no es una excepción⁷⁸, con el desvalor añadido de que las disfunciones se proyectan sobre la difusión del conocimiento. Sumaría yo a ello la asimetría en el ejercicio de la función censora, que solo genera desconcierto y un regusto difícilmente superable de aplicación caprichosa a gusto no del fundamento del sistema, sino de cada censor. A fin de cuentas, la vaguedad que supone calificar una obra como “peligrosa”, “subversiva”, “heterodoxa” o epítetos análogos forzosamente ha de trasladarse a la vaga justificación con la que un libro pasa o no esos filtros, así como con la imprecisa motivación de por qué un censor entiende tal o cual criterio de modo diferente a su compañero de mesa.

Al calor de esa enumeración de fallas en el sistema censor, MILTON añade que el trabajo de fiscalizador de obras ajenas solo creará personas que necesariamente acometerán mal su tarea porque esta consiste precisamente en analizar permanentemente obras que no han elegido leer, algunas de las que pueden ocupar ingentes volúmenes. Lo que finalmente se acaba lastrando es, pues, el desarrollo de la humanidad, y desgraciadamente muchas veces de manera inadvertida porque quienes diseñan el

⁷⁵ MILTON, J.: *Areopagitica*..., cit., pp. 21-23.

⁷⁶ Ibid., p. 24.

⁷⁷ Ibid., p. 24.

⁷⁸ Ibid., p. 32.

sistema rara vez se preocupan de velar en concreto por su ejecución y simplemente hacen dejación de sus deberes *in vigilando e in eligendo*. Tampoco cree MILTON que sea la censura el medio más práctico para mantener un orden social del que es un firme defensor, y precisamente por ello se preocupa de seleccionar los mejores medios para esos loables fines.

Limitar la circulación de ideas puede darnos una sensación de ese orden, pero será superficial y efímera porque sus verdaderos garantes hay que buscarlos en lo que no vemos de manera tan evidente: la educación que recibimos no solo durante la etapa inicial de nuestra vida, sino aquella que alimenta nuestras almas a lo largo de nuestro transitar por este mundo⁷⁹, y que incluye instituciones tanto formales como informales. La censura puede eludirse *de facto* de esa manera porque las ideas proscritas seguirán circulando de manera clandestina y ello pondrá más en peligro el orden que evitar emplear un control exhaustivo de todo lo que se publica y se dice en público por el medio que sea. Tampoco hemos de dejar de percatarnos sobre que ese sistema de licencia previa no puede aplicarse a obras que ya están en circulación, lo que genera una contradicción patente, así como que tampoco podrán controlarse las obras distribuidas en Inglaterra, pero editadas y publicadas en el extranjero. Más juicioso será percatarnos de dónde tenemos que dirigir nuestra atención y nuestros esfuerzos, evitando hacernos trampas al solitario.

Todo lo anterior se ve enriquecido por otra reflexión que nos parece muy pertinente y perspicaz: si lo que realmente se busca es controlar cualquier manifestación con el potencial de sacudir los cimientos de la sociedad, entonces la censura previa de obras literarias será insuficiente. Esta carencia provendrá de que habrá otras tantas actividades humanas con ese mismo potencial y que, de no ser controladas tan férreamente como la literaria, serán flancos por los que el enemigo atacará con la misma fiereza que en lo textual⁸⁰. Deberíamos, si queremos ser consecuentes, extender ese aparato fiscalizador a todas las actividades de ocio y pasatiempos con las que las personas se entretienen, como la música y la danza. Solo las melodías más sobrias y dóricas podrían deleitar nuestros oídos y solo los bailes más recatados y honestos podrían alegrar nuestra vista (si es que la sempiterna sequedad creativa fuera capaz de ello de despertar algo que no fuera el tedio).

Pero incluso podríamos ir más lejos si lo que nos mueve es el celo incombustible de desterrar todo vicio en nuestro entorno para crear una sociedad de perfectos virtuosos por mandato legal. Habría que controlar las conversaciones que las personas mantienen, lo que comen en sus casas, lo que beben en las tabernas, lo que las personas visten, a quiénes consideramos amigos y enemigos, con quiénes nos casamos...⁸¹ En fin, una situación que a nadie le parecería deseable, como tampoco puede parecernos deseable que esos mismos criterios se concentren en la supervisión permanente de los libros. La

⁷⁹ Ibid., pp. 25, 30, 31, 33, 39, 43.

⁸⁰ Ibid., p. 27.

⁸¹ Ibid., p. 27.

concepción miltoniana que se infiere de todo lo antecedente se mueve entre lo colectivo y lo individual, sin que sea fácil distinguir en ocasiones qué argumento entra en qué categoría, sobre todo si atendemos a que pasar de lo particular a lo general y viceversa es en ocasiones un recurso tan pedagógico como discrecional (cuando no arbitrario)⁸². Así, un argumento expuesto desde un prisma individualista puede alcanzar cotas colectivas, como cuando del respeto del individuo *qua* individuo podemos dar el salto a defender que lo comunitario se ve enriquecido por una individualidad anchamente respetada.

Por ello, quizá no sea tan determinante para el conjunto adscribir a MILTON en una corriente más individualista o colectivista, sino valorar la contribución que realiza sin etiquetas de esa índole. No deja de ser un autor que se mueve en un mundo cristiano, con la relevancia que el grupo tiene para cualquier credo religioso, pero que a la vez observa con lentes protestantes, que otorgan un mayor protagonismo al sujeto en su relación particular con Dios. Además, necesariamente ha de conjugar la defensa de la concreta persona – como acreedor de la confianza de la que hemos hablado antes – con la irradiación de los efectos que cada persona tiene para la sociedad *qua* sociedad. A la larga, el carácter de la sociedad se resiente porque se debilita su capacidad para enfrentarse a los grandes desafíos de los que, por otro lado, no puede sustraerse sin grave quebranto del futuro de esa sociedad. No solo hay que pensar en una pérdida de vigor en relación con otros Estados, sino que a nivel intranacional ocultar las disputas que, por otro lado, no se extinguirán solo por ese ocultamiento, es insensato, y MILTON siempre dio muestras de ello al rasgarse las vestiduras con menor facilidad ante opiniones religiosas frontalmente opuestas a las suyas.

El poeta inglés acuña el aforismo *knowledge in the making*⁸³ (conocimiento en construcción o conocimiento en ciernes) como parte de ese programa individual y social en el que la adquisición sapiencial no puede detenerse en un punto concreto de la historia ordinaria, cual si a partir de entonces hubiéramos alcanzado el cénit de la verdad. Para MILTON, eso solo será posible cuando nos despojemos de nuestra condición mortal y, revestidos de los atributos de la eternidad, adquiramos un conocimiento pleno y definitivo de las cuestiones vitales. La verdad, que será un leitmotiv en la producción literaria miltoniana, es demasiado preciosa como para alcanzarla de cualquier manera o al precio que sea, y tan importantes serán el qué y el cómo. Con ello, aludimos a la crítica de MILTON a quienes se jactan de haber alcanzado las certidumbres vitales solo porque creen a pies juntillas lo que un predicador, o un Parlamento, dice sin cuestionarse jamás si lo que están recibiendo es cierto o no. El poeta inglés se desentiende por completo de si lo que creen es verdadero o no para centrar su argumento en el camino que les ha conducido a ese punto de convencimiento⁸⁴.

⁸² BLASI, V.A: “A Reader’s Guide...”, cit., p. 285.

⁸³ MILTON, J.: *Areopagitica*..., cit., p. 52.

⁸⁴ Ibid., p. 43.

En mérito de dicha separación entre fin y medio puede MILTON reputar como herético a quien cree en la verdad, pero lo hace sin base alguna o con base en fundamentos erróneos que lo son por su dejadez o conformismo. Si la única razón para la verdad es la autoridad de quien dice pronunciarla, para MILTON estamos ante un hereje de la verdad, mucho más detestable que quien aún no ha alcanzado la meta y se esmera en lograr alcanzarla andando los caminos de los hombres intelectualmente libres. La herejía queda así redefinida, o al menos sus contornos ensanchados, para acercarse a realidades que hasta entonces en el orbe cristiano pocos hubieran catalogado de tal⁸⁵. Si queremos comprender en su totalidad esta idea hemos de acudir al manantial griego y, en concreto, al vocablo *προαίρεσις* (*proaíresis*), cuya traducción tanto puede ser “preferencia” como “fin” (es interesante la relación entre lo que ambas traducciones evocan)⁸⁶.

En el ámbito filosófico, *proaíresis* designa la toma de posición o elección racional fruto de un análisis suficiente de las diferentes alternativas en liza. MILTON se habría servido implícitamente de ese concepto para marcar un hiato entre los que deciden usando la inteligencia y los que dejan que otros decidan por ellos, apostando decididamente por lo primero y denostando profundamente la práctica de lo segundo⁸⁷. El planteamiento de una herejía en estos términos tiene algo de caricaturización de los intentos por condenar como tales a todos aquellos que sostienen opiniones discrepantes, como si se trata de un mantra cuyo efecto al pronunciarse se espera que sea el de silenciar al oponente. MILTON muestra de nuevo aquí su priorización por un carácter genuino que suele atribuir al fondo de las personas y no a su simple exteriorización⁸⁸, tendente a ser más fachada que cimiento, para lograr el verdadero orden social de las sólidas conciencias y no del humo evanescente de las apariencias.

Según MILTON, una postura cómoda frente a la verdad es especialmente hiriente cuando la referimos de personas cuya autoridad en la sociedad se da por descontada y, por lo tanto, se erigen en referentes – y son conscientes de ello – para colectivos enteros. MILTON expone el caso de todo predicador que, resguardado tras la falsa seguridad que encuentra en sermones mecánicos extraídos de formularios elaborados por otros, necesita acuciantemente que un guardián – el censor – vigile sus espaldas ofreciéndole la tranquilidad de que nada potencialmente subversivo alterará su remanso de paz⁸⁹. La herida sangra con especial profusión si a lo anterior sumamos que la gente suele confiar en los hombres de religión que les dicten lo que hay que hacer y lo que no porque el ciudadano medio se tiene por incapaz a tales fines⁹⁰. Si a la desidia de unos por su propia salvación le sumamos el

⁸⁵ GREGORY, T.: “How Milton Defined Heresy and Why”, *Religion & Literature*, vol. 45, n.º 1, pp. 148–160.

⁸⁶ PABÓN Y SUÁREZ DE URBINA, J.M.: *Diccionario Manual Griego clásico-Español*, Vox, Madrid, 2008, p. 498.

⁸⁷ SMITH, N.: “Paradise Lost and Heresy”, en MCDOWELL, N. / SMITH, N. (EDS.): *The Oxford Handbook of Milton*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 510-524; MUELLER, J.: “Milton on Heresy”, en DOBRANSKI, S.B. / RUMRICH, J.P. (EDS.): *Milton and Heresy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, pp. 21-38.

⁸⁸ MILTON, J.: *Areopagitica...*, cit., pp. 44-45.

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 45-46.

⁹⁰ ARRESE IGOR, H.O.: “Freedom of Speech and Moral Development in John Milton’s Political Thought and Johann Gottlieb Fichte’s Revolutionary Writings”, *Las Torres de Lucca – International Journal of Political Philosophy*, vol. 8, n.º 14, pp. 9-33.

conformismo de los otros con respuestas siempre preordenadas, el resultado es un notable empobrecimiento de la vida espiritual de todos, lo que sirve igualmente cuando hablamos de cuestiones políticas.

Él mismo intentó predicar con el ejemplo y siempre sostuvo que todos crecemos con la educación que otros han procurado para nosotros y con la educación que nosotros nos hemos procurado⁹¹. No es que ambas sean mutuamente excluyentes, pero es necesario que la segunda prime con el paso del tiempo, evidentemente con parte de sus fundamentos en la primera, pero sin que sea excusable acogerse a la comodidad de dar por concluido ese periplo en el punto en el que otros nos dejaron. A veces, eso confirmará el caudal recibido y, a veces, traerá el rechazo a parte de lo que dábamos por descontado, y en cualquier caso ambas disposiciones del ánimo tendrán su génesis en la autonomía del sujeto pensante y no en la permanente dependencia del exterior. Es muy revelador leer a MILTON sosteniendo que, de tanto ver solo la luz de Calvino y Zuinglio, era posible que los cristianos de su época se hubieran quedado ciegos y no fueran capaces de contemplar la verdad en otras luces⁹², lo que viniendo de un pensador protestante hasta la médula como él no es decir cosa precisamente menor.

Este ruego de ir más allá vestido de mera constatación demuestra que en MILTON hay mucho de la actitud que solemos atribuir a los humanistas renacentistas⁹³ (visitó a GALILEO en su arresto domiciliario) y que le llevó a ser un autor en el que lo religioso no fue lo único que movió su pluma. MILTON claramente opta por un camino difícil, pero mucho más honesto, de evitar una adhesión superficial, fría y que esconde un rechazo interior para buscar, en su lugar, la adhesión en la sinceridad que solo es posible gracias a la libertad⁹⁴. MILTON recurre a una adaptación cristiana – cosecha suya – del mito de Isis y Osiris a partir del relato que ofrece para conceptualizar lo que él entiende por esa verdad que tenemos que coger con nuestras propias manos y no dejar que otros nos las muestren desde una cómplice distancia:

“La verdad bajó al mundo con su divino Maestro y era la forma más perfecta y gloriosa jamás vista, pero cuando tras su ascensión sus apóstoles se quedaron dormidos, surgió una raza depravada de embusteros que cogieron a la virginal Verdad, la trocearon y la esparcieron a los cuatro vientos. Desde entonces, los tristes amigos de la Verdad imitan la cuidadosa búsqueda que Isis hizo del cuerpo mutilado de Osiris, recuperando cada uno de sus miembros a medida que los encontraba.

⁹¹ MILTON, J.: *Areopagítica...*, cit., p. xi.

⁹² *Ibid.*, p. 49.

⁹³ NIEVES SALDAÑA, M.: *Areopagítica...*, cit., p. 109.

⁹⁴ MILTON, J.: *Areopagítica...*, cit., p. 50.

Lores y Comunes, todavía no hemos encontrado todos esos miembros, y nunca lo haremos hasta la segunda venida del Maestro, así que mientras deberemos juntar todos esos miembros y moldearlos para crear una figura inmortal de amor y perfección”⁹⁵.

No es MILTON un utópico que desconozca los riesgos inherentes a un ágora abierta prácticamente de par en par, y su cercanía con el pragmatismo de Maquiavelo resuena en su magna obra poética – *Paraíso perdido* – cuando el ángel Rafael le aconseja a Adán ser moderadamente sabio y no tener ensoñaciones de otros mundos⁹⁶. Lo que ocurre es que el poeta inglés hace gala de una fe (evidentemente, habrá quien vea en esto la utopía miltoniana⁹⁷) inquebrantable en Dios como garante último e inapelable de que el mundo no sucumbirá ante el mal porque la Providencia asegurará la perseverancia de los justos⁹⁸, quienes podrán vivir al borde del precipicio, pero nunca se despeñarán por él. Bajo este argumento de continente únicamente religioso se esconde la defensa por MILTON de que la mentira solo puede sobrevivir en el corto plazo, pero si se asegura una sociedad abierta permanentemente al intercambio de ideas, a largo plazo esa mentira quedará expuesta y la verdad acabará triunfando⁹⁹. La pátina teológica le permite a MILTON reforzar su confianza en ese futuro imaginado que será capaz de superar los contratiempos originados por hábitos perjudiciales que con tanta facilidad anidan en nosotros, en lo que tanto la iniciativa divina (que no predestinación, creencia con la que MILTON rompió en algún momento de su vida según se infiere de algunos pasajes de *Paraíso perdido*¹⁰⁰, imposibles de leer en clave calvinista) como la cooperación humana juegan un papel crucial¹⁰¹.

Los recursos visuales y plásticos adquiridos durante años de estudio son objeto de despliegue en *Areopagítica*, que, aunque tenga forma de prosa está escrito por alguien habituado a tratar con la forma poética. Eso explica que las imágenes se multipliquen cuando hable de que el dinamismo perpetuo de la verdad sugiere la dificultad de domesticarla para regularla, ya que la verdad y el conocimiento no son mercancías monopolizables con dinero o leyes¹⁰². MILTON sostiene que no podemos hacer de la sabiduría adquirida a lo largo de los tiempos un producto cualquiera, como si se tratara de una pieza de ropa que pudiéramos etiquetar y patentar¹⁰³. Estamos hablando de la mercancía más valiosa de la que disponemos, incompatible con “establecer una oligarquía de veinte acaparadores

⁹⁵ MILTON, J.: *Areopagítica...*, cit., p. 48.

⁹⁶ MILTON, J.: *Paradise Lost...*, cit., p. 187.

⁹⁷ MEIKLEJOHN, A.: “The First Amendment Is an Absolute”, *The Supreme Court Review*, vol. 1961, pp. 245–266.

⁹⁸ BLASI, V.A.: “A Reader’s Guide...”, cit., p. 297.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 311.

¹⁰⁰ MILTON, J.: *Paradise Lost...*, cit., p. 60. Esa incompatibilidad surge de considerar que la responsabilidad moral por la caída del hombre se atribuye solo al hombre mismo, extremo incompatible con la predestinación.

¹⁰¹ MILTON, J.: *Areopagítica...*, cit., p. 60.

¹⁰² *Ibid.*, p. 37.

¹⁰³ KENDRICK, C.: “Ethics and the Orator in *Areopagítica*”, *English Literary History*, vol. 50. n.º 4., pp. 655–691.

sobre ella, para traer una hambruna sobre nuestras mentes cuando no conozcamos nada más que lo que nos miden por su celemín”¹⁰⁴.

La censura tiene en el poeta inglés mucho de mercantilización del saber porque obliga a unos a venderse al organigrama censor a cambio de obtener el permiso para seguir viviendo de su pluma. Eso convierte a los otros en los dueños y señores del mercado de referencia, que no es nada más y nada menos que el de las ideas, pero no gracias a la autorregulación de ese sector de actividad, sino por mor de una legislación que les ampara y que resulta una barrera de entrada infranqueable para todo escritor que no quiera verse en el más absoluto ostracismo. La economización del intercambio de ideas inspiraría al juez Holmes y a otros como él a emplear la expresión “mercado de las ideas”¹⁰⁵ en algunas de sus sentencias y escritos más icónicos sobre la libertad de expresión, según tendremos ocasión de comprobar al hablar sobre ese derecho en Estados Unidos. La introducción de conceptos económicos puede explicarse, aparte de por parecerle a MILTON muy ilustrativos, a la batalla que por aquel entonces libraban los impresores contra los agravios que sentían procedentes de la monarquía, sin que sea imperativo recordar de qué lado tendía a posicionarse MILTON en asuntos que concernían a esa última. El escritor inglés se había criado rodeado de empresarios que, como su padre, disponían de negocios en el corazón de la ciudad londinense, símbolo del poder financiero de una gran metrópolis en expansión constante allende los mares.

No debe extrañarnos el empleo de vocablos con los que estaría muy familiarizado, aunque hay que ser prudentes en trazar líneas convergentes entre la libertad de expresión y la libertad de mercado¹⁰⁶. A diferencia de lo que ocurrirá siglos después en el pensamiento de HOLMES al que hemos aludido, no es que MILTON integre el libre mercado de ideas en el libre mercado en términos de mercancías en sentido estricto, sino que para MILTON las ideas han de ser una excepción a esa regulación y no un bien cuya desregulación prefigure la de esas mercancías *stricto sensu*¹⁰⁷. Esto engarza con que podamos afirmar de manera razonable que MILTON no encaja dentro de la definición de pensador liberal según la entendemos hoy en día, y lo mismo vale para cualquier intento de calificarlo como libertario, pluralista o escéptico moral. El poeta inglés es un firme defensor de la libertad de expresión y buena prueba de ello es todo lo que hemos visto hasta ahora, pero también hemos anunciado antes la existencia de límites a esa libertad que hacen de él alguien alejado de una postura absolutista en esta materia, e incluso de una posición tan abierta como la de ESPINOZA.

Y, aun así, es capaz de ver que la censura instaura un régimen de desconfianza que opera en múltiples frentes porque mina la credibilidad, frente a los lectores, de autores que parecen necesitar siempre del

¹⁰⁴ MILTON, J.: *Areopagitica*..., cit., p. 56.

¹⁰⁵ KENDRICK, C.: “Ethics...”, cit., p. 677.

¹⁰⁶ HOXB, B.: “The Trade of Truth Advanced: Areopagitica, Economic Discourse and Libertarian Reform”, *Milton Studies*, n.º 36, pp. 177-202.

¹⁰⁷ BLASI, V.A.: “A Reader’s Guide...”, cit., p. 289.

beneplácito de terceros para expresarse *erga omnes*, como si el maestro fuera un sempiterno alumno. Uno de ellos afecta al lector que, a poco que reflexione acerca de la censura, pronto percibirá que no lee al autor, sino que lee al autor mediatizado por otra persona interpuesta que le oculta el verdadero sentido y extensión de la obra. MILTON lo plantea con su habitual facilidad para el lenguaje lírico: “Y cómo podrá un hombre enseñar con autoridad, cuál habrá de ser la vida de enseñar; cómo podría ser un doctor en su libro como de él se espera, o quizá mejor haría en callar por cuanto lo que enseña, lo que brinda, está bajo vigilancia, bajo la corrección de su patriarcal censor que puede mutilar o alterar cuanto encuentra contrario a su carácter estrecho de miras que él tiene por razón”¹⁰⁸.

La sensación de ajenidad será inevitable por ese distanciamiento entre quien emisor y receptor¹⁰⁹, donde el autor deja de ser un yo para sí o un yo para el público y pasa a convertirse en un yo para otro. Es un otro y no un tú porque es ajeno al fin último de su obra, que no es otro que el de compartir con los lectores su mundo interior sin más interposiciones que la imprescindible del texto. El autor extrañará su verdadera obra porque, acuciado por la novedad de lo que no es realmente suyo, echará de menos lo que es habitual para él¹¹⁰, es decir, él mismo. El texto pasa a ser también una otredad para su padre (o madre, no se entienda que lo empleo en término masculino excluyente) porque le privan de su forma y de su fondo genuinos, y ya no puede reconocer su sola mano, sino la de un extraño. El escritor que ya ha tenido que agachar la cerviz en ocasiones anteriores se parapeta de manera preventiva en un yo para un otro presunto al que acaba temiendo en abstracto y a quien necesita, pero no quiere, complacer.

Y es que ese autor que ha interiorizado la censura conocerá sus resortes y no se esforzará en escribir en torno a ciertos temas – o evitará ciertas maneras de aproximarse a esos temas – de tal suerte que la vela de su genio literario se acabará apagando. Si, acostumbrado a la censura, se propone rodearla, deberá hacerlo de tal modo que prácticamente su mensaje quede enterrado bajo capas de eufemismos o laberintos dialécticos en los que puede que él y el lector se acaben perdiendo y, con él, se pierda la fuerza del mensaje que hay en su cabeza. Podemos añadir también a esto la idea que el autor puede forjarse de un lector al que se cree suficientemente incapaz de exponerse sin filtros a todo lo que salga de su pluma, que por otro lado ya sale de la fábrica editorial esquilada. La infantilización de la creación literaria, fruto de la estandarización de contenidos que la censura generará¹¹¹, también vendrá desde esa óptica, que tenderá a considerar al lector como un sujeto precisado de ayuda permanente para evitar descarriarse.

¹⁰⁸ MILTON, J.: *Areopagitica...*, cit., p. 35.

¹⁰⁹ Al respecto de este, el poeta inglés tiene en mente al ciudadano común y no a uno necesariamente versado en múltiples materias (vid. MILTON, J.: *Areopagitica...*, cit., p. 38).

¹¹⁰ Real Academia Española (s.f.). Extrañar. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 13 de noviembre de 2023 de <https://dle.rae.es/extra%C3%B1ar?m=form>.

¹¹¹ SHERMAN, S.: “Printing the Mind: The Economics of Authorship in *Areopagitica*”, *English Literary History*, vol. 60, n.º 2, pp. 323–347.

Antes de finalizar con MILTON, conviene que nos detengamos sobre los límites a esa libertad de expresión – más allá de las dudas sobre la punición *ex post* mencionadas antes – precisando que MILTON siempre piensa en que los beneficiarios de la libertad de expresión serán aquellos que comparten entre sí cierto poso común y cuyas diferencias no serán magnitudes inconmensurables, siendo preciso de este modo compartir lo que denomina “unidad del espíritu”¹¹² siguiendo la alusión paulina a la unidad de los cristianos¹¹³. Si partimos de esta base, es más fácilmente comprensible que toda la grandilocuencia de su discurso conviva con la interdicción de ciertas ideas como el papado, la superstición o la irreligiosidad o impiedad notorias que atentan contra los cimientos de la fe y sus prácticas esenciales. Entendía MILTON que con creyentes como los católicos no existían lugares de encuentro teológico bastantes como para hablar de un poso común¹¹⁴.

Algunos autores han visto en la exclusión de ciertos colectivos, más que de ciertas ideas, una actitud intolerante por MILTON que echa por tierra toda su fundamentación de la libertad de expresión, sobresaliendo los reproches para con su actitud hacia los católicos por entender que existe una animadversión basada en principios religiosos. Que haya un componente religioso en su hostilidad hacia la Iglesia Católica nos parece fuera de toda duda, ya que, si realmente hubiera ecuanimidad por su parte, sería coherente y prohibiría también el discurso a los presbiterianos más recalcitrantes (entre los que no se encontraba MILTON) por querer someter el poder civil al religioso, pero con la misma carencia de duda afronto que no es religión todo lo que reluce aquí.

MILTON vivió en una época en la que el conflicto con el catolicismo estaba a flor de piel y eran constantes las sospechas de que Roma quería socavar la autonomía religiosa y política de Inglaterra, sin que faltara razón a la vista del sangriento antecedente de María I (1553-1558), que se cobró la vida de personajes ilustres como el arzobispo de Canterbury Thomas Cranmer cuando se negó a retractarse públicamente de su credo protestante. La idea de que hubiera una iglesia cristiana autocéfala no era plato de buen gusto para las autoridades católicas y harían todo lo que estuviera en su mano para lograr que los díscolos ingleses volvieran al redil católico. Si MILTON optaba por incluir abiertamente a los católicos entre el elenco de ciudadanos respetables que merecían un trato de plena igualdad, sus ya cuestionables opiniones a ojos de muchos miembros del Parlamento serían relegadas por completo y seguramente se convertirían en pasto de las llamas. En un momento de negociaciones entre el Parlamento y la Iglesia Presbiteriana escocesa para llegar a una entente cordial¹¹⁵, que un destacado afín del Parlamento expusiera ese parecer incluso podría tenerse por un acto de traición.

¹¹² MILTON, J.: *Areopagitica...*, cit., p. 61.

¹¹³ REINA VALERA, 1 Corintios (1960), 1:1-4.

¹¹⁴ BLASI, V.A.: “A Reader’s Guide...”, cit., p. 306.

¹¹⁵ NIEVES SALDAÑA, M.: *Areopagitica...*, cit., pp. 173-174.

Junto con lo que antecede, no puede descuidarse que MILTON carga las tintas contra el catolicismo por ser el artífice del sistema de censura que busca desarbolar en su obra, por lo que con esos mimbres es improbable rebajar la tensión con quienes creía que eran los culpables de las restricciones a la libertad de expresión¹¹⁶. Siempre queda argüir que el poeta inglés podría haber optado por llevar su sistema hasta las ultimísimas consecuencias, pero incluso los revolucionarios son, en ocasiones, seres de carne y sangre.

1.3.2. John Stuart Mill

Antes de dejar las islas británicas, sería un crimen de lesa filosofía pasar por alto a JOHN STUART MILL (1806-1873), de quien se ha dicho que es el filósofo anglófono más importante del siglo XIX¹¹⁷. Por más que viviera y desarrollara su pensamiento después de las grandes revoluciones del siglo XVIII, su contribución determinante a la teorización de la libertad de expresión lo hace acreedor de una más que justa excepción a los caprichos cronológicos. Su trayectoria vital da buena prueba de que sintió en carnes propias la improrrogable necesidad de seguir su propio camino, de explorar por sí mismo las veredas del conocimiento fuera de los senderos en los que su padre había prefijado la dirección a seguir. Y es que MILL gozó de una educación envidiable que le fue proporcionada por su padre, James Mill, escocés de origen humilde que había logrado hacerse un hueco entre las clases acomodadas gracias a su relación con el terrateniente local y, sobre todo, con JEREMY BENTHAM¹¹⁸.

Pero hasta lo que parece envidiable de puertas afuera puede no serlo tanto de puertas para adentro, ya que con demasiada frecuencia juzgamos a los demás conforme a parámetros objetivos cuando se supone que quienes viven la vida son sujetos y no objetos. Esto fue precisamente lo que le aconteció a un joven MILL que, con veinte años, sufrió una crisis existencial que le llevó a cuestionarse buena parte de las señales que su padre y BENTHAM habían dispuesto en el mapa de su travesía existencial¹¹⁹. El principal motivo nos lo cuenta él mismo en su *Autobiografía*, un documento que nos permite adentrarnos en la sique de MILL porque no solo dedica las páginas de esa obra a una impersonal descripción de los hechos de su vida, sino que comparte con sus sosiegos y desasosiegos emocionales. En concreto, MILL nos describe cómo en 1826 se encontraba en un estado de apatía y de indiferencia por todo lo que hasta entonces le había inspirado felicidad, lo que le llevó a la incisiva – y a la postre decisiva – pregunta sobre qué ocurriría si todo aquello en lo que creía y que ardientemente defendía se materializara.

¹¹⁶ NIEVES SALDAÑA, M.: *Areopagítica...*, cit., pp. 174-175 y 180.

¹¹⁷ MILL, J.S.: *On Liberty*, Penguin Classics, Londres, 2006, p. ix.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. x.

¹¹⁹ MILL, J.S.: *Collected Works of John Stuart Mill*, vol. 1, *Autobiography*, University of Toronto Press, Toronto, 1981, p. 93.

Este ejercicio de introspección sería la puntilla a su delicada salud emocional y la gota que colmaría el vaso del interminable túnel en el que se había adentrado meses atrás. Y es que la respuesta, él mismo nos lo dice, fue un rotundo no. Sinceramente, le daba completamente igual que todas las causas de las que había hecho bandera llegaran a buen puerto. Se había quedado sin motivos para ser feliz y para seguir levantándose cada mañana¹²⁰. A partir de ese momento, empezó a cuestionarse todo lo que había aprendido de su padre y gracias a su padre y se percató de que su vida estaba llena de muchas cosas, pero también muy vacía de otras tantas. Su tren siempre había circulado por una vía que no admitía desvíos a placer del maquinista – que se suponía tenía que ser él y no otros –, y llegado a la veintena se daba cuenta de todo lo que había en los márgenes de sus cómodas y seguras vías.

Este descubrimiento no le llevó a una ruptura radical con su pasado, sino a ensanchar sus horizontes intelectuales y frecuentar grupos distanciados de BENTHAM (cuyo sistema filosófico criticaría abiertamente más adelante) como la *Debating Society* – grupo que abandonaría tres años después¹²¹ –, aunque ello tuviera consecuencias directas en un distanciamiento con su padre y con el círculo al que hasta entonces se había adscrito. Puso tierra de por medio con una visión demasiado fría, demasiado calculadora de la realidad y sobre todo del ser humano para poner en valor los sentimientos, entró en contacto con las ideas socialistas principalmente a través de Claude-Henri de Rouvroy (más conocido como Henri de Saint-Simon porque era el conde de Saint-Simon¹²²) y cultivó de manera estable el gusto por la poesía¹²³.

Quizá uno de los pasajes que creemos reflejan mejor ese cambio de mentalidad – primero en lo formal como única puerta de entrada para lo sustantivo – lo leemos en su descripción de la opinión que le mereció la crítica publicada por Thomas Macaulay en el *Edinburgh Review* de 1829 a la obra *Essay on Government* escrita por su padre James Mill. Para aquel entonces habían transcurrido tres años de la ruptura con la estricta adhesión a los principios aprendidos de su padre y BENTHAM, y MILL nos cuenta cómo aproximarse con la mente abierta al intercambio de críticas y contracríticas entre su padre y Macaulay le permitió darse cuenta de que, si bien había algo de verdad en el pensamiento de su progenitor, también había algo de verdad en las réplicas que Macaulay había desgranado en sus textos¹²⁴. Fue precisamente la voluntad de encontrar una vía intermedia la que le inspiró a escribir su *A System of Logic, Ratiocinative, and Inductive*¹²⁵.

¹²⁰ MILL, J.S.: *Collected Works...*, cit., pp. 92-93.

¹²¹ *Ibid.*, pp. 102.

¹²² Siempre nos ha llamado poderosamente la atención que, en un país tan marcadamente republicano en su historia moderna y contemporánea, impere la costumbre de llamar a algunos de sus más ilustres representantes a partir de sus títulos nobiliarios. Ahí están el marqués de Sade, Condorcet o Montesquieu.

¹²³ MILL, J.S.: *Collected Works...*, cit., pp. 98-99 y 105-106.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 103.

¹²⁵ MILL, J.S.: *A System of Logic, Ratiocinative, and Inductive*, John Parker-West Strand, Londres, 1851, p. 5.

Con todos estos mimbres, no sorprenderá ni a propios ni a extraños su acérrima defensa de la libertad de expresión, a la que en su *On Liberty* dedicó su elocuentísimo capítulo II por entero (titulado *On the Liberty of Thought and Discussion*)¹²⁶, y que esta tenga como pilares el descubrimiento de la verdad que tal derecho nos permite y la emancipación individual que procura a quienes son libres para ejercerla¹²⁷, premisas que son las que dan forma al progreso de la sociedad y al desarrollo de lo mejor del ser humano¹²⁸. Incluso si nos creemos poseedores de una completa verdad (cosa de la que MILL tiende a dudar porque ve con recelo la idea de infalibilidad en materia de opiniones¹²⁹), de no permitir que esas verdades se vean contestadas por pareceres que las nieguen lo más probable es que mantengamos nuestros criterios solo por prejuicios y sin saber realmente por qué cree lo que cree¹³⁰. La libertad de expresión así preconizada entronca con el papel central que confiere a la libertad en sí como reducto último de autonomía del ser humano frente al poder que otros pueden o quieren ejercer sobre él, sean quienes detentan el poder como representantes del pueblo o sea directamente la mayoría social. Cuando MILL alumbró *On Liberty* no tenía tanto en mente la opresión que el gobierno puede imponer sobre la ciudadanía porque, a su juicio, los tiempos de las tiranías propias del Antiguo Régimen quedaban ya lejos y difícilmente se vería de nuevo un sistema despótico controlado por uno solo o por unos pocos¹³¹.

En cambio, MILL temía mucho más que la democracia degenerara en un régimen que sustituyera una tiranía individual u oligárquica por una colectiva o mayoritaria fundada en la opinión pública, situación detectada por él en la época victoriana que vivió y que veía como un elemento diferencial entre Gran Bretaña y el resto de los países civilizados. La libertad entendida como forma de resistencia frente al sentir general de la población se ve así amenazada porque supone una incómoda excepción a una voluntad social uniformadora, y es sencillo que los diferentes poderes legalmente instituidos caigan en la tentación de actuar al compás de la mayoría, máxime si es abrumadora¹³². MILL se opone frontalmente a la opresión del colectivo sobre el individuo y, en materia de libertad de expresión, pone negro sobre blanco su punto de apoyo al afirmar que “si toda la humanidad, salvo una persona, tuviera una misma opinión y esa sola persona opinara lo contrario, la humanidad no tendría mayor justificación para silenciar a dicha persona que esta para silenciar a toda la humanidad”¹³³. Si la opinión disidente está en lo cierto, se priva al resto de la oportunidad de cambiar lo falso por lo

¹²⁶ MILL, J.S.: *On Liberty*, cit., p. xxxi.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 60.

¹²⁸ RONGA, S.A.: “J.S Mill’s View on Freedom of Expression and The Approach of The European Court of Human Rights”, *International Journal of Law, and Legal Jurisprudence Studies*, volume 3, n.º 4, pp. 61-74.

¹²⁹ MILL, J.S.: *On Liberty*, cit., pp. 19 y 24.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 61; CARTWRIGHT, W.: “Mill on Freedom of Discussion”, *Richmond Journal of Philosophy*, n.º 5, pp. 1-7.

¹³¹ MILL, J.S.: *On Liberty*, cit., p. xxvi-xxvii.

¹³² *Ibid.*, p. 10.

¹³³ Mill expone el caso del mormonismo, muy polémico sobre todo en Estados Unidos porque para aquel entonces todavía la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días profesaba la poligamia. Para el filósofo inglés, ni siquiera una creencia de ese tipo ha de prohibirse, sino que ha de combatirse rebatiendo los argumentos favorables a la poligamia (vid. MILL, J.S.: *On Liberty*, cit., pp. 103-15; MANGRUM, R.C.: “Mormonism, Philosophical Liberalism, and Constitution”, *BYU Studies*, vol. 27, n.º 3, pp. 1-19).

verdadero; si el aserto discrepante es falso, se priva a la mayoría de un beneficio todavía mayor si cabe, a saber, reforzar su convicción de verdad¹³⁴.

La posibilidad de una tiranía de la mayoría, presente en la obra de ALEXIS DE TOCQUEVILLE¹³⁵ y en el pensamiento liberal que tuvo que enfrentarse a los desafíos que la democracia traía para las minorías, hace que MILL se pregunte hasta dónde puedo ser libre, ya que de la respuesta a esa pregunta dependerá – o debería depender – hasta dónde puede el Estado limitar nuestra libertad sin conculcarla. La solución a ese enigma encuentra en MILL una de las propuestas más blandidas por el liberalismo y que él mismo acuñó como *one very simple principle* ligado a su propuesta utilitarista: la libertad solo podrá restringirse cuando con su uso se dañe a otros, o lo que es lo mismo, solo la autodefensa social amparará una menor libertad individual, sin que quepa actuar en un sentido paternalista para evitar la autolesión física o moral¹³⁶. Tampoco cabe que nos vayamos al otro extremo y convengamos que tenemos derecho a que nadie nos lleve la contraria, porque ello cercenaría el derecho del resto a expresar su disconformidad con cada parecer minoritario, lo que sería inasumible desde la óptica de la libertad individual de todos los que pertenecen a la mayoría. MILL solo aborrece la coacción (tanto jurídica como informal por medio de mecanismos de presión social) que nos impide opinar libremente solo porque la mente discurre de manera dispar a la de mis conciudadanos, pero más allá de eso cualquier intento no coactivo de intentar que cambie de parecer forma parte del natural campo de juego en el que se despliega la libertad de expresión¹³⁷.

Por lo tanto, aplastar las opiniones minoritarias generará a corto plazo una sensación de seguridad y de paz intelectual muy en la línea de un pensamiento conservador, pero a medio y largo plazo la búsqueda desinhibida de la verdad sería la gran damnificada, especialmente con las verdades metacientíficas cuyo inductivo las hace cambiantes según los signos de los tiempos cambian¹³⁸. Además, lo más habitual no será la situación en la que solo uno, o unos pocos, defiendan un postulado y prácticamente toda la sociedad defienda otro, sino que existirá una mayor mezcla de pareceres, con lo que el grupo afectado por la censura será considerable y el daño a esa búsqueda o confirmación de la verdad se incrementará¹³⁹. A diferencia de lo que veremos en ROUSSEAU, la voluntad general suscita desconfianza en MILL porque es tentador que, revestida con el manto de la democracia, uniformice el tejido social bajo unas consignas que harán hincar a alguien la rodilla de su libertad de expresión sin que ese alguien sea merecedor de reproche alguno conforme al *harm principle*. La propuesta de MILL en materia de libertad de expresión buscaba advertir de peligros tan desapercibidos como nocivos en

¹³⁴ MILL, J.S.: *On Liberty*, cit., p. 23; CARTWRIGHT, W.: “Mill...”, cit., p. 2.

¹³⁵ DE TOCQUEVILLE, A.: *La démocratie en Amérique*, Institut Coppet, París, 2012, pp. 254-256; MALETZ, D.J.: “Tocqueville’s Tyranny of the Majority Reconsidered”, *The Journal of Politics*, vol. 64, n.º 3, pp. 741–763.

¹³⁶ MILL, J.S.: *On Liberty*, cit., pp. 15-16.

¹³⁷ Ibid., pp. 15-16.

¹³⁸ Ibid., pp. 43-45.

¹³⁹ RONGA, S.A.: “J.S Mill’s View...”, cit., p. 64.

una época donde las tiranías se creían ver solo por el retrovisor, sin percatarse quizá de que el conductor podía erigirse en el nuevo tirano.

1.4. Francia (y Suiza)

1.4.1. Voltaire

En el país galo hay un nombre que ha permanecido en el imaginario colectivo como un adalid de la tolerancia¹⁴⁰ y de la libertad de expresión: VOLTAIRE, sobrenombre para JEAN MARIE AROUET. Más allá de sus reflexiones acerca de lo primero¹⁴¹, conviene aquí destacar qué tiene que decirnos el pensador ilustrado sobre lo segundo, para lo que hemos de irnos a su *Dictionnaire philosophique*, en concreto sus entradas “*Liberté de penser*” y “*Liberté d’imprimer*”. A fin de exponernos su postura sobre la capacidad de las personas para pensar y expresar su parecer sobre lo que consideren, VOLTAIRE aborda la cuestión en la primera entrada a partir de un diálogo hipotético entre un sargento de los dominicos llamado Medroso (esa orden religiosa fue la encargada de dirigir la Inquisición española) y el milord Boldmind. No puedo dejar de notar que para el dominico empleara un nombre que, a su vez, es un adjetivo cuyo significado es del de miedoso o temeroso, mientras que para el inglés se valiera de un adjetivo que podríamos traducir por “mente valiente”.

Pues bien, a lo largo de esa conversación Medroso representa el papel de quien, viviendo en un país donde la Inquisición todavía campa a sus anchas, es un completo ignorante y solo está preocupado por no levantar sospechas de que pueda albergar pensamientos contrarios a la Iglesia Católica. Le hace decir VOLTAIRE que no sabe quiénes son Julio César, Lucrecio, Cicerón, Séneca o Marco Aurelio y que le han enseñado que, de aventurarse a pensar y a seguir su sentido común, la religión se echaría a perder y el Estado ardería. En un régimen político de estas características, prosigue, es mejor no ejercer la libertad de expresión porque todo lo que se diga será objeto de fiscalización, e incluso se coarta tener pensamientos secretos contrarios a la doctrina oficial porque su naturaleza secreta no impide a Dios decretar la condenación eterna¹⁴².

A todo ello replica el milord Boldmind con los argumentos que cabe esperar del papel ilustrado que desempeña en el encuentro con Medroso. Se muestra horrorizado por lo que su interlocutor le dice y da evidentes muestras de su incredulidad ante la posibilidad de que haya tanta gente (refiriéndose

¹⁴⁰ NEBRERA GONZÁLEZ, M.: “De la libertad ideológica poco antes de la Revolución Francesa. Su construcción desde la crítica a la intolerancia en Voltaire”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 88, pp. 257-272.

¹⁴¹ Es de ver su obra *Traité sur la tolérance*, Gallimard, Paris, 2016.

¹⁴² VOLTAIRE: *Dictionnaire philosophique*, Le Chasseur Abstrait, Mazeres, 2005, p. 1483. Al leer algunas de las frases, nos encontraremos con la palabra jacobino, que en la época de Voltaire no tenía el valor de partidario de posturas como las de Robespierre, sino que por aquel entonces era otra manera de referirse a los dominicos.

veladamente a los protestantes y, en general, a toda persona ajena a la disciplina del Papa) que se suponga que está destinada a la condenación eterna por esa falta de alineación con la doctrina católica.¹⁴³ Asimismo, le replica a Medroso que, siguiendo su argumento cercenador de la libertad de pensamiento, de expresión y de prensa, hubiera sido imposible que el cristianismo hubiera conocido en la época romana una difusión tan notable como para convertirse en la religión oficial del Imperio. Boldmind desarrolla este razonamiento destacando que todas esas expresiones son inherentes al cristianismo y que ahora, en nombre de esa religión, no pueden aplicarse medidas incoherentes con el medio que ese culto se encontró en sus primeros pasos.

El broche final a esa charla entre ambos es una reflexión sobre VOLTAIRE acerca de la capacidad innata que tiene toda persona de cuestionarse lo que se le diga y de los beneficios que tiene hacerse preguntas, pensar, ser crítico y no conformarse con verdades prefabricadas. Cada ser humano tiene que aspirar a liberarse de las cadenas que lo mantienen esclavizado en las galeras porque solo así se es libre cual pájaro para volar hacia las cotas más elevadas de conocimiento, pero si a pesar de dársele a cada cual esa posibilidad se desecha, entonces el estado de esclavitud es más que merecido¹⁴⁴.

Por otro lado, tenemos la entrada de la libertad de imprenta (véase la libertad de prensa). A los ojos de VOLTAIRE, estamos ante un derecho natural que ampara valerse de la pluma para plasmar lo que al director de orquesta le atraviese la mente y quiera compartir con sus congéneres, sin otro límite que los riesgos que quiera asumir con sus manifestaciones para alcanzar los éxitos que quiera cosechar¹⁴⁵. Después de ese proemio, VOLTAIRE prosigue con la defensa de la libertad de prensa gracias a múltiples ejemplos y contraejemplos que encuentra a lo largo de la historia, con especial hincapié en la Grecia y Roma clásicas, así como en los estertores de la Europa posterior a la Reforma. Interpela constantemente a un lector hipotético – un recurso literario muy frecuente en él que busca dar un semblante de oralidad al texto¹⁴⁶– que intente encontrar en ese devenir de acontecimientos algún apoyo firme que dé por buena la hipótesis según la que los libros son los responsables de los desórdenes en el mundo.

El caso más paradigmático para VOLTAIRE es del de ESPINOZA y su mencionado *Tratado teológico-político*, del que dice ser el libro más peligroso y pernicioso con el que jamás se haya topado, y con el que está en franco desacuerdo. Pero incluso en tal tesitura, el filósofo francés no le arrienda la ganancia a quienes sostienen que publicaciones como esa han socavado la religión o la supuestamente recta disciplina política porque a su entender no hay un solo predicador que haya dejado de ingresar un

¹⁴³ VOLTAIRE: *Dictionnaire philosophique*, cit., p. 1483.

¹⁴⁴ Ibid., pp. 1484-1485.

¹⁴⁵ Ibid., p. 1486.

¹⁴⁶ SIMON, N.: “Étude de style: Si l'intolérance est de droit naturel et de droit humain, Voltaire”, *L'information grammaticale*, n.º 84, pp. 46-49.

solo florín por causa de esa obra¹⁴⁷. Es más, VOLTAIRE percibe que libros como ese precisamente tienen en muchos el efecto contrario del que temen sus detractores porque concita a los más acólitos para encerrarse en su caparazón teológico ante el miedo al mundo externo (aunque aquí no haya un diálogo entre Medroso y Boldmind, el doble juego entre el adjetivo y el adjetivo sustantivado medroso vuelve a entrar de nuevo en escena), con lo que los religiosos más fervorosos no pierden nada. El detonante de la Reforma no ha sido el resultado – o al menos no solo – de ninguna pluma incisiva, sino de años en los que la Iglesia Católica ha hecho gala de rapiña, control férreo de la política por la religión, podredumbre moral y prácticas religiosas desacertadas como la venta de indulgencias¹⁴⁸.

A modo de conclusión, las libertades de expresión y de prensa son para VOLTAIRE derechos naturales sometidos a las más residuales excepciones, que recordemos de lo dicho en su apartado sobre el derecho natural mucho tienen que ver con la interdicción de todo pensamiento intolerante (lo que parecería no aplicarse al pensamiento intolerante con el pensamiento intolerante, si bien no queda claro qué ocurriría con el pensamiento intolerante con el pensamiento intolerancia hacia el pensamiento intolerante, y así en infinitas cadenas). Ciertamente es que nada dice explícitamente sobre que la libertad de expresión sea un derecho natural, pero la indisociable dependencia y zonas de confluencia entre ambas libertades hacen que sea más que sensato alcanzar tal corolario, quizá a partir de la unificación de ambas realidades jurídicas a través de la libertad de espíritu que resulta crucial en su *Traité sur la tolerance*¹⁴⁹.

Por más que VOLTAIRE insista en que nunca un libro hizo daño a nada ni a nadie, consideramos que ello no deja de ser uno de sus múltiples recursos literarios cuya finalidad es la de desterrar los temores de quienes ven en cada página, párrafo, oración, palabra, sílaba y letra una amenaza constante hacia el estatus quo de la que hay que prevenirse con una cerrazón radical. A VOLTAIRE no puede escapársele que, si la libertad de expresión y de prensa son tan importantes como para calificarlas de derecho natural, es porque tienen el potencial de cambiar a las personas y, con ellas, al entorno en el que viven, ya que de lo contrario sería una pérdida de tiempo invertir tiempo en su apología. De esta manera, creemos que el principal mensaje de VOLTAIRE es que hemos de seguir la estela de todos los Boldmind que en el mundo han sido porque ya ha habido demasiados Medroso que con su actitud apocada han arruinado el progreso de la humanidad. Más fuerte que el peligro inherente a cada idea es la valentía de enfrentarse a ideas peligrosas y salir victorioso.

¹⁴⁷ VOLTAIRE: *Dictionnaire philosophique*, cit., p. 1486.

¹⁴⁸ Ibid., pp. 1486-1487.

¹⁴⁹ THORP, R.W.: “Voltaire et l’affaire Calas”, *Revue des Deux Mondes*, n.º 1, p. 413.

1.4.2. Rousseau

El siguiente pensador francófonos, que no francés dados sus orígenes ginebrinos, es JEAN-JACQUES ROUSSEAU, el filósofo que más se acercó en el tiempo a la Revolución Francesa porque falleció en 1778. Pocos pensadores ilustrados¹⁵⁰ de esta época han desatado tantas pasiones, en un sentido y otro, como ROUSSEAU, con la peculiaridad de que en el análisis de su obra han confluído factores de índole intelectual y personal, lo que complica todavía más desbrozar el campo de maleza para llegar al contenido de su obra. La principal obra de ROUSSEAU, al menos para los efectos que nos interesan, es *Du contrat social*, publicada en 1762 fruto del trabajo de más de una década y cuyo objeto – inacabado – es el estudio de la filosofía política y social, donde cobran un papel central ideas como libertad e igualdad.

A modo introductorio sobre el impacto que ha tenido este texto en la historia jurídico-política europea, diremos que algunos han dicho de ella que es una sustitución de la tiranía del Antiguo Régimen por una de corte populista¹⁵¹. El nombre del libro es suficientemente explícito sobre el peso que tendrá el contrato social como clave interpretativa de su contenido. Ese contrato social evoca necesariamente una cesura entre un estado previo y otro posterior a su suscripción, y en la diferencia entre ambos radicará toda reflexión acerca de cuál es el estatus que ostentan las personas y cómo llamaremos a las capacidades de las que disponen. Fluyen inexorablemente las ideas de derecho natural, derecho político y derecho civil, nomenclatura que resulta familiar en otros pensadores como MONTESQUIEU, lo que demuestra la interrelación entre los pensadores de ese tiempo a pesar de que términos homógrafos pudieran tener recorridos filosóficos dispares según quien los pronunciara.

Lo primero que cabe decir de la libertad de expresión en ROUSSEAU nos lleva a referir cómo la naturaleza influye de manera desigual a objetos inanimados, a animales y a seres humanos. Para el filósofo ginebrino, el elemento diferencial entre esos tres grupos de seres no es otro que la capacidad distintiva del último para oponerse a unos designios naturales que para los otros dos son arrolladores e irresistibles, obligando a un seguimiento ciego que en la arena humana está ausente. Pues bien, ROUSSEAU pone encima de la mesa que entre el animal y el humano la distancia no es tanto categórica como de extensión y profundidad de esa categoría. O lo que es lo mismo, para el filósofo ginebrino ambas clases de seres albergan ideas y sentimientos, por lo que el muro que los separa no es algo que

¹⁵⁰ Su condición de pensador ilustrado es objeto sempiterno de disputa porque para algunos fue el inspirador del Romanticismo, como demuestra que muchos de los románticos lo tomaran como referente destacando su diferencial sensibilidad e intuicionismo en comparación con el promedio ilustrado. Vid. THOMMAN, M.: “Réalités et mythes du droit naturel en Europe vers 1789”, *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, n.º 6, pp. 63-76.

¹⁵¹ ROUSSEAU, J.-J.: *Du contrat social*, Flammarion, París, 2001, p. 5.

en línea de concepto comparten, sino que el ser humano es en última instancia un agente libre capaz de formular ideas generales¹⁵².

La facultad de la persona para resistir los embates de la naturaleza y sus leyes comporta que el hombre es, en su fuero interno, libre para decidir hasta dónde sigue a esa naturaleza y a partir de qué punto rehúsa acatar sus dictados, optando por explorar un nuevo camino sin marcas dispuestas por caminantes previos en el que se asimila lenguaje con libertad¹⁵³. Por lo tanto, ROUSSEAU está destacando el poder que atesora el ser humano de reflexionar y perfeccionarse a sí mismo gracias a esa actividad mental, acción de mejora esta última que constituye otros de los rasgos típicamente humanos¹⁵⁴. Un ejemplo sobre la transformación de lo natural en genuinamente humano lo encontramos en su defensa sobre la capacidad moralizante de la educación en materia de sexo, donde se observa cómo la sociedad puede ofrecer un nuevo significado a las leyes de la naturaleza que permita crear un entendimiento moral a partir de nuestro ser físico.

Por medio de esa educación, lo que es una necesidad biológica cuya satisfacción podría darse de manera ilimitada muta en un acto con consecuencias morales en el que se potencia el aspecto positivo de la monogamia como catalizador de un mayor goce por la exclusividad, mientras que se denuesta la mimetización del plano moral con el natural introduciendo el concepto de culpa en quienes se excedan¹⁵⁵. La única manera que nos permite ese salto de lo natural a lo moral es la educación porque ROUSSEAU nos recuerda que todos nacemos estúpidos y faltos de un recto juicio, carencias que solo se ven suplidas por la educación que nos procuran desde pequeños¹⁵⁶. La educación se erige en el cultivo de ese recto juicio que nos permite razonar adecuadamente sobre objetos y conductas específicas, siempre partiendo de la base de que hemos de aprender todo cuanto resulte útil y virtuoso en relación con los deberes humanos para alejar la corrupción moral. ROUSSEAU no piensa, sin embargo, en un razonamiento puro desprovisto de cualesquiera connotaciones pasionales y emotivas del ser humano, características sin las que los seres humanos serán inútiles para la comunidad por ser ciudadanos fallidos¹⁵⁷ y que ocupan en su sistema un lugar primordial como hemos comprobado.

La insistencia en el campo formativo obedece a su preocupación por un correcto desarrollo del lenguaje, capacidad natural que en el ser humano alcanza un nivel de sofisticación sin parangón en la naturaleza. Pasamos de un lenguaje rudimentario con pocos signos a otro en el que estos se

¹⁵² ROUSSEAU, J.-J.: *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Flammarion, París, 2008, p. 79; HAMAM, M.: *Freedom, Speech, and Inequality in Rousseau's Philosophical Rhetoric. From the Deconstructive Interpretation to the Foundations of his Political Thought*, University of Michigan, Michigan, 2010, p. 3.

¹⁵³ HAMAM, M.: *Freedom, Speech...*, cit., p. 3.

¹⁵⁴ ROUSSEAU, J.-J.: *Discours sur l'origine...*, cit., p. 79.

¹⁵⁵ MONTAGANO, E.T.: *Rousseau and the Problem of Censorship: Freedom, Virtue, and the Education of the Citizen*, University of North Texas, Denton, 2022, pp. 49-50.

¹⁵⁶ ROUSSEAU, J.-J.: *Émile ou De l'éducation*, PhiloSophie, 2018, p. 7.

¹⁵⁷ MONTAGANO, E.T.: *Rousseau and the Problem...*, cit., p. 217.

multiplican¹⁵⁸ y la conciencia humana va tomando forma en tanto en cuanto esos signos comunicativos se asocian con la intencionalidad de un ser autorreflexivo. No importa si en este momento la comunicación adolece de fallos porque lo relevante es dicha teleología de comunicar las ideas a través de la expresión¹⁵⁹. Pero la capacidad expresiva del ser humano no es para ROUSSEAU un atributo cuyos límites hayan de ser inexistentes a la vista de que el interés particular de cada cual no puede imponerse a la voluntad general, que para él es el equivalente a la ley natural tras la irrupción del contrato social.

La libertad política se contrapone a la libertad estrictamente filosófica porque esta, desprovista de frenos, tiende a absolutizar al individuo y negar cualquier sumisión a la ley o la voluntad general por apelar solo al apetito personal, con lo que atenta contra la igualdad de los ciudadanos¹⁶⁰. Admitir a un sujeto para quien él lo fuera todo y los demás no fueran nada supondría introducir a un soberano cuyo poder sería igual al soberano que genera la voluntad general, situación que para ROUSSEAU no es aceptable. Esa persona podría coaligarse con otras tantas personas como él, tramar intrigas contra el soberano, formar asociaciones que solo persiguieran un interés privado y resultar así en una pérdida del agregado individual para pasar a un agregado de grupúsculos que privan a la voluntad general de la espontaneidad de la suma de individualidades¹⁶¹.

El foco que el filósofo suizo pone en el interés y la voluntad general explica que la censura no sea un mecanismo jurídico al que se pueda renunciar en aras de una mal entendida libertad ya que dicha censura es irrenunciable para mantener incólume los cimientos del régimen político y para conservar el amor del pueblo las leyes de las que él mismo se ha dotado. Se exige la creación de instituciones que actúen como brazo armado de ese control sobre actos y palabras, cuyo objetivo será doble: por un lado, promover lo que hace a cada pueblo único y, por otro lado, excluir aquellos elementos que, por ser ajenos a la citada singularidad, socavan la comunidad al dar a entender a los ciudadanos que pueden negligir sus deberes ciudadanos¹⁶². La restricción a la libre expresión de ideas y a la materialización de conductas contrarias al sentir general adquiere en ROUSSEAU una connotación liberadora porque anima a los ciudadanos a mantenerse vigilantes frente a actitudes consideradas egoístas en tanto que disgregadoras de la unidad popular¹⁶³. Así, en aras de mantener ese estatus quo que hace a cada pueblo diferente, todo ciudadano está llamado a satisfacer, merced al ejercicio de esa censura, su deseo de juzgar y de ser juzgado, orientando su amor propio hacia el bienestar del sistema político y para mayor gloria del colectivo al asegurar la adhesión plena a la ley¹⁶⁴.

¹⁵⁸ ROUSSEAU, J.-J.: *Discours sur l'origine...*, cit., p. 87.

¹⁵⁹ HAMAM, M.: *Freedom, Speech...*, cit., p. 35.

¹⁶⁰ ROUSSEAU, J.-J.: *Du contrat social*, cit., pp. 56-57.

¹⁶¹ *Ibid.*, capítulo IV, libro II.

¹⁶² MONTAGANO, E.T.: *Rousseau and the Problem...*, cit., p. 115.

¹⁶³ ISRAEL, J.: *A Revolution...*, cit., p. 63.

¹⁶⁴ MONTAGANO, E.T.: *Rousseau and the Problem...*, cit., p. 323.

Una organización como la propuesta por ROUSSEAU se antoja en las antípodas del respeto ya no solo hacia la libertad de expresión, sino hacia la libertad en términos generales porque parece ceñirla a una adhesión pura y simple a la voluntad general, lo que equivale a la paradoja de que esa libertad consiste en alienarse en aras de una heteronomía. No obstante, hay que considerar que este escenario se asienta en una serie de premisas rousseauianas que justifican la naturalidad de ese asentimiento, a saber: un pueblo dispuesto a recibir la carga de la ley con gozo y no con pesar; legisladores que sepan articular fundamentos racionales sólidos (por racionales hemos de considerar tanto la vertiente clásica como la sensible introducida por ROUSSEAU) que mantenga intacta la libertad e igualdad de todos los ciudadanos, sin imponer a unos más cargas que a otros; instituciones censoras al servicio de esa expresión popular; líderes políticos que tanto sepan premiar como castigar con suficiente ecuanimidad, y, en definitiva, una educación que fomente el espíritu nacional desde la alegría.

ROUSSEAU no desea una unidad aparente que lleve a los ciudadanos a buscar agradar a sus pares mientras en su fuero interior rechazan aquello que con el exterior asienten, y de ahí que para él sea imprescindible una sincera conformidad con el interés general, que no deja de ser otra cosa que su consideración hacia los demás como contrapunto a una moral autorreferencial basada únicamente en la razón. Volvemos una vez más a la educación como remedio a ese mal, la razón como guía única, que lleva a las personas a comprender las reglas morales, pero no a interiorizarlas porque para ello se necesita del sentimiento que es el verdadero nexo entre las personas y lo que nos lleva a considerar al prójimo como a un igual con el que compartir un destino común llamado voluntad general.

1.5. Estados Unidos

Cuando pensamos en la libertad de expresión en suelo estadounidense, nos viene como un resorte a la mente una secuencia de palabras: Primera Enmienda. Cumple decir de antemano que, en contra de lo que cupiera pensar *ab initio*, no ha habido una suerte de inteligencia incólumemente mantenida a lo largo de los siglos, por lo que podemos desterrar esa idea extendida de que, parafraseando a MEIKLEJOHN, la Primera Enmienda siempre ha sido un absoluto. Ser la primera enmienda confiere, si cabe, mayor relevancia a tal libertad porque se nos aparece como la más importante, la fundacional del sistema constitucional americano y la que ha de ser respetada y protegida por encima de cualquier otro derecho. Sin embargo, sobre la numeración que actualmente tiene, conviene precisar que originariamente no estaba prevista que la libertad de expresión fuera la Primera Enmienda, sino la Tercera: avatares del destino le otorgaron esa primacía numérica que ya presagiaba también cierta primacía estructural en una suerte de fusión entre cantidad y calidad.

Otra precisión terminológica nos obliga a explicar su origen, a saber, el hecho de que se llame *enmienda*. La Primera Enmienda se enmarca en la *Bill of Rights*, documento que entró en vigor el 15

de diciembre de 1791 tras convertirse Virginia en el undécimo estado en ratificar la totalidad de dichas enmiendas. Surge la pregunta razonable acerca de por qué fue preciso incorporar un cuerpo normativo adicional de tanto calado – la *Bill of Rights* no incluía solo la Primera Enmienda – si pocos años antes se había aprobado la Constitución federal; a ello hemos de responder que obedeció a la presión de quienes temían que el gobierno federal ostentara demasiado poder frente al de los Estados fruto de carecer de un texto que constriñera su capacidad de actuación en diferentes áreas¹⁶⁵. La Constitución se les antojaba una norma en la que primaba más el reparto competencial que las limitaciones materiales, y con la *Bill of Rights* querían corregir esa presunta laguna¹⁶⁶. Sea como fuere, la Primera Enmienda – y con ella, las once enmiendas restantes – entró en vigor el 15 de diciembre de 1791 tras convertirse Virginia en el undécimo estado en ratificar la totalidad de dichas enmiendas¹⁶⁷.

A pesar de lo trascendental que se nos antoja un documento como la *Bill of Rights*, apenas tenemos registros escritos de los pormenores de sus debates, lo que refuerza la hipótesis de que los unos no la consideraban necesaria, mientras que otros solo la querían como ariete para, en caso de no aprobarse, llamar a disolver la Federación. De lo poco que sabemos acerca de la Primera Enmienda, casi dos meses después de que la Convención constitucional hubiera empezado sus deliberaciones, Charles Pinckney (representante de Carolina del Sur) propuso, entre otras, una declaración de inviolabilidad de la libertad de prensa. La mayoría federalista consideraba que no era preciso limitar unos poderes – sobre la prensa, por ejemplo – que no se habían conferido al gobierno federal, pero los detractores de esta visión alegaban que esto no era cierto porque a través de poderes como el tributario podía cercenarse gravemente libertades como la de prensa, por más que esta no se definiera de manera mínimamente precisa¹⁶⁸.

El resultado del proceso legislativo fue un texto que, aparentemente, se expresa en términos absolutos en los términos consabidos de “El Congreso no aprobará ninguna ley que establezca religión alguna ni que prohíba su libre ejercicio, ni que restrinja la libertad de expresión, de prensa o de asamblea pacífica del público, ni tampoco que restrinja el derecho de petición al gobierno para la reparación de

¹⁶⁵ BLUMBERG, P.I.: *Repressive Jurisprudence...*, cit., pp. 23-25. Poco después de nacer la República y promulgarse la Constitución, empezaron a surgir facciones que principalmente se aglutinaron en torno a los Federalistas y a los Republicanos o Demócratas. Esta división fue visible en el seno del primer gobierno federal, dirigido por Washington, tras la dimisión de Jefferson en 1793 como Secretario de Estado por sus discrepancias principalmente con Hamilton. Esa tendencia se extendió tras la crisis con Francia, que provocó una identificación de los Republicanos con los jacobinos franceses y sus marcadas tendencias por la violencia y la irreligiosidad. Los Republicanos tendían a ver a sus oponentes como postulantes de una monarquía encubierta a partir de un poder federal similar al absolutista. La prensa fue un altavoz que permitió la propagación de los mensajes encontrados de los diferentes grupos políticos.

¹⁶⁶ Vid. en sentido contrario a esa conclusión LEVY, L.W.: *The Origin...*, cit., pp. 12-16 y 23-25, recogiendo a su vez el parecer de líderes de la época tan destacados como James Madison o Alexander Hamilton. Por su parte, el no menos influyente Thomas Jefferson era partidario de adoptar la *Bill of Rights*.

¹⁶⁷ Esa undécima ratificación era imprescindible en aquel entonces porque el artículo V de la Constitución – al que acabamos de aludir someramente – preveía y prevé que se requiere una mayoría de $\frac{3}{4}$ para su validez, siendo por aquel entonces 14 los estados de la Unión (Vermont fue admitido el 4 de marzo de 1791).

¹⁶⁸ LEVY, L.W.: *The Origin...*, cit. p. 104.

agravios”¹⁶⁹. No obstante, hemos de conectar esa literalidad con el entendimiento en aquel momento del sintagma “libertad de expresión”, que no era otra que la regla de WILLIAM BLACKSTONE en sus *Commentaries to the Laws of England*, a saber, la imposibilidad de ejercer censura previa, manteniendo incólume la represión de las opiniones *contra legem*. Vemos, pues, el influjo de autores como Milton, que es de suponer se trasladó también a suelo estadounidense de la mano de la influencia inglesa.

Un ejemplo de ello fue el proceso contra Eleazar Oswald, un impresor Pensilvania condenado en 1788 por el Tribunal Supremo de su Estado a un mes de cárcel y una multa por un libelo sedicioso, dato revelador porque se tenía a Pensilvania por uno de los estados más tuitivos de la libertad de expresión¹⁷⁰. Esta condena no impidió que, en 1797, Thomas McKean – a la sazón presidente del mismo Tribunal que condenó a Oswald – dijera que la libertad de prensa era esencial para la naturaleza de un Estado libre. Pero claro, había que entender correctamente ese derecho en los aludidos términos blackstonianos, es decir, como una imposibilidad de imponer censura previa. A sus ojos, cualquier hombre libre tenía el indudable derecho de expresar los sentimientos que creyera oportunos, pero tenía que aceptar las consecuencias de lo publicado.

Thomas Jefferson puede considerarse quien más escribió de entre sus conciudadanos sobre la libertad de prensa y quien con mayor vigor la defendió. Por un lado, sostenía que la opinión sobre si había uno, veinte o ningún dios en absoluto no le preocupaba porque ni afectaba a su bolsillo ni a su integridad corporal, lo que contrasta abiertamente con la propuesta para la Constitución de su Estado en 1776 de que la libertad de religión no podía amparar prédicas sediciosas ni conversaciones contra la autoridad del gobierno civil. Ese mismo año, Jefferson participó en la elaboración de una ley sobre delitos de traición, entre los que estaban la defensa de palabra o cualquier otro medio de la causa británica. En su propuesta la constitución estatal en 1783 propuso que la prensa estuviera sujeta solo a las restricciones propias de la responsabilidad penal por hechos falsos impresos y publicados.

Cuando Madison le facilitó una copia a Jefferson de las enmiendas propuestas a la Constitución de 1789, este se lamentó de que no se hubieran tenido en cuenta sus recomendaciones, que en esencia eran las siguientes: el pueblo no puede ser privado o limitado de su derecho a hablar, escribir o por cualquier otro medio publicar, salvo en casos de falsedades que afecten de manera injuriosa la vida, la libertad, la propiedad o la reputación de otros, o bien afecte a la paz de la confederación con otras naciones. El estándar de los actos manifiestos, que era un freno para evitar restricciones de la libertad de religión, curiosamente no se aplicó inicialmente a la libertad de prensa, ni siquiera por Jefferson. Es

¹⁶⁹ “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”

¹⁷⁰ LEVY, L.W.: *The Origin...*, cit. p. 105; BLUMBERG, P.I.: *Repressive Jurisprudence...*, cit. pp. 2-3.

más Virginia aplicó la prueba de la tendencia negativa al no distinguir entre meras palabras y actos criminales manifiestos que trataban por medios inconstitucionales de erigir un nuevo gobierno en un Estado. Es más, en 1792 aprobó por segunda vez la *Act Against Divulgers of False News*, que ni siquiera contenía la verdad como eximente¹⁷¹.

Esta actitud ambivalente del político de Virginia no ha de resultarnos extraña o anecdótica, sino que revela una fuerte tensión interna en Jefferson que atraviesa muchos de sus postulados netamente teóricos en relación con su concreción práctica, con el caso de la esclavitud como principal paradigma de esas contradicciones internas. Es cierto que en el aspecto concreto de la libertad discursiva podemos ver también trazas del conflicto entre los federalistas congregados en torno a Hamilton y los jeffersonianos, que en parte compartían postulados antifederalistas si bien no podemos considerarlos dos sentidos de un mismo referente. Con ello queremos decir que Jefferson podría pretender negar al gobierno federal algunas prerrogativas de las que sí gozaban, y he aquí donde residiría su contradicción a la hora de concebir dos contenidos para un mismo continente en función del nivel de gobierno del que habláramos¹⁷².

Una de las mejores demostraciones de que difícilmente la Primera Enmienda tuviera *ab initio* ese sello absoluto que ahora se le pretende atribuir es que ambas Carolinas, 1776 y 1778 respectivamente, aprobaron leyes sobre libertad religiosa que expresamente excluían de la tuición religiosa la prédica sediciosa o traidora. Regulaciones similares podemos encontrar en Nueva York, Nuevo Hampshire, Massachussets, Georgia o Maryland¹⁷³. Por más que Madison describiera la libertad de prensa como uno de los principales derechos de la humanidad y tratara, sin éxito inicial, de protegerla de ataques estatales o federales, ni en 1789 ni antes expresó cuál era su concepción concreta de esa libertad. Nada de lo discutido entre 1789 y 1791 podía hacer presagiar la existencia un estado de opinión generalizado respecto de una idea más amplia de la libertad de expresión y de prensa que la que pudiera presumirse de quienes se habían criado en la tradición jurídica británica. A nivel estatal, asimismo, existían previsiones análogas a lo que luego sería la Primera Enmienda, sin que ello les impidiera mantener un estatus quo similar al previo a sus respectivas promulgaciones; tan solo Vermont y Rhode Island sufrieron cambios significativos en un sentido aperturista a una mayor libertad de expresión¹⁷⁴.

¹⁷¹ LEVY, L.W.: *The Origin...*, cit. pp. 106-111.

¹⁷² BLUMBERG, P.I.: *Repressive Jurisprudence...*, cit. p. 8. Destaca el autor la aprobación de normas estatales que prohibían el discurso que abogaba por la abolición de la esclavitud. En Georgia, Alabama, Luisiana, Mississippi, Carolina del Norte, Carolina del Sur y Tennessee se aprobaron normas de este tipo; Estados como Maryland o Virginia fueron todavía más lejos y prohibieron el buzoneo de diarios que contuvieran artículos favorables a la abolición de la esclavitud y la emancipación de los esclavos. Por si ello no fuera suficiente, en esos Estados se aprobó la *gag-rule*, que prohibía siquiera discutir en el plano legislativo tal abolición; a nivel federal esta norma estuvo en vigor desde 1837 hasta 1844 y solo fue derogada tras un esfuerzo titánico acometido por John Quincy Adams (vid. *ibid.*, pp. 337 y 370).

¹⁷³ LEVY, L.W.: *The Origin...*, cit. p. 114.

¹⁷⁴ BLUMBERG, P.I.: *Repressive Jurisprudence...*, cit. p. 6.

Sí que podríamos atisbar en las palabras de Madison en 1799 la semilla de un cambio de paradigma, en concreto cuando afirmó que en Inglaterra el derecho a la libertad de prensa era en la práctica mucho más generoso de lo que se permitía sobre el papel (libelo sedicioso, herencia del *common law*) lo que puede extrapolarse al caso americano¹⁷⁵. No obstante, la inexistencia de fuentes adicionales, o desarrollos del propio Madison, nos impiden concebir una idea radicalmente nueva en los ponentes de la *Bill of Rights* en relación con sus antecedentes de la metrópolis y de las propias colonias. Tan solo podemos aventurarnos a pensar que, al conjugar la Primera Enmienda con la idea de soberanía popular, en la mente de algunos legisladores de la época pudiera sobrevolar un no sé qué difícilmente definible que fuera distinto – en sentido de mayor protección – de lo preexistente. La concepción de que los gobernantes han de servir a los gobernados porque derivan su poder de estos supone necesariamente que la ciudadanía retiene el poder para pedir explicaciones a los cargos electos, así como que en lógico correlativo estos tenían que rendir cuentas ante la población.

En este marco, cumple destacar la aprobación de la *Sedition Act* en 1798 (es importante señalar el año porque no será la única aprobada con este nombre), que criminalizaba la falsa crítica a funcionarios gubernamentales; estamos ante una traslación a Derecho estadounidense de la *Seditious Libel Act* británica, ya usado con anterioridad por tribunales radicados en suelo estadounidense¹⁷⁶. Los defensores de tal ley, todos ellos federalistas convencidos de que había sectores antifederalistas coaligados con revolucionarios franceses cuyo único fin era derrocar el gobierno federal, pregonaron que la verdadera libertad de prensa descansaba en que se midiera con la vara de la verdad (cuál haya de ser esa verdad es harina de otro costal). A sus ojos la norma estaba diseñada de un modo plenamente respetuoso con los postulados liberales: exigencia de intención criminal, poder del jurado sobre cuestiones no solo sobre cuestiones fácticas, sino también jurídicas, y la verdad como *defense*, novedad no aceptada en Inglaterra hasta 1843¹⁷⁷.

Los casos iniciales en los que tal norma se aplicó fueron los de tres clientes (Luther Baldwin, Brown Clark y Lespenard) de un bar en Newark (Nueva Jersey) que, en estado de embriaguez, profirieron comentarios irrespetuosos contra Adams a resultas de una visita que este hizo con su mujer a la ciudad el 27 de julio de 1798. Los tres se confesaron culpables para evitar la cárcel y se les impuso al primero una multa de 40 dólares y las costas, mientras que a los segundos una multa de 50 dólares y las costas (tardaron más tiempo en confesar su culpabilidad)¹⁷⁸. Hay ciertas dificultades a la hora de acceder a todos los casos dimanantes de esa ley, lo que ha provocado que en ocasiones se hable de hasta treinta casos, pero a juicio de BLUMBERG solo hay quince sobre los que considera hay certidumbre de su existencia y suficiente información (aunque sea indirecta) para formarse una mínima idea sobre sus

¹⁷⁵ LEVY, L.W.: *The Origin...*, cit. p. 120.

¹⁷⁶ LES BENEDICT, M.: *The Blessings...*, cit., p. 98.

¹⁷⁷ BLUMBERG, P.I.: *Repressive Jurisprudence...*, cit. p. 14.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 100.

pormenores. A su vez, de esos quince, nueve claramente pueden relacionarse con causas reconducibles a conflictos netamente políticos¹⁷⁹; de estos nueve, solo en un caso se acordó la absolución¹⁸⁰.

Como no podía ser de otro modo, los republicanos fueron quienes en el plano político se mostraron más beligerantes contra la norma. Sus dos principales caballos de batalla fueron que la norma invadía competencias estatales por parte del gobierno federal a partir de una interpretación muy generosa de la cláusula del poder implícito, así como que se infringía la Primera Enmienda. La idea de la sedición parte de una relación de inferioridad del ciudadano en relación con el poder, lo que es incompatible con que el poder ha sido elegido por el ciudadano; el gobierno no podía decirle al ciudadano qué podía pensar y qué no, por lo que la libertad de expresión en su vertiente política había de ser máxima¹⁸¹. Sin dudar de la verdad que asiste a este modo de pensar, sí que podemos poner en tela de juicio que en muchos casos no escondiera un debate sobre los poderes federales, ya que hemos visto cómo a nivel estatal existían restricciones a la libertad de expresión análogas e incluso superiores.

A pesar de que, como era de esperar, Jefferson había denostado la *Sedition Act* y de que cuando llegó al poder en 1800 indultó a todos los condenados bajo la misma, no puede decirse que la Primera Enmienda adquiriera desde entonces el aura de absoluto de la que goza ahora. A nivel de cada Estado, la batalla continuó tanto en los controlados por los federalistas como por los republicanos hasta un total de veinticuatro casos; a nivel federal la contienda judicial se saldó con seis procesamientos de seis casos federales y veinticuatro estatales durante los mandatos de Jefferson y de Madison¹⁸². Solo en 1812, y de la mano de *U.S. v. Hudson & Goodwin*, el panorama cambió sustancialmente tras resolver el Tribunal Supremo que no existía tal cosa como una jurisdicción federal sobre delitos de *common law*; ello marcó el paso a los tribunales federales presididos por jueces que también lo eran del Alto Tribunal y que presidían los circuitos federales¹⁸³. Ello, de nuevo, nos situaría por ausencia en un escenario parejo al actual según tendremos ocasión de comprobar cuando volvamos sobre la Primera Enmienda más adelante.

En suma, parece asistirles la razón a autores como CHEMERINSKY¹⁸⁴ cuando sostienen una posición no absoluta en relación con la Primera Enmienda, y abogan por un “el efecto mínimo” consistente en la superación del libelo sedicioso y de la censura previa según se entendía en la doctrina inglesa; este entendimiento, sin embargo, sufrirá una considerable mutación en el siglo XX. La palabra clave que nos permite entender la jurisprudencia estadounidense entre las postrimerías del siglo XIX y los primeros compases del siglo XX es *bad tendency test*. Este canon interpretativo, herencia de un

¹⁷⁹ Ibid., pp. 102-103.

¹⁸⁰ Vid. el extenso estudio que BLUMBERG acomete en ibid., pp. 102-133.

¹⁸¹ LEVY, L.W.: *The Origin...*, cit. pp. 128-129.

¹⁸² BLUMBERG, P.I.: *Repressive Jurisprudence...*, cit. pp. 145-150.

¹⁸³ Ibid., pp. 167-168.

¹⁸⁴ CHEMERINSKY, E.: *The First Amendment*, Wolters Kluwer, Nueva York, 2019, cit., p. 4.

common law muy presente en la vida jurídica estadounidense¹⁸⁵, adquirió notable fama por usarse en casos sobre libertad de expresión, lo que hace que a nuestros efectos su interés suba muchos enteros. Siguiendo a CHAFEE, el *bad tendency test* es un estándar de causación indirecta bajo el que las expresiones pueden considerarse delictivas en función de su tendencia negativa antes de que sea probable que se desarrollen acciones ilegales *ex* palabras emitidas¹⁸⁶: no se castigan tanto las palabras, que de manera aislada podrían ser inocuas y permitidas, sino hacia dónde se dirigen esas palabras, cuál es el resultado que cabe razonablemente esperar de ellas al ser pronunciadas.

Si bien algunos han argumentado que estamos ante un estándar propio de situaciones excepcionales o anormales como guerras¹⁸⁷, lo cierto es que en las sentencias que lo aplicaron no se dijo específicamente que solo se pondría en práctica ante esas situaciones anormales y, en cualquier caso, se basaban en una presunta excepción no prevista constitucionalmente¹⁸⁸. Además, y según ya hemos dicho, hay que tener en cuenta que el test no proviene de la jurisprudencia estadounidense, sino que proviene del *case-law* británico y en él no se hacían estos distinguos. A favor de que este test puede no aplicarse a situaciones de conflicto armado o de gran convulsión social, puede apuntar *Schenck v. U.S.* (1919), cuando el juez Holmes dijo que tenía que distinguirse entre momentos de paz y momentos de guerra. Esta referencia, de todos modos, bien podría interpretarse sobre el modo de emplear el test, no sobre si era procedente aplicarlo o no.

En apoyo de que no se ceñía solo a tiempos de guerra o especial convulsión, diremos que, antes de la Primera Guerra Mundial, el Tribunal Supremo ya había aplicado este estándar en casos como *Turner v. Williams* (1904), donde se dijo que la tendencia de los discursos anarquistas era tan peligrosa para el interés común que se justificaba la expulsión de extranjeros que diseminaban esas ideas en suelo estadounidense. Por otro lado, en *Patterson v. Colorado* (1907), el Tribunal dijo que la crítica a un tribunal ante una sentencia recientemente dictada puede constituir desacato judicial (*contempt of court*) si tienden a obstaculizar el funcionamiento de la Administración de Justicia. Ello no había acontecido solo al máximo nivel federal, sino también en casos decididos en última instancia por tribunales federales inferiores o tribunales estatales (vid. *Foster v. Scripps*, Superior Court of Michigan, 1878; *State v. Tugwell*, Superior Court of Washington, 1889; *Knowles v. U.S.*, 8th Circuit, 1909)¹⁸⁹.

En este caldo de cultivo, nos encontramos con un caso que no podemos pasar por alto: *Masses Publishing v. Pattern* (1917), resuelto en primera instancia por el juez Hand y que tendría su

¹⁸⁵ STRAUSS, D.A.: "Common Law Constitutional Interpretation", *University of Chicago Law Review*, vol. 63, p. 879.

¹⁸⁶ CHAFEE JR., Z.: "Freedom of Speech in Wartime", *Harvard Law Review*, vol. 32, p. 949.

¹⁸⁷ JAMES PARKER, H.: "Free Speech in Wartime", *University of Chicago Law School*, vol. 21, p. 535.

¹⁸⁸ GARRETT, G.P.: "Free Speech and the Espionage Act", *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 10, n.º 1, pp. 72-75.

¹⁸⁹ ARIAS CASTAÑO, A.: *Clear and Present...*, cit., pp. 75-76.

correlativo en el caso de apelación resuelto por el Segundo Circuito de Apelaciones de Nueva York. Dicho caso puso encima de la mesa la petición de amparo de una publicación neoyorquina (el *Masses*) ante la decisión del jefe local de correos de excluir del servicio postal el último número de la revista. Esa decisión, adoptado con base en la *Espionage Act* de 1917, venía motivada por contener el *Masses* dos artículos que rendían tributo a los anarquistas Emma Goldman y Alexander Berkman y otros que criticaban el reclutamiento en el marco de la Primera Guerra Mundial.

El juez Hand optó por separarse del *bad tendency test* y acuñó un canon propio para resolver tanto este caso como el que analizaría en 1918 (*U.S. v. Nearing*): el *direct-incitement test*¹⁹⁰. Este estándar se relaciona exclusivamente con las palabras que se someten al escrutinio judicial, quedando por ello al margen cualquier consideración sobre la posibilidad de que esas palabras tiendan o puedan producir un cierto resultado¹⁹¹. De lo que se trata es, pues, de analizar si los términos en los que se emplea un concreto orador se pueden interpretar como un llamamiento, incitación o apología de la violación del ordenamiento jurídico, por lo que no será punible el discurso que se sitúe en un estadio previo a esas conductas¹⁹². Con ello se pretendía superar el *bad tendency test*, sobre el que a continuación hablaremos, aunque es cierto que arrecieron las críticas contra esta nueva vara de medir por tres motivos que no parecen ilógicos.

El primero, porque descontextualizar el discurso hace que perdamos parte de los matices relevantes sobre ciertas expresiones. El segundo, porque tiene mal pronóstico ante la paradoja del incitador inteligente, es decir, aquel que es capaz de burlar de manera sutil los vocablos o expresiones que podrían tenerse por incitación directa, pero que él sabe que van a producir ese mismo resultado. El tercero, porque dificulta usarse como criterio para enjuiciar la constitucionalidad de leyes, aunque con esto quizá el juez Hand estuviera conforme puesto que no era amante de que el poder judicial se inmiscuyera por defecto en la labor realizada por el legislativo¹⁹³. Esta deferencia hacia el poder legislativo no supuso nunca para el juez Hand plegarse sin más a la aplicación de la ley tal y como se le presentaba, ya que destacó la importancia que tiene atender a la idea fuerza de que Estados Unidos se configura como un país democrático y libre donde no puede suprimirse cualquier expresión contraria al gobierno.

Tal concepción supone una novedad por la configuración de efectos colectivos sobre la configuración democrática del sistema jurídico norteamericano que tiene la libertad de expresión, puesto que en pronunciamientos previos el TS se había manifestado en el sentido clásico de atribuir un carácter

¹⁹⁰ ARIAS CASTAÑO, A.: *Clear and Present...*, cit., pp. 61-62.

¹⁹¹ SCHWARTZ, B.: "Holmes versus Hand: Clear and Present Danger or Advocacy of Unlawful Action?", *The Supreme Court Review*, vol. 1994, artículo 6, pp. 212-214; GUNTHER, G.: "Learned Hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History", *Stanford Law Review*, vol. 27, n.º 3, pp. 723-727.

¹⁹² ARIAS CASTAÑO, A.: *Clear and Present...*, cit., pp. 65-66.

¹⁹³ *Ibid.*, pp. 67-68.

meramente individual como el derecho a la intimidad o a la libertad contractual (*Fox v. Washington*, 1915; *Patterson v. Colorado*, 1907; *Turner v. Williams*, 1904). Dicho de otro modo, empieza a vislumbrarse la idea de que la libertad de expresión y de prensa no se opone al mantenimiento del orden público, sino que precisamente coadyuva en su consecución, mantenimiento y mejoramiento¹⁹⁴. Asimismo, el juez Hand siempre vinculó la libertad de expresión con el mantenimiento de una autoridad sana que no se base en el miedo o el silencio de los gobernados.

Esta idea, conocida como *self-government* (muy vinculada con la inexistencia de opresión, la autonomía y la autorrealización de la que hemos hablado antes), desarrollada con posterioridad por MEIKLEJOHN, supone huir de concepciones puramente electorales de la idea de participación ciudadana en la vida pública para favorecer una concepción democrática-funcional de la libertad de expresión¹⁹⁵. La legitimación de las urnas no es la única relevante, ya que eso supone congelar los derechos políticos de los ciudadanos en instantes concretos que impiden una fiscalización tan constante como cada individuo o grupo lo estime oportuno. No obstante, este giro de 180° operado por el juez Hand no tendría continuidad porque, como veremos, su formulación inicial fue rechazada por el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito por las razones que a continuación expondremos y el *bad tendency test* que se aplicaría se asentaría en el entendimiento jurisprudencial estadounidense¹⁹⁶.

Cuando el Segundo Circuito revocó en apelación la sentencia del juez Hand y dio la razón al servicio postal, se escudó en el *bad tendency test*. Aunque el punto de partida con el test del juez Hand es idéntico – la inexistencia de un derecho absoluto a la libertad de expresión –, el criterio para trazar la frontera entre el uso y el abuso no coincide. En *Masses*, el tribunal equiparó tendencia con el efecto natural y razonable de fomentar la oposición a la ley; en *Pierce v. U.S.*¹⁹⁷ se dijo que equivalía a expresiones cuya tendencia pueda ser la de crear insubordinación o deslealtad; en *Schaefer v. U.S.*¹⁹⁸ a que la tendencia natural y el efecto probable de las palabras estén calculadas para producir el resultado prohibido por la ley; en *Gitlow v. New York*¹⁹⁹, a que la tendencia natural y el efecto probable de las expresiones sea producir un mal sustantivo de los que el poder legislativo puede evitar. No hay que llevarse, sin embargo, a engaños con la expresión "efecto probable" que se da en algunas sentencias, ya que no se basa en una cuestión probabilística a dilucidar en cada caso, sino a una mera presunción *iuris et de iure* de que ciertos discursos tienen implícita esa posibilidad de ocurrencia²⁰⁰. Que no esté explícitamente presente en todos los casos muestra claramente que no es un elemento objetivo del tipo

¹⁹⁴ Ibid., p. 71.

¹⁹⁵ MEIKLEJOHN, A.: *Free Speech...*, cit., pp. 3-16 y 26.

¹⁹⁶ CHAFEE JR., Z.: *Freedom of Speech*, Harcourt, Brace and Howe, Nueva York, 1920, pp. 56-66.

¹⁹⁷ 252 U.S. 239 (1920).

¹⁹⁸ 251 U.S. 466 (1920).

¹⁹⁹ 268 U.S. 652 (1925).

²⁰⁰ BLOUSTEIN, E.: "The First Amendment "Bad Tendency" of Speech Doctrine", *Rutgers University Law Review*, vol. 43, p. 507-517.

disociado de la tendencia natural, pareciendo más bien sinónimos que elementos autónomos del *actus reus* (el elemento objetivo del tipo).

A partir de la decisión del Tribunal de Apelación del Segundo Circuito en *Masses*, el *bad tendency test* se instala como estándar para interpretar la *Espionage Act* y la *Sedition Act*, lo que tendrá continuidad en *Debs v. U.S.*²⁰¹, *Abrams v. U.S.*²⁰², *Whitney v. California*²⁰³ y *Fiske v. Kansas*²⁰⁴. En esas aplicaciones, los tribunales consideraron tanto si la tendencia permite colegir la idoneidad delictiva de las expresiones como si las palabras se usan intencionadamente para convencer a la audiencia. Sobre el segundo requisito, es importante apuntar ya la utilización del *constructive intent* para apuntalar la presunción de esa intención. En el capítulo anterior dijimos que ni siquiera en la primera mitad del siglo XX la Primera Enmienda había adquirido el aura de atalaya que tiene en nuestros tiempos, y este es un claro ejemplo de cuán contemporáneo es el mito.

La intencionalidad o *constructive intent*, requisito del *mens rea* (elemento subjetivo del tipo) del test, se presume si el acusado ha contribuido con su *actus reus* a crear situaciones de peligro para la concreción de acciones ilegales, o bien de algún modo se puede predicar de ellas una relación de causalidad habitual con el acaecimiento de un resultado injusto²⁰⁵. El pronunciamiento más claro al respecto lo encontramos en la referida *Abrams*, donde el Tribunal Supremo sostuvo que las personas han de responsabilizarse de los efectos probables de sus actos, con lo que estamos en el mejor de los casos ante la exigencia de *recklessness* (temeridad) y, en el peor, ante una *strict liability offense*²⁰⁶. La aplicación del *constructive intent* supone que, si puede considerarse que de un acto normalmente se obtiene un cierto resultado, ha de entenderse que la persona tenía el propósito de lograrlo, o al menos tenía que haberse representado tal posibilidad por ser frecuente esa relación causa-efecto presunta. El principal problema de esta teoría es que parece atribuir a una serie de palabras una sola consecuencia habitual, frecuente o normal, como si no pudieran darse diversos efectos a partir de una misma causa.

²⁰¹ 249 U.S. 211 (1919).

²⁰² 250 U.S. 616 (1919).

²⁰³ 274 U.S. 357 (1927).

²⁰⁴ 274 U.S. 380 (1927).

²⁰⁵ ARIAS CASTAÑO, A.: *Clear and Present...*, cit., pp. 78-79.

²⁰⁶ DRESSLER, J.: *Understanding Criminal Law*, Carolina Academic Press, Durham, 2018, pp. 88 y 139-145. Vid. *State v. Newman, Oregon* (2013). Las *strict liability offenses* son delitos en los que, en principio, prescindimos de la *mens rea*. De todos modos, los tribunales en general han sido reacios a excluir ese elemento subjetivo y el TS dijo en *U.S. v. United States Gypsum Co* (1978) que este tipo de delitos son vistos con especial desfavor y, al menos en los originarios de *common law*, existe la presunción de que se requiere *mens rea* en las leyes federales (ver también *Elonis v. U.S.* (2015)). Aunque no se haya llegado a decir que existe una exigencia constitucional de *mens rea*, presumirá que una ley sin *mens rea* explícita la tiene. El resto de los tribunales han seguido esta vía, admitiendo solo su ausencia cuando hay pruebas claras de la intención contraria del legislativo (*State v. Morset, Minnesota Appeal*, 2016).

Se han buscado justificaciones a este tipo de delitos, que desde un punto de vista retributivista no son aceptables, pero desde uno utilitarista se ha entendido que buscan prevenir conductas potencialmente peligrosas, logrando una mayor cautela de la gente a partir de una menor participación en actividades peligrosas. El *Model Penal Code* tan solo ha mantenido esta tipología delictual para las *violations*, infracciones de orden muy menor en el ámbito penal.

La intención se presume, pues, de un cierto efecto, sin admitirse que el actor pueda haberse proyectado otros resultados no típicos, o distintos de los realmente imputados²⁰⁷.

Es discutible que a partir de un *actus reus* no basado en cuestiones empíricas, sino presuntas, se deduzca a su vez una *general* o *specific intent*, ya que la relación con los hechos se aleja de manera impermisible y la presunción de inocencia queda en entredicho por la inversión de la *burden of proof* y de la *burden of persuasion* que tiene lugar²⁰⁸. Así, queda prácticamente en papel mojado el reconcimiento en *Schafter* sobre que la crítica a la guerra y el sostenimiento de pensamientos pacifistas no están prohibidas en la *Espionage Act*. El modo en el que los tribunales aplicaron ambas normas recordó la dialéctica y las condenas que siguieron a la aprobación de la *Sedition Act* de 1798, y esta vez ni siquiera la verdad valía en teoría como *defense*. Así lo manifestó el juez Rogers en su disenso a *Mass* en sede de apelación, o el juez Holmes en el suyo a *Abrams*. Parecía resucitarse, pues, la concepción del libelo sedicioso proveniente del *common law*, como el propio juez Holmes dijo en *Abrams*, y en concreto a la concepción de BLACKSTONE²⁰⁹.

En parte, el éxito del test de tendencia negativa puede explicarse también si tenemos en cuenta dos factores: el primero, que la idea de la libertad de expresión como un derecho que trasciende la esfera del propio individuo cuyo caso se enjuicia no floreció durante esos años en el sentido que había sido propuesto por el juez Hand; el segundo, que en el Tribunal Supremo siempre ha convivido una tensión entre quienes son partidarios del *judicial restraint* y quienes abogan por un *judicial activism* en la función de revisar los actos y decisiones de los órganos legislativos. En esas fricciones podían verse de nuevo reavivadas las antiguas tesis federalistas enfrentadas a las tesis republicanas, aunque es cuestionable la afirmación de CASTAÑO según la que los federalistas eran partidarios de primar los intereses mayoritarios²¹⁰, ya que precisamente eran los federalistas los que temían verse superados por mayorías de signo contrario²¹¹.

Las disquisiciones en *Schaffer v. U.S.* permitieron al Tribunal Supremo pronunciarse con claridad sobre que una libertad como la de expresión no podía usarse para tratar de acabar con el sistema que la había alumbrado y que la protegía. El mensaje es claro: la tolerancia tiene un límite, en este caso la supervivencia del sistema jurídico estadounidense según viene consagrado en la Constitución. Como dijo KIMBALL, la tolerancia legal, llevada a sus últimas consecuencias, es impotencia, autodestrucción, y aunque no podemos creer que todas nuestras verdades sean inmutables, tenemos que ser capaces de

²⁰⁷ ARIAS CASTAÑO, A.: *Clear and Present...*, cit., p. 80.

²⁰⁸ DRESSLER, J.: *Understanding...*, cit., p. 65-75.

²⁰⁹ BLACKSTONE, W.: *Commentaries on the Laws of England*, libro IV, Wallachia Publishers, Nueva York, 2015, pp. 142-152.

²¹⁰ ARIAS CASTAÑO, A.: *Clear and Present...*, cit., p. 83.

²¹¹ LES BENEDICT, M.: *The Blessings...*, cit., pp. 84-85.

luchar por algunas de ellas²¹². En palabras de FREUND, los conflictos surgidos en esta época eran de difícil decisión porque muchos de los casos transitaban la delgada línea que separa la exposición de ideas de la incitación a la comisión de delitos. Lo primero, por más que las ideas resulten revolucionarias y contrarias al orden establecido, debería ser a ojos del jurista perfectamente admisible, pero lo segundo podría ser objeto de represión por la legislación penal²¹³. Una distinción de este calado no era cosa menor en un momento histórico llamado *Red Scare* porque se temía el contagio en suelo estadounidense de las ideas socialistas que habían arraigado en Europa y que estaban a punto de desembocar en la Revolución Rusa; que muchos de los contrarios a la participación de Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial exhibieran se asociaran con ese ideario contribuyó a la dureza con la que los poderes públicos reprimieron toda disidencia²¹⁴.

De momento, pues, no vemos ni rastro de la inteligencia que actualmente se le da a la Primera Enmienda, aunque estamos a punto de comprobar cómo se fraguó esta revolución; así como el *bad tendency test* era el sintagma imprescindible hasta ahora, el *clear and present danger test* se convertirá en el vector al que habremos de atender. Todo empezó dos años después de *Masses*, con el Tribunal Supremo teniendo que resolver en *Schenck v. United States*²¹⁵ acerca de una condena para manifestantes que habían distribuido panfletos urgiendo a resistir a quienes podían ser llamados al servicio militar. El juez Holmes, hablando en nombre de un Tribunal unánime, introdujo la versión original del test mencionado a partir de los siguientes elementos: la cuestión estriba en si las palabras son usadas en tales circunstancias y son de tal naturaleza como para crear un riesgo claro y actual que traerá el tipo de males sustanciales que el Congreso tiene derecho a prevenir; se trata de investigar meramente la proximidad y el grado del posible daño²¹⁶. Este pronunciamiento hallaría continuidad en *Debs*.

De manera directa se estaba descartando la posibilidad de una libertad de expresión absoluta, ya que ello por ejemplo permitiría dejar impune a quien provoca el pánico en un teatro al afirmar falsamente que hay fuego. Por otro lado, se dijo que en tiempos de paz las cosas podrían haber sido distintas, plasmando una tendencia de los tribunales a permitir mayor libertad de movimientos al gobierno cuando la seguridad nacional es un factor significativo del contexto, aunque como hemos visto esta afirmación es muy discutible. Estos condicionantes, junto con la innecesaria estricta de que el daño fuera de posible ocurrencia, al exigirse solo su identificación y proximidad abstracta en el tiempo,

²¹² KIMBALL, D.: "The Espionage Act and the Limits of Legal Toleration", *Harvard Law Review*, vol. 33, n.º 3, p. 446.

²¹³ FREUND, E.: *The Police Power. Public Policy and Constitutional Rights*, Callaghan, Ann Arbor, 1904, p. 476.

²¹⁴ LES BENEDICT, M.: *The Blessings...*, cit., pp. 272-273.

²¹⁵ 249 U.S. 47 (1919).

²¹⁶ 249 U.S. 47, 52 (1919).

hacen dudar de si Holmes estaba pensando en un canon realmente distinto o si, por el contrario, había expresado con sus propias palabras el *bad tendency test*²¹⁷.

Sea como fuere, es indubitado que *Abrams* es el punto de inflexión sobre la Primera Enmienda por contar con el voto particular de los jueces Holmes y Brandeis; a partir de 1919, pues, no cabe duda de que, para ambos togados, el *clear and present danger test* no era una reformulación del *bad tendency*, sino algo completamente distinto que justificaba la absolución allí donde el *bad tendency* justificaba la condena²¹⁸. A su entender, no podía castigarse la expresión, salvo que se estuviera poniendo en peligro el orden público de manera inminente, otorgando al gobierno un apremiante interés en controlar la conducta por el bien común solo en dicha tesitura. Cumple decir que es aquí donde trajo a colación la idea del libre mercado de ideas que tanto éxito cosecharía en años venideros como referente de la tuición de la expresión²¹⁹, y que es moneda de cambio habitual incluso en nuestros días. A partir de aquí, los jueces Holmes y Brandeis mantendrían ese *clear and present danger test* como su sello distintivo en materia de Primera Enmienda, si bien siempre desde los votos particulares. Incluso cuando en *Whitney* dictaron sendos votos concurrentes, lo hicieron desde la óptica de esa vara de medir y no desde el *bad tendency* mantenido por la mayoría²²⁰.

La pregunta que se impone es qué llevó a los dos magistrados a adoptar una postura que suponía apartarse muchos enteros de lo que sus compañeros de Tribunal sostenían, máxime si consideramos el momento tan delicado que se vivía a nivel mundial y a nivel nacional²²¹; el cambio es de mayor calado si cabe en el juez Holmes, que en pocos meses pasa de firmar *Schenck* a discrepar en *Abrams*. La explicación más probable tiene nombre y apellido: ZECHARIAH CHAFEE, autor de un famoso artículo titulado *Freedom of Speech in War Time*. En él, e inspirándose en COOLEY²²², CHAFEE expuso que los

²¹⁷ Suscribimos el parecer de Abel Castaño, quien entre otros argumentos aduce lo implausible de que el Tribunal Supremo articulara un nuevo canon sin explicitarlo, por lo que lo más razonable es concluir que el juez Holmes quiso imprimirle su propia redacción a la par que mantenía la esencia del *bad tendency test* (vid. ARIAS CASTAÑO, A.: *Clear and present...*, cit., pp. 94-103).

²¹⁸ CHEMERINSKY, E.: *The First Amendment*, cit., p. 129.

²¹⁹ 250 U.S. 616, 630 (1919); CHEMERINSKY, E.: *The First Amendment*, cit., pp. 7 y 129.

²²⁰ 274 U.S. 357, 372-380 (1927).

²²¹ Rodríguez Montañés habla de la sobreactuación que suelen exhibir regímenes políticos, democracias inclusive, cuando el miedo y el pánico –a veces amplificados interesadamente por los poderes públicos– se apoderan de la sociedad (vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 118-119).

²²² "La mera exención de censuras previas no puede ser todo lo que se asegura con las previsiones constitucionales, por cuanto en las palabras expresadas oralmente no puede haber censura previa, y la libertad de prensa resultaría una burla y una ilusión, y la frase misma un simple lema o eslogan si alguien fuera libre de publicar cuanto quisiera, pero las autoridades públicas pudieran de todos modos castigarlo por publicaciones inofensivas. El propósito de las cláusulas de libre expresión ha sido evidentemente la protección de las partes en su libre publicación de cuestiones de interés público, así como asegurar el derecho a una discusión libre de acontecimientos y medidas públicas, así como permitir a cada ciudadano a que en cualquier momento pudiera someter al gobierno y a cualquier persona al escrutinio de la opinión pública en méritos de la crítica justa sobre su conducta en el ejercicio de la autoridad que el pueblo le ha conferido. Los males que se quieren prevenir no son meramente la censura de la prensa, sino cualquier acción del gobierno por medio de la que quiera prevenir tal discusión libre y abierta respecto de cuestiones públicas, ya que ello parece absolutamente esencial para preparar a la gente para un ejercicio inteligente de sus derechos en tanto que ciudadanos" (COOLEY, T.M.: *Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union*, The Lawbook Exchange, Clark Township, 2017, p. 512). Cumple decir que, a diferencia de CHAFEE, COOLEY no creía en la naturaleza absoluta de la Primera Enmienda.

recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo eran contrarios a la historia de protección de la Primera Enmienda en suelo americano. A su modo de ver, la Primera Enmienda opera en dos planos: el primero, como límite al Congreso en materia de supresión del discurso; el segundo, como una exhortación y guía sobre a favor de la discusión pública sobre cualesquiera cuestiones de tal naturaleza²²³.

La premisa de la que parte el jurista estadounidense es el carácter absoluto de la libertad de expresión, por lo que no es sostenible una excepción de la Primera Enmienda ni siquiera en tiempos de guerra. Dicho carácter supone, además, rechazar dos posiciones: la de que la Primera Enmienda mantiene el pensamiento de BLACKSTONE, y la de que la Primera Enmienda distingue libertad de libertinaje, o uso de abuso²²⁴. Para CHAFEE, contraponer esos términos es engañoso porque son excesivamente indeterminados como para aplicarse sin un desarrollo terminológico; es más, alegar que la Constitución no prohíbe castigar expresiones criminales es una falacia circular porque entonces es criminal toda expresión que el Congreso haya calificado como tal. Lo contrario consagraría un voluntarismo desorbitado que permitiría al Congreso crear todo tipo de delitos relacionados con la expresión que convierta la Primera Enmienda en papel mojado; para él, el punto de partida ha de ser otro, a saber, que las expresiones que la Primera Enmienda protege no pueden ser delitos, así que la Constitución ha de erigirse en un límite al poder legislativo para crear nuevos tipos penales²²⁵.

La creación de Holmes y Brandeis empezó a dar sus frutos en la década de 1930 con pronunciamientos con sentencias como *De Jonge v. Oregon*²²⁶, donde negaba la limitación de la libertad de expresión, prensa y asamblea salvo que hubiera incitación a la violencia y al delito; en *Herndon v. Lowrey*²²⁷, el Tribunal revocó la condena a un organizador de un partido comunista por incitar a la insurrección para la violación de una ley estatal, fundándose la condena en que el defendido se había esforzado para reclutar miembros para el partido y por su posesión de literatura de ese partido. A ojos del Tribunal, la ley en cuestión era inconstitucional por su vaguedad, explicitando además que la expresión no podía ser solo castigada por su tendencia peligrosa. El concepto de tendencia constituía una pura especulación sobre pensamientos y tendencias futuras, es decir, un criterio completamente falto de estándares de verificación, por lo que una condena válida tendría que basarse en un temor razonable de peligro para un gobierno organizado.

Sin embargo, sería otra contienda bélica (la Segunda Guerra Mundial) y sus ecos (la Guerra Fría y el macartismo) las que enterrarían esta incipiente jurisprudencia para volver a la casilla de salida que

²²³ CHAFEE, Z.: "Freedom of Speech in War Time", *Harvard Law Review*, vol. 32, n.º 8, p. 934.

²²⁴ *Ibid.*, pp. 937-940.

²²⁵ *Ibid.*, pp. 943-944.

²²⁶ 299 U.S. 353 (1937).

²²⁷ 301 U.S. 242 (1937).

hemos visto en la década de 1920. En *Dennis v. U.S.*²²⁸, el Tribunal se sirvió aparentemente del *clear and present danger test* para aplicar normas como la *Smith Act*²²⁹, aunque es legítimo que nos preguntemos si realmente fue así. La mayoría, en una votación plural que tanto dificulta saber el criterio de esa mayoría, razonó sobre si la gravedad de un mal improbable justificaba la invasión de la libertad de expresión como necesaria para evitar ese peligro; la respuesta fue afirmativa, lo que parecía devolver la situación a los años 20 con una deferencia notable hacia el legislador y el ejecutivo cuando, como en ese caso, existía un interés sustancial en prevenir una insurrección violenta²³⁰. No hacía falta esperar, pues, hasta que el plan estuviera a punto de ejecutarse, por lo que, siguiendo a autores como ARIAS CASTAÑO, podríamos definir esta subversión del test como el *probable danger test*²³¹.

Lo importante era, pues, el mal que podía causarse, y cuanto mayor fuera, menor relevancia tendría su inminencia y claridad. La dicotomía era entre la potencial gravedad del daño y el interés en proteger la libertad de expresión. Como el juez Black dijo en su voto particular, la nueva vara de medir judicial de la limitación de la libertad de expresión era la razonabilidad de esa restricción, lo que hacía vulnerable esa visión a presiones, pasiones y miedos populares²³². Por su parte, el juez Douglas, en su opinión también discrepante, instó al Tribunal a distinguir entre enseñanza abstracta e incitación a acciones ilegales; si bien coincidía en que el discurso podía perder su inmunidad constitucional, ello no ocurría sino cuando proyectaba tantas llamas destructivas que tenía que ser detenido para mantener la seguridad de la República, es decir, una reminiscencia de la inminencia dibujada por Holmes y Brandeis²³³.

Tras *Dennis* llegaron otros tantos casos sobre membresías del Partido Comunista que permitieron al Tribunal explayarse sobre lo argüido en esa decisión. *Yates v. U.S.*²³⁴ fue un caso en el que los acusados fueron inicialmente condenados bajo la Ley Smith por abogar y enseñar la necesidad de una caída violenta del gobierno, así como por organizar el Partido Comunista con la intención de causar tal derrocamiento violento. El Tribunal Supremo revocó las condenas con el argumento de que *Dennis* no podía aplicarse al ser un caso en el que la condena lo era por conspirar para defender de manera actual acciones violentas en el futuro, y en *Yates* lo que se enjuiciaba realmente la enseñanza de una doctrina en términos abstractos. Por ello, no hay que interpretar *Yates* como una derogación de *Dennis* porque el Tribunal dejó claro que la inminencia no era un criterio, siempre que fuera razonable creer que la acción defendida se implementaría cuando se dieran las condiciones precisas.

²²⁸ 341 U.S. 494 (1951).

²²⁹ Ley federal aprobada en 1940 que proscribía cualquier organización que defendiera el derrocamiento violento del gobierno (vid. LES BENEDICT, M.: *The Blessings...*, cit., p. 316).

²³⁰ 341 U.S. 494, 506 (1951).

²³¹ ARIAS CASTAÑO, A.: *Clear and Present...*, cit., pp. 212-218.

²³² 341 U.S. 494, 579-581 (1951).

²³³ 341 U.S. 494, 585 (1951).

²³⁴ 354 U.S. 298 (1957).

En *Scales v. U.S.*²³⁵, el TS validó una serie de condenas bajo la *Smith Act* por pertenecer al Partido Comunista. La justificación era que esa membresía iba acompañada de un papel activo en el partido, y ello lo era a sabiendas de que la organización abogaba por derrocar violentamente el gobierno como uno de sus objetivos en el momento en el que se dieran las circunstancias. Con la frase de participación distinguía el Tribunal los casos de mera asociación o simpatías, y se mantenía la innecesaridad del requisito de la inminencia al bastar con una defensa actual de la violencia (*present advocacy of violence*). *Scales* es una de las mejores pruebas de que *Dennis* no fue un caso aislado, sino que obedecía a un cambio de paradigma durante los años en los que con más intensidad arreció la tormenta de la *Second Red Scare*²³⁶.

No sería esta la última palabra que la Primera Enmienda hiciera pronunciar a su máximo intérprete, ya que la década de 1960 vio un renacer de lo visto en la década de 1930; todo ello resultaría en el test de *Brandenburg*, que veremos tras enunciar sus antecedentes más inmediatos. En 1961, *Noto v. U.S.*²³⁷ supuso la reafirmación de la diferencia entre enseñanza de doctrinas e incitación a violencia real, aunque esa sentencia no comportó diferenciar entre la defensa de acciones ilegales inmediatas o futuras; por su parte, *Bond v. Floyd*²³⁸ permitió al Tribunal revisar la decisión del poder legislativo de Georgia de inadmitir a un representante electo por haber criticado la guerra de Vietnam y el reclutamiento, lo que se había interpretado por las autoridades estatales en clave de abogar por la resistencia al servicio militar. El Tribunal Supremo no compartió esas afirmaciones y anuló la decisión georgiana al no poder equipararse afirmaciones antibélicas con una incitación a resistencia ilícita de ningún tipo. Un razonamiento similar se dio en *Watts v. U.S.*²³⁹, donde se revisó una condena bajo una ley federal que prohibía las amenazas contra la vida del presidente; el defendido había sido condenado por afirmar, durante una protesta contra la guerra, que la primera persona contra la que apuntaría una pistola si era reclutado sería el presidente. El Tribunal consideró el contexto de la frase y determinó que se trataba de una hipérbole política, y no una amenaza real o una incitación; era importante, además, que el discurso no conllevaba ningún peligro inminente para el presidente, requisito que reforzaba la protección de la Primera Enmienda.

Todo ese poso acabó desembocando en *Brandenburg v. Ohio*²⁴⁰: el supuesto de hecho trae causa de la condena a varios miembros del *Ku Klux Klan* con base en la ley estatal sobre sindicalismo criminal²⁴¹. Dicha condena venía motivada por aparecer esas personas en una grabación quemando una cruz y pronunciando discursos ataviadas con el atuendo habitual del KKK, esto es, túnicas con capucha. Los

²³⁵ 367 U.S. 203 (1961).

²³⁶ LES BENEDICT, M.: *The Blessings...*, cit., pp. 316-317.

²³⁷ 367 U.S. 290 (1961).

²³⁸ 385 U.S. 116 (1966).

²³⁹ 394 U.S. 705 (1969).

²⁴⁰ 395 U.S. 444 (1969).

²⁴¹ La ley proscribía “abogar por el crimen, el sabotaje, la violencia o métodos ilegales de terrorismo como medio para lograr la reforma industrial o política”, así como “reunirse con cualquier sociedad, grupo o asamblea de personas formada para enseñar o defender las doctrinas del sindicalismo criminal”.

discursos hablaban de vengarse de los afroamericanos y de los judíos, amenazando con marchar sobre Washington D.C. el 4 de julio; asimismo, también criticaban al presidente, al Congreso y al Tribunal Supremo por su supuesta connivencia con los no blancos en contra de los blancos.

El Alto Tribunal declaró la ley inconstitucional y, en consecuencia, revocó todas las condenas. Para ello, se sirvió del *clear and present danger test*, si bien le dotó de una forma de la que hasta ese momento había carecido articulando los siguientes requisitos de ese canon: (i) si el orador ha de incitar a la violencia; (ii) es plausible que el discurso dé como fruto una acción ilegal; (iii) el riesgo de acciones ilegales sea inminente, y (iv) la acción violenta sea plausible. El Tribunal Supremo, pues, estableció que el gobierno no puede limitar la defensa de acciones ilegales o violentas, salvo que estén dirigidas a incitar o producir una acción ilegal inminente y sea probable que se incite o se produzca tal acción. Los jueces Douglas y Black emitieron opiniones concurrentes en las que expresaron su preocupación por la aplicación distorsionada que podría darse del nuevo test en épocas de inseguridad nacional, ya que cualquier ponderación se sujetaba a manipulaciones y evaluaciones subjetivas de riesgos. Douglas desafió la distinción entre enseñanza teórica y acción trayendo a colación el razonamiento del juez Holmes según el que realmente cualquier idea es una incitación, detalle que el Tribunal debía tener en cuenta en un ejercicio de realismo sobre la Primera Enmienda.

El criterio de *Brandenburg* se mantuvo en *Hess v. Indiana*²⁴², donde el Tribunal Supremo analizó una condena por conducta desordenada derivada de presuntas amenazas de acción ilegal durante una protesta antibélica. En concreto, se habían vertido afirmaciones como "tomaremos la puta calle después", frases que el Tribunal consideró que no se dirigían contra nadie en concreto a nivel individual o grupal, por lo que no podía traducirse en una respuesta ilegal inminente como consecuencia de esas llamadas a la acción. No es suficiente, por lo tanto, la subjetividad de quien emite una serie de palabras, sino la objetividad de si esas palabras pueden concebirse como una incitación a resultados concretos. Más allá de ese caso, puede afirmarse que *Brandenburg* inició una era de estabilidad doctrinal, permitiendo una acomodación y elasticidad a casos y realidades futuras²⁴³.

De todo el elenco de casos ulteriores, nos explayaremos en *Snyder v. Phelps*²⁴⁴ porque tiene una relación ineludible con el objeto de nuestro trabajo. El Tribunal ratificó la revocación de la condena impuesta en primera instancia al Sr. Fred Phelps, pastor de la iglesia baptista de Westboro, así como a otras personas de su congregación. Todos ellos eran habituales en sus prédicas acerca de que Dios castigaba a Estados Unidos por su tolerancia con la homosexualidad, especialmente en el ejército. La cuestión se judicializó cuando en el entierro de un soldado caído en Iraq algunos parroquianos de esa iglesia, junto con el Sr. Phelps, se colocaron cerca de donde se celebraba el sepelio con pancartas y

²⁴² 414 U.S. 105 (1973).

²⁴³ *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 US 1 (2010).

²⁴⁴ 562 U.S. 443 (2011).

consignas ofensivas contra la persona fallecida y los homosexuales en general, sin llegar a entrar en la iglesia o el cementerio. El padre del soldado fallecido demandó a los allí congregados por difamación, publicidad de vida privada, imposición intencionada de sufrimiento emocional, invasión de la privacidad y conspiración civil; en primera instancia, el magistrado descartó la difamación y las cuestiones sobre publicidad, versando el juicio por los cargos restantes. El jurado falló a favor del demandante y le reconoció una indemnización ordinaria de 2,9 millones, así como 2,1 millones por daños putativos.

El Tribunal estimó el recurso porque reputó que las proclamas de los demandados se relacionaban con una cuestión de interés público, a saber, la posición de Estados Unidos sobre la homosexualidad²⁴⁵. El Alto Tribunal sugirió que los Estados tenían más margen de maniobra con casos de sufrimiento emocional en los que no hubiera connotaciones de cuestiones de relevancia pública relativa a materias políticas, sociales o de análoga naturaleza en relación con la comunidad; en cualquier caso, no es posible excluir de la Primera Enmienda discursos sobre estos aspectos relevantes solo porque se planteen en términos desagradables o inapropiados, ya que en muchas ocasiones episodios concretos son instrumentalizados para causas más generales, en este caso la muerte de una soldado para la homosexualidad²⁴⁶.

El Alto Tribunal recordó, además, que ya había afirmado²⁴⁷ que las calles eran el arquetipo del foro público y que, desde tiempo inmemorial (*time out of mind*) esos lugares habían servido para el debate público y la asamblea; ello no excluía que los estados pudieran imponer restricciones razonables por cuestiones de tiempo, lugar y manera (*time, place and manner restrictions*) sobre protestas. Ese caso no implicaba nada de eso, ya que el sufrimiento emocional provenía más de los puntos de vista de los demandados que de esos factores circunstanciales, lo que llevo al Tribunal a sostener que, si hay un principio básico subyacente a la Primera Enmienda, es que el gobierno no puede prohibir la expresión de una idea solo porque la sociedad cree que tal idea es ofensiva o desagradable *per se*. En los debates públicos hemos de tolerar el discurso insultante, incluso indignante, para ofrecer un adecuado espacio vital (*breathing space*) a las libertades contenidas en la Primera Enmienda²⁴⁸.

El único voto particular fue el emitido por el juez Alito, quien defendió que el profundo compromiso nacional con el debate libre y abierto no era un permiso absoluto para los excesos verbales (*vicious verbal assault*) que se dieron en ese caso²⁴⁹, sobre todo si consideramos que ni el soldado caído ni su

²⁴⁵ 562 U.S. 443 (2011), párrafo octavo del apartado II de la mayoría.

²⁴⁶ 562 U.S. 443 (2011), párrafo quinto del apartado II de la mayoría; CHEMERINSKY, E.: *The First Amendment*, cit., pp. 302-309.

²⁴⁷ *Frisby v. Schultz*, 487 U.S. 474 (1988).

²⁴⁸ *Bose Corp v. Consumers Union of United States, Inc.*, 466 US 485 (1984).

²⁴⁹ 562 U.S. 443 (2011), párrafos primero y segundo de la introducción a su voto particular.

familia eran personajes públicos²⁵⁰. Para el magistrado, no hay duda alguna de que las palabras pueden infligir daño por su sola pronunciación y de que la Primera Enmienda no ampara las expresiones que no forman parte esencial de ninguna exposición de ideas; la carencia de valor social, o la existencia de uno tan escaso como en ese supuesto, impiden predicar beneficio que supere el interés social en el orden y la moralidad²⁵¹. En consecuencia, el padre del soldado fallecido tenía derecho a un entierro en paz de su hijo, sin que nadie tuviera el correlativo derecho a brutalizar un momento como ese y causar daños emocionales graves y duraderos al demandante²⁵². No podemos estar más de acuerdo con él. Un buen modo de recapitular cuanto hemos visto es ofrecer la redacción explicativa que WEAVER propone para la Primera Enmienda:

“Ninguna rama del gobierno, federal, estatal o local, puede limitar la libertad de expresión o de prensa, salvo (1) cuando una expresión tenga un valor social nulo o nulo; (2) se pretende incitar a actos ilegales inminentes, siendo probable que tales actos se produzcan; (3) difama a un particular al menos de manera negligente, o bien a un funcionario con malicia real; (4) invade la privacidad de un modo constitucionalmente inaceptable; (5) anuncia un bien o un servicio ilegal, o lo hace de manera fraudulenta o engañosa; (6) representa un discurso comercial que es superado por un interés estatal sustancial y está regido por una normativa estrictamente confeccionada para lograr ese objetivo legislativo, y (7) es sexualmente explícito (aunque no obsceno) o está al alcance de menores”²⁵³.

1.6. Consideraciones comunes

Todo lo que hemos visto hasta ahora nos auxilia a la hora de advertir los diferentes sentidos que puede adoptar la libertad de expresión. Permítasenos abrir fuego en este apartado con las virtudes que, para la libertad de expresión, Yocasta canta en esta secuencia dialógica de *Las fenicias* de Eurípides²⁵⁴:

“YOCASTA: ¿Cómo es eso? ¿Qué dificultades atraviesa el exiliado?

POLINICES: Solo una es verdaderamente vital: no tiene libertad de palabra”²⁵⁵

²⁵⁰ 562 U.S. 443 (2011), párrafo segundo del apartado I de su voto particular, así como el párrafo decimotercero de su apartado III.

²⁵¹ A este respecto, vid. *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 572 (1942).

²⁵² 562 US 443 (2011), apartado V de su voto particular.

²⁵³ WEAVER, R.L.: *Understanding...*, cit., pp. 20-21.

²⁵⁴ ESQUILO, SÓFOCLES, EURÍPIDES: *Obras completas, Las fenicias*, Cátedra, Madrid, 2012, pp. 390-394. Encontramos alusiones parecidas en *Hipólito*, otra obra del mismo trágico griego (vid. LOS MISMOS: *Obras completas, Hipólito*, cit., pp. 420-430).

²⁵⁵ Se suele traducir por “libertad de palabra” el término *παρρησία* (parresía, rompiendo el diptongo para evitar la ambigüedad con el término español parresia), si bien es de notar que en la Grecia clásica también disponemos del término *ισεγορία* (isegoría). Mientras que el primer concepto significa, literalmente, toda expresión, ya que se forma a partir de *παν* (pan, a saber, todo) y *ρῆσις* (resis, a saber, locución, palabra o expresión). Por lo tanto, la parresía sería lo más parecido a la libertad de expresión en el sentido de que permite pronunciarse con amplitud sobre diferentes cuestiones, lo que explica que

YOCASTA: ¡De un esclavo es propio eso que has dicho, no decir lo que piensa!

POLINICES: Hay que plegarse a la estupidez de los que tienen el poder.

YOCASTA: Eso es penoso, sumarse a las tonterías de los tontos.”

Este texto revela el rasgo antiopresivo de la libertad de expresión, es decir, la capacidad que tienen los ciudadanos de discrepar de quienes ostentan el poder a fin de que cobre sentido ser verdaderos ciudadanos y no meros súbditos o esclavos. Véase cómo, además, esa libertad de expresión se vincula con el ámbito político, es decir, la *polis*, en el sentido de que la pérdida momentánea o definitiva del estatus de ciudadano acarrea poco menos que la esclavitud. Esa tendencia a anudar libertad de expresión con la marcha de los asuntos de la *polis* – antigua o moderna – es algo que observamos amplificado en nuestro tiempo de la politización del discurso público²⁵⁶, tendencia muy relacionada con la *vis expansiva* que se espera del Estado en materia de libertades positivas que torna lo político en algo que trasciende de sus dominios tradicionales. Si bien en todos los autores que hemos tenido ocasión de analizar este sentido se encuentra presente, en lo que atañe a ESPINOZA resulta especialmente cierto porque su trayectoria vital es el mejor reflejo de una constante búsqueda de la liberación respecto de los condicionantes de la ortodoxia religiosa o política que le circundaba.

Vemos que la ausencia de opresión²⁵⁷ constituye, pues, uno de los fines de sendas libertades que más ha calado en el imaginario colectivo a través de los siglos. Y es que, en efecto, sin dichas libertades, sería impensable que pudieran denunciarse las situaciones de discriminación o de opresión que los ciudadanos sufren (en propia carne o en carne ajena)²⁵⁸. Si vamos un paso más allá, igualmente inconcebible sería que la opinión pública resultara un freno en términos preventivos a situaciones de discriminación u opresión futuras si quienes pueden ejecutarlas se saben inmunes frente a cualquier crítica que por ello pudieran recibir. Esta función de ambas libertades, y con especial énfasis en la de

en algunos textos se haya traducido al español como “franqueza” (vid. ARISTÓTELES: *Constituciones políticas griegas*, Alianza Editorial, Madrid, 2007, p. 56) y que filósofos como Diógenes el Cínico dijera que la parresía es una de las mejores cosas de la humanidad (vid. LAERCIO, D.: *Vida y opiniones de los filósofos ilustres*, Alianza Editorial, Madrid, 2013, 6.69). Esto explica que el vocablo halla acomodo en situaciones cotidianas desligadas del ámbito político, como cuando se valora en un amigo su franqueza y sinceridad, siempre que esos rasgos se apliquen con dulzura y candidez (vid. MONOSON, S.: *Plato’s Democratic Entanglements*, Princeton University Press, Princeton, 2000, pp. 52-53).

El segundo concepto, por su parte, es más restringido, ya que etimológicamente se compone de la palabra *ἴσος*, que en griego significa “igual” (como en isomorfo o isofonía), y de la palabra *ἀγορά* (ágora), que en griego designa la plaza donde solían congregarse los ciudadanos. Qué duda cabe, pues, de que con esas premisas léxicas estamos ante un concepto de uso mucho más restringido proyectado sobre el derecho – con condiciones subjetivas – de dirigirse a la Asamblea (vid. LA MISMA: *Plato’s...*, cit., p. 52).

No podemos afirmar que parresía e isegoría gozaran del mismo rango de reconocimiento jurídico en la sociedad ateniense porque la segunda claramente apuntaba a uno de los pilares del entramado democrático ateniense (vid. MCHANGAMA, J.: *Free Speech. A History from Sócrates to Social Media*, Basic Books, Nueva York, 2022, p. 13). La libertad de expresión en términos de isegoría no se veía como un bien en sí mismo, un fin que perseguir por la propia bondad y virtud de la causa y del concepto *per se ipse*, sino que el reconocimiento de esa libertad se enlazaba con el propósito que con ella se perseguía. En tanto que el *telos* o finalidad, concepto tan amado por Aristóteles y que elevaría a los altares de su pensamiento acuñando el concepto transversal de teleología, fuera estrictamente necesario, se justificaría que un sujeto se valiera de tal facultad.

²⁵⁶ ELLUL, J.: “Politization and Political Solutions”, en TEMPLETON JR. K.S.: *The Politicization of Society*, Liberty Fund, Carmel, 1979, p. 209.

²⁵⁷ BROWN, A.: *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, Routledge, Nueva York, 2015, p. 86.

²⁵⁸ SHIFFRIN, S.H.: “Dissent, Democratic Participation, and First Amendment Methodology”, *Virginia Law Review*, p. 562.

expresión como proyección de la conciencia que evita el solipsismo, entronca asimismo con el respeto a la autonomía como una de las justificaciones iusfilosóficas para la libertad de expresión y de información, hasta el punto de considerarse una *conditio sine qua non* para hablar de una Constitución legítima²⁵⁹. En este sentido, la libertad de expresión y de información sería indispensable para el ejercicio de la autonomía personal²⁶⁰ (lo que incluye la profesional de quienes, como los periodistas, se dedican a informar al gran público), siendo tal autonomía indispensable para una sociedad que se precie de hacer progresar a la humanidad hacia el perfeccionamiento de su naturaleza²⁶¹. Asimismo, y desde el ángulo kantiano, se ha defendido la necesidad de la libertad de expresión y de información como reconocimiento de que cada cual se desarrolle a sí mismo con base en sus propias convicciones (aspecto solitario), así como que pueda interactuar con los demás de acuerdo con tales convicciones (aspecto relacional, en el que influye decisivamente la conformación del carácter a partir del solitario)²⁶².

En España, esto encuentra perfecto acomodo en el libre desarrollo de la personalidad que, junto con otros pilares, se erigen en el fundamento del orden político y de la paz social *ex* artículo 10.1 CE. La personalidad, esa diferencia individual que constituye a cada persona y la distingue de otra²⁶³, surge, crece y se modula en sus aspectos menos atávicos y básicos gracias a un entorno en el que el sujeto está sometido a muy diversos estímulos que provienen de terceras personas que, inmediata (la conversación) o mediatamente (la lectura), comparten con nosotros sus puntos de vista en méritos de un generoso margen de libertad. El animal político que somos²⁶⁴ se alimenta de esas interacciones para encontrar su lugar en el mundo y desarrollar la carga genética única que porta consigo, reflexionando en su soledad sobre todo ello y actuando en ese mundo a partir de los valores de los que ha decidido dotarse, por lo que muy mal podrá hacer todo esto si él y quienes le rodean han de enmudecer cuando de ser diferentes se trata.

Con esas premisas en mente, no es de extrañar que el libre desarrollo de la personalidad, que también ha recibido nombres como autorrealización (*self-realization*), haya sido otro de los fundamentos de la libertad de expresión y de información²⁶⁵, también en las latitudes europeas²⁶⁶. No se trataría únicamente de que esa autorrealización sea uno de los fines que se pretenden alcanzar con esas

²⁵⁹ BROWN, A.: *Hate Speech Law...*, cit., p. 58; SABA, R.: *Libertad de expresión: un ideal en disputa*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, D.C., 2021, pp. 34-38.

²⁶⁰ CASTELLVÍ MONTSERRAT, C.: “¿Prohibir el enaltecimiento del terrorismo vulnera la libertad de expresión? Sobre la fundamentación, delimitación y restricción de la libertad de expresión”, en QUERALT JIMÉNEZ, J. / CARDENAL MONTRAVETA, S. (COORDS.): *Derecho penal y libertad de expresión*, Atelier, Barcelona, 2021, p. 105.

²⁶¹ GRAY, J.: *Mill on Liberty. A Defence*, Routledge, Nueva York, 1983, p. 104.

²⁶² BAKER, C.E.: *Human Liberty and Freedom of Speech*, Oxford University Press, Oxford, 1989, p. 54.

²⁶³ Real Academia Española (s.f.). Personalidad. En Diccionario de la lengua española. Recuperado el 25 de febrero de 2024 de <https://dle.rae.es/personalidad>.

²⁶⁴ ARISTÓTELES: *Política*, Ediciones Folio, Barcelona, 2001, 1253a-1253b.

²⁶⁵ BROWN, A.: *Hate Speech Law...*, cit., pp. 120-121.

²⁶⁶ LAZCANO BROTONS, I.: “Artículo 10. Libertad de expresión”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (COORD.): *Convenio Europeo de Derechos Humanos Comentario sistemático*, Civitas, Madrid, 2009, p. 454.

libertades, sino que sería uno de los valores que inspiran su existencia²⁶⁷, con particular importancia en facetas como la creación artística al ser esa autorrealización mucho más perceptible²⁶⁸. De nuevo, y aunque acabe proyectándose *ad extra*, estamos ante una faceta que, por su propia formulación (auto o *self* son buenos indicadores), nos sitúa en la órbita de lo marcadamente personal, por lo que no solo a partir de la discusión política en términos de Estado democrático se explican esas libertades²⁶⁹; aquí vemos florecer particularmente las figuras de MILTON y de MILL. Respecto del primero, su crisis personal fue la oportunidad para comprender la importancia que tiene la individualidad como criterio superador de verdades con las que uno ha de comulgar por la fuerza de las cosas; respecto del segundo, es el autor que con mayor ahínco nos habla de la importancia de una búsqueda incansable de la verdad desde la propia experiencia del ensayo y error a partir de verse expuesto a diferentes autores. Para ambos autores, salvo contadas excepciones, no es de la incumbencia del poder político controlar ese caudal de información porque es solo en esa intimidad del diálogo entre el emisor y el receptor que se alcanza la verdad por convencimiento y no por imposición.

Todo ello nos lleva a la cuestión de la autonomía, en absoluto pacífica sobre todo en la doctrina estadounidense a raíz de lo que se considera una excesiva centralidad de ese valor, que conduciría hacia consecuencias indeseadas como las advertidas en cierta jurisprudencia del TS estadounidense²⁷⁰. Una de las principales críticas la encontramos en la obra de MEIKLEJOHN, filósofo que ha descollado por su defensa a ultranza de la Primera Enmienda como un absoluto, pero absoluto siempre y cuando tengamos en cuenta de qué nos está hablando esa previsión constitucional. Desde postulados tenidos por colectivistas²⁷¹, para MEIKLEJOHN la Primera Enmienda se articula con la finalidad última de adoptar decisiones sabias en los procesos decisorios colectivos²⁷² y ello se sobrepone a una visión estrictamente individualista de la libertad de expresión porque se trata de responder no a necesidades particulares de expresar pensamientos e ideas, sino a la necesidad comunitaria de disponer del máximo caudal posible de pareceres²⁷³.

Otro de los críticos de esa autonomía como valor nuclear de la libertad de expresión ha sido el jurista estadounidense OWEN FISS. Muy crítico con la jurisprudencia del TS a la que hemos aludido antes, FISS pone el acento en el efecto real que tiene la expresión cuya libertad se solicita proteger, sin que la

²⁶⁷ BAKER, C.E.: *Human Liberty...*, cit., pp. 47-51.

²⁶⁸ NELSON, S.P.: *Beyond the First Amendment: The Politics of Free Speech and Pluralism*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 2005, p. 62.

²⁶⁹ WEINSTEIN, J.: *Hate Speech, Pornography, and the Radical Attack on Free Speech Doctrine*, Westview Press, Boulder, 1999, p. 12.

²⁷⁰ HOLMES, S.: "Liberal Constraints on Private Power? Reflections on the Origins and Rationale of Access Regulation", en LICHTENBERG, J. (ED.): *Democracy and the Mass Media: A Collection of Essays*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, pp. 21, 32-33 y 47. Se destaca el caso de *Buckley v. Valeo* (424 U.S. 1, 1976) como emblemático de esa basculación hacia la autonomía por cuanto resultó uno de los argumentos determinantes de la imposibilidad de limitar la libertad de expresión poniendo coto a la financiación de campañas electorales.

²⁷¹ POST, R.: "Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse", *University of Colorado Law Review*, n.º 64, p. 1111.

²⁷² MEIKLEJOHN, A.: *Free Speech and its Relation to Self-Government*, The Lawbook Exchange, Clark, 2012, p. 75.

²⁷³ *Ibid.*, pp. 55-56.

cuestión de la autonomía haya de tener ese papel preponderante en tal decisión de proteger o dejar a la intemperie. Dentro de ese efecto real, la pregunta que hemos de formularnos es si el discurso concreto enriquece el debate público: en caso afirmativo entonces dispensaremos la tuición impetrada; en caso negativo, el orador no verá respetado su mensaje porque su autonomía no agrega nada al debate y deberá ser sacrificada si con ello se logra una autodeterminación colectiva mayor²⁷⁴.

El enfoque adoptado por FISS confiere un mayor protagonismo al oyente al desplazar al emisor – cuyo protagonismo se fundamentaría en la autonomía que el jurista americano agita – para situar al receptor como punto cardinal de referencia para enjuiciar todo mensaje, cuyo protagonismo se destaca gracias a esa variable de cuán enriquecedor resulta el mensaje para la colectividad en su formación de decisiones adoptadas democráticamente. Ello va de la mano de una concepción no imprescindiblemente defensiva de la Primera Enmienda frente a toda autoridad, sino que en él se ve también un aliado en la generación de ese caldo de cultivo propicio para que cualquier debate se encauce en términos constructivos y no destructivos²⁷⁵. Este último punto, más allá de generar ciertas estridencias con el destinatario de la Primera Enmienda (*Congress shall make no law...*), nos parece un supuesto de *non sequitur* porque el Estado no deja de ser el resultado de la generación de ese debate colectivo y corremos el riesgo de dejar en sus manos que decida que el estatus quo es enriquecedor para perpetuarse, lo que acabaría generando una falacia circular sobre la justificación del discurso admisible.

Aparte de ese matiz sobre la Primera Enmienda, en términos más amplios la subordinación del valor de la autonomía particular a la autodeterminación colectiva nos parece engañosa e insuficiente: engañosa, porque parte de una contraposición entre ambas realidades que no vemos tal, e innecesaria, porque no da debida respuesta a los conflictos entre lo individual y lo colectivo. Sobre lo primero, la autodeterminación colectiva es el resultado de las autonomías particulares arremolinadas en torno a opiniones iguales o análogas, por lo que no discurren en paralelo, sino que una (o el acumulado de una) lleva a la otra directa o incidentalmente, sin perjuicio de que un estado de opinión colectivo sostenido en el tiempo pueda influir en el desarrollo de las opiniones particulares. Sobre lo segundo, no puede darse respuesta a la libertad de expresión solo desde la óptica de la discusión pública en el marco del debate democrático institucional que se genere alrededor de una opinión, ya que ello supondría obviar el ejercicio de esa libertad en otros ámbitos distintos, donde quizá esa autonomía de la voluntad no busca necesariamente insertarse en un corsé tan estrecho.

Incluso en el exclusivo ámbito de ese proceso democrático, donde es cierto que las libertades de expresión y de información adquieren una especial relevancia por su conexión con la participación

²⁷⁴ FISS, O.: “Free Speech and Social Structure”, *Iowa Law Review*, n.º 71, pp. 1408-1411.

²⁷⁵ *Ibid.*, pp. 1416-1417.

política²⁷⁶, es peligrosa una limitación tal de la autonomía en aras de un concepto tan líquido como el enriquecimiento del debate público porque corremos el riesgo de petrificar esa discusión a fin de que discurra solo en los términos aceptables para la ideología imperante (que sería a su vez el moderador último como juez y parte²⁷⁷), admitiendo a lo sumo ligeras variaciones que en ningún caso pongan en tela de juicio esa hegemonía de las ideas. La democracia intenta reconciliar lo individual y lo colectivo mediante el establecimiento de procedimientos dialógicos normativizados en los que se produzca un intercambio de ideas que genere un sentido de participación, legitimación e identificación²⁷⁸. Estos tres parámetros los concebimos secuencialmente porque solo con una participación suficiente el sistema podrá legitimarse y la mayoría de la población se podrá identificar con el resultado de ese proceso deliberativo. Por ello, casos como el de *Snyder* nos parecen profundamente erróneos y suscribimos íntegramente el voto particular del juez Alito, ya que el discurso que en esa sentencia se dirigía a destruir ese fundamento.

También esa identificación podrá predicarse de quien no ha visto prevalecer sus argumentos porque en el debate se habrá podido llegar a un punto intermedio fruto de modificaciones legislativas auspiciadas por el acogimiento parcial de esos argumentos alternativos, así como porque de todos modos el perdedor en la contienda sabrá que la norma resultante del debate no le es completamente ajena porque su opinión al menos ha formado parte del *iter*. A fin de cuentas, el mantenimiento de esa porción última de individualidad que permita sentirse como un sujeto distinto de la masa amorfa no puede sacrificarse en aras de una sustantivación de valores transpersonales de la que surja una equiparación entre lo colectivo y lo individual²⁷⁹, ignorando que la libertad de expresión es un derecho individual que no se subsume en el derecho de reunión o en el derecho de adscribirse a posiciones con cierto predicamento social. Si la dicotomía lo es entre bienes individuales y colectivos, los primeros tienen más números de verse relegados ni que sea por una cuestión cuantitativa²⁸⁰.

Junto a los reproches anteriores, hemos de considerar la alegación sobre la contradicción con nuestra naturaleza relacional o de “seres de encuentro”²⁸¹ (otra formulación del animal político aristotélico), donde los medios de comunicación jugarían un papel social de primer orden²⁸². Nadie en sus cabales

²⁷⁶ RODRÍGUEZ RUIZ, B.: *Los derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, cit., p. 520; CASTELLVÍ MONTSERRAT, C.: “¿Prohibir el enaltecimiento...?”, en QUERALT JIMÉNEZ, J. / CARDENAL MONTRAVETA, S. (COORDS.): *Derecho Penal...*, cit., p. 106; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Libertad de expresión...*, cit., p. 109.

²⁷⁷ ALEXANDER, L.: “Free Speech and the Speaker’s Intent”, *Constitutional Commentary*, n.º 12, p. 21; POST, R.: “Meiklejohn’s Mistake...”, cit., p. 1119.

²⁷⁸ POST, R.: “Racist Speech, Democracy, and the First Amendment”, *William and Mary Law Review*, n.º 32, pp. 279-288; EL MISMO: “Meiklejohn’s Mistake...”, cit., p. 1115.

²⁷⁹ SANTAOLALLA LÓPEZ, F.: “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión: una valoración”, *Revista de Administración Pública*, n.º 128, pp. 195-197.

²⁸⁰ SHAPIRO, M.: *Freedom of Speech*, Quid Pro, Nueva Orleans, 2011, p. 82.

²⁸¹ LÓPEZ QUINTÁS, A.: *La verdadera libertad de expresión y su fundamentación filosófica*, Fundación López Quintás, Madrid, 2022, p. 40.

²⁸² GONZÁLEZ BALLESTEROS, T.: “Doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertades de expresión y de información”, en BEL MALLÉN, J.I. / CORREDOIRA Y ALFONSO, L. (DIRS.): *Derecho de la información. El ejercicio del derecho a la información y su jurisprudencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, cit., p. 786.

puede negar esa vertiente interpersonal como uno de los factores de desarrollo físico y moral de las personas, y en páginas precedentes hemos hecho de ello uno de los puntales de la comprensión del fenómeno jurídico en general y de la libertad de expresión en particular, pero no consideramos que haya de llevarse hasta el punto de que se convierta en un lastre que elimine el reducto de personalidad que permita que esos intercambios sociales cobren sentido y se mantengan. La apertura al exterior en términos sociales y no solo de supervivencia física necesita de una dosis no menor de libertad para reputar interesante ese salirse de uno mismo, lo que resulta a todas luces incompatible con la sensación de que el mundo exterior equivale a sojuzgamiento y opresión, porque en tal caso no hay genuino intercambio sino uniformidad que se convierte en una cámara de eco.

Autonomía, interdicción de la opresión, libre desarrollo de la personalidad, autorrealización... Todos ellos, a la vez principios informadores, valores y fines de la libertad de expresión y de información en relación de retroalimentación, nos hablan de la unidad más básica a nivel social, el individuo, cuya garantía de independencia bastante en relación con el colectivo ha de darse para que el pluralismo político se dé más allá de sobre el papel que todo lo aguanta. Evidentemente es muy sencillo en regímenes totalitarios o tendentes a ello henchirse el pecho hablando de que se respeta la libertad de expresión y de información, ya que años de represión hacen mella hasta en el más intrépido de los disidentes y generan un caldo de cultivo para que todo lo que se expresa suene al ritmo de los mensajes oficiales. Se supone, por lo tanto, que la democracia habrá de ser el terreno propicio para el florecimiento por doquier de la libertad de expresión.

Sin embargo, la preservación de la democracia como bien a alcanzar gracias a la libertad de expresión e información genera una serie de antinomias²⁸³ que nos brindan un contrargumento vinculado con el efecto antimayoritario que esos derechos suelen tener en la práctica²⁸⁴ y que entronca con lo que acabamos de exponer al calor de la Primera Enmienda. Ello podría resultar paradójico porque se estaría negando con base en esos derechos la posibilidad de que las mayorías legislativas sigan el plan político sobre el que las urnas han dictado sentencia, como cuando se anula por inconstitucional una ley que prohíbe la defensa de ciertas ideas. Una democracia que admita esta limitación tendrá que aceptar explícitamente que se encuentra ante una excepción al principio democrático que la convierte en una forma política *sui generis*²⁸⁵. Es aquí donde los planteamientos de ROUSSEAU toman un singular protagonismo dada la relevancia que le confirió a la vertiente colectiva por encima de las individualidades que pudieran ponerla en peligro, sin perjuicio de que el pensador ginebrino no pueda tenerse por un acérrimo colectivista.

²⁸³ TENORIO SÁNCHEZ, P.J.: “Introducción”, en TENORIO SÁNCHEZ, P.J. (COORD.): *La libertad de expresión. Su posición preferente en un entorno multicultural*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, p. 20.

²⁸⁴ POST, R.: “Meiklejohn’s Mistake...”, cit., p. 1115.

²⁸⁵ SCHAUER, F.: *Free Speech. A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982, p. 40.

Hemos de dar un paso atrás porque cualquier solución que permita compatibilizar ambos polos (el principio mayoritario y la posibilidad de limitar el mandato popular) ha de partir por el cuestionamiento de qué entendemos por democracia. Si por ese régimen político entendemos el poder de la mayoría en cada momento para dotarse de leyes *sin importar el caudal recibido*, entonces claramente la solución aglutinadora es incompatible con el control de lo que esas mayorías deciden. Hemos incidido en ese elemento de antecedentes legislativos por cuanto si prescindiéramos de él, sería inútil aducir la existencia de normas preestablecidas sobre cómo aprobar a su vez ciertas leyes, ya que ello se vería como cortapisas a la mayoría *actual*. Ni siquiera valdría acudir, por lo tanto, al concepto de las garantías formales bajo este prisma porque tales mayorías podrían arrasar con todo y tan temporal sería la mayoría actual como la pretérita a la que se concede mayor peso²⁸⁶.

En cambio, si por democracia concebimos un régimen político en el que las mayorías actuales no pueden sobreponerse a las reglas fijadas por mayorías precedentes, que actúan a modo de salvaguardas cuanto menos formales, la solución integradora sí es ahora claramente viable. Todo grupo cuya composición en el juego mayoría-minoría diste del antecedente que actuaría como freno concebiría el principio democrático a partir del sistema como un todo diacrónico o continuo y no solo como un algo sincrónico o discreto. Ello le obligaría a respetar lo que han decidido las mayorías a las que sucede, sobre todo aquellas singulares a lo largo de la historia de ese régimen que han dado especial forma a los contornos del sistema: la constituyente y la que ha reformado por los cauces previstos lo que la constituyente previó *ab initio*. Quizá esa falta de visión omnicomprendiva es la principal falla de las formulaciones más rousseauianas según se comprueba al estudiar a este pensador.

Además, hay que considerar que, en la idea de democracia, anida la necesidad estructural de proteger a las minorías para asegurar que una mayoría puntual no se convierta en paralizante del intercambio de mayorías y minorías a partir de un debate público lo más desinhibido posible²⁸⁷. Tan importante es preguntarnos cuál es el criterio de la mayoría como que nos formulemos la pregunta sobre cómo ese grupo de personas ha llegado a un estadio donde lleva la voz cantante; si orillamos esta última cuestión correremos el riesgo de perpetuar dinámicas de opresión y subordinación que impidan vuelcos en el aludido juego mayoría-minoría. Toda minoría ha de disponer de una capacidad real para vertebrar un discurso alternativo que permita concitar voluntades de otros grupos minoritarios o de integrantes del mayoritario porque, de lo contrario, solo tendremos una democracia a medias donde el principio democrático solo operará en el recuento de votos y no en la conformación de mayorías.

Las anteriores reflexiones no pueden esconder el difícil encaje entre el pluralismo y el respeto a las mayorías (lo que para Kelsen era el insoluble conflicto entre el orden individual y el orden social²⁸⁸),

²⁸⁶ YUDOF, M.G.: "In Search of a Free Speech Principle", *Michigan Law Review*, vol. 82, n.º 4, pp. 697-698.

²⁸⁷ WEINSTEIN, J.: *Hate Speech...*, cit., p. 12.

²⁸⁸ Kelsen, H.: *De la esencia y valor de la democracia*, KRK, Oviedo, 2006, pp. 11-14.

pero tanto la Constitución como la experiencia (seguramente la primera bebe de la segunda) nos enseñan que es imprescindible encontrar ese encaje so pena de no poder escapar de los errores que han desgarrado nuestra historia más reciente. Tal pluralismo trae consigo una apertura constitucional a las alternativas que puedan poner en tela de juicio el orden fijado²⁸⁹, sin que ello suponga demérito alguno del ejercicio de la libertad de expresión por quien así obra. Del mismo modo que las minorías han de aceptar que sus propuestas no alcanzarán la fuerza de norma vinculante, las mayorías han de aceptar someterse a las críticas de quienes se mueven fuera del discurso oficial o comúnmente admitido, ya que es el precio que han de pagar por ser quienes llevan la voz cantante en el proceso de conformación legislativo²⁹⁰.

El aperturismo constitucional de todo Estado democrático tiene, además, la virtud (o al menos para nosotros es virtud y no defecto) de posibilitar la reinterpretación de su formulación textual a partir de las experiencias materiales de quienes vivimos bajo esa letra, huyendo de una unidad construida al margen de la diversidad fáctica y valorativa²⁹¹. La flexibilidad que ello aporta casa bien con la necesidad de desterrar el *ser* en el mundo jurídico a favor de un *deber ser* más realista con nuestra labor, y crea el caldo de cultivo para que las transformaciones sociales no tengan que partir necesariamente de una constante ruptura traumática (que suele acarrear violencia) con un pasado que se ve inamovible por culpa de quienes se declaran los custodios de sus prístinas esencias. La exégesis constitucional abierta²⁹² permite la irrupción de la tolerancia dentro de la Norma Suprema²⁹³, y decimos dentro porque la propia Constitución es la que ampara discursos que se aparten de sus derroteros ideológicos, sin que su negación se asimile por sí misma a la interdicción de esos discursos contrarios.

La considerable cabida que la Constitución tiene para discursos variopintos plantea, en último término, si no estaremos ante lo que el juez Jackson llamó “pacto suicida” en su voto particular a *Terminiello v. Chicago*²⁹⁴. Y es que planea la cuestión sobre hasta qué punto es sensato aceptar sin más miramientos

²⁸⁹ HÄBERLE, P.: *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid, p. 61.

²⁹⁰ Ibid., p. 63.

²⁹¹ PÉREZ LUÑO, A.E.: “El sistema de los derechos fundamentales”, en GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E. / RUBIO NÚÑEZ, R. (COORD.) / PENDÁS GARCÍA, B. (DIRS.): *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas, tomo III*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pp. 2164-2165.

²⁹² HÄBERLE, P.: *Pluralismo y Constitución...*, cit., p. 76.

²⁹³ AL HASANI MATURANO, A.: *Discurso del odio y libertad de expresión. Análisis del ámbito político y artístico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 48-49.

²⁹⁴ 337 U.S. 1 (1949). El sacerdote católico Arthur Terminiello, en un auditorio de Chicago al que fue invitado por la asociación Veteranos Cristianos de América, pronunció un encendido discurso frente a unas ochocientas personas en el que atacó con saña especialmente a los judíos (el Sr. Terminiello era ya conocido por su antisemitismo), a quienes acusaba de ser los causantes de los males de América, expuso que desde la caída de Hitler solo Franco era la esperanza de Europa y no ahorró descalificativos hacia los colectivos (unas mil personas) que se habían congregado a las puertas del recinto. Los policías, ante los desórdenes públicos que su discurso estaba provocando, detuvieron al orador por alteración del orden público y fue condenado por un jurado por su papel central en la incitación a los disturbios.

El TS, por cinco votos a cuatro, revocó la condena por considerar que se había conculcado la libertad de expresión del demandante, ya que a juicio del Tribunal la vitalidad de las instituciones políticas estadounidenses descansa en el respeto a tal derecho como salvaguarda frente a totalitarismos de diverso pelaje. El juez Jackson, uno de los cuatro magistrados discrepantes, emitió un profuso voto particular en el que se hizo de una expresión (“pacto suicida”) que se cree fue

que la libertad de expresión recogida en la Constitución sea el caldo de cultivo que permita que se vayan cocinando a fuego lento o intenso doctrinas que, de implementarse, supondrían un cambio en el orden constitucional vigente. Dicho de otra manera, hemos de plantearnos la cuestión de la democracia militante, a saber, un régimen político que exige de sus ciudadanos una actitud cuanto menos no hostil hacia sus postulados, puesto que de lo contrario el sistema no amparará opiniones de ese tipo y estaremos ante ejercicios ilegítimos de los derechos fundamentales.

La idea de democracia militante (o, en palabras de ALCÁCER GUIRAO, democracia intolerante²⁹⁵, si bien discrepamos de esa formulación) la acuñó el jurista y filósofo alemán LOEWENSTEIN, quien con la llegada al poder el nazismo se vio obligado a exiliarse en Estados Unidos por su condición judía. Allí, percatándose de que la República de Weimar había caído en manos de esa ideología totalitaria por faltarle a esa República medidas eficaces para prevenir derivas de ese tenor, se postuló a favor de que las democracias se dotaran de herramientas jurídicas destinadas a cercenar la existencia en el seno del tejido social de discursos orientados a hacer estallar esa democracia. Se trataba, en suma, de enviar un mensaje muy claro: con independencia de la cantidad de adeptos, hay ideas que son inadmisibles en una democracia²⁹⁶.

Si bien los intentos de LOEWENSTEIN fueron en vano como nos lo muestra la historia, su propuesta caló hasta el punto de que la Ley Fundamental de Bonn incorporó una serie de artículos claramente marcados por el influjo de ese autor. Hablamos, en concreto, de los siguientes: el artículo 9.2, que prohíbe cuyos fines o cuya actividad sean contrarios a las leyes penales o que estén dirigidas contra el orden constitucional o contra la idea del entendimiento entre los pueblos; el artículo 18, que permite limitar derechos fundamentales si su ejercicio se pone al servicio de derribar el orden democrático liberal consagrada por esa Ley Fundamental; el artículo 21.1, que permite al Tribunal Constitucional Alemán ilegalizar aquellos partidos políticos que pongan en riesgo la existencia de la República Federal de Alemania; el artículo 79.3, que cierra la puerta a reformas constitucionales que, entre otros aspectos, afecten a los artículos 1 y 20 de ese texto constitucional²⁹⁷. Dicho Tribunal ha tenido la ocasión de resolver casos basándose en ese artículo 21.1, sobresaliendo la ilegalización del Partido Socialista del Reich en 1952 y del Partido Comunista de Alemania en 1956, explicitando en este

pronunciada por el presidente Abraham Lincoln cuando se le preguntó por el respeto al *habeas corpus* durante la Guerra de Secesión, aunque no hay registro escrito que lo atestigüe. Para Jackson, la interpretación sostenida por la mayoría ponía en grave riesgo la democracia por manejar un concepto de libertad absoluta incompatible con proteger a la sociedad de la violencia por la que abogan algunos bajo el paraguas de una mal entendida libertad de expresión.

²⁹⁵ ALCÁCER GUIRAO, R.: *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 158.

²⁹⁶ LOEWENSTEIN, K.: "Militant Democracy and Fundamental Rights, II". *The American Political Science Review*, vol. 31, n.º 4, pp. 638–658.

²⁹⁷ Sendos preceptos contemplan, respectivamente, el respeto a la dignidad humana y los derechos inviolables e inalienables (artículo 1), así como el carácter democrático y social del Estado (artículo 20). Incluso este último precepto otorga un derecho a los alemanes, siempre que no haya otro recurso posible, a resistir cualquier intento de subvertir ese orden constitucional.

último caso que Alemania se erigía en una democracia militante que no admitía su neutralidad en materia de partidos políticos²⁹⁸.

Aunque se ha planteado la democracia militante como uno de los posibles fundamentos de la libertad de expresión²⁹⁹ (junto con la autonomía y la democracia), no creemos que pueda actuar como tal, sino más bien como restricción a la libertad de expresión y de información. A nuestro modo de ver, si fuera un fundamento exigiría verificar siempre actos positivos y no meramente neutros en el ejercicio de la libertad de expresión tendentes a afianzar el paradigma político defendido por la Constitución, con lo que toda expresión cuya teleología no se dirigiera hacia ese fin no tendría cabida como ejercicio constitucionalmente amparado. La democracia militante lo que exige es preservar la ideología imperante frente a ataques dirigidos a destruirla, sin que se incluyan dentro de su némesis a quienes se muestran simplemente indiferentes al expresarse o informar. En una democracia militante, la libertad de expresión no es necesariamente un instrumento al servicio de la ideología en boga, sino que no puede serlo al servicio de sus enemigos, y eso tiene mucho más de restricción que de fundamentación, por lo que a lo sumo sería fundamento de tal restricción.

En este debate es imposible ignorar el concepto de neutralidad, o mejor dicho su imposibilidad si hemos de dar por bueno que ALEXANDER llegue a la drástica conclusión de que no existe tal cosa como un derecho humano (fundamental diríamos en terminología española) a la libertad de expresión. Dada su formación, ALEXANDER partirá eminentemente de la Primera Enmienda de la *Bill of Rights* americana, así como de casos estadounidenses para hilvanar sus reflexiones y por ello citaremos algunos de ellos, que parcialmente volverán a salir cuando hablemos de la visión de la libertad de expresión en los EE.UU. Esto no nos priva de que sus argumentos puedan trasladarse con bastante facilidad a nuestros fines españoles y europeos, sin perjuicio de los puntos de desencuentro que puedan existir entre ambos ordenamientos jurídicos.

Definida a partir de su adjetivo neutral (al que el DLE nos redirige³⁰⁰) como la cualidad o actitud de lo que no participa de ninguna de las opciones en conflicto³⁰¹, en el reino de la libertad de expresión se refiere a la posibilidad de incorporar en el debate público ideas y pensamientos discrepantes con el sentir social generalizado. Ello exige de los poderes públicos y de ciertos particulares especialmente reseñables por su posición una actitud a la hora de evaluar las opiniones discordantes que no las enjuicie en tanto que discordantes, sino por otros parámetros como la afectación a otros derechos o

²⁹⁸ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, P.: “La prohibición de formaciones políticas como mecanismo de defensa del Estado y el debilitamiento de dicha protección tras las polémicas decisiones sobre Bildu y Sortu”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 26, p. 114.

²⁹⁹ CASTELLVÍ MONTSERRAT, C.: “¿Prohibir el enaltecimiento...?”, en QUERALT JIMÉNEZ, J. / CARDENAL MONTRAVETA, S. (COORDS.): *Derecho Penal...*, cit., pp. 108-109.

³⁰⁰ Real Academia Española (s.f.). Neutralidad. En Diccionario de la lengua española. Recuperado el 9 de febrero de 2024 de <https://dle.rae.es/neutralidad>.

³⁰¹ Real Academia Española (s.f.). Neutral. En Diccionario de la lengua española. Recuperado el 9 de febrero de 2024 de <https://dle.rae.es/neutral?m=form>.

bienes constitucionales. Al menos ese es el desiderátum, ya que esos parámetros no son una ciencia exacta y no es descabellado que se conviertan en un pretexto para la intolerancia encubierta.

Para el jurista norteamericano, si la libertad de expresión ha de tenerse por un derecho humano, ha de cumplir con las características que suelen asociarse a ese tipo tan peculiar de derecho: aquellos que cualquier persona puede invocar en cualquier lugar y momento, con lo que se genera un deber para los terceros. En línea con la dualidad derechos negativos-derechos positivos, ese deber puede ser negativo (abstenerse de ciertas conductas que impidan ejercer tal o cual derecho humano) o positivo (exige una conducta facilitadora de ese derecho). La libertad de expresión suele encuadrarse en el primer tipo porque lo que se exige es que el gobierno no interfiera con su correcto ejercicio, pero hay que matizar que, en ocasiones esas obligaciones pueden también recaer sobre sujetos no gubernamentales (véanse los ejemplos en el ámbito laboral³⁰²), así como que en ocasiones se exigirá una actuación positiva para salvaguardar el contenido del derecho³⁰³.

A esa concepción podría oponerse que los derechos humanos son derechos legales o convencionales, pero no morales. Es decir, existen no porque sean de tiempo inmemorial, sino que puede trazarse su existencia desde el momento en el que se plasman en textos positivos, lo que alcanzaría, claro está, al derecho a la libertad de expresión. Pero, para ALEXANDER, el modo de expresarse de esas declaraciones de derechos revela su preexistencia, siendo su plasmación por escrito un reconocimiento y no una creación³⁰⁴. En este sentido, hay división entre quienes consideran que la libertad de expresión es un derecho que solo una sociedad liberal puede reconocer, así que no forma parte del elenco de libertades que la comunidad internacional ha de reconocer; otros, en cambio, creen que la libertad de expresión es un requisito esencial de sociedades democráticas que ha de comprobarse de manera empírica.

Podemos distinguir entre la formulación moral deontológica, en la que lo importante son las características del sujeto a quien se le reconoce el derecho (su autonomía, por ejemplo), y la formulación indirecta consecuencialista, en la que el foco se pone en consecuencias generales positivas del reconocimiento y observancia de tal derecho. Las justificaciones más claramente consecuencialistas son las que proponen principios cuya efectiva institucionalización maximiza la utilidad global y las que exigen los derechos humanos para la efectividad de otros derechos importantes; las más claramente deontológicas son las que enfatizan su necesidad para respetar la

³⁰² Vid. la STC n.º 146/2019, de 25 de noviembre. En ella, se otorga el amparo a un trabajador despedido por hacer públicas lo que él consideraba que eran una serie de disfunciones en su puesto de trabajo. El deber de lealtad y de buena fe en las relaciones laborales no puede engullir el contenido esencial de la libertad de expresión, sin que se exija tampoco la completa precisión de las manifestaciones realizadas (FJ 5º, párrafo séptimo, así como FJ 6º). En análogo sentido, vid. las SSTC n.º 127/2018 y 126/2018, ambas de 26 de noviembre, en concreto su FJ 5º y 3º, respectivamente.

³⁰³ ALEXANDER, L.: *Is There a Right of Freedom of Expression?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 3-4.

³⁰⁴ ALEXANDER, L.: *Is There a Right...?*, cit., p. 5.

dignidad humana³⁰⁵. Para ALEXANDER, lo ideal es encuadrar la libertad de expresión en el marco de libertades negativas de tipo deontológico, ya que tratar de vincularlo con teorías indirectas consecuencialistas restringe mucho el ámbito operativo de la libertad de expresión. Para el autor, la mayoría de las ocasiones se tratará de hacer valer esta libertad negativa de tipo deontológico ante los poderes públicos, y aunque es cierto que el gobierno es más que un conglomerado de personas que a su vez representan a otras personas, no es menos cierto que la fuerza de sus actos excede con mucho de la mera agregación de voluntad individualmente consideradas³⁰⁶.

Se ha creído de manera más o menos generalizada que la libertad de expresión no solo se circunscribe al lenguaje hablado, sino en general a todo discurso más allá de su forma. Entender que se refería tanto al lenguaje escrito como al oral no entrañó una gran dificultad de interpretación y aceptación, y para el autor esa misma idea hace que no tenga que comportar dificultad alguna trasladarlo al lenguaje de signos, las películas o las representaciones artísticas. Por ello, aunque se distinga nominalmente entre discurso y discurso simbólico, a efectos conceptuales tendríamos que encontrarnos dentro de la misma libertad de expresión protegida en textos constitucionales como la Primera Enmienda³⁰⁷. Todo discurso incorpora símbolos, con la única diferencia de que algunos son más explícitos que otros. Por ello no es infrecuente ver usarse el término "libertad de expresión" o "libertad de comunicación" en lugar de "libertad de discurso". Se suele creer que la libertad de expresión es un derecho del orador, pero quizás sea más importante el derecho del público porque este cubre más espectro de protección que aquel. Podemos imaginar la prohibición de un libro escrito por alguien muerto, o bien que el modo de producir la expresión no parta directamente de un humano (máquinas, animales, fenómenos físicos), y aun así el público conservaría su derecho a recibir información de esas mismas fuentes³⁰⁸.

Tras varios dimes y diretes, ALEXANDER concluye que la libertad de expresión irrumpe cuando una actividad se suprime o se castiga con el fin de impedir que un mensaje se reciba, por cuanto hay que asumir que lo esencial es que el regulador deba abstenerse de actuar con base en sus propios juicios sobre la verdad o el valor de un cierto mensaje. No sería admisible ni digno de respeto un gobierno que determinara que solo lo que está en consonancia con sus opiniones o creencias puede ser expresado, y esa abstención gubernamental exige una neutralidad frente a los mensajes como sostuvo el juez Jackson en *West Virginia State Board of Education v. Barnette* (14 de junio de 1943). No se trata de que ese principio resuelva de un plumazo los problemas de la libertad de expresión, pero sin él nada puede hacerse con mínimas garantías, por lo que lo relevante es focalizarse en los casos donde los terceros buscan afectar el contenido de los mensajes³⁰⁹.

³⁰⁵ Ibid., p. 6.

³⁰⁶ Ibid., p. 7.

³⁰⁷ Ibid., pp. 7-8.

³⁰⁸ Ibid., pp. 8-9.

³⁰⁹ Ibid., pp. 11-12 y 38.

A los fines de estudiar ese impacto sobre el contenido de lo expresado, no solo hemos de atender a normas de carácter general, sino también a actos, que pueden ser aplicaciones *ad casum* de una norma de cobertura que, aparentemente, no contiene ninguna minusvaloración de mensajes concretos, como recuerda *Wayte v. U.S.* (19 de marzo de 1985). Hay otra categoría de actos que, aunque es más sutil, no deja de tener su relevancia: las leyes aparentemente neutras en cuanto al contenido, pero que esconden una supresión o alteración del mensaje, como cuando se aprueba una ley que prohíbe quemar objetos porque se ha extendido la práctica de quemar banderas americanas en señal de protesta. Dado que el propósito es lo importante, también han de caer del lado de lo prohibido por la Primera Enmienda, sin que importe si la norma es aparentemente neutra o no en cuanto al contenido porque o determinante es el propósito perseguido por el gobierno³¹⁰. Sin embargo, para enjuiciar correctamente esas intenciones – sobre todo cuando están ocultas bajo el paraguas de aspiraciones en apariencia dignas de respeto – habrá que prestar atención a los efectos que cada regulación tiene con respecto a los fines formalmente declarados. ALEXANDER lo ejemplifica con la diferencia entre una norma aprobada directamente para prohibir quemar la bandera americana y otra que solo persigue quemar objetos para evitar afectaciones a la seguridad pública: la primera ley solo impactará en conductas expresivas y, de manera tangencial, en la seguridad pública, mientras que no podremos decir lo mismo de la segunda³¹¹.

Si el gobierno quiere regular el discurso cuya mismísima recepción se considera dañina, necesariamente ha de realizar juicios selectivos sobre qué discursos son incompatibles con la defensa de la libertad de expresión. En casos de daño indirecto (el discurso puede incitar al daño), solo la conciencia de falsedad o de engaño pueden amparar una regulación gubernamental (sea legislativa, ejecutiva o judicial) cuando el daño resultante no es regulable. Si ese daño sí que es regulable, podría defenderse que el efecto incidental de proteger a la audiencia capaz de discernir sería admisible si el propósito del gobierno fuera proteger a la audiencia incapaz de tal discernimiento³¹². La conclusión es que podemos optar por un derecho a la libertad de expresión antiintuitivo que cubre todo el ámbito del principio quinto, o bien otro también antiintuitivo que solo cubre mensajes que dañan por persuadir a públicos moralmente responsables. Paradójicamente, todo ello exige evaluar mensajes, lo que parece contrario al núcleo esencial de la libertad de expresión³¹³.

Junto con lo anterior, ALEXANDER plantea un tipo alternativo de casos, en los que la actividad pública promueve un punto de vista concreto, que en apariencia no restringe la libertad de nadie. Puede haber múltiples formas que, sin caer en leyes de tipo uno, puedan comportar una afectación a la libertad de expresión, como pueden ser los incentivos fiscales a ciertas actividades o la defensa en la escuela de

³¹⁰ Ibid., pp. 38-39.

³¹¹ Ibid., pp. 41-42.

³¹² Ibid., pp. 80-81.

³¹³ Ibid., p. 81.

ciertos valores con los que el gobierno concuerda. En materia escolar, parece evidente que el gobierno lanza un mensaje de que va a premiar a quienes defiendan una determinada visión con fondos y materiales educativos, lo que de por sí supone destacar unas ideas sobre otras³¹⁴. El Tribunal Supremo americano se ha manifestado en sentidos no siempre coincidentes: ha anulado la retirada de libros de una escuela pública que eran reputados como conflictivos para la dirección del centro (*Board of Education v. Pico*, 25 de junio de 1982), si bien en esta misma decisión el Tribunal dijo que su fallo hubiera podido variar si lo enjuiciado hubiera sido la decisión de no adquirir ese material. A ojos de ALEXANDER, sería más razonable no distinguir entre el criterio sobre lo que puede retirarse y lo que puede enseñarse en clase, aunque es cierto que hay que tener en cuenta limitaciones de tiempo y de recursos económicos, por lo que parece complicada una fiscalización intensa al respecto³¹⁵.

La incapacidad de ofrecer distinciones realmente creíbles y coherentes desde un punto de vista teórico entre los diferentes supuestos lleva a ALEXANDER a considerar que ese tipo de leyes han de tratarse como una unidad respecto de la libertad de expresión, por lo que o todas estas leyes violan la libertad de expresión o ninguna lo hace. Incluso si partimos de que esas leyes violan la Primera Enmienda, en un ejercicio de pragmatismo y realismo parece una quimera impedir las por completo porque la democracia parece precisar de que el gobierno exponga ciertos aspectos de su política legislativa o por qué piensa que tal o cual principio son aconsejables. Para el autor, quienes abogan por una admisión acrítica y generalizada de esas políticas públicas yerran porque no perciben el peligro que para la neutralidad tiene distraer recursos para un discurso y no para otro, lo que hace que estemos ante verdaderas restricciones de la libertad de expresión³¹⁶.

Parte de este galimatías o callejón sin salida lo achaca ALEXANDER a que los sistemas democráticos de herencia liberal todavía no han encontrado una justificación creíble sobre la tolerancia de las posiciones antidemocráticas e iliberales. Las principales libertades de nuestros sistemas normativos descansan sobre la premisa de la abstención epistémica: el gobierno no puede imponer su visión del bien a los disidentes porque no puede conocer el bien. Pero a esa aparente neutralidad es inviable en la práctica porque, como decíamos, el gobierno ha de gobernar de acuerdo con lo que la mayoría ha decidido, y ello a su vez supone que la voluntad general ha de conformarse a partir de la máxima cantidad posible de información accesible al público³¹⁷.

Todo lo dicho lleva al jurista estadounidense a negar la existencia de un derecho humano específico a la libertad de expresión, sin que pueda colmarse esta laguna con una remisión genérica a la libertad de acción por ser esta una realidad jurídica demasiado genérica y amplia. Pero la pérdida de ese estatus

³¹⁴ Ibid., p. 82.

³¹⁵ Ibid., pp. 89-90.

³¹⁶ Ibid., pp. 100-101.

³¹⁷ Ibid., pp. 136, 139 y 147.

no lleva irremediamente a la eliminación de cualquier consideración sobre una libertad de expresión, aunque sí a una relativización de su importancia y alcance más realista y acorde con sus verdaderas capacidades³¹⁸. En concreto, estaremos ante una virtualidad eminentemente consecuencialista-indirecto según la que la neutralidad de contenidos conducirá a mejores consecuencias que las derivadas de restricciones gubernamentales, si bien todo ello estará sometido a la contingencia espaciotemporal³¹⁹.

El planteamiento de ALEXANDER es sugerente, aunque creemos que su conclusión es exagerada porque exagerado es el contenido ideal que atribuye *ex ante* a la libertad de expresión. Asumir que una irrealizable neutralidad para cuestionar que haya un verdadero derecho a la libertad de expresión parte de una absolutización de la neutralidad que forzosamente conduce al corolario del jurista estadounidense, pero creemos que ello responde a una autolimitación impuesta por el autor que sabe conducirá a esa negación, como cuando se predispone el fallo en las sentencias para luego decir que los hechos solo llevan a ese resultado preconcebido. La concepción de este autor ignora la gama de intermedios entre una afectación completa al contenido de tal modo que solo una visión del mundo cabe dentro de la libertad de expresión y una que no afecte a ninguna visión, y con la preterición de esa necesaria graduación es indudable que el veredicto está servido. Seguramente esas disfuncionalidades de las que adolece la visión del jurista norteamericano hunden sus raíces en que su aproximación es de corte liberal y, por lo tanto, está embebida del presupuesto iusfilosófico según el que el Estado ha de mostrarse neutral frente a las diferentes formas de vida. Pero tal aproximación tiene más de espejismo que de realidad porque incurre en evidentes problemas epistemológicos que ponen en riesgo todo el edificio de ese Estado liberal al exigir innecesariamente lo inalcanzable. No en vano, y desde ópticas de índole comunitarista, se ha destacado que un sistema así es insostenible si hemos de creer en sus premisas, por lo que estamos ante la ilusión liberal³²⁰.

Si bien la ortodoxia juega un papel mucho más central en la libertad de expresión que en otros derechos, hemos dicho que la limitación de todo derecho con base en las cambiantes ideologías al mando de las operaciones gubernamentales no es exclusiva de aquel derecho. Si cogemos el ejemplo del derecho a la vida, entendemos que ALEXANDER no negará su condición de derecho fundamental por no proteger todo tipo de autodefensa, como la de aquel que previamente ha atentado ilegítimamente contra la vida de otro y recibe una respuesta proporcional que pone en riesgo la vida de ese agresor inicial. No hemos escogido este caso al azar porque nos permite exponer que ALEXANDER, quizá imbuido por el ideal del *free speech* como un absoluto en los términos literales de la Primera

³¹⁸ Ibid., p. 193.

³¹⁹ Ibid., pp. 185-186.

³²⁰ VÁZQUEZ ALONSO, V.J.: "La neutralidad del Estado y el problema del *government speech*", *Revista de Estudios Políticos*, n.º 177, p. 16.

Enmienda, no le da la debida importancia a la legítima defensa que puede ejercer la democracia cuando se ve acechada por discursos que buscan su destrucción.

ALEXANDER pretende que su aserto sobre un inexistente derecho humano a la libertad de expresión es fruto de un ejercicio de realismo a la vista de cómo operan las restricciones a tal libertad, pero se da la paradoja de que ese supuesto realismo carece del suficiente realismo en sus premisas. El objetivo de marcarse un reto tan fuera del mundo como lograr una libertad de expresión a prueba de cualquier frontera por razón del contenido debiera ser un desiderátum más que una exigencia cuya falta de verificación detona la bomba que nosotros mismos hemos preparado, y solo así lograríamos la loable meta buscada por el autor de exponer las contradicciones de nuestros sistemas democráticos en una deseable evolución hacia una expresión más libre. Además, esa asunción por ALEXANDER de una libertad de expresión como si solo admitiera una formulación unívoca, en lugar de aceptar con mayor carga de relativización que se trata de su particular deber ser, es desalentadora porque rema en sentido contrario a un afianzamiento de la libertad de expresión al devaluar artificialmente su importancia en una especie de crónica de muerte anunciada.

En todos y cada uno de los autores que hemos tenido la ocasión de estudiar, incómunamente se observa la fijación de lindes para la libertad de expresión. Aunque en algunos casos pueda dudarse acerca de si los límites responden a convicciones sinceras o a necesidades coyunturales de no ver censurada una obra por entero, es inverosímil poner en tela de juicio la sinceridad de la mera proposición de fronteras para ese derecho, que con el paso del tiempo adquirirá la máxima relevancia en nuestros ordenamientos jurídicos. Lo mismo podemos predicar de algunas restricciones planteadas, por ejemplo, en materia religiosa por autores tan destacados como MILL, que en lo concreto pueden parecernos poco defendibles, pero que no puede impedirnos converger en que la capacidad humana para comunicarse no está exenta de barreras, y sin que ello ponga en jaque la realidad de un derecho a expresarse con cierta libertad.

En cualquier caso, es incuestionable que el trabajo de ALEXANDER pone el dedo en la llaga sobre el concepto de neutralidad y, como decíamos en el párrafo anterior, obliga a mirarnos frente al espejo cuando con demasiada ligereza censuramos jurídicamente discursos que nos incomodan envolviéndonos para ello en el facilón argumento de proteger la democracia de sus enemigos. Conviene, pues, que prestemos mayor atención a la idea de neutralidad como uno de los principios que integran nuestro armazón constitucional, sin que su falta de positivización haya sido óbice para ostente un papel nuclear³²¹. Ello entronca con la afirmación de que nuestra Constitución, a diferencia de otras como la alemana, no instaura un sistema de democracia militante, si bien esa aseveración no es

³²¹ GAVARA DE CARA, J. C.: *El principio de neutralidad en la Constitución Española*, Bosch, Barcelona, 2023 pp. 15-16.

pacífica, y también se asocia en ocasiones con los principios de independencia, imparcialidad e incompatibilidad³²².

2. La libertad de expresión e información en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

2.1. El contenido del artículo 10 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos

A nivel del CEDH, la libertad de expresión *ex* artículo 10 tiene grandes áreas de confluencia con el artículo 20 CE, si bien existen algunas diferencias entre ambos textos normativos, por lo que es conveniente darle un tratamiento diferenciado. Lo primero que podemos decir es que tal artículo consagra un derecho de expresión descompuesto en dos vertientes: la de opinión y la de información (tanto en su vertiente emisora como receptora). La discusión sobre el monismo o dualismo – que desarrollaremos al hablar de la CE – tiene un recorrido menor porque el texto se encarga de ofrecernos una respuesta monista, lo que evidentemente no ha sido óbice para que TEDH fije un criterio diferenciador entre ambas subcategorías de derechos a partir de la vinculación de la opinión con ideas y de la información con hechos. La taxonomía no es meramente teórica, sino que de ella se predicen poderosas consecuencias en cuanto al rasero con el que se medirá el ejercicio de los dos haces de facultades del artículo 10.1 CEDH³²³. Es importante destacar *ex ante* que en las siguientes páginas encontraremos esbozadas las principales líneas de la libertad de expresión ante el TEDH, ya que cuando abordemos su jurisprudencia en materia de delitos de odio volveremos con fuerza sobre esta cuestión.

Aunque no se inserte dentro del núcleo duro inderogable, la libertad de expresión cumple un papel fundamental para la buena marcha de cualquier sistema democrático³²⁴. En consecuencia, y por más que luego veremos límites explicitados en el artículo 10.2 CEDH – a los que sumaremos el exógeno del artículo 17 CEDH – es importante destacar que la libertad de expresión obliga a estar y pasar no solo por aquello que regala nuestros oídos, sino también a lo que nos resulta desagradable y puede herirnos o inquietarnos. Solo así puede darse cumplimiento a los principios de pluralismo y tolerancia de los regímenes democráticos³²⁵ y se disponen los mecanismos precisos para el desarrollo de la humanidad tanto desde una óptica de su gobierno democrático como de la autorrealización personal. La autonomía personal y la comunidad se dan la mano en una unión no siempre sencilla y pacífica,

³²² *Ibid.*, pp. 13 y 17.

³²³ LAZCANO BROTONS, I.: “Artículo 10...”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (COORD.): *El Convenio...* cit., p. 469.

³²⁴ SARMIENTO, D. / MIERES MIERES, L.J. / PRESNO LINERA, M.A.: *Las sentencias...*, cit., p. 79.

³²⁵ CASADEVALL MEDRANO, J.: “La libertad de expresión y sus límites en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en LANDA GOROSTIZA, J.-M. / GARRO CARRERA, E. (DIRS.) / ANDEREZ BELATEGI, M. / GORDÓN BENITO, I. (COORDS.): *La libertad de expresión en tiempos convulsos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 94-95.

complejidad que explicará que en algunas sentencias se dé mayor importancia a uno u otro elemento según se entienda que lo exige el juicio de proporcionalidad³²⁶.

Una de las sentencias más citadas en materia de libertad de expresión, tanto por cronología como por peso específico, es *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976. El motivo por el que seguramente es así a pesar de no ser precisamente reciente estriba en que se trata de la primera ocasión en la que el TEDH expuso que la libertad de expresión es uno de los pilares esenciales del sistema democrático, lo que conlleva el peaje de soportar opiniones con las que discrepemos, e incluso que nos perturben³²⁷. Si bien en ese caso concreto³²⁸ no se estimó la demanda del Sr. Handyside, ello seguramente fue más por la idiosincrasia del supuesto y por el margen de apreciación que por aquel entonces el Tribunal confería a los Estados en asuntos fronterizos entre la libertad de expresión y la moral pública³²⁹. Tan interesante como los hechos analizados es el voto particular del juez alemán Hermann Mosler, sobre el que nos detendremos un momento.

Como parte de las medidas destinadas a evitar la difusión del *Little Red Schoolbook*, las autoridades británicas ordenaron el secuestro de una parte de los ejemplares en unos determinados territorios. Esto hizo que, evidentemente, la retirada de ejemplares acabara siendo muy limitada, lo que choca con la declarada voluntad del gobierno británico de proteger a la juventud de obras tenidas por tan contrarias a la moral como para sustraerlas del comercio. Ello motivó el aludido voto particular del juez Mosler porque, a su entender, existía una abierta contradicción entre los fines pretendidos y los instrumentos dispuestos para alcanzarlos, de tal suerte que el precio que la libertad de expresión (sumamente valiosa para el juez Mosler en una democracia) tenía que pagar en este caso no se justificaba en medidas “necesarias” como exige el CEDH. Si bien el Convenio no impone medidas que afecten a todo el territorio de un país o que sean selectivas en cuanto a su incidencia, ello no puede esconder la incoherencia exhibida por las autoridades británicas.

³²⁶ LAZCANO BROTONS, I.: “Artículo 10...”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (COORD.): *El Convenio...* cit., pp. 454-455; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Libertad de expresión...*, cit., p. 229.

³²⁷ *Ibid.*, p. 229.

³²⁸ De manera resumida, al Sr. Richard Handyside se le impuso una condena de 50 libras esterlinas (25 por cada cargo) por haber distribuido el *Little Red Schoolbok*, pronunciamiento confirmado en las sucesivas instancias. Esa obra, organizada alrededor de siete capítulos sobre temáticas variadas, es la traducción al inglés del *Den Lille Røde Bog For Skoleelever*. Se trata de un libro danés de inspiración marxista publicado en 1969 por Søren Hansen y Jesper Jensen cuyo propósito era alentar a la juventud a que no se conformaran con el *statu quo* y a que se atrevieran a actuar al margen de los dictados de la sociedad, animándolos a rebelarse contra las injusticias que los adultos ejercieran contra ellos (vid. VVAA: *El libro rojo del cole*, Nuestra Cultura, Madrid, 1979, p. 6, donde a los adultos se les califica de “tigres de papel”). Además, trataba con franca apertura la sexualidad y el consumo de drogas. En España, esta obra fue editada inicialmente por Utopía, frente a lo que las autoridades reaccionaron con su prohibición. Ya en 1979, la editorial Nuestra Cultura volvió a publicarla y hoy en día puede adquirirse incluso en Amazon a partir de esa edición.

La condena impuesta por las autoridades británicas se fundamentó en que el libro, si bien contenía algunos pasajes provechosos como asimismo reconoció el TEDH, transmitía algunas ideas consideradas subversivas y peligrosas desde una óptica de la moral pública, especialmente la sexual. Particularmente problemáticos resultaban los pasajes en los que se normalizaba la homosexualidad, en los que se animaba a mantener relaciones sexuales entre adolescentes si así lo deseaban (se referían diferentes prácticas) o en los que se defendían las bondades de la pornografía (vid. VVAA: *El libro...*, cit., pp. 121-124, 111-115 y 120-121, respectivamente).

³²⁹ BUSTOS GISBERT, R.: “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática (Art. 10 CEDH)”, en GARCÍA ROCA, F.J. / SANTOLAYA MACHETTI, P. (COORD.): *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2023, p. 773.

Esta línea argumental nos permite reflexionar acerca del especial rasero con el que se ha de medir toda área que se pretenda dejar al margen de la libre expresión e información. Las autoridades, entendidas en términos amplios como los tres poderes institucionalizados, gozan de un margen de maniobra generoso para determinar las políticas que crean, desarrollan o implementan, pero esa afirmación tan genérica no puede predicarse con igual generosidad si hablamos de cómo planificar el urbanismo o si hablamos del discurso que vamos a permitir. Las incongruencias son consustanciales a la condición humana y su origen no siempre es fácil de trazar en cada caso, pero cuando nos enfrentamos a materias particularmente sensibles la discrecionalidad ha de ser vista con inicial desfavor porque no puede convertirse en el pretexto para implementar decisiones más simbólicas que efectivas de acuerdo con sus presupuestos axiológicos.

No todo ha de reconducirse al frío cálculo y, en ocasiones, la eficacia tendrá más de sensación que de número³³⁰, pero el recurso a legislaciones o decisiones de corte simbólico³³¹ deberá ser limitado drásticamente cuando el efecto es la resección de facultades que bien podrían caer dentro del lado de lo permitido si analizamos la situación en su globalidad. Claro está que lo anterior no se erige en un impedimento absoluto respecto de la limitación a la libertad de expresión porque no se tiene por derecho absoluto, tanto por las restricciones específicas contenidas en el artículo 10.2 CEDH³³² como por la militancia predicable del Convenio, según tendremos ocasión de ver al abordar las limitaciones a la libertad de expresión de acuerdo con ese artículo 10.2 CEDH.

La libertad de expresión tiene un componente central de naturaleza política, igual que acontece con nuestra Constitución, pero tal y como sucede con esta, no se circunscribe tan solo a lo político porque también se adentra en el reino de lo artístico y cultural. Ello se predica no solo del autor de una obra, sino que también se extiende a quienes se dedican a su promoción y publicidad³³³, lo que no deja de tener sentido en la medida en la que tan importante suele ser la creación artística (de la índole que sea) como su difusión entre el público por terceros distintos a su progenitor. Es cierto que, cuando nos adentramos en el vasto mundo del arte, la variable que introducimos en la ecuación es más difícil de despejar que la del discurso político porque el arte puede alcanzar altitudes mucho más elevadas en transgresión y disrupción que el mundo de lo político, ya que no en pocas ocasiones ese ánimo de escandalizar y de remover conciencias es el que impulsa a los artistas. Además, en el insondable reino del arte, determinar qué lo es y qué no lo es no siempre es tarea fácil³³⁴, pero la dificultad nunca eximió el esfuerzo.

³³⁰ LACRUZ LÓPEZ, J.M. / CALLEJO GALLEGOS, M.J. / MELENDO PARDOS, M.: *Apuntes de política criminal*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 207.

³³¹ FERRARO, F.: “La legislación simbólica: la necesidad de una redefinición y el problema de las funciones simbólicas del Derecho”, *Revista telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 27, pp. 28-29. De entre las varias acepciones que tiene esa expresión, adoptamos aquí la vinculada con su ineficacia o ineffectividad.

³³² LAZCANO BROTONS, I.: “Artículo 10...”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (COORD.): *El Convenio...* cit., p. 455.

³³³ *Ibid*, p. 477.

³³⁴ LONGAN PHILLIPS, S.: “Sobre la definición del arte y otras disquisiciones”, *Revista Comunicación*, vol. 20, n.º 1, pp. 76-77.

El TEDH ha incluido la libertad artística dentro de los lindes del artículo 10 CEDH³³⁵, si bien se ha mostrado algo titubeante en la intensidad de su protección porque no se incardina en la predilecta temática política, lo que hace que en los conflictos entre esa expresión y la libertad de religión prime esta sobre aquella³³⁶. Por más que se haya mostrado abierto a proteger expresiones como la poesía (vid. *Karataş c. Turquía*, de 8 de julio de 1999), ello ha ido de la mano de la generosidad con la que ha aceptado la relevancia de límites explícitos en el artículo 10.2 CEDH como la moralidad (*ad infra* veremos los límites con mayor detalle), con la consiguiente relativización en la protección que ha dispensado a lo artístico. Esta línea jurisprudencial sufrió un cambio de rumbo con la sentencia *Vereinigung Bildener Künstler c. Austria*, de 25 de enero de 2007. En ella, el TEDH declaró incompatible con el artículo 10 CEDH la multa de 2.500.-€ a una asociación de artistas y la prohibición de exposición pública de una obra pictórica de tipo collage en la que se representan una serie de personajes famosos entre los que encontramos la Madre Teresa de Calcuta y el político austriaco Jörg Haider (a la postre, quien denunciaría la obra) de modo zaheridor y con tintes marcadamente sexuales³³⁷.

Para el Tribunal, si bien la obra podía calificarse de escabrosa fruto de la distorsión de la realidad mediante el empleo de imágenes que buscaban provocar, el cuadro formaba parte de una disputa que el artista mantenía contra el partido político al que pertenecía el político incluido en el collage. El cuadro había nacido como respuesta a una serie de críticas que ese partido y, en particular ese político, le habían dirigido al artista, con lo que ese contexto era indisociable del resultado pictórico que se estaba enjuiciando y el intercambio de ideas y opiniones que suscitaba la obra era consustancial a una sociedad democrática³³⁸. Que no mediaran palabras no era razón bastante para privar de amparo convencional a una expresión que, por demás, tenía implicaciones políticas una vez visto el caso en su integridad, por lo que a la luz de este caso se entiende que se otorga la protección del Convenio a quien aprovechó un carnaval para desfilarse con una imagen de escayola en la que se daba a entender que el alcalde de esa localidad se había apropiado de dinero público (*Alves da Silva c. Portugal*, de 20 de octubre de 2009).

En íntima conexión con ello nos encontramos con el discurso simbólico, terreno natural en el que hallaremos algunas representaciones artísticas que no se reconduzcan a los cánones habituales, pero que no por ello las convierten en menos artísticas. Y qué decir tiene de la importancia que el discurso simbólico tiene en el ámbito religioso, sin que se perciban suficientes motivos como para que lo que se protege en el ámbito del artículo 16 CE y el 9 CEDH no tenga su refrendo tuitivo en el ámbito de la libertad de expresión. A fin de cuentas, no es el vector de la forma al que hemos de acudir si queremos

³³⁵ Díez BUESO, L.: *Los límites de la creación artística en Estados Unidos y Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 72.

³³⁶ *Ibid.*, pp. 72-73.

³³⁷ Ofrecemos el acceso a las imágenes de la obra a través de la decisión del TEDH que admite a trámite la demanda: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-69805%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-69805%22]}).

³³⁸ Díez BUESO, L.: *Los límites...*, cit., p. 72.

comprender el fenómeno expresivo en todo su alcance, sino al del fondo³³⁹. Desde una perspectiva teórica, no creemos que el discurso simbólico presente dificultades impeditivas como para excluirlo de los supuestos expresivos subsumibles en alguno de los contenidos particularmente protegidos por el CEDH (aplicable a la CE), a la vista de que habitualmente comunicamos mediante símbolos³⁴⁰.

Precisamente la jurisprudencia norteamericana nos brinda la ocasión de ver en acción casos de expresión simbólica en las que habría que estar ciego para no ver lo evidente que puede resultar en ellas vehicular mensajes sobre todo políticos, y ello con independencia del fallo judicial sobre el caso concreto. De entre los diversos casos que han llegado al TS estadounidense, destacamos por su notoriedad *U.S. v. O'Brien* (391 US 367 – 1968), donde se sometió al Tribunal la constitucionalidad de una ley federal que prohibía destruir las tarjetas de reclutamiento, lo que entonces tenía una gran relevancia pública porque Estados Unidos se hallaba inmersa en la Guerra de Vietnam. La mencionada ley se había aplicado a la quema por el Sr. David O'Brien de su tarjeta en un tribunal de Boston. Aunque la conducta del condenado tenía claramente connotaciones discursivas porque era una señal de protesta contra el reclutamiento para Vietnam y esa guerra en general, el Tribunal rechazó considerar los hechos como puramente discursivos cuando había actos involucrados. La conclusión fue que, cuando lo discursivo y lo no discursivo se conjugan, las restricciones incidentales sobre la Primera Enmienda pueden justificarse de acuerdo con un interés suficiente en regular el factor no discursivo.

En esa sentencia, el Tribunal acuñó un test de cuatro partes: (1) si el gobierno tiene el poder para regular el campo cuestión; (2) si la regulación promueve un interés gubernamental sustancial e importante; (3) si el interés está desvinculado de la supresión de la libertad de expresión, y (4) si el gravamen incidental sobre el discurso es el preciso para alcanzar la satisfacción de ese interés³⁴¹. Con ese test en mano, el TS determinó que la ley federal obedecía a una competencia del gobierno sobre el ejército, respondía a un interés relevante en el mantenimiento de fuerzas de combate suficiente y la norma estaba redactada con precisión para no dirigirse a conculcar de manera directa y única la libertad de expresión.

La impresión es, pues, que cuando el gobierno grava el discurso de manera incidental al tratar intereses no relacionados con la expresión, el Alto Tribunal ponderará el interés constitucional en cuestión y los intereses regulatorios, y el estándar de revisión será menos riguroso que cuando el gobierno regula principalmente el contenido del discurso para fijar lo que se puede y lo que no se

³³⁹ SARMIENTO, D. / MIERES MIERES, L.J. / PRESNO LINERA, M.A.: *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 79; LESTER, A.: "Freedom of Expression", en MACDONALD, R. ST. J. / MATSCHER, F. / PETZOLD, H. (EDS.): *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1993, p. 469.

³⁴⁰ CHEMERINSKY, E.: *The First Amendment*, cit., p. 312.

³⁴¹ WEAVER, RUSSELL L.: *Understanding...*, cit., pp. 136-137.

puede expresar³⁴². El reverso de la moneda es que, si se detecta que se ha procedido a regular el discurso por razón de su contenido, incluso cuando esa expresión sea simbólica (a cuyo fin habrá que atender a la voluntad del autor y la actitud de la audiencia), el tipo de escrutinio será riguroso y deberá ajustarse al canon del *strict scrutiny*: solo sobrevivirá la norma redactada de modo preciso que persiga un interés apremiante³⁴³.

Se dará de bruces, entonces, contra ese estándar estricto toda norma en la que se perciba una proscripción de ciertos discursos, como acontece con los casos de profanación de la bandera. Esto es precisamente lo que ocurrió en los casos de *Texas v. Johnson* (491 U.S. 397 – 1989) y en *U.S. v. Eichman* (496 U.S. 310 – 1990). En el primer caso, el Tribunal Supremo declaró inconstitucional la condena al Sr. Gregory Lee Johnson y a otros manifestantes a un año de prisión y 2.000.-\$ de multa por haber quemado en público la bandera estadounidense durante una protesta en Dallas contra las políticas de la Administración Reagan. A ojos del Tribunal, la tipificación de esa conducta era inconstitucional por cuanto castigaba una actitud hostil hacia la bandera sin que se considerara que concurrían motivos suficientes para esa distinción a la luz de la relevancia que tiene la Primera Enmienda. En el segundo caso, se declaró igualmente inconstitucional la condena al Sr. Shawn Eichman y otros manifestantes que quemaron la bandera en la escalinata del Capitolio en señal de protesta por las políticas de la Administración Reagan. De nuevo, el TS consideró que la ley, en este caso federal (*Flag Protection Act*), no podía superar el *strict scrutiny* porque proteger la bandera no podía hacerse a costa de limitar la libertad de expresión³⁴⁴.

El caso en el que quizá esta conducta expresiva se dio de un modo más peculiar es el resuelto por el TS estadounidense en *Barnes v. Glen Theatre, Inc.* (501 US 560 – 1991). El Glen Theatre y el Kitty Kat Lounge de South Bend (Indiana) regentaban establecimientos de ocio con bailarinas totalmente desnudas, lo que era contrario a una ley del Estado de Indiana que exigía que las bailarinas llevaran pezoneras y tangas cuando actuaran. Tanto el teatro como el salón interpusieron una demanda para impedir la aplicación de la ley al entender que vulneraba su derecho a la libertad de expresión conforme a la Primera Enmienda, a lo que el TS dio una respuesta negativa, si bien por un estrecho margen (5 a 4). Mientras que la mayoría consideró que, aunque el nudismo pudiera llegar a tener un contenido expresivo, el interés del Estado era sustancial en proteger la moralidad de actos considerados indecentes, la minoría consideró que el nudismo era parte esencial del contenido expresivo de lo que se hacía en esos establecimientos, por lo que la restricción era inconstitucional³⁴⁵.

³⁴² Ibid., p. 137.

³⁴³ CHEMERINSKY, E.: *Constitutional Law*, Wolters Kluwer, Nueva York, 2020, p. 685; EL MISMO: *The First Amendment*, cit., pp. 322-323.

³⁴⁴ Ibid., pp. 322-323; WEAVER, RUSSELL L.: *Understanding...*, cit., p. 137.

³⁴⁵ WEAVER, RUSSELL L.: *Understanding...*, cit., p. 138.

En cuanto a la publicidad y demás material comercial, el TEDH lo había reconducido al derecho a la libertad de empresa (artículo 16 CEDH) hasta que, en un giro copernicano, dictó su sentencia en *Casado Coca c. España*, de 24 de febrero de 1994. El Tribunal hubo de resolver sobre las restricciones publicitarias que, en España, pesaban sobre las conocidas como profesiones liberales (abogados, médicos, arquitectos), frente a lo que el TEDH concedió la razón a los demandantes y determinó (es inevitable ver el eco del sentir americano) que la protección a los consumidores justificaba una incorporación matizada al ámbito del artículo 10 CEDH. Y decimos matizada porque el rasero para enjuiciar las limitaciones que el TEDH ha aceptado sobre este tipo de mensajes publicitarios ha tendido a ser más laxo que para otros mensajes (vid. STEDH *Demuth c. Suiza*, de 8 de octubre de 2002), salvo que se detecte cierta conexión con causas políticas (vid. STEDH *VGT c. Suiza*, de 28 de junio de 2001)³⁴⁶.

En todo ello es inevitable ver, de nuevo, el influjo ejercido por la jurisprudencia estadounidense, donde a partir de los años sesenta del siglo pasado empezó a abrirse camino entre las varias resoluciones que analizaban su encaje en la Primera Enmienda. No sin algunas vacilaciones por el desafío conceptual que suponía introducir la variable del lucro como teleología inherente al mensaje, el TS realizó una interpretación amplia de los beneficios que se esperan del ejercicio de la libertad de expresión para entender que era beneficioso para los consumidores disponer de suficiente información como para tomar decisiones que redundaran en su bien y en el del mercado³⁴⁷. Véase, pues, que en gran medida estamos ante el ejercicio de la libertad de información, pero téngase en cuenta que la Primera Enmienda responde a un modelo claramente monista que ampara más fácilmente la opinión en la publicidad, lo que encaja mejor con el CEDH que con la CE según veremos *ut supra* al tratar nuestra Constitución.

Por último, no podemos dejar de considerar la importancia que el TEDH ha dado a la relevancia pública tanto de personajes como de hechos en el marco de la libertad de expresión. Solo así se explica que, en el ámbito del artículo 10 CEDH, se considerara amparado por el artículo 10 CEDH un reportaje sobre el asesinato del político sueco Olof Palme por más que finalmente se advirtiera que la información era falsa (*White c. Suecia*, de 19 de septiembre de 2006, que luego tendría continuidad en *Erla Hlyusdóttir c. Islandia*, de 2 de junio de 2015, siguiendo la estela de aquella). La veracidad tiene más peso subjetivo que objetivo³⁴⁸ por esa exigencia de diligencia como medio y no como fin, por lo que el resultado de adecuación no tiene la última palabra atendidas las circunstancias mitigantes, sobre todo cuando se priorizan otras cuestiones como una opinión pública informada (aunque a veces sea a costa del error en la información, aceptable siempre que se mantenga bajo cierto umbral). A ello

³⁴⁶ LAZCANO BROTONS, I.: “Artículo 10...”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (COORD.): *El Convenio...* cit., pp. 459 y 501-502.

³⁴⁷ Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 325.

³⁴⁸ Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 322.

tenemos que sumarle la condición de personaje público del afectado por la expresión, así como la forma y el contexto en el que se producen las manifestaciones controvertidas³⁴⁹.

2.2. Límite exógeno: el artículo 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

El primer límite que tomaremos en consideración es uno ajeno al propio artículo 10 CEDH, a saber, el artículo 17 CEDH y su llamado “efecto guillotina”, término de fortuna para designar muy gráficamente el efecto de inadmisión *in limine litis* que tiene. A nivel de pronunciamientos del TEDH, el Tribunal se ha mostrado tradicionalmente prudente en su uso³⁵⁰, si bien en tiempos recientes fenómenos como el discurso de odio ha incrementado notablemente el caudal de resoluciones al amparo de ese precepto. El resultado de esa evolución, motivada por el surgimiento de nuevas dinámicas sociales o de una mayor sensibilidad frente a las ya existentes, ha traído consigo la aplicación del artículo 17 CEDH a los siguientes grupos de casos: discurso político totalitario, negacionismo y discurso de odio³⁵¹, especialmente de índole racista³⁵².

De entre todos sus pronunciamientos, empezaremos por *Kilin c. Rusia*, del 11 de agosto de 2021, que refiere “Considerando que en opinión del Tribunal el propósito del artículo 17, en la medida en que se refiere a grupos o a individuos, es hacer imposible para los mismos la extracción del Convenio de un derecho a comprometerse o a tomar parte en actos destinados a la destrucción, o que de cualquier manera perjudiquen los derechos y libertades recogidos en el Convenio; que consiguientemente nadie está facultado para favorecerse de las disposiciones del Convenio, en orden a realizar actos destinados a destruir los antedichos derechos y libertades”³⁵³. Siguiendo en Rusia, nos encontramos con *Pavel Ivanov c. Rusia*, de 20 de febrero de 2007, donde el TEDH declaró procedente la condena al editor de un periódico, a quien se le atribuía la publicación masiva de artículos que retrataban a los judíos como causa de todos los males en Rusia. Las autoridades judiciales rusas condenaron en las sucesivas instancias al Sr. Ivanov por considerar que el claro tenor antisemita de su discurso constituía una incitación a la violencia y exclusión social del pueblo judío, ante lo que el condenado decidió recurrir al TEDH por considerar vulnerado su derecho a la libertad de expresión.

En su sentencia, el Tribunal validó los pronunciamientos nacionales rusos sobre la base del artículo 17 CEDH, ya que a su entender las palabras pronunciadas por el demandante dejaban clara su intención

³⁴⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Los derechos...”, cit., pp. 404-405.

³⁵⁰ CASADEVALL MEDRANO, J.: “La libertad...”, en LANDA GOROSTIZA, J.-M. / GARRO CARRERA, E. (DIRS.) / ANDERREZ BELATEGI, M. / GORDÓN BENITO, I. (COORDS.): *La libertad...*, cit., p. 102; GARCÍA ROCA, F.J.: “Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia (artículo 17 CEDH)”, en GARCÍA ROCA, F.J. / SANTOLAYA MACHETTI, P. (COORD.): *La Europa...*, cit., p. 998.

³⁵¹ DÍEZ BUESO, L.: *Los límites...*, cit., p. 34; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Libertad de expresión...*, cit., pp. 238-240.

³⁵² LAZCANO BROTONS, I.: “Artículo 17. Prohibición de abuso de derecho”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (COORD.): *Convenio Europeo...*, cit., p. 741.

³⁵³ Vid. párrafo 72.

de exponer a los judíos como un grupo que, en su colectividad, era el responsable de los males de Rusia, además de acusarles de ser los incitadores del fascismo para a renglón seguido exponerse falsamente como sus víctimas. Por último, tuvo en cuenta que el demandante no consideraba que los judíos fueran titulares de ningún tipo de derecho a la dignidad como grupo porque les negaba su consideración de nación o conjunto suficientemente definido. Todo ello condujo al Tribunal a sostener que “no tiene ninguna duda sobre el tenor marcadamente antisemita de las opiniones del demandante y está de acuerdo con la evaluación hecha por los tribunales internos de que pretendía a través de sus publicaciones incitar al odio hacia el pueblo judío”. Un ataque tan general y vehemente contra un grupo étnico está en contradicción con los valores subyacentes de la Convención, en particular la tolerancia, la paz social y la no discriminación. En consecuencia, el Tribunal consideró que, en virtud del artículo 17 del Convenio, el demandante no puede beneficiarse de la protección otorgada por el artículo 10 del Convenio.

Otro caso, en este supuesto uno muy icónico por el condenado a nivel nacional y demandante a nivel europeo, es *Le Pen c. Francia*, de 20 de abril de 2010, que trae causa de la condena en Francia a Jean Marie Le Pen. Este, presidente por aquel entonces del partido galo “Frente Nacional”, en una entrevista concedida al rotativo *Le Monde*, realizó comentarios como que “el día en que ya no haya 5 millones, sino 25 millones de musulmanes en Francia, estarán al mando”. Ante aseveraciones como esta, no se estimó por el Tribunal vulnerada la libertad de expresión, ya que sus declaraciones ocasionaban rechazo y hostilidad contra la comunidad musulmana describiendo su crecimiento como una amenaza latente para la dignidad y la seguridad del pueblo francés. Decíamos que estos hechos tuvieron un considerable eco mediático porque a quien se enjuiciaba era a un líder político que, con sus mensajes, vehiculaba (o creaba, diferencia que a la postre suele ser casi inapreciable) las ideas de sus votantes, lo que le aparta de otros casos en los que se trata de particulares expresando sus ideas.

Más allá de que evidentemente esos particulares pueden ser el altavoz de otros tantos que piensen como ellos, lo cierto y verdad es que personas como Le Pen cumplen en el imaginario colectivo ese papel institucional de voceros, lo que hizo que el TEDH fuera consciente de que el desafío al que se enfrentaba era superior al promedio. Ello no impidió, sin embargo, que el Tribunal diera por pertinentes y suficientes las razones ofrecidas por las autoridades nacionales francesas a fin de declarar incompatible el discurso de Le Pen con la libertad de expresión, puesto que esas palabras “generaban sentimientos de rechazo y hostilidad. Por un lado, había enfrentado a los franceses con una comunidad cuyas convicciones religiosas se mencionaban explícitamente y cuyo rápido crecimiento se presentaba como una amenaza ya latente a la dignidad y seguridad del pueblo francés.”

También son de interés las consideraciones de la sentencia del TEDH, de 8 de octubre de 2020, en el caso *Ayoub y otros c. Francia*, donde el Tribunal estimó ajustada al CEDH la disolución de tres

entidades asociadas con partidos extremistas. Con ello, se dieron por buenos los pronunciamientos nacionales que acordaron tal medida después de considerar que esas tres entidades rebasaron con creces su libertad de expresión al (i) abogar por una revolución destinada a deshacerse de la población que no fuera blanca, (ii) promoverla ideología del régimen de Vichy y (iii) difundir proclamas antisemitas. No es que el TEDH negara que cupiera dentro de los parámetros de la CEDH la promoción de cambios legislativos en las estructuras jurídico-constitucionales del Estado, sino que para que ello fuera compatible con el Convenio era preciso emplear medios legales y democráticos. Todo cuanto antecede condujo, en fin, al Tribunal a concluir que “de ello se deduce necesariamente que una organización política cuyos líderes incitan al uso de la violencia o proponen un proyecto político que no respeta la democracia o que apunta a su destrucción, así como al desconocimiento de los derechos y libertades que reconoce, no puede confiar en la protección del Convenio contra las sanciones impuestas por estos motivos.”

Finalmente, una de las tres categorías con mayor número de casos reconducidos al artículo 17 CEDH es la negación o (peor aún) la justificación de la Shoá³⁵⁴. En estos supuestos, *rationae materiae* el Tribunal ha sido implacable en la inadmisión de cualquier demanda que pretenda encontrar amparo en el artículo 10 CEDH en relación con ese tipo de discursos, considerando como absolutamente imprescindible la intervención de las autoridades nacionales (y su refrendo europeo) para asegurar la neutralización inmediata de ese tipo de mensajes. En ello, ha tenido mucho que ver la distinción entre hechos y opiniones³⁵⁵, donde la negación de la Shoá cae en el primer grupo y es, por ello, inaceptable por negar hechos incuestionables³⁵⁶. Veamos dos casos cercanos en el tiempo.

En *M'Bala M'Bala c. Francia*, de 20 de octubre de 2015, el TEDH declaró inadmisibile con base en el artículo 17 CEDH la demanda presentada por el Sr. Dieudonné M'Bala M'Bala, humorista francés y aspirante a político (se presentó sin éxito en dos ocasiones a las elecciones al Parlamento europeo) condenado por injurias públicas hacia la comunidad judía a raíz de una actuación de dicha persona el 26 de diciembre de 2008 en la sala Zenith de París. En ella, se entregó un premio consistente en un candelabro de tres brazos con una manzana encima de cada uno al Sr. Robert Faurisson (conocido negacionista de la Shoá) de las manos de un actor al que le había pedido que se vistiera como un preso judío de los campos de exterminio, indumentaria que el Sr. M'Bala M'Bala había calificado de “vestimenta de luz”. Asimismo, dijo que con esa puesta en escena trataba de mejorar (en sentido eufemístico, claro está) actuaciones previas que le habían granjeado críticas por antisemitismo y habló

³⁵⁴ Emplearemos indistintamente el término Shoá y Holocausto para referirnos al genocidio planificado y ejecutado por el régimen nazi sobre los judíos. Sobre el vocablo Shoá (también transliterado como Shoah), proviene del hebreo שואה y en la Biblia se emplea con el valor de devastación o catástrofe (vid. The Koren Tanakh Maalot, Zephaniah/Sofonías (2021), Koren Publishers Jerusalem, 1:15).

³⁵⁵ LAZCANO BROTONS, I.: “Artículo 17...”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (COORD.): *Convenio Europeo...*, cit., p. 741.

³⁵⁶ Díez BUESO, L.: *Los límites...*, cit., p. 35.

en varias ocasiones de su intención de “glisser une quenelle”, expresión que designa una variante del saludo nazi popularizada por el Sr. M'Bala M'Bala³⁵⁷.

El Tribunal, ante la solicitud del demandante para que declarara la condena impuesta en Francia contraria al artículo 10 CEDH, expuso en línea de máxima que dicho precepto protege la sátira en tanto que manifestación artística de expresión que persigue deforma la realidad a fin de provocar y agitar. No obstante, y al igual que sucede con el resto de las emanaciones de la libertad de expresión, no toda sátira ha de pasar el filtro de convencionalidad por el mero hecho de serla, ya que si esta se usa como medio para conculcar valores fundacionales de la CEDH deberá ser declarada contraria a esta última con base en su artículo 17. Para el Tribunal, no cabe duda alguna de que el demandante se asoció con el Sr. Faurisson y sus ideas al entregarle el aludido premio, y dispuso la escena para que la mofa y la burla sobre la comunidad judía estuviera a la altura de su invitado. En consecuencia, era evidente que el Sr. M'Bala M'Bala había buscado a la vez negar la Shoá y hacer escarnio del sufrimiento de sus víctimas, por lo que su conducta atentaba contra los valores de justicia y paz, por lo su demanda debía inadmitirse *ex* artículo 17 CEDH.

En *Williamson c. Alemania*, de 8 de enero de 2019, el TEDH enjuició la condena en Alemania al Sr. Richard Williamson por negar en una entrevista concedida al canal sueco SVT-1 la existencia de cámaras de gas en los campos de exterminio y por reducir a entre doscientos y trescientos mil los masacrados por el régimen nazi. Asimismo, sostuvo que los alemanes tenían un complejo de culpa absolutamente injustificado sobre algo que no existió, es decir, la aniquilación de seis millones de judíos y la utilización de las cámaras de gas. La entrevista causó tanto revuelo que pronto empezó a compartirse por internet, en concreto en YouTube, lo que hizo que medios alemanes como el *Der Spiegel* se hicieran pronto eco de ello en algunos de sus artículos y que también canales de televisión y emisoras de radio hablaran sobre ello.

Si bien el Sr. Williamson procuró que los medios germanos cesaran en esa redifusión de la entrevista, su petición fue desatendida por los tribunales alemanes alegando que él había consentido salir en televisión sin ninguna reserva sobre otros formatos y que ello comportaba una aceptación de que, en una sociedad como la nuestra, lo noticiable acabará en poco tiempo en la red. Evidentemente la solicitud del Sr. Williamson se justificaba por su conocimiento sobre las leyes en Alemania sobre la negación de la Shoá, y no andaba muy desencaminado porque al cabo de poco se inició contra él un procedimiento penal por incitación al odio que acabó con su condena a una multa de 90 días a razón de 20.-€ diarios. Al validar el TEDH esta condena, hizo valer que los tribunales alemanes habían procedido *secundum legem* para prevenir legítimamente la perturbación de la paz pública y prevenir

³⁵⁷https://www.lemonde.fr/politique/article/2013/12/11/quenelle-comment-un-geste-provocateur-est-devenu-un-embleme_3528089_823448.html#:~:text=D.R.,et%20le%20bras%20d%27honneur.

los desórdenes y la delincuencia, destacando que en un país como Alemania combatir ciertas mentiras históricas era una necesidad apremiante.

Otra de las categorías en los que el TEDH ha empleado el artículo 17 es el relativo a la incitación a la violencia, que en muchos casos ha tenido que ver con el apoyo más o menos explícito a actividades terroristas³⁵⁸. Uno de los casos más paradigmáticos es el resuelto el 24 de mayo de 2018 en el caso *Roj TV A/S c. Dinamarca*, donde el Tribunal tuvo que valorar la condena a una cadena de televisión por haber dado pábulo a través de sus programas a las acciones armadas del PKK (Partido de los Trabajadores del Kurdistan). Para el Tribunal, la demanda presentada por la emisora no podía hallar acomodo en la libertad de expresión *ex* artículo 10 CEDH cuando esta se había usado para justificar e incluso enaltecer las actividades violentas de un grupo considerado como organización terrorista, por más que ello se hiciera solo mediante entrevistas y citas de personas involucradas en ese partido, ya que no se daba ninguna versión alternativa. En otros términos, la cadena actuaba como vocero de ese grupo.

En este caso, además, concurría una circunstancia que agravaba la responsabilidad del canal de televisión, a saber, que el medio empleado pretendía asegurar una difusión lo suficientemente amplia como para que la peligrosidad de las conductas jaleadoras se incrementara exponencialmente. A ojos del Tribunal, la lucha contra el fenómeno terrorista ha adquirido en las últimas décadas (sobre todo a raíz de los atentados del 11-S) una importancia capital a fin de preservar un ideal democrático y de sociedad abierta que suele estar en la diana de las tramas terroristas y de quienes las defienden con la palabra. Por todo ello, el TEDH resuelve que el demandante persigue “desviar el artículo 10 del Convenio de su verdadero propósito al utilizar este derecho para fines que son claramente contrarios a los valores del Convenio”, no resultando sorpresivo para nadie que el resultado sea la aplicación del artículo 17 CEDH.

Esta decisión del TEDH tiene una singular importancia porque resume la jurisprudencia del Tribunal en materia del artículo 17 CEDH en el marco de esa actualización de la que hablábamos más arriba según las sensibilidades de los cambiantes tiempos, si bien sin perder en ningún momento la aproximación de garantía colectiva para el ejercicio de derechos³⁵⁹. A los casos ya vistos se le suman la islamofobia (con la importante sentencia del caso *Norwood c. Reino Unido*, de 16 de noviembre de 2004³⁶⁰), la defensa de la destrucción del Estado de Israel, la homofobia, la incitación al odio o a la violencia por razón de la orientación sexual, la apología de la violencia para instaurar la *sharía*, la

³⁵⁸ CASADEVALL MEDRANO, J.: “La libertad...”, en LANDA GOROSTIZA, J.-M. / GARRO CARRERA, E. (DIRS.) / ANDERREZ BELATEGI, M. / GORDÓN BENITO, I. (COORDS.): *La libertad...*, cit., pp. 104-106.

³⁵⁹ LAZCANO BROTONS, I.: “Artículo 17...”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (COORD.): *Convenio Europeo...*, cit., p. 734.

³⁶⁰ El TEDH consideró, en aplicación del artículo 17 CEDH, que no tenía cabida en la libertad de expresión distribuir un cartel con una fotografía de la Torres Gemelas en llamas, acompañada del eslogan “Islam fuera del Reino Unido. Proteged al pueblo británico” y de una imagen con la luna creciente rodeada de una señal de prohibición.

cobertura mediática recurrente de ciertos temas que se entiendan como una incitación a unirse a grupos armados o la glorificación de criminales de guerra. Si bien no estamos ante una enumeración en forma de *numerus clausus*, no es menos cierto que tal y como la realiza el Tribunal goza de un gran margen de apreciación, con lo que prácticamente cualquier conducta tendente a destruir o limitar en exceso derechos convencionales cabe en esa formulación³⁶¹.

En esta misma línea, nos encontramos con la sentencia del TEDH, dictada el 16 de julio de 2020, en *Romanov c. Ucrania*). El caso enjuiciado versaba sobre la interdicción de la difusión de material propagandístico que abogaba por acometer una revolución armada de corte comunista a fin de acceder al poder, lo que para el Tribunal engrosaba el concepto de incitación a la violencia (también se refiere a la incitación al odio de manera genérica, aunque seguramente obedezca a la dupla habitual empleada por el TEDH) y no tenía cabida en el artículo 10 CEDH por mor de su artículo 17. El Tribunal fijó que el punto decisivo para determinar si ciertos asertos merecen la protección dispensada por la libertad de expresión estriba en determinar si atacan valores sobre los que descansa la Convención, así como si su invocación de alguno de los derechos reconocido por ella es un mero recurso subrepticio que esconde un ánimo destructivo o limitador de derechos de terceros. Es importante destacar que el TEDH habla en términos de “intentar invocar”, lo que afianza a infracción tendencial y no por resultado verificado que exige el CEDH.

Una última categoría es el de las demandas manifiestamente vejatorias, categoría apuntada en *S.A.S. c. Francia*, de 1 de julio de 2014, y sobre la que el Tribunal ha tenido la ocasión de trabajar con un caso concreto: *Zhdanov y otros c. Rusia*, de 16 de julio de 2019. Se trata de un supuesto prácticamente de laboratorio porque, en él, el Tribunal se enfrentó casi literalmente al Sr. Alekseyev, un demandante que había visto inadmitida una demanda previa ante el mismo TEDH. Pues bien, dicha persona parece que no supo encajar con jurídica deportividad esa decisión precedente del Tribunal y ello motivó que publicara en sus redes sociales comentarios poco edificantes de sus jueces. El Tribunal confirió un plazo al Sr. Alekseyev para que se retractara sobre dichos comentarios, a lo que el demandante no solo se negó, sino que prosiguió con sus exabruptos. Nos permitimos transcribir el apartado en el que la sentencia recoge algunas de esas lindezas porque no tienen desperdicio si uno pretende someter su caso a personas de las que opina algo como lo que sigue:

“El Tribunal observa además que las declaraciones sobre el Tribunal y sus jueces publicadas en las cuentas en cuestión son virulenta y personalmente ofensivas y amenazantes. En particular, Alekseyev publicó las fotografías de los jueces con comentarios del estilo "alcohólico", "drogadicto", "corrupto" y "esta bruja me debe 100.000

³⁶¹ GARCÍA ROCA, F.J.: “Abuso...”, en GARCÍA ROCA, F.J. / SANTOLAYA MACHETTI, P. (COORD.): *La Europa...*, cit., p. 1004.

euros... Dios la castigará". También llamó a los jueces, entre otros términos, "bastardos y degenerados europeos", "freaks", "escoria" e "idiotas".

Deseó que los jueces "lo pagaran lo antes posible como perros", amenazó con "torturarlos y quemarlos con litros de vodka" y anunció que "era hora de prender fuego al Tribunal Europeo de Derechos Humanos". El Tribunal considera que al continuar publicando insultos contra el Tribunal y sus jueces después de ser advertido sobre ello, el demandante ha mostrado una falta de respeto hacia la misma institución a la que había solicitado la protección de sus derechos. De hecho, es inaceptable buscar la protección de un tribunal en el que el demandante ha perdido toda confianza. Su conducta constituye una manifestación irritante de irresponsabilidad y una actitud frívola hacia la Corte, equivalente al desacato."

Pronunciamientos como los vistos han generado un importante cuerpo jurisprudencial orientado a aplicar el artículo 17 CEDH a los casos en los que se percibe la instrumentalización de una disposición del Convenio para desviarla de su verdadero propósito, aprovechándose del derecho que garantiza para justificar, promover o realizar actos que son (i) contrarios al texto y al espíritu de la Convención, (ii) incompatibles con la democracia u otros valores fundamentales de la Convención o, (iii) contrarios a los derechos y libertades que dicho texto legal reconoce. Vemos, pues, cómo los lindes del artículo 17 CEDH se han construido eminentemente al abrigo del artículo 10 CEDH, por lo que es indisoluble un precepto del otro ya que, en sentido inverso, el artículo 10 también se ha visto influido por el *modus operandi* que el TEDH ha hecho desplegar al abuso de derecho. Si a ello añadimos que el efecto guillotina ha encontrado en el discurso de odio una de las tierras más fértiles en la que crecer cuando se advierten riesgos para las instituciones democráticas, la relevancia para el objeto de nuestro trabajo es inapelable porque la tendencia encubierta de muchos discursos a la promoción de esa cultura del odio ha sido un factor muy tenido en cuenta por el TEDH³⁶².

Esta delimitación negativa ha tenido un efecto de supresión categórica ante ciertos discursos en los que se ha excluido el juicio de proporcionalidad³⁶³ y se ha optado, por lo tanto, por una opción mucho más drástica con el declarado propósito de que grupos o ideologías tenidas por totalitarias puedan subvertir el orden fijado por el CEDH. Salta a la vista de los casos traídos a colación que no es preciso que esos mensajes se articulen en el marco de proyectos políticos expresos que persigan subvertir de un modo explícito el orden jurídico-social instaurado por el Convenio, sino que basta con que se viertan

³⁶² Díez BUESO, L.: *Los límites...*, cit., p. 36.

³⁶³ En contra, GARCÍA ROCA, F.J.: "Abuso...", en GARCÍA ROCA, F.J. / SANTOLAYA MACHETTI, P. (COORD.): *La Europa...*, cit., p. 1016. Para sendos juristas, la prohibición de abuso debe ser un elemento más a integrar en el juicio de proporcionalidad. A nuestro juicio, si estamos ante exclusiones categóricas, no opera la proporcionalidad porque el análisis no se realiza contraponiendo nada, sino que se entiende que es imposible que haya algo al otro lado de la balanza que pese más que los perjuicios que se buscan conjurar con la interdicción de ciertos discursos. La proporcionalidad no entra verdaderamente en juego cuando hay absolutización de un criterio. Vid. al respecto la exclusión "de plano" en LAZCANO BROTONS, I.: "Artículo 17...", en LASAGABASTER HERRARTE, I. (COORD.): *Convenio Europeo...*, cit., p. 734.

opiniones de las que quepa esperar que, en caso de popularizarse, tengan un efecto cercenador de las libertades reconocidas en ese texto jurídico. Más adelante veremos cómo ese estándar puede reconducirse al *bad tendency test* acuñado por la jurisprudencia anglosajona, y muy especialmente por las sentencias del Tribunal Supremo estadounidense durante la primera mitad del siglo XX.

En ocasiones, sin embargo, el TEDH ha podido recurrir a otros mecanismos que eviten aplicar ese resorte tan sumamente contundente. Hablamos del caso enjuiciado en *Herri Batasuna y Batasuna c. España*, de 15 de enero de 2013, especialmente en sus § 83 a 94. Aquí, el Tribunal se enfrentó a la decisión de ilegalizar a sendas formaciones políticas según la sentencia 27 de marzo de 2003 del Tribunal Supremo, confirmada por las sentencias del Tribunal Constitucional n.º 5/2004 y 6/2004, de 16 de enero, todo ello con base en la ya vista Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos. El TEDH ratificó la ilegalización con base en el riesgo que entendía suponían ambas formaciones para el sistema democrático español, sin tener que recurrir al artículo 17 CEDH porque condujo la cuestión a los límites del artículo 11.2 del Convenio en materia de derecho de reunión y asociación.

No ha de extrañarnos, en consecuencia, que, por más que el TEDH empleara razonamientos muy propios del artículo 17 como la “incompatibilidad con la sociedad democrática española” de los partidos recurrentes o que estos se erigieran en una “amenaza considerable para la democracia española”, el Tribunal no tuviera necesidad alguna de aplicar el efecto guillotina. Sustraerse del artículo 17 CEDH permitió al Tribunal, además, volver a las más pacíficas aguas de la proporcionalidad, donde el juicio de ponderación (luego volveremos sobre él) aporta una mayor sensación de medida y una correlativa menor sensación de autoritarismo. No se trata de que baste con meros hechos pasados o sospechas vagas³⁶⁴, pero es cierto que la jurisprudencia del TEDH adopta una exégesis del CEDH basada en un criterio tendencial, es decir, la plausibilidad de que, en un tiempo que no tiene que ser inmediato, ciertas actitudes desemboquen en ilícitos de primer orden.

2.3. Límites endógenos: el artículo 10.2 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos

Tras ver cómo se aborda la cuestión del límite exógeno, expondremos los criterios rectores en los que se basa el TEDH para analizar si una determinada limitación a la libertad de expresión y de información es compatible con dicho artículo 10.2 CEDH, parámetros que solo resultarán de aplicación cuando se haya superado el umbral de inadmisión *ex* artículo 17 CEDH en los términos ya vistos. Ese estándar se despliega alrededor de los siguientes tres requisitos, que desarrollaremos en los siguientes párrafos: legalidad, legitimidad y necesidad³⁶⁵. A diferencia de lo que ocurre con el artículo

³⁶⁴ LAZCANO BROTONS, I.: “Artículo 17...”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (COORD.): *Convenio Europeo...*, cit., p. 740.

³⁶⁵ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Libertad de expresión...*, cit., pp. 246-247.

17 CEDH, aquí se partirá de que, en abstracto, la conducta enjuiciada podría subsumirse en los lindes del artículo 10 CEDH.

En cuanto al primero, exige que la medida limitativa de la libertad de expresión esté prevista en una norma con rango de ley. No se trata, sin embargo, de un requisito meramente formal, sino que engloba tanto aquellas disposiciones escritas como las derivadas de derecho consuetudinario o del *common law*, lo que excluirá la práctica administrativa, por más que sea recurrente. La ley, en esa línea de materialidad mantenida por el Tribunal, ha de ser cognoscible por los sujetos a los que se dirige y estos han de conocer razonablemente los requisitos que esa norma impone a su actuación en el marco de la libertad de expresión, sobre todo cuando no se dirige a profesionales de la información porque estos están más avezados en las cautelas que han de tomar que el ciudadano promedio. Ello solo podrá lograrse con leyes precisas que delimiten su campo de actuación³⁶⁶, lo que en derecho anglosajón se conoce como *fair notice*³⁶⁷.

En cuanto al segundo requisito, se descompone en la legitimidad en la protección de intereses generales y de derechos de terceros³⁶⁸. Una nota común a ambos grupos es que, dada la amplitud con la que se expresa el precepto, es imprescindible concluir que estamos ante un *numerus clausus* de supuestos³⁶⁹, si bien esa multiplicidad de criterios obligará a que sea el Tribunal quien con su interpretación los acote para evitar una dilución de la libertad de expresión. En esto, observamos una enorme similitud con las limitaciones cuasi ilimitadas contenidas en el artículo 20.4 CE, que como veremos exigirán también del TC una exégesis restrictiva de esas restricciones.

Los intereses generales legítimos según el Convenio son: la seguridad pública (descompuesta en la seguridad nacional, la integridad territorial y la defensa del orden), la autoridad del poder judicial, la protección de la salud, la protección de la moral y la protección de la democracia. Como decíamos, son criterios cuasi omnímodos que, interpretados *lato sensu*, dejarían un espacio irrisorio para la libertad de expresión. Un ejemplo de esta contención practicada por el TEDH lo encontramos en el conflicto kurdo, que ha generado un caudal considerable de resoluciones por el Tribunal y que, en general, han sido favorables a la libertad de expresión de los grupos que abogan por la autonomía o independencia del Kurdistan.

³⁶⁶ LAZCANO BROTONS, I.: Artículo 10..., en LASAGABASTER HERRARTE, I. (COORD.): *Convenio Europeo...* cit., pp. 514-515.

³⁶⁷ VVAA: "Textualism as Fair Notice", *Harvard Law Review*, vol. 123, n.º 2, p. 542.

³⁶⁸ BUSTOS GISBERT, R.: Los derechos..., en GARCÍA ROCA, F.J. / SANTOLAYA MACHETTI, P. (COORD.): *La Europa...*, cit., p. 767; CASADEVALL MEDRANO, J.: "La libertad...", en LANDA GOROSTIZA, J.-M. / GARRO CARRERA, E. (DIRS.) / ANDERREZ BELATEGI, M. / GORDÓN BENITO, I. (COORDS.): *La libertad...*, cit., p. 102.

³⁶⁹ CASADEVALL, J.: *El Conveni europeu de drets humans, el Tribunal d'Estrasburg i la seva jurisprudència*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2007, p. 325; LAZCANO BROTONS, I.: "Artículo 10...", en LASAGABASTER HERRARTE, I. (COORD.): *Convenio Europeo...* cit., p. 516.

Así, y a pesar de que uno de los fines legítimos de las injerencias es la integridad territorial, ya en *Okçuoglu c. Turquía*, de 8 de julio de 1999, el TEDH consideró admisibles conforme al artículo 10 CEDH eslóganes políticos favorables al reconocimiento de la nación kurda y hostiles a quienes han intentado evitar a lo largo de los años su reconocimiento por la comunidad internacional. La propaganda separatista, pues, no se tiene que medir por el simple rasero de ser separatista, sino que para su interdicción ha de apreciarse una incitación a la violencia³⁷⁰. Esta línea jurisprudencial se mantuvo en una serie de sentencias que dictó el Tribunal a lo largo de 1999, sin que el Tribunal se haya apartado de ese criterio en casos posteriores como *Aklan c. Turquía*, de 23 de septiembre de 2008, y ello a pesar de que ciertas publicaciones tenían un marcado carácter hostil. Solo cuando el TEDH se enfrenta a expresiones como “banda de asesinos” o “los asesinos a sueldo del imperialismo” es cuando declara esas opiniones incompatibles con el artículo 10 CEDH, aunque el criterio no siempre ha brillado por su claridad al haber amparado expresiones como “el verdadero terrorista es el Estado turco”³⁷¹.

Respecto de los derechos individuales, y si bien no existe una enumeración tasada en el artículo 10.2 CEDH, el Tribunal los ha reconducido a realidades jurídicas que nos resultarán familiares: honor, intimidad e imagen pública³⁷². El primero es el que alude al vocablo “reputación” explicitado en el Convenio y el TEDH ha elaborado para su análisis una serie de premisas que parten de la base de que tan solo será un límite cuando el ejercicio de la libertad de expresión suponga un menoscabo lo bastante grave contra la reputación, de tal suerte que se impida un efectivo disfrute de la vida privada al incidir en la integridad personal³⁷³. Algunos de esos criterios son si estamos ante juicios de valor o informaciones (los segundos serán juzgados con mayor intensidad por la necesaria verosimilitud que hemos visto han de tener, aunque los primeros tampoco pueden ser juicios gratuitos desconectados de la realidad), de quién se pretende predicar responsabilidad por rebasar la libertad de expresión y sobre quién versa la opinión o la información. A todo ello hemos de sumar que los sistemas nacionales han de permitir blandir la *exceptio veritatis* y que la carga de la prueba recae en quien afirma la infracción.

Sobre la intimidad y la imagen propia, en *Von Hannover c. Alemania*, de 7 de febrero de 2012, el TEDH implementó cinco criterios que, como mínimo, los tribunales nacionales han de tener en cuenta para enjuiciar el conflicto entre esos derechos y la libertad de expresión: (i) la relación del mensaje con asuntos de interés público; (ii) la condición de personaje público del afectado por el mensaje; (iii) la conducta previa de dicho afectado; (iv) la veracidad, y (v) las consecuencias del mensaje³⁷⁴. Como se puede apreciar, el Tribunal pretende cubrir con ello el qué, el porqué, el quién, el cómo y el cuánto, de

³⁷⁰ LAZCANO BROTONS, I.: “Artículo 10...”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (COORD.): *Convenio Europeo...* cit., p. 524.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 526.

³⁷² BUSTOS GISBERT, R.: Los derechos..., en GARCÍA ROCA, F.J. / SANTOLAYA MACHETTI, P. (COORD.): *La Europa...*, cit., pp. 776-777.

³⁷³ *Ibid.*, p. 781.

³⁷⁴ *Ibid.*, pp. 778-780; LAZCANO BROTONS, I.: “Artículo 10...”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (COORD.): *Convenio Europeo...* cit., p. 532.

tal suerte que tanto los elementos objetivos como subjetivos hayan de ser considerados por los órganos jurisdiccionales. De esta manera, por ejemplo, se excluye de la protección toda injerencia en la vida privada de personas conocidas cuando los detalles revelados son ajenos al debate público (*Rubio Dosamantes c. España*, de 21 de febrero de 2017), se atenúa el derecho a la intimidad cuando el afectado ha consentido en el pasado revelaciones de carácter similar (*ICI Paris c. Francia*, de 10 de noviembre de 2015) o se obliga a tener en cuenta la difusión que tendrá la información a partir del medio empleado (*Haldimann y otros c. Suiza*, de 24 de febrero de 2015).

El grado de difusión como criterio se nos antoja un arma de doble filo según la aplicación que de él se pretenda. Por un lado, puede ser un factor mitigante de la responsabilidad si se entiende que, por el auditorio que ha recibido el mensaje, la capacidad para afectar al buen nombre o la intimidad es prácticamente irrisoria y, por ello, o no ha habido infracción de ese derecho o es de tan poca relevancia que no es tutelable. Sin embargo, si el alcance cuantitativo que ha tenido un mensaje ha de empañar la relativa importancia cualitativa de lo expresado o informado, entonces consideramos que se trata de un uso indebido de ese parámetro porque si una determinada opinión o información es amparable bajo el Convenio, la cantidad de destinatarios ha de ser absolutamente irrelevante.

En tercer y último lugar, la necesidad impone analizar la concurrencia de una necesidad social imperiosa, una proporcionalidad en relación con el fin legítimo de la medida y una pertinencia y suficiencia en relación con ese fin legítimo, y ello tanto para la conducta prohibida como para la sanción prevista³⁷⁵. Es importante matizar que, por necesario, el Tribunal ha manejado un concepto intermedio entre lo estrictamente indispensable y lo meramente admisible. Así, en *Monnat c. Suiza*, de 21 de septiembre de 2006, declaró contrario al CEDH que se sancionara a un periodista tan solo porque algunos telespectadores presentaran quejas tras la emisión de un programa en el que dicho periodista cuestionara la supuesta neutralidad de Suiza en la Segunda Guerra Mundial y destacara los vínculos entre líderes suizos y nazis, así como la ayuda que Suiza prestó a la Alemania nazi para el blanqueo de capitales. Si bien el programa generó cierto malestar en algunos grupos, que presentaron una queja que dio inicio al procedimiento que acabó con la multa al periodista, en una sociedad democrática este tipo de injerencias han de pasar el filtro de lo meramente útil o razonable.

3. La libertad de expresión e información en España

3.1. Los inicios modernos. La Constitución de 1812

Largo y tortuoso fue el camino que condujo a que en la Constitución de 1978 se reconociera en su artículo 20 la libertad de expresión como uno de los derechos fundamentales de los que goza todo

³⁷⁵ CASADEVALL MEDRANO, J.: *El Convenio...*, cit., p. 326.

ciudadano español, por lo que acometeremos en los primeros compases de este capítulo un breve *excursus* sobre las andanzas que ese derecho ha tenido en nuestro país. Con los tambores revolucionarios franceses acechando, el 2 de octubre de 1788 se aprobó una norma dirigida a los censores para que inadmitieran libros con expresiones torpes, lúbricas, sátiras de cualquier índole – incluida la política –, desacreditadoras de personas o denigrantes para el honor y estimación de comunidades o personas de todas clases, estados, dignidades o empleos. Los censores debían poner especial esmero y cuidado cuando advirtieran la manifestación de contenido crítico directo o indirecto al gobierno y a sus representantes³⁷⁶. Con el estallido de la Revolución Francesa, la monarquía española – sin hacer nada diferente a lo acometido por el resto de las monarquías europeas – trató de protegerse con la resolución del 24 de febrero de 1791 y el auto del Consejo del 12 de abril del mismo año: ambas normas proscribieron cualquier diario con la salvedad del Diario de Madrid, aunque también a este último se le restringió su contenido para impedir el de índole política³⁷⁷. Estos instrumentos junto con los ya en vigor se pusieron al servicio de evitar que todo escrito subversivo cruzara los Pirineos y fuera el catalizador de que la Revolución se extendiera a tierras hispanas, y con ello otra monarquía fuera puesta en peligro por los vientos de cambio franceses.

Tenemos que avanzar al 10 de noviembre de 1810, en plena Guerra de Independencia tras la abdicación de Bayona (5 y 6 de mayo de 1808), para ver a las Cortes Generales y Extraordinarias aprobando el destacadísimo Decreto IX, sobre la libertad política de imprenta, con especial importancia de su artículo 1 por cuanto suprime la censura previa, quedando a salvo la posibilidad de sanciones por el contenido publicado³⁷⁸. Con ello, el constituyente español se alineaba con el entendimiento francés de la situación *ex DDHC* (el mayoritario, por cuanto había notables excepciones que convertían en quimérico el castigo *ex post*), en lugar de con la Primera Enmienda, si bien cabe referir que – caprichos de la historia – cuando en España se transitaba esta vereda calificada por algunos como fundacional de la libertad de expresión en la España moderna³⁷⁹, en Francia se volvía a un sistema de censura previa³⁸⁰. Esa aparente paradoja fue el resultado de la evolución política francesa, país en el que desde el ascenso de Napoleón tras la disolución del Directorio se había asentado un régimen político personalista en la figura de aquel dirigente, con algunos componentes ilustrados, pero otros más propios del Antiguo Régimen. Así hay que entender una gran parte de la población se alzara en armas contra la pretensión de que fuera José Bonaparte quien gobernara tras la mencionada abdicación de Bayona a partir de la Constitución aprobada en esa ciudad el 6 de julio 1808 bajo el nombre de *Acte Constitutionnel de l'Espagne*³⁸¹.

³⁷⁶ MUÑOZ MACHADO, S.: *Los itinerarios de la palabra*, Edición Crítica, Barcelona, p. 126.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 129.

³⁷⁸ MARCUELLO BENEDICTO, J.I.: “La libertad de imprenta y su marco legal en la España liberal”, *Revista Ayer*, n.º 34, p. 66.

³⁷⁹ ARTOLA, M.: *Partidos y programas políticos: 1808-1936*, Alianza, Madrid, 1991, p. 133.

³⁸⁰ MUÑOZ MACHADO, S.: *Los itinerarios...*, cit., pp. 130-131.

³⁸¹ PUY MUÑOZ, F.: *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2002, pp. 15-16.

Ese texto, además de mantener tics muy propios del *Anciene Régime* como la representación por estamentos, suponía que la legitimidad para otorgar el documento jurídico fundacional del nuevo régimen político radicaba ya en José Bonaparte como nuevo rey de España (esa condición se expresa en el preámbulo constitucional) y no en Fernando VII, quien tras el motín de Aranjuez (18 y 19 de marzo de 1808) se había convertido en monarca. No es que el sentir general español fuera contrario a un sistema monárquico ni que se hiciera bandera de una Ilustración radical porque, en definitiva, en nuestro país siempre triunfó una Ilustración templada donde una curiosa mezcla de pensamiento tradicional (católico y monárquico), ilustrado (liberal y reformista) y novísimo ilustrado (revolucionario y constitucional) se dio la mano en las Cortes de Cádiz³⁸². A fin de cuentas, las Cortes de Cádiz sostenían que actuaban como gobierno de regencia según lo mandataban las leyes fundamentales monárquicas³⁸³.

El verdadero problema estribaba en el rechazo a un rey impuesto desde el extranjero (por más que algunos políticos españoles hubieran participado en su elaboración para intentar darle una pátina de legitimidad) a lo que se añadía que la Carta Magna propuesta tampoco solucionaba algunos de los problemas más acuciantes de las monarquías absolutas y posponía otros como el de la libertad de prensa. Para el reconocimiento de esta, conforme al artículo 145, sería precisa una norma con rango legal – por lo que no tendría rango constitucional – cuya aprobación se difería dos años después de haberse ejecutado plenamente la Constitución de Bayona, sin que quedara claro que llegado ese momento se hubieran admitido publicaciones recurrentes visto el segundo párrafo del artículo 45³⁸⁴. Si se trataba de modernizar el país, desde luego esas no eran las mejores alforjas ni justificaban la cesión del trono a una dinastía napoleónica que estaba empezando a gestarse. Es a partir de esta línea ilustrada moderada conforme la que hay que interpretar la apertura intermedia del Decreto a la libertad impresora. Es de notar la excepción temática prevista en su artículo 6, ya que para el contenido religioso el Decreto no suprime ninguno de los controles existentes y se remite al Concilio de Trento para atribuir el previo control de los ordinarios eclesiásticos, redacción que por su vaguedad en cierta medida ponía en riesgo la interdicción general de la censura previa.

No es infrecuente que, por vía indirecta, muchos asuntos puedan reconducirse a aspectos religiosos, como hizo valer el clérigo y diputado Morro cuando dijo que la libertad de imprenta (no importaba si para lo político o para lo religioso) era una detestable institución por contraria a la religión católica, apostólica y romana³⁸⁵. Con razón, se ha visto esta concesión, cuya contradicción es manifiesta con la

³⁸² CORONAS GONZÁLEZ, S.M.: *Estudio preliminar a la primera edición iconológica de la Constitución de Cádiz*, BOE, Madrid, 2012, p. 19.

³⁸³ *Ibid.*, p. 15.

³⁸⁴ CONDE DE TORENO: *Historia del levantamiento, guerra y revolución de España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, p. 238.

³⁸⁵ *Ibid.*, pp. 817-818. En su línea de ecuanimidad, el conde de Toreno realza la figura del también clérigo y diputado Juan Nicasio Gallego, quien dijo que la libertad de imprenta era incompatible con la censura previa porque, de existir, ya no sería libertad, sino esclavitud. Además, y quizá influido por una de las más agudas reflexiones de Mill, adujo que, si de limitar

aspiración liberal de subordinar también los asuntos eclesiásticos a la legislación civil y evitar remisiones como las del artículo 6, como un guiño a la Iglesia a fin de que no interpretara que el liberalismo doceañista adolecía del ateísmo que se había achacado a la Revolución Francesa³⁸⁶. Pero hemos de añadir dos no obstante tanto a este como al párrafo que lo precede.

El primero trae causa de que, en el afán de evitar sustracciones de la jurisdicción civil a favor de la eclesiástica, el Decreto impide en su artículo 19 que el ordinario eclesiástico niegue el imprimátur a los libros de religión sin haberlos censurado antes formalmente y haber dado audiencia del interesado. La norma realmente tiene en mente que el ordinario nunca niegue la licencia porque, de hacerlo, su artículo 20 prevé que el afectado pueda acudir a la Junta Suprema de Censura (ahora veremos a qué responde este organismo) a fin de analizar la obra para, “de encontrarla digna de aprobación, pasar su dictamen al Ordinario, para que más ilustrado sobre la materia, conceda la licencia, si le pareciere, a fin de excusar recursos ulteriores”.

El segundo se relaciona con una sutileza a ojos contemporáneos, pero que era de todo menos sutil en aquella época. Hablamos de la alusión al “ordinario” del Decreto, que no es otro que el obispo que gobierna en su diócesis conforme a la división territorialmente prevista a nivel eclesiástico, como responsable último de la censura religiosa en el territorio de su competencia. Si habla la norma de ordinario es que no habla de la Inquisición³⁸⁷, que hasta entonces era la que ejercía ese poder de manera centralizada, sin perjuicio de la desconcentración administrativa con base en los comisionados que designara, así que la censura sigue en manos de la Iglesia, sí, pero diluyendo su poder y dando uno de los primeros pasos en la abolición de la Inquisición.

Por lo tanto, el guiño a la Iglesia es indudable, pero también lo es una evidente advertencia por las Cortes de Cádiz de que el monopolio eclesiástico sobre publicaciones inclusive religiosas tenía los días contados. Como dijera el CONDE DE TORENO (JOSE MARÍA QUEIPO DE LLANO), aunque algunos defendían la ausencia total del clero en las juntas censoras (parece que él se encontraba entre esas voces), con esa composición híbrida se buscó acallar al clero a la vez que se le impedía constituirse en peligrosa mayoría en ninguna de las juntas³⁸⁸. La libertad de expresión siempre fue uno de los baluartes para la Ilustración al ser el puerto seguro en el que refugiarse de tiranos y opresores cuando

conductas potencialmente peligrosas se trataba, era incoherente centrarse en la libertad de expresión y desatender otras conductas también potencialmente peligrosas para el bien común. Así como no encerramos a todas las personas en sus casas por miedo a que roben ni tampoco atamos las manos a nadie que ha comprado una espada para evitar que mate, no puede limitarse *ex ante* la libertad de expresión, sino confiar en que el miedo a la pena surtirá su deseado efecto preventivo.

³⁸⁶ GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E.: *Aproximación histórica al derecho de la imprenta y de la prensa en España: 1480-1966*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, p. 92.

³⁸⁷ FIESTAS LOZA, A.: “La libertad de imprenta en las dos primeras etapas del liberalismo español”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 1989, pp. 363-364.

³⁸⁸ CONDE DE TORENO: *Historia del levantamiento...*, cit., pp. 823-824. El Conde de Toreno se esmera en ofrecer su ya reseñada visión ecuaníme del estamento eclesial, destacando aquellos clérigos que no se adscribieron al bando eclesiástico inmovilista, sino que, dentro de la moderación a la que invitaba su pertenencia a la jerarquía de la Iglesia, se mostraron partidarios de limitar el poder religioso sobre los asuntos terrenales.

estos pretenden castrar la capacidad de propagar el conocimiento y, con ello, aumentar el nivel político y cultural de quienes tengan a su disposición los máximos textos posibles, por lo que las Cortes de Cádiz no darían su brazo a torcer con tanta facilidad en este punto. No en vano el Preámbulo del Decreto dice que:

“Atendiendo las Cortes generales y extraordinarias a que la facultad individual de los ciudadanos de publicar sus pensamientos e ideas políticas es no sólo un freno de la arbitrariedad de los que gobiernan, sino también un medio de ilustrar a la Nación en general, y el único camino para llevar al conocimiento de la verdadera opinión pública, han venido en decretar lo siguiente:”

Si había otra institución de la que las Cortes desconfiaban y a la que querían atar en corto, esa era la monarquía absoluta. Recelosos de que esta pudiera diluir la recién estrenada libertad de imprenta³⁸⁹ (castigando *ex post* lo que antes era motivo de censura *ex ante* o manteniendo una enorme deferencia ante las autoridades eclesiales), los diputados crearon mediante el artículo 13 de la ley la ya aludida Junta Suprema de Censura, compuesta de nueve individuos, así como una Junta de Censura en cada capital de provincia, compuesta de cinco³⁹⁰. Dentro de una política de respeto hacia la Iglesia que no cayera en la sumisión, el artículo 14 clarifica que solo tres de los nueve miembros de la Junta Suprema de Censura, y dos de los cinco miembros de las juntas provinciales, podrán ser eclesiásticos. Los demás serán obligatoriamente seculares y, tanto los unos como los otros, deberán atesorar virtud, probidad y talento suficientes para el “grave encargo” que se les asigna, frase que recuerda los atributos que debían atesorar los censores conforme a la Pragmática de 8 de julio de 1502³⁹¹. La inclusión de integrantes del clero fue una contrapartida adelantada a la supresión de la Inquisición³⁹², que, aunque se acordó por las Cortes de Cádiz el 22 de febrero de 1813³⁹³, ya era una medida sobre la que se hablaba en 1810.

Tal Decreto responsabilizaba a los autores e impresores del abuso de la libertad de expresión (artículo 3), con el artículo 4 como principal fuente del tipo objetivo: libelos inflamatorios, escritos calumniosos, subversivos de las leyes fundamentales de la monarquía, junto con los licenciosos y contrarios a la decencia pública y buenas costumbres. Por otro lado, y conforme al artículo 15, se facultaba a los jueces para acordar la aprehensión de los ejemplares vendidos, aunque evidentemente esto no impidió que muchos ciudadanos conservaran algunos de esos ejemplares ante la dificultad de

³⁸⁹ MARCUELLO BENEDICTO, J.I.: “La libertad de imprenta...”, cit., p. 67.

³⁹⁰ Esta división territorial de la función censora seguramente buscaba adecuarse a la organización política durante la Guerra de Independencia. En ella, primero surgieron las juntas locales o provinciales, que con el paso del tiempo dieron lugar a la Junta Central Suprema y Gubernativa del Reino el 25 de septiembre de 1808 (vid. PUY MUÑOZ, F.: *Los derechos...*, cit., pp. 16-17).

³⁹¹ ÁLVAREZ GARCÍA, H.: *Los precursores...*, cit., p. 71.

³⁹² MARCUELLO BENEDICTO, J.I. “La libertad de imprenta...”, cit., p. 67.

³⁹³ FIESTAS LOZA, A.: “La libertad de imprenta...”, cit., p. 371.

seguir la pista a toda transacción³⁹⁴. Como hemos adelantado al inicio del capítulo, la Constitución de Cádiz consagró – con el antecedente del meritado Decreto – la libertad de imprenta y la prohibición de censura en su artículo 371, de nuevo con la coletilla final de la sumisión a lo dicho por la ley, de acuerdo con la siguiente literalidad:

“Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes.”

Para solventar los conflictos surgidos entre 1810 y 1812 sobre qué sistema tenía que seguirse para enjuiciar opiniones potencialmente ilegales, se aprobó el decreto del 10 de julio de 1813, en el que se fijó el procedimiento que se usaría en España desde entonces en adelante³⁹⁵ (aunque ese “en adelante” fuera breve). A mayor abundamiento diremos que, emulando la desconfianza hacia estamentos religiosos y monárquicos de 1810, el artículo 131 atribuye al poder legislativo como facultad vigesimocuarta la protección de la libertad de imprenta. En aquella época, la concepción estrictamente liberal del Estado hizo que la libertad de expresión fuera un derecho todavía máspreciado si cabe en comparación con nuestro sistema actual. Esa relevancia aupada por las circunstancias ideológicas responde a que ese liberalismo estricto no contemplaba derechos colectivos tales como el derecho de asociación o de reunión (solo en artículos como el 40 se prevé la reunión de personas, pero solo para fines electorales), ya que estos eran derechos colectivos y el liberalismo recelaba de esa característica porque entendía que socavaba la interacción de los individuos como mecanismo para alcanzar una sociedad justa. En consecuencia, a través de la libertad de expresión se lograban canalizar a través de concretos individuos exigencias que podrían competir a entes supraindividuales³⁹⁶.

La ubicación de este derecho, el artículo 371, puede antojarse extraña porque estamos acostumbrados a encontrar la parte dogmática de las Constituciones en compases más iniciales, tanto actualmente como en textos análogos de los siglos XVIII y XIX. Dos son los motivos por el que nuestra Constitución de 1812 optó por esa numeración: el primero, porque la Comisión Constitucional evitó deliberadamente similitudes sistemáticas con la DDHC o la Constitución francesa de 1792, huyendo así de cualquier conato de acusación sobre afrancesamiento que tanto les horrorizaba oír porque los identificaría con el enemigo a batir³⁹⁷ (aunque las influencias resultaran inevitables); el segundo, porque también deliberadamente se quiso reconocer ese derecho en el Capítulo único del Título IX, cuya rúbrica es “De la instrucción pública”. Tampoco encontraremos ninguna referencia a que existen unos derechos naturales o humanos o fundamentales, lenguaje que hemos visto omnipresente en la

³⁹⁴ MUÑOZ MACHADO, S.: *Los itinerarios...*, cit., pp. 132-133.

³⁹⁵ MUÑOZ MACHADO, S.: *Los itinerarios...*, cit., pp. 136-137.

³⁹⁶ MARCUELLO BENEDICTO, J.I.: “La libertad de imprenta...”, cit., p. 65.

³⁹⁷ PUY MUÑOZ, F.: *Los derechos...*, cit., pp. 27-29; CORONAS GONZÁLEZ, S.M.: *Estudio preliminar...*, cit., p. 24.

DDHC, en la Constitución francesa de 1792 y en sus referentes filosóficos. Este tipo de formulaciones entrañaban un serio peligro para un poder político monárquico que se vería limitado por una autoridad superior cuando se supone que, como rey, es quien detenta legitimidad *ab origine* directamente de Dios y a nadie más tiene que rendir cuentas. Solo en el fallido proyecto de Constitución de 1873 veremos ese tipo de expresiones grandilocuentes sobre derechos naturales innatos.

Si partimos de que la Constitución gaditana carece de aparato dogmático sistemáticamente aislado, la solución que encontraron los diputados constituyentes fue la de ir situando los derechos en aquellos lugares donde detectaban una temática suficientemente afin como para evitar disfuncionalidades sistemáticas. Decididos como estaban a mantener en el texto constitucional la querida y ya reconocida libertad de imprenta en el Decreto IX de 1810, optaron por una incorporación muy simbólica por incidir en la vinculación típicamente ilustrada de la libertad de imprenta con el incremento del caudal sapiencial de la sociedad³⁹⁸. Se daba así permanente habitación a una propuesta que, inicialmente pospuesta por la Junta Central, recibiría más adelante el visto bueno de la comisión de instrucción pública³⁹⁹ y, a la postre, el voto favorable de la mayoría de las Cortes (sesenta y ocho a favor y treinta y dos en contra, de los que nueve declararon que su voto solo lo era *por ahora*)⁴⁰⁰.

No sorprenderá, entonces, que AGUSTÍN DE ARGÜELLES, en su *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, inicie y concluya su epígrafe *La educación pública* con las siguientes frases:

“El Estado, no menos que de soldados que le defiendan, necesita de ciudadanos que ilustren a la nación y promuevan su felicidad con todo género de luces y conocimientos.

[...]

Como nada contribuye más directamente a la ilustración y adelantamiento general de las naciones y a la conservación de su independencia que la libertad de publicar todas las ideas y pensamientos que puedan ser útiles y beneficios a los súbditos de un Estado, la libertad de imprenta, verdadero vehículo de las luces, deben formar parte de la ley fundamental de la Monarquía, si los españoles desean sinceramente ser libres y dichosos”⁴⁰¹.

Tampoco podrá reputarse cosa extraña, pues, que, en la edición conmemorativa del décimo aniversario de la Constitución publicada en 1822 – durante el Trienio Liberal –, el grabador de Cámara y Real Estampilla José María de Santiago ilustró ese Título IX con un aula escolar⁴⁰², en concreto de primera

³⁹⁸ PUY MUÑOZ, F.: *Los derechos...*, cit., p. 31.

³⁹⁹ CONDE DE TORENO: *Historia del levantamiento...*, cit., p. 638.

⁴⁰⁰ DE ARGÜELLES, A.: *Examen histórico de la reforma constitucional de España*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1999, p. 330.

⁴⁰¹ DE ARGÜELLES, A.: *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 125-126.

⁴⁰² Constitución Política de la Monarquía Española. Promulgada en Cádiz, a 19 de marzo de 1812. Grabada y dedicada a las Cortes por don José María de Santiago, BOE, Madrid, p. 128.

enseñanza o primeras letras⁴⁰³, destacando asimismo la importancia que la ciudad de Cádiz dio a la educación desde el siglo XVIII⁴⁰⁴. Para ARGÜELLES, DE SANTIAGO, TORENO, MUÑOZ TORRERO y otros tantos autores ilustrados con un pie en el siglo XVIII y otro en el XIX, solo con una educación desde la infancia basada en la libertad de acceso a las fuentes de conocimiento podrá lograrse una nación de ciudadanos virtuosos que tengan en sus manos controlar la acción del gobierno y contribuyan a la felicidad colectiva⁴⁰⁵.

Es ARGÜELLES quien nos narra los obstáculos a que tuvo que enfrentarse la libertad de expresión en España habida cuenta de las inercias históricas, donde destacaba el omnímodo poder de la Iglesia para incluso prohibir *ex post* lo que el Estado había admitido *ex ante* conforme al sistema de censura absolutista. Lo que para algunos constituía un avance imprescindible para lograr que la nación tomara el mejor rumbo posible gracias a estar tan informada como el estado del conocimiento lo permitiera, para otros era una ofensa a las buenas costumbres, al orden social que debía imperar y, en definitiva, a la moderación y la prudencia⁴⁰⁶. Como refleja el articulado finalmente adoptado, acabó triunfando la visión según la que los peligros que se aceptaban con la libertad de expresión y de imprenta eran necesarios para luchar contra el enemigo exterior e interior sin estar atados de pies y manos por un sistema que reprimía la libre circulación de información, tan esencial en un momento en el que España buscaba su lugar en un mundo en efervescencia y transformación. Era imposible constatar que el régimen anterior ya no funcionaba y, sin embargo, pretender mantener uno de sus iconos más representativos porque ello minaría la confianza en el sentido de la lucha contra el invasor y causaría una desconexión entre los diputados y la opinión pública por impedir que aquellos pudieran conocer de primera mano el parecer de estos sobre los temas acuciantes para el país⁴⁰⁷.

La alusión a la opinión pública respondía al papel que esta había jugado desde que, con el inicio de la Guerra de Independencia, proliferaran todo tipo de publicaciones cuyo objetivo era el de proponer a las juntas provinciales y la Junta Central el rumbo que debían tomar los acontecimientos, así como el de informar sobre la situación a lo largo del territorio. De manera natural, el género didáctico, con especial importancia del oratorio, fue ganando protagonismo en detrimento de otros géneros y subgéneros tenidos por especulativos o recreativos en un momento en el que lo práctico y lo político mandaban⁴⁰⁸. Rara vez hay rosa sin espinas y este caso no fue una excepción. Si prestamos atención a la literalidad del artículo 371, solo se refiere a la libertad de expresión para las ideas políticas, lo que

⁴⁰³ CORONAS GONZÁLEZ, S.M.: *Estudio preliminar...*, cit., p. 88.

⁴⁰⁴ SOLÍS LLORENTE, R.: *El Cádiz de las Cortes*, Sílex, Madrid, 2000, pp. 432-433.

⁴⁰⁵ CONDE DE TORENO: *Historia del levantamiento...*, cit., pp. 816-819 y 1065. Son muy elocuentes las palabras del diputado Muñoz Torrero cuando dice que Inglaterra ha protegido la imprenta libre tanto como la imprenta libre ha protegido Inglaterra, así como que la libertad sin esa imprenta libre, aunque sea el sueño del hombre honrado, será siempre un sueño.

⁴⁰⁶ DE ARGÜELLES, A.: *Examen histórico...*, cit., pp. 319-320.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, pp. 321-325.

⁴⁰⁸ FIESTAS LOZA, A.: "La libertad de imprenta...", cit., pp. 360-361.

solo incluiría la libertad civil y dejaría fuera de su alcance la libertad religiosa⁴⁰⁹ con su muy importante contingente bloque religioso al igual que lo hizo el Decreto de 1810⁴¹⁰, con lo que podemos trasladar aquí cuantos comentarios hemos hecho sobre la *vis atractiva* que por aquel entonces ejercía el influjo teológico. Se ha destacado, sin embargo, que el impulso dado a la libertad de expresión política animó a hacer incursiones más o menos veladas en materia religiosa a partir de postulados aparentemente políticos, con un poder censor eclesiástico muy acotado desde el dicho Decreto⁴¹¹.

Esta espina venía de la mano de otra, puede que una de las más señaladas del texto constitucional: la inexistente libertad religiosa (salvo si consideramos como tal la libertad solo para practicar el catolicismo, lo que sinceramente en aquella época no era necesario explicitarlo por evidente). Y es que el artículo 12 resulta muy vehemente al señalar que la religión católica, apostólica y romana es y será perpetuamente la religión de la nación española en tanto que es la única y verdadera. No solo eso, sino que el Estado prohíbe el ejercicio de cualquier otra y se compromete a proteger esa religión única mediante “leyes sabias y justas”. Tal apartamiento de lo preceptuado para libertad religiosa en otros textos que influyeron en la Constitución (DDHC, Declaración de Derechos de Virginia) no debió pasar por alto a sus críticos al resultar manifiestamente contrario a los principios liberales, destacando esos críticos que sin permitir la libertad de opinión en materia religiosa se consagraba la intolerancia religiosa y se le permitía al clero retener una de sus armas más lacerantes contra el ingenio de todo español. De todos modos, los diputados acabaron optando por ese “doloroso sacrificio” en aras de las consideraciones que se deseaban guardar con un grupo cuyo apoyo era imprescindible en el esfuerzo contra la invasión francesa y en la futura reconstrucción⁴¹², sin que podamos descuidar el alejamiento que los ilustrados doceañistas querían marcar con el sambenito de ateísmo que se asociaba a la Revolución Francesa y los acontecimientos que le sucedieron.

Algunos autores como TORENO añadieron que este era un primer paso para arrancar a España de las garras de la Inquisición, atribuyendo como hemos visto antes a los obispos esa función de control *ex ante* y dando a entender que quizá en el futuro incluso a estos últimos se les podría retirar ese poder. Finalmente, se dio por sentado que, en caso de conflicto, sería el poder civil el que tendría la última palabra sobre si la temática de un texto caería en lo político en lo religioso, teniendo tal poder civil por norma la deferencia hacia lo primero en aras de la efectividad del artículo 371⁴¹³. Las evidentes limitaciones del Decreto de 1810 y del artículo 371 de la Constitución de 1812 no impidieron un florecimiento de la prensa, tanto periódica como esporádica, que en ciudades como Cádiz encontró un

⁴⁰⁹ MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: *La Constitución española de 1812: el constitucionalismo liberal a principios del siglo XIX*, Cátedra Fadrique Furió Ceriol – Facultad de Derecho, Valencia, 1978, p. 378.

⁴¹⁰ PUY MUÑOZ, F.: *Los derechos...*, cit., p. 32.

⁴¹¹ FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *Las Constituciones históricas españolas: un análisis histórico-jurídico*, Civitas, Madrid, 1986, p. 94; FERNÁNDEZ ALMAGRO, M.: *Orígenes del régimen constitucional en España*, Labor, Barcelona, 1976, p. 135.

⁴¹² DE ARGÜELLES, A.: *Examen histórico...*, cit., pp. 326-327.

⁴¹³ CONDE DE TORENO: *Historia del levantamiento...*, cit., p. 822.

terreno fértil porque era una tierra acostumbrada desde principios del siglo XIX a textos periodísticos de actualidad y no solo literarios. Buena prueba de ello es el *Diario Mercantil*, fundado el 16 de septiembre de 1802 por José de Lacroix, barón de la Bruère, y que recibió el permiso del Ayuntamiento de Cádiz para operar inicialmente durante veinte años. Junto con los asuntos de índole comercial, se daba mucho peso a la actualidad española y americana⁴¹⁴, aparentemente desde una óptica absolutista⁴¹⁵.

Surgirían en 1809 y 1810 la *Gazeta segunda extraordinaria del Comercio de Cádiz* y *El Despertador* con ese mismo espíritu, aunque destacaría el nacimiento en agosto de 1810 del *Conciso* porque con él se considera que surge en España el periodismo político. De ideología marcadamente liberal y reformista⁴¹⁶, por sus páginas desfilaron numerosos artículos que buscaban ejercer una influencia determinante en los debates de las cortes gaditanas, granjeándose amistades y enemistados por igual porque no le dolía en prendas iniciar combates dialécticos con diputados a lo que consideraba absolutistas (también conocidos como *serviles*⁴¹⁷) ni tampoco reblaba a la hora de responder con lenguaje ácido y sarcástico a quienes criticaban su labor⁴¹⁸. Hablando del tema religioso, el *Conciso* se atrevió a ironizar sobre las opiniones vertidas por algunos diputados que pertenecían al clero o por quienes, en general, defendían los privilegios de los que había gozado tradicionalmente la Iglesia en España. En ocasiones los ataques traspasaban las ideas meramente políticas de tales diputados para insertarse en el plano personal e incluso en cuestiones doctrinales, sin que en ningún caso conste sanción alguna impuesta al rotativo y sin perjuicio de que, en su igualmente legítimo derecho de expresión, otros periódicos cargaran las tintas a favor o en contra de sus mordaces artículos⁴¹⁹. Que la contienda se trasladara a esta arena en lugar de ventilarse en la de la censura previa o posterior es un signo de que los tiempos estaban cambiando, aunque desgraciadamente ese cambio no fuera a durar demasiado.

También podemos mencionar el *Semanario Patriótico*, sintomático no solo por su contenido, sino también porque sus avatares geográficos se acompasaron a los de quienes acabaron constituyendo las Cortes de Cádiz: fundado en Madrid en 1808, se trasladó en 1809 a Sevilla para recalar finalmente en Cádiz. Es aquí donde las Cortes procuraron que publicaciones como esta se mantuvieran en pie⁴²⁰ y desde donde sus redactores prosiguieron con la difusión de sus ideas liberales⁴²¹, de las que ya habían hecho gala en dos artículos publicados, respectivamente, el 25 de abril y el 11 de mayo de 1809, en los

⁴¹⁴ SOLÍS LLORENTE, R.: *El Cádiz...*, cit., pp. 447-448.

⁴¹⁵ CONDE DE TORENO: *Historia del levantamiento...*, cit., p. 1113.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 1113.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 824.

⁴¹⁸ SOLÍS LLORENTE, R.: *El Cádiz...*, cit., pp. 449-450.

⁴¹⁹ *Ibid.*, pp. 450-452.

⁴²⁰ CONDE DE TORENO: *Historia del levantamiento...*, cit., p. 542.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 1113.

que abogaban por dotar a España de una Constitución que sustituyera el dominio de la arbitrariedad por el de la ley emanada de un poder legislativo elegido mediante sufragio y no por estamentos⁴²².

Pronto surgió un caso notorio como ocasión para ver en acción la libertad de expresión, y si bien fue antes de la aprobación de la Constitución, en tanto que se sometió el caso al Decreto de 1810 es muy sintomático de cómo habría de interpretarse el artículo 371. Aludimos al proceso contra Miguel de Lardizábal, diputado de talante absolutista y miembro del Consejo de la Primera Regencia en nombre de los territorios americanos, que se siguió tras publicar en Alicante en septiembre de 1811 un panfleto que llevaba por rúbrica “Manifiesto que presenta á la nacion el consejero de Estado D. Miguel de Lardizábal y Uribe, uno de los cinco que compusieron el supremo Consejo de Regencia de España é Indias, sobre su política en la noche del 24 de Setiembre de 1810”⁴²³. En ese documento, Lardizábal hablaba sobre cómo se había desarrollado la primera sesión de las Cortes de Cádiz el 24 de septiembre de 1810 en el Teatro Cómico de la Isla de León (actualmente es la ciudad de San Fernando). A la vista de que su parecer absolutista se vio desde el primer instante como minoritario, el mencionado diputado trató de minar el carácter vinculante de lo que allí se discutiera negando la soberanía popular y cualquier legitimidad a las recién constituidas Cortes, sosteniendo que el Consejo de Regencia al que pertenecía reconoció y juró esas Cortes movido solo por la necesidad de no enemistarse con el pueblo y el ejército. Ese pueblo sería, a su entender, quien acabaría resultando esclavizado bajo falsas promesas de libertad porque los liberales aprovecharían el sistema para su beneficio, programa en el que la “diabólica” libertad de imprente era uno de sus engranajes fundamentales⁴²⁴.

También lanzó sus dardos contra el grueso de los diputados, a quienes tenía por carentes de cualquier conocimiento sobre la política y los negocios⁴²⁵. En esas mismas fechas empezó a circular otro panfleto, este titulado “La España vindicada en sus clases y autoridades de las falsas opiniones que se le atribuyen” y cuya autor era José Joaquín Colón (decano del suprimido Consejo de Castilla), que, junto con opiniones similares a las de Lardizábal, afirmaba como si de un hecho se tratara – y no solo un recurso oratorio – que las Cortes estaban intentando convencer al pueblo para que se revelara contra la nobleza y contra el clero, prometiéndoles que si lo hacían todas las riquezas que estos dos estamentos tenían se repartirían entre los ciudadanos corrientes⁴²⁶.

A principios de octubre de ese mismo año, los textos empezaron a circular por Cádiz y, alertados porque la pluma la blandían hombres de renombre (uno de ellos incluso había formado parte de la sesión inicial de las Cortes), vieron la mayoría de los diputados un grave peligro para la labor que acaban de emprender porque, junto con valoraciones, se presentaban hechos falsos que degradaban la

⁴²² SOLÍS LLORENTE, R.: *El Cádiz...*, cit., p. 465.

⁴²³ Hemos mantenido la ortografía original.

⁴²⁴ FIESTAS LOZA, A.: “La libertad de imprenta...”, cit., p. 377.

⁴²⁵ CONDE DE TORENO: *Historia del levantamiento...*, cit., p. 1068.

⁴²⁶ FIESTAS LOZA, A.: “La libertad de imprenta...”, cit., p. 383.

credibilidad de las referidas Cortes. Se tomó la decisión de constituir un tribunal especial para enjuiciar el caso de Lardizábal bajo la acusación de que era un libelo, eligiéndose cinco jueces, un fiscal, además de los abogados defensores elegidos por los acusados (las pesquisas iniciales habían revelado ramificaciones que, por conexidad, se juzgaron en un solo procedimiento ante el mismo tribunal especial)⁴²⁷.

Dos fueron las sentencias dictadas: la primera, el 29 de mayo de 1812, absolvió a todos los que se habían considerado colaboradores de Lardizábal (catorce en total), mientras que la segunda, pronunciada el 14 de agosto, condenó a dicha persona al exilio, así como a su obra a la hoguera (“á que saliese expulso de todos los pueblos y dominios de España en el continente, islas adyacentes y provincias de Ultramar, y al pago de las costas del proceso, mandando que los ejemplares del manifiesto se quemasen públicamente por mano del verdugo”). Eso sí, eludía la pena de muerte, que era la solicitada por el fiscal⁴²⁸. Disconforme con ese pronunciamiento, y desde su exilio londinense, Lardizábal apeló al recientemente creado Tribunal Supremo (su existencia data del 17 de abril de 1812), que lo absolvió en una primera ocasión, ya que frente a la primera absolución el fiscal interpuso un recurso extraordinario que fue estimado y confirmó la sentencia del tribunal especial. En cuanto a Colón, resultó finalmente absuelto en méritos de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 13 de noviembre de 1813⁴²⁹.

A pesar de que el resultado en el caso de Lardizábal fue el esperado por la mayoría de los liberales, el primer revés del Tribunal Supremo y la absolución de Colón se vieron por muchos como las mejores muestras de que la sustanciación del pleito se vio como una confirmación de que las garantías procesales y sustantivas funcionaban, suponiendo un punto de inflexión comparado con el Antiguo Régimen⁴³⁰. De todos modos, es incuestionable que el proceso contra Lardizábal fue irregular desde el punto de vista del Decreto de 1810 porque no intervino la Junta Suprema de Censura, sino un tribunal designado por las Cortes⁴³¹, mientras que el proceso contra Colón reveló lo embrionario que era todavía el sistema de las juntas de censura porque el caso se enredó burocráticamente durante meses⁴³².

Más allá de estos casos, los liberales entendían que el sistema tenía que prepararse para aceptar las opiniones discrepantes. En palabras de TORENO, los abusos de la libertad recién consagrada eran los “males inseparables de la libertad, sobre todo en un principio, pero preferibles por el desarrollo é

⁴²⁷ CONDE DE TORENO: *Historia del levantamiento...*, cit., p. 1069-1074.

⁴²⁸ Ibid., pp. 1074-1075.

⁴²⁹ FIESTAS LOZA, A.: “La libertad de imprenta...”, cit., p. 386.

⁴³⁰ CONDE DE TORENO: *Historia del levantamiento...*, cit., p. 1075.

⁴³¹ FIESTAS LOZA, A.: “La libertad de imprenta...”, cit., pp. 380-381.

⁴³² Ibid., pp. 384-385.

impulso que imprimen al encogimiento y aniquilación de la servidumbre”⁴³³. Algo similar ocurrió con la implantación de la masonería en España, que, aunque en ocasiones se sospechaba que se usaba como punta de lanza de José Bonaparte, apenas tuvo problemas en arraigar en nuestro país después de la libertad de expresión decretal y luego constitucionalmente protegida⁴³⁴. Cosa distinta es que los liberales desearan que la mayoría de las opiniones les resultaran favorables, incluso que creyeran que, en condiciones de mercado, las opiniones preponderantes bascularan hacia sus postulados por entenderlos los más próximos a la verdad. Junto con la literalidad constitucional y la coherencia debida al principio de libertad con las mínimas restricciones, no podemos descuidar que muchos reformistas consideraran que el absolutismo ya había tenido muchos siglos para expresarse y tenía que abrirse paso a nuevas ideas.

El siguiente paso en la construcción del Estado liberal fue la demolición de uno de los iconos de la España absolutista: la Inquisición. Mediante el Decreto CCXXIII, de 22 de febrero de 1813, sobre abolición de la Inquisición y establecimiento de los tribunales protectores de la fe, se declaró que esa institución era incompatible con la Constitución y sus funciones se dividieron entre la jurisdicción eclesiástica de cada diócesis y la jurisdicción civil. En materia de censura, esencialmente reproduce el Decreto de 1810 (artículos II y III del Capítulo II), añadiendo que la justicia eclesiástica remitirá a las autoridades civiles un listado con los libros prohibidos (la similitud con el Índice de la Inquisición es inevitable) para que el Consejo de Estado emita un dictamen a fin de que, con todo ello, sea el monarca quien decida qué se incorpora y, con la aprobación de las Cortes, se publique (artículos IV y V del Capítulo II)⁴³⁵.

La última norma aprobada en materia de imprenta antes de la primera restauración absolutista fue el Decreto CCLXIII, de 10 de junio de 1813, sobre adiciones a la ley de libertad de Imprenta, que como su nombre indica venía a modificar el Decreto de 1810 a la vista de las disfuncionalidades advertidas especialmente en el funcionamiento de las juntas de censura. Asimismo, se incluyeron previsiones para regular qué ocurría cuando un clérigo publicaba opiniones que pudieran entenderse contrarias a la Constitución o a las leyes (artículo XXXII), respondiendo a pronunciamientos por parte de obispos que el gobierno civil reputaba peligrosos⁴³⁶.

Con la restauración absolutista de Fernando VII a partir de su infame Decreto anulatorio de 4 de mayo de 1814⁴³⁷, todo lo antedicho queda en papel mojado y se inicia un prolongado lapso hasta 1820 en el que todo ese panorama cambiaría drásticamente porque, entre otros detalles, el monarca derogó la Constitución de 1812 y, en materia de libertad de imprenta, se aprobó el restrictivo Real Decreto del

⁴³³ CONDE DE TORENO: *Historia del levantamiento...*, cit., p. 1113.

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 1108.

⁴³⁵ FIESTAS LOZA, A.: “La libertad de imprenta...”, cit., p. 372.

⁴³⁶ *Ibid.*, pp. 407-414.

⁴³⁷ MARCELLO BENEDICTO, J.I.: “La libertad de imprenta...”, cit., p. 68.

25 de abril de 1815. Tan solo se salvarían de esa recuperación de la censura previa los artículos estrictamente científicos, así como los literarios sin alusiones políticas claras o veladas⁴³⁸. El Trienio Liberal vio resurgir la libertad de imprenta gracias al Decreto LV de 22 de octubre de 1820, de Reglamento de la libertad de imprenta, lo que tuvo como consecuencia la reaparición con fuerza de todo tipo de publicaciones sobre las cuestiones más variopintas, incluidas las políticas. La piedra de toque para esa expansión expresiva fue que, en ese Decreto, se amplió el ámbito objetivo en su artículo I para declarar que todo español tenía derecho a imprimir y publicar *sus pensamientos* sin necesidad de previa censura, a la par que se limitaba expresamente en su artículo II el espectro religioso (donde se mantenía la censura *ex ante* del ordinario) a las Sagradas Escrituras y los dogmas de la fe⁴³⁹. Por otro lado, este ensanchamiento vino de la mano de un intento de concretar más los supuestos en los que no había lugar a esa libertad de expresión. Se trataba, *ex* artículo 6, de las doctrinas conspiradoras para destruir o mutar la religión estatal o la Constitución, las doctrinas que llamaran a la rebelión o a quebrantar la tranquilidad pública, la incitación (incluyendo sátiras) a desobedecer la ley o a las autoridades, las obscenidades y los libelos infamantes.

A mayor abundamiento, en méritos del Decreto LXIX, de 12 de febrero de 1822, sobre Ley adicional a la de 22 de octubre de 1820 sobre libertad de imprenta, vino a intentar arrojar algo más de concreción a algunos de los grupos prohibidos que hemos visto, en concreto a los subversivos, sediciosos, incitadores a la desobediencia y a los infamantes, recortando con ello espacio para la libertad de expresión⁴⁴⁰. Sobre el primero, se reforzó notablemente la posición del rey porque se tuvo por subversiva toda injuria dirigida a la “sagrada e inviolable persona del Rey”, lo que generó malestar entre algunos diputados (sobre todo los liberales conocidos como *exaltados*, permanentemente enfrentados a los *moderados*)⁴⁴¹. Todos estos ilícitos tuvieron una traslación especular en el Código Penal aprobado en Cortes el 8 de junio de 1822, en concreto en sus artículos 592 a 592 del Título IX de la Parte Primera, titulada “De los delitos y culpas de los impresores, libreros y otras personas en el abuso de la libertad de imprenta”. Se añadió un precepto especial para la incitación directa o indirecta a desobedecer la Constitución – en el Decreto de 1820 no se distinguía entre la desobediencia a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico –, así como uno para las injurias leves y otro para las publicaciones contrarias a dogmas católicos.

Vemos que, durante el transcurso de esos tres años, se dieron pasos en sentidos *prima facie* contradictorios porque, por un lado, parecería que se dio un impulso a la libertad de expresión, pero, por otro, se acotó su ámbito de juego. Fueron ciertamente tiempos difíciles en los que, tras el pronunciamiento de Riego, al rey no le quedó otro remedio que avenirse con un régimen

⁴³⁸ MUÑOZ MACHADO, S.: *Los itinerarios...*, cit., p. 137.

⁴³⁹ FIESTAS LOZA, A.: “La libertad de imprenta...”, cit., p. 426.

⁴⁴⁰ MARCUELLO BENEDICTO, J.I.: “La libertad de imprenta...”, cit., p. 71.

⁴⁴¹ FIESTAS LOZA, A.: “La libertad de imprenta...”, cit., p. 454.

constitucional que aborreció desde que regresó a España; a los liberales, por su parte, a buen seguro no les agradaba tener que bailar al son de un monarca que era el principal escollo para implementar plenamente su programa político reformista. El resultado de esos constantes desencuentros no auguraba nada bueno porque, como los liberales sospechaban, Fernando VII trataría de zafarse cuanto antes del corsé constitucional, para lo que se valdría no solo de los clásicos apoyos absolutistas internos, sino también del auxilio de los Cien Mil Hijos de San Luis de una Francia que había dejado muy atrás los tiempos revolucionarios. Nos adentramos así en la Década Ominosa a partir de 1823, lo que supuso una vuelta en toda regla al Antiguo Régimen en términos generales y, en términos particulares de la libertad de expresión, a la censura inquisitorial⁴⁴², institución que no desapareció definitivamente de la vida española hasta el 15 de julio de 1834⁴⁴³.

3.2. Regulación en el resto de las Constituciones decimonónicas

Tras la muerte de Fernando VII, la regente María Cristina buscó apoyos entre los liberales porque los sectores más tradicionalistas se centraron en la línea de sucesión carlista, lo que supondría la feliz ruina de su proyecto absolutista y la correlativa consolidación de un gobierno de tendencia reformista-ilustrado al principio y monárquico constitucional más adelante con tintes progresistas (así es como se llamaba ahora a los liberales radicales o *exaltados*)⁴⁴⁴. No fue, sin embargo, un cambio brusco porque en primer lugar vino el Estatuto Real de 10 de abril de 1834 (con un carácter mucho más intermedio entre los antiguos privilegios y estamentos y las exigencias liberales democratizadoras) y solo a partir del 18 de junio de 1837 España dispondría de una nueva Constitución que trataría de recuperar en buena medida el espíritu doceañista, aunque con evidentes concesiones mutuas⁴⁴⁵. Esa Constitución, a diferencia de La Pepa, disponía de un entramado dogmático en su Título I entre los artículos 2 y 11, sin perjuicio del desarrollo legal que se exigía en algunos casos y que no resultó todo lo garantista que podría haber sido. No cabe esperar una sistemática plena porque en ese Título I se entremezclan los derechos con la parte programática de la Constitución y algunos derechos se infieren *a sensu contrario* de dicho contenido programático⁴⁴⁶.

Dentro el entramado de derechos básicos, la libertad de imprenta tenía para los progresistas una importancia tal que se ubica en el segundo artículo, solo después de la determinación de quiénes son españoles. La dicción de ese artículo 2 se hacía eco de la plasmada en el Decreto de 1820 porque hablaba de que “todos los españoles pueden imprimir y publicar libremente *sus ideas* sin previa censura, con sujeción a las leyes”, con lo que el ámbito de lo religioso quedaba nuevamente confinado

⁴⁴² MUÑOZ MACHADO, S.: *Los itinerarios...*, cit., p. 138.

⁴⁴³ *Ibid.*, p. 121.

⁴⁴⁴ MARCELLO BENEDICTO, J.I.: “La libertad de imprenta...”, cit., pp. 71-72.

⁴⁴⁵ PUY MUÑOZ, F.: *Los derechos...*, cit., pp. 50-54; MARCELLO BENEDICTO, J.I.: “La libertad de imprenta...”, cit., p. 72.

⁴⁴⁶ PUY MUÑOZ, F.: *Los derechos...*, cit., pp. 57-58.

a unos estrechos lindes⁴⁴⁷. Aunque surgió una propuesta para explicitar que la libertad alcanzaba a la expresión no escrita, no fructificó por considerarse demasiado progresista⁴⁴⁸, pero a pesar de que no salió victoriosa, es una enmienda que prueba un alejamiento mayor del Antiguo Régimen que el existente en 1812.

La remisión a la ley para los detalles sobre el ejercicio de ese derecho fue una concesión a los moderados a pesar de que los progresistas buscaron podar al máximo las ramificaciones que esas leyes pudieran tener solicitando que ese prohibiera a nivel constitucional la exigencia de fianzas o depósitos previos a los editores, ya que lo veían como una sutil censura previa por razón de la capacidad económica que conducía a otra sutil limitación de lo que cabía esperar si solo los más pudientes podían editar⁴⁴⁹. Quedaba expedito el camino, pues, para mantener el sistema de fianzas asentadas en la ley de imprenta de 15 de marzo de 1837 (previa a la Constitución de 1837 y que, aunque limitado, supuso una mejora en las condiciones de libertad de expresión escrita a la vista de los misérrimos antecedentes inmediatos que la Década Ominosa ofrecía⁴⁵⁰) y para reiterarlo en la sucesiva ley de 17 de octubre de ese mismo año⁴⁵¹.

Los progresistas obtuvieron a cambio la concesión de la obligatoriedad – cristalizada en el segundo párrafo del artículo 2 de la Constitución – de que solo los jurados pudieran calificar una conducta como constitutiva de un injusto en materia de imprenta. Los progresistas estaban convencidos de que los jurados serían más favorables a absolver que a condenar en ese tipo de delitos, y la experiencia les dio la razón en tal grado que, cuando se reformó la Constitución en 1845, este fue uno de los puntos que se modificaron⁴⁵². Y ello muy a pesar de que en la mencionada ley de octubre de 1837 se exigió para ser jurado acreditar una contribución tributaria mínima, que no era muy mínima para los estándares de la época porque incluía solo al 2% de la población⁴⁵³.

Otra de las grandes concesiones fue el artículo 11 de la Constitución, que de manera muy lacónica se limitaba a asegurar que el Estado mantendría el culto católico practicado por los españoles. Ya no había confesionalidad manifiesta como en el artículo 12 doceañista ni interdicción en el ejercicio de otras religiones (o de ninguna llevándolo al extremo), viéndose como el primer reconocimiento por ausencia de la libertad religiosa en la España moderna⁴⁵⁴. Esta Constitución tendría una vida mayor que la de 1812, pero tampoco mucho mayor, por cuanto en 1845 las tornas cambiaron y los moderados se auparon con el poder, con lo que modificaron algunos artículos constitucionales que no eran de su

⁴⁴⁷ MARCUELLO BENEDICTO, J.I.: “La libertad de imprenta...”, cit., p. 72.

⁴⁴⁸ ROMERO MORENO, J.M.: *Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XIX*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 185.

⁴⁴⁹ ROMERO MORENO, J.M.: *Proceso...*, cit., pp. 184-185.

⁴⁵⁰ MUÑOZ MACHADO, S.: *Los itinerarios...*, cit., pp. 140-141.

⁴⁵¹ PUY MUÑOZ, F.: *Los derechos...*, cit., p. 60.

⁴⁵² *Ibid.*, pp. 60-61.

⁴⁵³ MARCUELLO BENEDICTO, J.I.: “La libertad de imprenta...”, cit., p. 74.

⁴⁵⁴ PUY MUÑOZ, F.: *Los derechos...*, cit., pp. 95-96.

pleno agrado. En materia de libertad de prensa, se mantuvo la prohibición de la censura previa, pero se suprimió la referencia al juicio por jurado y, si bien podría haberse mantenido el estatus quo conservando la vigencia de la ley de octubre de 1837, se aprobó una nueva ley el 6 de julio de 1845 que eliminaba esa figura que tantas alegrías había dado a los editores y autores⁴⁵⁵.

Se multiplicaron los tipos especiales por razón de la imprenta y su vaguedad terminológica con el Real Decreto de 6 de julio de 1845 hasta antojarse que todo lo que no sea converger con el gobierno será delictivo⁴⁵⁶. Con el Real Decreto de 2 de abril de 1852, por su parte se creó un delito especial consistente en propugnar doctrinas contrarias al derecho de propiedad, excitando a las clases menesterosas contra las acomodadas (artículo 29.2) y se introdujo sin rubor, y en franca contradicción con el artículo de la Constitución de 1845, se exige aprobación previa de las novelas porque se temía que a su través la moral católica se corrompiera subrepticamente⁴⁵⁷. La imparable degeneración de un régimen político cada vez más escorado en postulados autoritarios tuvo su culmen en la propuesta del nuevo presidente del gobierno Luis González Bravo y López de Arjona para atribuirse a partir del 23 de abril de 1868 – con el beneplácito de Isabel II – poderes dictatoriales asistido de una junta militar que extendían *sine die* las atribuciones que la Ley de Orden Público, vigente desde el 20 de marzo de 1867, otorgaba al gobierno en estados de alarma y de guerra. Fue una de las últimas letras estampadas en el epitafio de un sistema podrido y moribundo cuyo fin anunciaría una salva de veintitrés cañonazos disparados en Cádiz (dónde si no) desde la fragata Zaragoza el 18 de septiembre de 1868 por quienes dieron nombre a la Gloriosa⁴⁵⁸.

Lo que seguiría sería un periodo de frenética actividad para rehacer casi por completo la organización jurídico-política española (la gran salvedad fue el mantenimiento de la monarquía conforme al artículo 33 de la nueva Constitución, pero a partir de otra dinastía, en concreto el duque de Aosta, de la dinastía de los Saboya, que entre enero de 1871 y el 11 de febrero de 1873 reinaría como Amadeo I), lo que pasaba indefectiblemente por una nueva Constitución que, sin lugar a duda, es la más revolucionaria de cuantas hemos visto. Para que sea más cierto que antes (aunque no plenamente por razón de sexo al excluirse el sufragio universal) que antes que la soberanía reside esencialmente en la nación, de la que emanan todos los poderes (artículo 32), es imprescindible desterrar el sufragio censitario y pasar al universal, aunque con la limitación de que solo será masculino (Preámbulo). En lo tocante a la libertad de expresión, el giro es de 180°. El artículo 17, dentro del Título I, consagra por vez primera la libertad de expresión en los siguientes términos:

“Tampoco podrá ser privado ningún español:

⁴⁵⁵ ROMERO MORENO, J.M.: *Proceso...*, cit., p. 195.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, pp. 196-197.

⁴⁵⁷ MARCUELLO BENEDICTO, J.I.: “La libertad de imprenta...”, cit., p. 79.

⁴⁵⁸ PUY MUÑOZ, F.: *Los derechos...*, cit., p. 111.

Del derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante.”

Ya no hay alusión a una libertad exclusivamente de imprenta o escritura, ni tampoco una remisión a futuras leyes o leyes ya en vigor que se usen como pretexto para socavar la simplicidad del texto constitucional. Tampoco habrá una vía para las opiniones religiosas y otra para las no religiosas porque todo español o extranjero residente en España podrá profesar el culto en el que crea sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del Derecho (artículo 21). No se podrá recurrir ya a la posibilidad de fijar barreras económicas o de otra índole para publicar porque, según el artículo 22, ninguno de los derechos reconocidos en el Título podrá someterse a disposición preventiva alguna, ni a censura, ni a depósito, ni a la figura del editor responsable. Finalmente, no habrá ya más delitos especiales en materia de libertad de expresión, ni en el ejercicio de ningún otro derecho de ese Título, sino que solo imperarán las disposiciones comunes del Código Penal⁴⁵⁹ (artículo 23).

La inestabilidad política española generada por el recrudecimiento de la triple crisis carlista, republicana y federalista (también llamada cantonal) impidió a esa Constitución disfrutar de una larga y próspera existencia terrenal (siempre perdurará en el cielo de las buenas Constituciones). Como acabamos de ver, en 1873 Amadeo I había abdicado y las Cortes habían proclamado una República que contradecía palmariamente el carácter monárquico de una Constitución cuya reforma para amoldarse a esa nueva realidad jamás llegó a buen puerto⁴⁶⁰; antes le sobrevino la Restauración borbónica con Alfonso XII a la cabeza y, cómo no, con una nueva Constitución bajo el brazo: la de 1876. Este siguiente texto se ha calificado de Constitución abierta porque, en gran medida, deja en manos de leyes posteriores el concreto contenido de los derechos genéricamente reconocidos en sus artículos 2 a 15. Para algunos, esta es la razón que explica el éxito temporal de esta Norma Suprema, por cuanto fue flexible y se adaptó a las variadas legislaciones que se fueron sucediendo hasta la 1923 con la dictadura de Primo de Rivera⁴⁶¹ en una alternancia política que ha venido a conocerse como *turnismo*⁴⁶².

Respecto de la libertad de expresión, poco se puede añadir a lo ya dicho para la Constitución de 1869 porque el artículo 13 de la Constitución de 1876 se trata prácticamente de un calco del artículo 17 de aquella, lo que es positivo teniendo en cuenta que el texto era mucho más favorable a ese derecho que su limitado precedente de 1845. Se trata, además, de uno de los pocos casos en los que no se hace

⁴⁵⁹ El Código Penal de 1870, en su artículo 10, se limitó a considerar como agravante la comisión de delitos comunes cuando se utilizaba como propagador la imprenta por el mayor desvalor que tenía la difusión de la conducta ilícita. En su artículo 203, se tipificó como delito autónomo la impresión clandestina y la falta de comunicación de la identidad de quien dirigía una publicación periódica (vid. ROMERO MORENO, J.M.: *Proceso...*, cit., p. 202).

⁴⁶⁰ PUY MUÑOZ, F.: *Los derechos...*, cit., pp. 127-128.

⁴⁶¹ *Ibid.*, pp. 135 y 170-173.

⁴⁶² MARCELLO BENEDICTO, J.I.: “La libertad de imprenta...”, cit., p. 86.

depender la efectividad del derecho de una ulterior regulación, lo que es igualmente loable. Sea como fuere, la cláusula de fuga del artículo 14 de la Constitución – según la que las leyes dictarán las reglas oportunas para el respeto mutuo en el ejercicio de los derechos constitucionales – fue la norma habilitante para aprobar leyes como la de 26 de julio de 1883 (Ley Gullón), inspirada parcialmente en la Ley de libertad de prensa francesa de 1881 vista en el capítulo anterior. Tuvo buena prensa esta norma porque reflejaba en buena medida la libertad posterior a la Gloriosa, conservando su vigencia hasta 1923 con algunas modificaciones fruto de las actividades anarquistas y del auge de los regionalismos⁴⁶³.

3.3. La Constitución de 1931

Llegamos así al siglo XX y a su primera Constitución, la republicana de 9 de diciembre de 1931. Surgida como reacción al régimen dictatorial del general Miguel Primo de Rivera y como un intento de solucionar los problemas endémicos que habían venido asolando el país desde finales del siglo XIX, se planteó en términos de modernización y de recepción de las mejores influencias en el panorama internacional⁴⁶⁴. Las garantías individuales y políticas, donde se insertan habitualmente derechos como la libertad de expresión, se desgranaban entre los artículos 25 y 42 (Capítulo Primero del Título III), existiendo una cierta ambigüedad semántica porque el Título III es *Derechos y deberes de los españoles* y el Capítulo Primero es *Garantías individuales y políticas*, sin que sepa muy bien qué es derecho y qué es garantía, máxime si consideramos que el artículo 42 parece hablar de ellos indistintamente.

Mientras que el artículo 27 reconoce la libertad de conciencia, el 34 reconoce la libertad de toda persona para emitir libremente sus ideas y opiniones valiéndose de cualquier medio. A renglón seguido, recoge la imposibilidad de exigir un proceso de censura previa y, para secuestrar publicaciones y suspender periódicos se precisará un mandamiento judicial y una sentencia firme, respectivamente. Coordinado con el artículo 26, que consagra la laicidad del Estado y la catalogación como asociaciones con ley especial de toda confesión religiosa, se preserva intacta la libertad de opinar también sobre cuestiones religiosas en pie de igualdad con las no religiosas.

La exigencia de mandamiento judicial podría tenerse por especialmente garantista si no fuera porque, durante la tramitación parlamentaria, se planteó una enmienda que todavía hubiera convertido en más residual y complicado secuestrar publicaciones (la suspensión de periódicos por sentencia sí se antoja insuperable desde una perspectiva procesal). El diputado Luis Cornude Quiroga, que había ejercido como abogado, propuso que fuera mediante auto y no por mandamiento que se autorizara esa medida

⁴⁶³ Ibid., p. 87.

⁴⁶⁴ PUY MUÑOZ, F.: *Los derechos...*, cit., p. 185.

porque, en su experiencia, bastaba con que se tiraran diez ejemplares para que cualquier agente lo revisara y el Juzgado competente dictara el secuestro inmediato *ex artículo 18 de la LECrim*. Si se exigía, como su enmienda defendía, un auto, sería necesaria la denuncia, su ratificación y un auto motivado a partir de esa denuncia ratificada, con lo que la publicación ya estaría en la cárcel y se cumpliría el castigo *ex post* y no *ex ante*⁴⁶⁵.

Una de las grandes novedades en términos constitucionales españoles es que la Constitución republicana erige el Tribunal de Garantías Constitucionales (Título IX, artículos 121 a 124) para, entre otras competencias, proteger en amparo las garantías individuales cuando el resto de los recursos hayan sido infructuosos en esa defensa. Esta protección reforzada entroncaba con el discurso pronunciado por el profesor Jiménez de Asúa en las Cortes Constituyentes, donde expuso que era preciso superar la concepción programática habitualmente predicada de la parte dogmática de la Constitución para pasar a una verdadera tuición⁴⁶⁶. Hasta ese momento, solo en la Ley Gullón de 1883 se había concedido protección judicial especial para las vulneraciones del derecho a la libertad de expresión⁴⁶⁷, lo que ahora se generalizaba a todos los derechos esenciales y se centralizaba en un único Tribunal.

Antes de ese texto, al día siguiente de proclamada la República, el gobierno provisional mandó publicar un Estatuto Jurídico, a modo de protoconstitución, que reconocía la libertad de creencias y se comprometía a establecer un generoso régimen de derechos básicos⁴⁶⁸. Asimismo, y ese mismo día, vio la luz un Decreto de amnistía para todos los procesados o condenados por delitos de contenido político o social, lo que incluía los delitos vinculados con la expresión escrita u oral⁴⁶⁹, lo que hacía presagiar que la Constitución y su implementación asegurarían un amplio margen para la difusión de ideas y pensamientos. Con el redactado constitucional que acabamos de ver, parecieran ser ciertas esas predicciones, pero las peculiares y convulsas circunstancias en las que la II República nació explican que, no mucho tiempo después de declararse, aprobara normas cuyo objetivo era la autodefensa frente a las amenazas que, desde la derecha y la izquierda, tenía que enfrentar sobre todo por funcionarios, militares y periodistas⁴⁷⁰.

Solo así pueden explicarse leyes como la de Defensa de la República, promulgada por las Cortes Constituyentes el 21 de octubre de 1931 y que no se derogó hasta el 29 de agosto de 1933⁴⁷¹ porque

⁴⁶⁵ GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E.: “La libertad de expresión en la II República”, *Revista de Derecho Político*, n.º 12, p. 163.

⁴⁶⁶ GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E.: “La libertad de expresión...”, cit., pp. 160-161.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 180.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, cit., p. 159.

⁴⁶⁹ BARREIRO, C.: “Aproximación al estudio de la prensa durante la Segunda República”, *Revista Re-Presentaciones*, año 2, n.º 3, p. 60.

⁴⁷⁰ SINOVA, J.: *La prensa en la Segunda República española: historia de una libertad frustrada*, Debate, Madrid, 2006, pp. 100-114.

⁴⁷¹ GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E.: “La libertad de expresión...”, cit., p. 174.

Azaña logro extender su vigencia⁴⁷², donde vemos restricciones tan notables a la libertad de expresión como la punición (perseguido tanto por vía administrativa como por vía penal sin incurrir en *bis in idem*) de la difusión de noticias que puedan quebrantar el crédito o perturbar la paz o el orden público artículo primero, apartado III), o la apología monárquica o de sus pretendidos representantes, así como el uso de emblemas, insignias o distintivos propios de ese régimen o de esos representantes (artículo primero, apartado VI)⁴⁷³. A mayor abundamiento, no se previó más que un recurso administrativo – ni rastro de recurso judicial – para aquellos disconformes con las decisiones tomadas por la autoridad gubernativa al amparo de esta norma (harina de otro costal eran las medidas adoptadas judicialmente), y solo tras ostensibles protestas de diputados afines al gobierno⁴⁷⁴.

Cumple decir que, en méritos de la disposición transitoria segunda de la Constitución, tuvo esa ley rango constitucional como corroboró el Tribunal de Garantías Constitucionales en su sentencia de 13 de noviembre de 1934, dictada en el caso “La Gaceta del Norte”⁴⁷⁵. De esta manera, aunque en el artículo 34 no hubiera ni rastro de un necesario desarrollo legal de esa garantía constitucional esencial, acabó cristalizando a nivel judicial y administrativo el entendimiento de que formaba parte de lo que hoy llamaríamos bloque de constitucionalidad. Se cortaba, así, el crecimiento que la prensa había visto entre enero de 1930 (con la caída de la dictadura de Primo de Rivera) y la promulgación de esa Ley de Defensa, con el breve paréntesis por la sublevación de Jaca, y se diluían las expectativas generadas por los primeros pasos dados después del cambio de régimen. Lo que vendría a continuación, y a pesar de la aparente claridad del artículo 34 de la Constitución, será una política censora ejercida por gobiernos de uno y otro color y que esquilma considerablemente el contenido que, sobre todo los diarios, podían publicar, sin perjuicio de que los rotativos se arriesgaran en ocasiones a cuantiosas multas publicando conscientemente artículos en los márgenes del sistema⁴⁷⁶.

Antes de la derogación de esa Ley de Defensa, en concreto el 28 de julio de 1933, se aprobó la Ley de Orden Público a la vista de las incesantes luchas sociales que se habían sucedido desde 1932 y de la actitud beligerante de los contrarios a la República, norma que tuvo evidentes implicaciones para la libertad de prensa porque regulaba expresamente aquellas conductas realizadas bajo el formal amparo del artículo 34 de la Constitución. De entre todos ellos, sobresale el sexto ilícito, descrito como la alteración material de la paz pública por cualquier otro modo no previsto en los supuestos anteriores, cajón de sastre en el que habitualmente se subsumió la libertad de expresión y, muy en particular, la de prensa⁴⁷⁷. Habida cuenta de la indeterminación *ex ante* de los criterios que podrían justificar aplicar su

⁴⁷² SINOVA, J.: *La prensa...*, cit., pp. 144-146.

⁴⁷³ MARCUELLO BENEDICTO, J.I.: “La libertad de imprenta...”, cit., p. 90.

⁴⁷⁴ GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E.: “La libertad de expresión...”, cit., p. 177.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, pp. 174-175.

⁴⁷⁶ BARREIRO, C.: “Aproximación...”, cit., pp. 59-60. Para un recorrido muy detallado a las sanciones, incluido el cierre, impuestas a rotativos y publicaciones de diversa índole, vid. SINOVA, J.: *La prensa...*, cit., pp. 52-85.

⁴⁷⁷ BARREIRO, C.: “Aproximación...”, cit., p. 62.

régimen sancionador, se convirtió en un arma arrojadiza para perseguir a los disidentes políticos escudándose en la abierta literalidad de ese sexto injusto⁴⁷⁸.

Hasta ahora hemos visto que las aproximaciones legislativas a la libertad de expresión fueron tangenciales, sin que se aprobara nunca, por ejemplo, una ley de prensa de alcance general a pesar de que se intentó su aprobación en varias ocasiones, con lo que acabó asentándose de manera generalizada el criterio de que la Ley Gullón de 1883 – que conservaba su buena prensa⁴⁷⁹ – vendría a suplir las lagunas que la Constitución o leyes como la de Defensa de la República no pudieran colmar. Los principales intentos fueron dos: el Proyecto de Ley de Publicidad presentado por la bancada socialista en febrero de 1935, que fue rechazado por la mayoría conservadora alegando que fijaba un sistema de autorización previa, y, por otro lado, el Proyecto de Ley de Imprenta el presentado el gobierno conservador en mayo de ese mismo año y que sería rechazada por los partidos de izquierda, e incluso por algunos miembros del gobierno conservador, porque se veía como una regresión en comparación con la Ley de 1883⁴⁸⁰.

La única ley de prensa que se aprobó lo fue con carácter particularísimo para el ejército, en concreto la Ley de marzo de 1932, relativa a la situación de los oficiales generales y a la prensa llamada militar. Con ella, se trató de atajar el espinoso tema de la participación de los militares en política directa o indirectamente, prohibiendo – salvo las técnicas previamente autorizadas por los Ministerios de Guerra o de Marina – toda publicación hecha por militares. Cuando por parte de los diputados de derechas se objetó una posible inconstitucionalidad a la vista del artículo 34 de la Constitución, el presidente Azaña (que también era ministro de la Guerra) respondió que la disciplina castrense situaba a sus miembros en un estatus especial que hacía legítimo restringir su libertad de expresión en aras de la necesaria estabilidad del sistema político⁴⁸¹.

Antes de concluir con la II República, quisiéramos detenernos en un caso resuelto por el Tribunal de Garantías Constitucionales, cuya jurisprudencia en materia de libertad de expresión se ha calificado como de tuitiva⁴⁸². Nos referimos a la sentencia ya mencionada del caso “La Gaceta del Norte”, que además nos permitirá ver cómo el Tribunal sorteó la inicial imposibilidad de conocer sobre recursos contra actos gubernativos al amparo de la Ley de Defensa de la República.

Corría el 11 de febrero de 1933 cuando, en el diario *La Gaceta del Norte*, apareció publicada una fotografía en la que se veía a personas en actitud pacífica cerca del monumento al Sagrado Corazón de

⁴⁷⁸ GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E.: “La libertad de expresión...”, cit., p. 178.

⁴⁷⁹ Ibid., p. 164.

⁴⁸⁰ GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E.: *Aproximación histórica...*, cit., pp. 165-172; EL MISMO: “La libertad de expresión...”, cit., p. 165.

⁴⁸¹ Ibid., p. 178. pp. 170-172.

⁴⁸² Ibid., p. 183.

Jesús y, al lado, había dos guardias de Seguridad de caballería yendo hacia dichas personas con notoria intención de cargar. La fotografía venía acompañada de un pie en el que se podía leer que esos guardias iban a proceder contra los amistosos y orantes católicos. Como quiera que la instantánea aparecida en el diario era realmente un montaje en el que habían superpuesto dos imágenes, el ministro de Gobernación estimó que se estaba alterando manifiestamente la verdad y, como la inexactitud daba a entender que las fuerzas del orden actuaban contra ciudadanos solo por sus convicciones religiosas, la actuación del periódico constituía un acto de agresión a la República. En consecuencia, impuso a *La Gaceta del Norte* una multa de 10.000 pesetas, el máximo permitido por la Ley de Defensa de la República, decisión que fue recurrida en alzada ante el Consejo de Ministros, que como era de esperar lo desestimó.

A pesar de que esa Ley no admitía otro recurso que no fuera el gubernativo – lo hemos visto más arriba – el diario no se aquietó y presentó un recurso de amparo ante el Tribunal de Garantías, órgano judicial que contra todo pronóstico admitió a trámite el recurso. Para ello, se valió implícitamente de la doctrina de los vicios de orden público, que le habilitaba para controlar el ejercicio de las facultades atribuidas a autoridades gubernativas, ya que en definitiva la sanción no era sino el ejercicio de esa facultad, sin que la ley impidiera la aplicación del régimen general de recursos junto con los expresamente contemplados en la susodicha Ley. Sorteados los óbices procesales, el Tribunal siguió moviéndose en el plano formal sin poder entrar a valorar el fondo en el sentido de la corrección de la subsunción operada por la Administración, ya que la doctrina de los vicios de orden público se limitaba a permitir que los órganos judiciales enjuiciaran cuestiones solo de forma. No obstante, incluso con esas restricciones, el Tribunal otorgó el amparo porque concluyó que el gobierno había interpretado incorrectamente la norma en cuestión y había impuesto una sanción económica no contemplada para el ilícito achacado al diario, lo que había conculcado las garantías formales *ex* artículo 34 de la Constitución a la vista de que la Ley de Defensa complementaba o era parte integrante del texto constitucional.

3.4. La legislación franquista

Aunque imperfecto y no tan modélico como solemos pensar⁴⁸³, qué duda cabe de que ese régimen de libertad de expresión en tiempos republicanos fue inmensamente mejor que el resultante de la Ley de Prensa de Serrano Suñer, aprobada el 22 de abril de 1938 por el general Franco en plena Guerra Civil⁴⁸⁴ y del tratamiento habitual dispensado a quienes expresaban pensamientos díscolos con la dictadura franquista. La aludida Ley de Prensa fue el primer instrumento del que se sirvió el bando nacional para empezar a forjar su entramado jurídico, dictada pocos días después de que el avance de

⁴⁸³ BEL MALLÉN, J.I.: “El derecho de la información en la Constitución española. Artículo 20”, en BEL MALLÉN, J.I. / CORREDOIRA Y ALFONSO, L. (DIRS.): *Derecho...*, cit., p. 170.

⁴⁸⁴ MARCUELLO BENEDICTO, J.I.: “La libertad de imprenta...”, cit., p. 91.

los sublevados hubiera partido en dos a las tropas republicanas en el frente oriental (el frente occidental era enteramente nacional) y que, por lo tanto, se atisbara que la guerra se estaba decantando claramente hacia el bando nacional⁴⁸⁵. La norma tiene una Exposición de Motivos que adelanta con rotunda claridad el paso de lo que encontraremos en el articulado, constituyendo una declaración de intenciones que seguramente trasciende lo estrictamente jurídico para marcar el tono del régimen franquista. Ya desde los inicios de esa Exposición, el legislador nacional carga las tintas contra una prensa a la que acusa de haberse convertido en un cuarto poder al servicio de la causa de la desunión entre españoles, con el consiguiente quebranto para la patria española.

La ley se propone erradicar una libertad de prensa entendida al estilo democrático para evitar que con sus artículos se siga envenenando a la población mediante el sectarismo (de izquierdas, claro) y el antinacionalismo (español, claro), sustituyéndola así en el Nuevo Estado por un periodismo que transmita a los gobernantes la opinión de la nación y, a su vez, transmita a la población las órdenes y directrices del Estado y del gobierno. Por lo tanto, se perseguirá crear las bases para que la nueva prensa esté al servicio del interés nacional y se funde en la verdad y la responsabilidad, lo que la Exposición adelanta que acabará con el “fácil mercado de la noticia”. La propia ley aclara que se trata de los primeros pasos que cabe dar en esta materia para, más adelante, perfeccionar el sistema que está empezando a construirse. Lo importante es fundar lo que la norma entiende es la auténtica libertad de prensa, a saber, la redimida de las servidumbres capitalistas de una clientela reaccionaria o marxista. Nunca más, concluye la Exposición, se dará “aquel libertinaje democrático, por virtud del cual pudo discutirse a la Patria y al Estado, atentar contra ellos y proclamar el derecho a la mentira, a la insidia y a la difamación como sistema metódico de destrucción de España decidido por el rencor de poderes ocultos.”

Con estos mimbres, no podemos menos que concluir que estamos ante una ley que viene a fijar unos lindes muy estrechos para la libertad de expresión⁴⁸⁶ porque la supedita a ese interés nacional y a la defensa de los valores propios del régimen político que estaba a punto de regir los destinos de nuestro país durante prácticamente cuarenta años. No causará sorpresa a nadie, pues, que la ley fije una autorización para editar, prevea la regulación del número y extensión de las publicaciones periódicas, fiscalice la designación de los directores de esas publicaciones, cree un Registro Oficial de periodistas dependiente del Ministerio del Interior del que se excluyan los profesionales poco comprometidos con la causa nacional, controle la actividad de la prensa merced a consignas y sanciones y, en definitiva, normalice una férrea censura⁴⁸⁷. Fue muy habitual el fenómeno de la sustitución o reemplazo, esto es, que allí donde había imprentas de publicaciones contrarias al régimen franquista se instalaban

⁴⁸⁵ CANTERO, E.: “Una lectura de la Guerra Civil española”, *Verbo*, n.º 475-476, p. 506.

⁴⁸⁶ GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E.: *Aproximación histórica...*, cit., p. 380.

⁴⁸⁷ DE DIEGO GONZÁLEZ, A.: *La prensa y la dictadura franquista. De la censura al “Parlamento de papel”*, Biblioteca Universitaria de la Universidad de Málaga, Málaga, 2016, pp. 2-3.

publicaciones afines a ese régimen aprovechando las instalaciones y el personal dedicado a labores técnicas. Al personal más divulgativo se le daba la oportunidad de mantener sus trabajos siempre que aceptaran seguir las estrictas directrices que les tenían que dar unos directores que o bien eran designados *ex novo* por las autoridades gubernamentales o bien se mantenían en el cargo fuertemente vigilados⁴⁸⁸.

A medida que los acontecimientos internacionales fueron dejando a Franco aislado, se reveló lenta, pero inquebrantablemente, la necesidad de aliviar la presión que se ejercía sobre la libertad de expresión en todas sus modalidades. Uno de los primeros pasos fue la aprobación del Fuero de los Españoles el 18 de julio de 1945 (la fecha no es una casualidad), que en su artículo 12 reconocía la libertad de expresión siempre que no atentara contra los principios fundamentales del Estado, y, si bien del texto a su protección había muchos obstáculos, en publicaciones del Movimiento empezaron a surgir voces que abogaban por una mayor apertura y la reivindicación de autores como Unamuno, Ortega y Gasset y Maragall⁴⁸⁹.

Es en este contexto en el que surge la figura de Manuel Fraga Iribarne, a quien Franco encomendaría entre 1962 y 1969 el Ministerio de Información y Turismo. De talante aperturista en un gobierno donde todavía cundía el inmovilismo, Fraga se propuso desde el comienzo tomar medidas que dieran a entender un cambio en la política franquista en materia de libertad de expresión, dejando en nada el dictado de consignas, relajando la censura previa, celebrando almuerzos con los medios y autorizando cabeceras abiertamente críticas. En mente tenía una profunda revisión de la Ley de 1938, completamente obsoleta a la vista de los nuevos vientos que soplaban, lo que acabó desembocando en la Ley de Prensa de 18 de marzo de 1966, que también reconocía la libertad de expresión de manera especular al visto artículo 12 del Fuero.

En virtud de esa Ley, se eliminó la censura previa y la designación por el gobierno de los directores de diarios, además de permitir la creación de empresas periodísticas sin más formalidad que su inscripción en el registro correspondiente. Como contrapartida, el artículo 2 fijaba una serie de limitaciones que, por su vaguedad, alentaron en muchos la autocensura por temor a no saber cómo se interpretarían administrativa y judicialmente⁴⁹⁰. Estos obstáculos no impidieron que permeara en la opinión pública la idea de que cabían expresiones críticas con el régimen, lo que en muchas ocasiones hizo que las autoridades fueran cautas a la hora de ejercer las facultades represoras otorgas por ministerio de la ley⁴⁹¹. A principios de la década de los 70, era innegable que las voces que apostaban por un cambio de calado no eran ya una minoría o una *rara avis*, y para muestra, el botón de la

⁴⁸⁸ Ibid., p. 4.

⁴⁸⁹ DE DIEGO GONZÁLEZ, A.: *La prensa...*, cit., p. 7.

⁴⁹⁰ CARRILLO, M.: "El marco jurídico-político de la libertad de prensa en la transición a la democracia en España (1975-1978)", *Historia Constitucional (Revista electrónica)*, n.º 2, p. 6.

⁴⁹¹ DE DIEGO GONZÁLEZ, A.: *La prensa...*, cit., p. 12.

sentencia dictada por el Tribunal Supremo (quien normalmente había sido muy restrictivo con la libertad de expresión) el 2 de julio de 1971 revocando la sanción administrativa impuesta al diario Madrid con el argumento de que “la Prensa no debe quedar reducida a ser un instrumento portavoz únicamente de la opinión oficial, si bien lo que ha de impedirse ha de ser su utilización como medio de transformar el sistema legal vigente fuera de cauces lícitos y en forma subversiva”⁴⁹².

3.5. La libertad de expresión en la Constitución de 1978

3.5.1. Los tambores de la democracia

El 27 de diciembre de 1978, el rey Juan Carlos I sancionaba en las Cortes la Constitución que el pueblo español había ratificado por abrumadora mayoría (87,78% de los votos) en el referéndum celebrado el 6 de diciembre de ese mismo año. Tras su publicación en el BOE dos días después de su sanción, España se había dotado de una nueva Constitución a partir del texto aprobado en Cortes el 31 de octubre de ese año, dejando atrás treinta y nueve largos años de dictadura franquista. Se culminaba así un largo proceso democratizador que, al principio del régimen, solo enarbolaban grupos clandestinos o exiliados y que, con el paso de los años, acabó siendo ampliamente generalizado. No es una exageración decir que estamos ante el texto constitucional más avanzado de la historia española en cuanto al reconocimiento de derechos y en cuanto a la creación de un Estado social y democrático de Derecho, como nos recuerda el artículo 1.1. La libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político serán a partir de ese entonces los valores superiores del ordenamiento jurídico, según nos recuerda también ese artículo 1.1 *in fine*. Más allá de la incidencia que esa declaración de principios tendrá en la parte orgánica, un compromiso de tal calibre no podía ser ajeno a su parte dogmática.

El Título Primero usa la elocuente fórmula de “De los derechos y deberes fundamentales” y, más en concreto, la Sección Primera del Capítulo II de ese Título se lleva por rúbrica “De los derechos fundamentales y las libertades públicas”. Nos encontramos entre los artículos 15 a 29 con una retahíla de derechos esenciales para el sistema democrático español, a los que se unirán en importancia y estatuto protegido los artículos 14 y 30 por mor del artículo 53.2. Este precepto es de suma relevancia en el entramado constitucional porque, al igual que sucedía con la Constitución de 1931, los derechos fundamentales gozan de una protección reforzada en méritos de un procedimiento preferente y sumario para su tutela ordinaria, y otro excepcional mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (también nos referiremos a él como TC).

⁴⁹² CARRILLO, M.: “El marco...”, cit., p. 10.

De entre el elenco de derechos fundamentales, el más estrechamente vinculado a los efectos de nuestro trabajo es el artículo 20, que reconoce la libertad de expresión. Sin perjuicio del oportuno estudio que haremos sobre el desarrollo que ese derecho ha tenido en nuestra vida jurídica desde 1978, adelantaremos ahora dos cuestiones. La primera es que no se trata de un derecho cerrado, sino abierto, porque el artículo 20.4 se encarga de establecer a nivel constitucional limitaciones expresas a ese derecho vinculadas con otros derechos fundamentales (especialmente el honor, la intimidad y la propia imagen, derechos fundamentales *ex* artículo 18), así como en otros principios como la protección de la infancia y la juventud (solo esta última etapa vital vuelve a aparecer en la Constitución, en concreto en el artículo 48). Asimismo, deja abierta la puerta a su regulación por ley, que para las cuestiones esenciales deberá adoptar la forma de ley orgánica en tanto que derecho fundamental según la reserva hecha por el artículo 81.

La segunda cuestión es que existe un desdoblamiento entre la expresión y difusión de *ideas, pensamientos y opiniones* por cualesquiera medios (artículo 20.1a) y la emisión y recepción de *información veraz* por cualquier medio de difusión (artículo 20.1d). Finalmente, se prohíbe cualquier tipo de censura previa y solo se permite el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial. No por autoevidentes a nuestros ojos del siglo XXI resultan esos derechos menos preciados o novedosos si vemos cuáles eran los antecedentes franquistas de los que se partían, si bien durante la Transición ya se habían dado pasos democratizadores. Con la llegada de Adolfo Suárez a la presidencia del gobierno en 1976 tras la dimisión de Arias Navarro en julio de ese año, se pisó el acelerador del proceso reformista y se aprobó el 4 de enero de 1977 la Ley de Reforma Política, que constituyó un antes y un después porque se reflejaba legalmente el inicio del fin franquista.

En materia de libertad de expresión se promulgó el Real Decreto-ley 24/1977, de 1 de abril, sobre libertad de expresión, cuyo objetivo modificar algunos puntos de la Ley de 1966 y sentar las bases para superar la lógica que ese derecho tenía en un sistema dictatorial a partir de los siguientes puntales: potenciar la libertad de expresión, anular las disposiciones sancionadoras unilaterales de la Administración y salvaguardar el honor y la fama⁴⁹³. Dicha norma, en concreto su artículo 2, derogó el artículo 2 de la Ley de Prensa de 1966 y, con ello, eliminó de un plumazo la enorme inseguridad que las vagas restricciones a la libertad de prensa habían generado. También suprimió parcialmente por mor de ese segundo artículo el secuestro administrativo de publicaciones y grabaciones, y reforzó la persecución de los delitos de injurias y calumnias⁴⁹⁴, esto es, el derecho al honor como muralla infranqueable para esa libertad de expresión.

⁴⁹³ BEL MALLÉN, J. I.: “El derecho...”, en BEL MALLÉN, J.I. / CORREDOIRA Y ALFONSO, L. (DIRS.): *Derecho...*, cit., p. 171.

⁴⁹⁴ CARRILLO, M.: “El marco...”, cit., p. 14.

Acerca del secuestro administrativo, el artículo 3 mantuvo la posibilidad de acordarlo si se emitían opiniones o informaciones contrarias a la unidad de España, en menoscabo de la Monarquía, que de cualquier forma atentasen contra el prestigio institucional de las Fuerzas Armadas, o que fueran de tipo obsceno o pornográfico. Tanto lo primero como lo segundo ponían coto a quienes defendían la descentralización de España – por no hablar de quienes abogaran abiertamente por la independencia de una de sus partes o incluso por un Estado federal – y a quienes pretendían que España adoptara no la forma de una monarquía parlamentaria, sino de una República⁴⁹⁵.

Planteados de esta forma, los límites pueden reconducirse a tres grandes áreas temáticas: las instituciones del Estado, la fama y reputación de los particulares (para las autoridades se conservaba el régimen preexistente, según confirma el artículo 4 *in fine*), y la moral pública. Esta última, sin embargo, quedaba muy acotada porque se vinculaba tan solo con la obscenidad y la pornografía, por lo que lejos quedaban ya los tiempos en la moral pública venía integrada por un contenido tan omnímodo que dejaba escaso margen para la libertad de expresión. No estaba concebido el Decreto sobre libertad de prensa como un punto final al proceso aperturista español y más bien era la luz del faro que, todavía en la lejanía, anuncia que el navío se aproxima a la costa, y así lo interpretaron la mayoría de los actores políticos que empezaban a naturalizar su capacidad para hacer valer en público sus pretensiones. Las primeras elecciones democráticas en más de cuarenta años, celebradas el 15 de junio de 1977 y a las que concurrieron partidos como el PSOE o el Partido Comunista, dan buena cuenta de que la embarcación había atracado en el puerto de la restauración democrática.

Otro paso decidido a favor de la democratización, y que tuvo un impacto favorable para la libertad de expresión, fue la supresión de la estructura de los medios de comunicación adscritos al Movimiento Nacional operada por el Real Decreto-ley 23/1977, también de 1 de abril. El desmantelamiento se realizó tanto a partir de la disolución de los órganos de carácter estrictamente político como a partir de la integración de los no políticos dentro de otros ministerios o secretarías de Estado, sin ostentar ninguno de los privilegios de autogestión con los que habían venido operando. El objetivo era que los medios de comunicación públicos sirvieran a los nuevos intereses democráticos, a cuyo fin era preciso deshacerse de la estructura previa⁴⁹⁶. La Transición, pues, había legado a las Cortes Constituyentes una regulación hecha a base de remiendos a un texto no solo preconstitucional en cuanto al tiempo, sino también en cuanto a la mentalidad, mientras que esos parches también eran preconstitucionales en lo cronológico, pero partían de unos fundamentos mucho más cercanos a los que sería el articulado constitucional. En cualquier caso, el constituyente no se encontró con un trabajo hecho al que solo tenía que imprimirle la forma de Constitución, sino que hubo que trabajar arduamente para homologar a España con las democracias de su época.

⁴⁹⁵ Ibid., p. 15.

⁴⁹⁶ Ibid., p. 33.

3.5.2. Naturaleza monista o dualista del artículo 20 de la Constitución

Una vez hemos abordado lo anterior, el siguiente paso es preguntarnos si, cuando leemos el artículo 20 CE, hemos de ver un solo derecho (posición unitaria o monista) o dos derechos (posición dualista): para los primeros, habría un solo derecho fundamental a la información que se manifiesta de diversas maneras, principalmente la opinión, la información *stricto sensu*, la publicidad y la propaganda⁴⁹⁷; para los segundos, en cambio, hemos de distinguir nítidamente – al menos en el plano teórico – entre la libertad de expresión y, por otro lado, la de información⁴⁹⁸. Lo que vimos que estaba relativamente claro en el CEDH no resulta tan incontrovertido, pues, respecto de la CE.

La posición unitaria o monista se basa en que acuñar una libertad o derecho a la información está en la base de una insuficiencia terminológica de las formulaciones antecedentes (libertad de expresión, libertad de imprenta), por lo que se trataría de sustituir esos conceptos antiguos y englobarlos bajo el manto del derecho a la información. Además, ello ayuda a dotar al derecho de un carácter no solamente individualista, sino también sensible a la relevancia social que la información como fenómeno ha adquirido con el paso de los tiempos. En apoyo de su posición aducen, a mayor abundamiento, pronunciamientos y textos en el ámbito internacional, como el reconocimiento por la UNESCO en su Asamblea General de 1948 de la equivalencia entre mensaje e información, el artículo 10 CEDH o el artículo 19 DUDH⁴⁹⁹.

Aunque no pueda calificarse de monismo o unitarismo puro, hay opiniones que se acercan a ello cuando abogan por una supeditación de la libertad de expresión a la de información cuando se den casos en los que concurran ambos derechos, de tal suerte que primero se analice la libertad de información (cuyos contornos se considerarían más definidos que los de la libertad de expresión) y, tras advenir su veracidad y relevancia pública, se entre en harina con la legitimidad de la libertad de expresión en función de su conexión con el interés informativo de esos hechos. La constitucionalidad de las expresiones desconectadas de hechos, o desvinculadas del interés informativo, se regirán por el estándar de la libertad de expresión, a saber, que no quebranten la buena fama del afectado por el mensaje de un modo socialmente inaceptable⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ BEL MALLÉN, J.I.: “El derecho...”, en BEL MALLÉN, J.I. / CORREDOIRA Y ALFONSO, L. (DIRS.): *Derecho...*, cit., p. 179; Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., pp. 319 y 321.

⁴⁹⁸ VILLAVEDE MENÉNDEZ, I. / URÍAS MARTÍNEZ, J. / CARLÓN RUIZ, M.: “Artículo 20”, en CASAS BAAMONDE, M.E. / RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (DIRS.) / PÉREZ MANZANO, M. / BORRAJO INIESTA, I. / GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.R. (COORDS.): *Comentarios a la Constitución española: XXX aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 476; HUERTA GUERRERO, L.A.: Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio, *Pensamiento Constitucional*, Año XIV, n.º 14, p. 335.

⁴⁹⁹ ALZAGA VILLAAMIL, O.: *Comentarios a la Constitución española de 1978, tomo II*, EDERSA, Madrid, 1997, pp. 519-520; GONZÁLEZ-TREVIANO, P.: *La libertad de expresión, una perspectiva de Derecho Comparado*, EPRS, Bruselas, 2019, p. 28.

⁵⁰⁰ RODRÍGUEZ RUIZ, B.: *Los derechos fundamentales...*, cit., pp. 522-523.

En lo que a la tesis dualista se refiere, sus partidarios hacen valer *prima facie* la formulación diferenciada que la misma Constitución lleva a cabo entre opinión e información al situarlos en letras separadas del artículo 20, lo que ya siquiera desde una perspectiva textual nos sitúa tras los pasos de una dualidad y no unicidad⁵⁰¹. Asimismo, desde una perspectiva sistemática se hace imperioso no tratar indistintamente todos los mensajes porque los cánones de constitucionalidad de su ejercicio y de su desarrollo normativo no pueden tratarse indistintamente, ya que no puede ser lo mismo la expresión de una opinión sobre una determinada acción de gobierno que la publicación de información sobre la acción de gobierno. No podemos someter al mismo escrutinio un juicio de valor y una pretensión de veracidad⁵⁰². La doctrina del TC no ha sido en absoluto ajena a esta cuestión, decantándose con el paso de los años por la posición dualista⁵⁰³. Partiendo de su diferente ubicación constitucional (por más que se encuentren dentro de un mismo artículo), el Tribunal se ha valido de la discriminación entre contenidos para fijar dos derechos independientes, aunque no necesariamente opuestos ni incompatibles el uno con el otro, articulados en torno a cuatro vectores que permiten afirmar esa autonomía relativamente interrelacionada, y sobre los que asentaremos la exposición de cada derecho: (i) objeto; (ii) titulares; (iii) condiciones para su legítimo ejercicio, y (iv) campo de actuación⁵⁰⁴. Son, a nuestro entender, demasiados asideros a los que agarrarse como para eludirlos y diluir con ello el realce que le corresponde a cada derecho en sus aspectos teórico y práctico.

Vemos sumamente innecesario arremolinar dos derechos en uno solo cuando consideramos que disponemos de elementos taxonómicos más que suficientes para permitir su abordaje aislado, por no decir que la Constitución no los subsume en una sola categoría de la que luego extraigamos subcategorías, por lo que con la agrupación pretendida se estaría operando el fenómeno inverso, esto es, la unificación⁵⁰⁵, sin que advirtamos ventaja alguna en ello. No puede dudarse de que sería posible encontrar ciertos elementos en común para fijar un solo derecho descompuesto en facetas varias, y es constante la doctrina del TC que señala su papel democrático central⁵⁰⁶, pero una cosa es considerar las zonas de confluencia y explorarlas, y otra cosa muy distinta es elevar esos análisis a la categoría de derecho constitucional singular. Si siguiéramos ese proceso de regresión bien podríamos determinar que un número considerable de derechos son proyección o concreción temática del derecho a la libertad *ex* artículo 17 CE, o por qué no del derecho a la vida *ex* artículo 15 CE, y no por ello se defiende una concepción monista de la libertad o de la vida que tenga parangón con la propuesta para la libertad de expresión y de información.

⁵⁰¹ VALIENTE MARTÍNEZ, F.: *La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 119-120; ORTEGA GUTIÉRREZ, D.: “Libertad de expresión y de información”, en GARRIDO MAYOL, V. / GARCÍA COUSO, S. / ÁLVAREZ CONDE, E. (COORDS.): *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 379-395.

⁵⁰² ALZAGA VILLAAMIL, O.: *Comentarios...*, cit., pp. 517-518.

⁵⁰³ GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P.: *La libertad de expresión...*, cit., p. 28; ALZAGA VILLAAMIL, O.: *Comentarios...*, cit., p. 517.

⁵⁰⁴ GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P.: *La libertad de expresión...*, cit., pp. 28-30.

⁵⁰⁵ Este fenómeno podría sostenerse desde literalidades como la Primera Enmienda, donde el texto no ofrece los matices que sí plasma el constituyente, lo que concibo como otro argumento desde el flanco del Derecho comparado.

⁵⁰⁶ RODRÍGUEZ RUIZ, B.: *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 521.

A ello no obsta en absoluto la constatación por el TC de que opinión e información no son dos conceptos antitéticos en la práctica⁵⁰⁷, ni tampoco la progresiva evolución del TEDH en esa dirección a la luz del artículo 10 CEDH⁵⁰⁸. Mientras que los derroteros tomados por la jurisprudencia del TEDH obedecen a sus propias dinámicas textuales, el entremezclamiento ocasional no es argumento suficiente para levantar un binomio *lex generalis-lex specialis* entre el derecho a la información y sus manifestaciones, sobre todo cuando se genera confusión terminológica al decir que el derecho a la información contiene a su vez el derecho a la información como subespecie. Precisamente la alusión al TEDH y al CEDH debería guiar nuestra respuesta en el caso español porque, tal y como podemos ver tras los pronunciamientos de este Tribunal el brocardo de *ubi lex non distinguet, nec nos distinguere debemus*, no parece razonable que al interpretar la Constitución orillemos las diferentes configuraciones básicas.

Junto con lo anterior, y saliendo al paso de la postura que sitúa en planos sucesivos la concurrencia de la libertad de información y de expresión en casos donde advirtamos la presencia de ambas, no la compartimos por motivos sistemáticos. Ciertamente es que, si la mayoría del contenido es informativo y no valorativo, el TC deberá principiar por aplicar el canon relativo a este derecho, pero cuando haya de abordar la constitucionalidad de las opiniones, recurrir al criterio del enriquecimiento del mensaje principal es cuanto menos confuso. Las opiniones siguen siendo opiniones por más que se proyecten sobre hechos que constituyan el grueso de la comunicación, siendo el enriquecimiento un concepto demasiado difuso y que puede introducir interferencias en el enjuiciamiento de esas opiniones, ya que bien podría ser que estas mejoraran el caudal informativo al ser extremadamente vehementes y causar así un mayor impacto comunicativo. Pero como quiera que eso no es lo relevante, sino que lo es la afectación de los bienes protegidos como contrapunto a la libertad de expresión, no nos parece aceptable autorizar excesos valorativos solo porque se insertan en una conducta esencialmente informativa.

Hemos de notar, pues, que el pilar sobre el que se asienta la concepción de la libertad de expresión es la dicotomía entre hechos y opiniones, lo que habrá de permitir al TC establecer la categoría de manifestación de opiniones y manifestación de hechos, reservándose raseros autónomos para cada una de esas categorías. Y es que, si bien ambos derechos comparten artículo (el 20.1 CE), su reconocimiento se halla suficientemente separado en las letras a) y d), respectivamente, del artículo 20.1 CE, como para justificar un tratamiento diferencial. Tal dicotomía, que en inglés se conoce como la *fact-value dichotomy* y que ha sido profusamente tratada por filósofos como Hilary Putnam⁵⁰⁹,

⁵⁰⁷ Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 321; BUSTOS GIBERT, R.: “El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.º 85, p. 268. El autor se hace eco de la STC n.º 172/1990, sobre la que luego volveremos.

⁵⁰⁸ ALZAGA VILLAAMIL, O.: *Comentarios...*, cit., pp. 519-520.

⁵⁰⁹ PUTNAM, H.: *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and other Essays*, Harvard University Press, Cambridge, 2002. La importancia de esta obra no reside tanto en ser revolucionaria, ya que no plantea por primera vez la relativización de esa

genera una serie de interrogantes estructurales en torno a qué constituye un hecho y qué una opinión (o un juicio de valor), pregunta capital de cuya respuesta se supone que hemos de extraer criterios bastantes para distinguir entre uno y otro concepto.

Todo ello se verá en pronunciamientos como el de Makoki⁵¹⁰, donde al inicio de su fundamento jurídico segundo se afirma que: “En efecto, en un primer aspecto, se configura la libertad de pensamiento o ideológica, libertad de expresión o de opinión, mientras en otro, se construye el derecho de información con un doble sentido, comunicarla y recibirla. El objeto allí es la idea y aquí la noticia o el dato. Esta distinción, fácil en el nivel de lo abstracto donde conceptualmente se diferencian, no es tan nítida en el plano de la realidad donde –como otras semejantes, por ejemplo, hecho y derecho – se mezclan hasta confundirse. En tal sentido se ha pronunciado este Tribunal Constitucional desde antiguo y ha intentado delimitar ambas libertades, a pesar de las dificultades que en ocasiones conlleva la distinción entre información de hechos y valoración de conductas personales, por la íntima conexión de una y otra, ya que esto no empece a que cada una tenga matices peculiares que modulan su respectivo tratamiento jurídico, impidiendo el confundirlas indiscriminadamente”.

Incluso con esas dudas, y compelido sin duda por la incuestionable realidad de que la Constitución distingue explícitamente las ideas y las opiniones de la información, hasta el punto de adjetivar como veraz la información cuya difusión se protege constitucionalmente (no se califica del mismo modo la idea y la opinión), el TC se ve en la obligación de reflejar en sus sentencias esa cesura. Por ello, puede sostener que “Años después, insistíamos en la tesis de que la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio en el cual deben incluirse también los juicios de valor. El derecho a comunicar y recibir libremente información versa en cambio sobre hechos noticiables y aun cuando no sea fácil separar en la vida real aquella y éste, pues la expresión de ideas necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, ésta incluye no pocas veces elementos valorativos, lo esencial a la hora de ponderar el peso relativo del derecho al honor y cualquiera de estas dos libertades contenidas en el art. 20 de la Constitución es detectar el elemento preponderante en el texto concreto que se enjuicie en cada paso para situarlo en un contexto ideológico o informativo.”

De todos modos, puesto que a los efectos de nuestro trabajo la legislación vigente no es la única coordinada de nuestra gráfica, podemos permitirnos una mayor dosis de libertad, máxime a la vista de que esa dicotomía entronca con la dupla ser-deber ser vista anteriormente, así que profundizaremos algo más algo más en las entrañas de esta cuestión. Si incluso consideramos que con el derecho

contraposición hecho-valor (se declara continuador de la línea marcada por John Dewey, como es de ver en su página 9), sino por ser uno de los libros que con mayor claridad y concisión expone ese fenómeno de relativización. Asimismo, y aunque el libro principalmente discurre por los derroteros de la economía, ello no empece en absoluto para aplicar, *mutatis mutandis*, sus razonamientos el ámbito que nos ocupa.

⁵¹⁰ Vid. la STC n.º 176/1995, de 11 de diciembre.

positivo el margen de maniobra es más amplio que el habitualmente esgrimido, *a fortiori* mucho mayor será cuando se trata, en parte, de criticar (en su sentido etimológico de separar o discernir a partir del verbo griego *κρίνειν*⁵¹¹) tanto la dicción como la exégesis de tal legislación de aplicación.

PUTNAM destaca que la dicotomía hecho-opinión está íntimamente relacionada con la que contrapone los asertos analíticos y los sintéticos, ya que se supone que cada afirmación cierta ha de ser o analítica o sintética. Las primeras se caracterizan por ser tautologías lógicas, es decir, ciertas por sí mismas en función de su acomodación a las reglas del lenguaje, mientras que las segundas son afirmaciones sustantivas (de hecho) que hacen depender su verificación de comprobaciones empíricas, es decir, de su acomodo a la realidad. En este marco, los juicios de valor se encuadran dentro de las verdades sustantivas, lo que a priori excluiría su consideración de juicios analíticos, pero, puesto que no parece haber ninguna forma de cotejarlos en términos empíricos, tampoco pueden ser tenidos como sintéticos. En resumidas cuentas, la dicotomía entre lo analítico y lo sintético comporta que de los juicios de valor no pueda predicarse su verdad o falsedad por ser estos dos conceptos categóricamente inaplicables *rationae materiae*⁵¹².

Sin embargo, para PUTNAM no es posible hablar de operaciones empíricas aisladas porque cualquier prueba exige que se mantengan ciertas asunciones o presupuestos que, a su vez, pueden someterse a revisión y que condicionan el desarrollo y el resultado del experimento. Puesto que la decisión sobre qué es objeto de análisis empírico no depende del procedimiento en sí, sino que está en manos de quienes han decidido realizarlo, en última instancia tal decisión pende del peso, es decir, de la valoración que nos merece cada una de esas asunciones a partir de conceptos como plausibilidad o centralidad. Es aquí donde se desdibuja en primer lugar la separación entre el hecho y el valor, por cuanto ese tipo de operaciones selectivas tanto pueden hacerse en un ámbito como en otro, de lo que resulta que uno y otro juicio se asemejen en su verificación mucho más de lo que inicialmente podríamos pensar⁵¹³.

La interrelación entre lo fáctico y lo valorativo (también llamado normativo) se hace carne muy destacablemente para el filósofo estadounidense en los “conceptos éticos densos” (es la mejor traducción que hemos encontrado para *thick ethical concepts*, donde incluso en inglés el autor entrecomilla *thick*). Esta expresión engloba todos aquellos vocablos en los que se entrelazan cuestiones fácticas y normativas, como ocurre con la palabra cruel o valiente. En sendos casos (son dos ejemplos), existe una mezcla de un componente puramente valorativo, como cuando alguien sostiene que el profesor de su hijo es una persona cruel, y otro descriptivo, como cuando el historiador describe como cruel el reinado de un determinado monarca.

⁵¹¹ PABÓN Y SUÁREZ DE URBINA, J.M.: *Diccionario...*, cit., p. 356.

⁵¹² PUTNAM, H.: *The Collapse...*, cit., pp. 10-13.

⁵¹³ *Ibid.*, pp. 32-33.

Lo anterior conduce a PUTMAN a hablar sobre el concepto de objetividad, normalmente vinculado con la descripción en la medida en la que se trataría de fijar, con base en su acepción etimológica, la correspondencia de las afirmaciones con objetos. Pero para el filósofo estadounidense, esta aproximación es parca en exceso porque ignora que ciencias con axiomas tan incuestionables como las matemáticas funcionarían de todos modos si prescindieramos de las entidades abstractas a las que en ocasiones aluden, especialmente si atendemos a que jamás interactuamos con tales abstracciones como lo hacemos con objetos tangibles u observables. Otro tanto sucede con las verdades lógicas en relación con la regla de validez⁵¹⁴.

Así pues, y este es uno de los puntos centrales de su obra, PUTNAM insta a abandonar esa asimilación entre objetividad y descripción para adoptar un concepto más flexible que permita dar cuenta de la aplicación a ciertas afirmaciones de adjetivos como “razonable” o “irrazonable”, “racional” o “irracional”, donde la ética tenga entrada y cabida. La clave será determinar la adecuación de tales afirmaciones a su marco de referencia a fin de enjuiciar si se acomodan a lo que de ellas se espera para determinar su verdad o falsedad. No deberíamos interpretarlo todo ello, no obstante, como una enmienda a la totalidad por parte de Putnam a la objetividad de la ciencia, sino que su razonamiento opera elevando otros saberes basados en juicios de valor también a la condición de objetivos, siempre que compartamos evidentemente los confines ensanchados que ha previsto para la objetividad.

La cuestión de los conceptos éticos densos resulta plenamente aceptable en un plano teórico, aunque su práctica genera más dudas. Desde una perspectiva teórica, podemos convenir que el adjetivo “cruel” no tiene las mismas connotaciones si lo emplea el padre que el historiador, pero aun así nos resulta imposible sustraerle al historiador concreto toda carga subjetiva que llegue a contaminar su percepción sobre tal o cual periodo o personaje histórico. Incluso cuando hablemos de momentos muy pretéritos (la distancia suele ayudar a la imparcialidad y al razonamiento más sosegado), es indudable que no todos los historiadores convergerán sobre si tal o cual gobernante fue cruel o compasivo, sin que necesariamente tengamos que reducir la controversia a que uno de ellos se aproxima de mala fe y deshonestamente, mientras que el resto lo hace de buena fe y honestamente.

Tampoco nos resultaría convincente reconducir el debate a los parámetros que en una disciplina dada existen para la aplicación de unos u otros conceptos a ciertas situaciones, tal y como PUTNAM hace con la reorientación de la idea de objetividad. Esos marcos de referencia internas de cada rama del saber, muy especialmente cuando se alejan del ámbito científico *stricto sensu*, no dejan de ser según esa visión subjetividades compartidas que condicionan la valoración que se hace del trabajo de quienes operan bajo ese paraguas conceptual. Dicho de otro modo, son descripciones en las que el componente

⁵¹⁴ Ibid., p. 33.

valorativo sale a relucir a poco que analicemos cómo se ha llegado a esa *lex artis*, lo que en última instancia también sirve para un cientificismo que desenfoca el método científico.

La polémica alrededor de la dicotomía hechos-opiniones ha de permitirnos, por un lado, ser sensibles a cómo conforma cada rama del conocimiento sus bases y su modo de proceder canónicamente, ya que sin eso es inviable acometer un análisis mínimamente serio sobre si ciertas conclusiones son admisibles desde dentro de su grupo de referencia. Por otro lado, ha de ayudarnos a discernir qué hay de opinión y qué hay de información en toda manifestación cuya adecuación al ordenamiento jurídico se analiza desde el prisma de si se incardina dentro de la protección dispensada a una u otra forma de derecho *ex* artículo 20 CE, sin olvidar la cuestión del reportaje neutral a la que aludiremos al introducir la cuestión de la información veraz. Finalmente, también consideramos que todo lo antedicho nos posibilita un acercamiento más flexible a ese haz de derechos, de tal suerte que sea más sencillo decantarse por aquella interpretación que favorezca la máxima amplitud posible para el ejercicio de los derechos fundamentales, partiendo de la base de que esa delimitación es esencial dado que hemos visto cómo el estándar constitucional no es coincidente para ambas vertientes del artículo 20 CE.

Podemos ilustrar todo ello con uno de los primeros casos en los que el TC tuvo la ocasión de analizar el conmixión de hecho y opinión, en concreto en la STC n.º 172/1990, de 12 de noviembre. El supuesto de hecho es como sigue: el 19 de febrero de 1985, el Boeing 727, pilotado por el comandante José Luis Patiño Arróspide, sufrió una grave catástrofe en la ladera del monte Oiz (cerca del aeropuerto bilbaíno de Sondica), que ocasionó su muerte y la de 147 tripulantes. Tanto *El País* como *Diario 16* publicaron sendas informaciones sobre lo acontecido, si bien en el caso del último rotativo añadió algunas cuestiones más relacionadas con juicios de valor, como por ejemplo que el comandante Patiño “era un cachondo mental”, “era mal educado y grosero”, “bebía demasiado para Comandante de vuelo”, “su forma de mirar a las azafatas...”, “vivía con una azafata que está embarazada de siete meses...”, “la cerveza y algunos problemas económicos le llevaban de cabeza”, “vapuleó a un compañero”, y “casi con toda seguridad que ningún ramalazo de nobleza le salió a flote en el último vuelo de su vida.”

Las lindezas anteriores provocaron la demanda por los hijos del citado comandante contra ambos diarios, que fueron estimadas en primera instancia, confirmadas en apelación y, finalmente, validadas por el Tribunal Supremo en casación. Agotada la jurisdicción ordinaria, las dos publicaciones recurrieron en amparo ante el TC considerando que se había conculcado su derecho a la libertad de información, ante lo que el TC optó por separar ambos recursos en un presagio de que la solución iba a variar en cada caso. En la resolución del amparo de *Diario 16*, que esencialmente se contiene en un

memorable FJ sexto⁵¹⁵, el Tribunal advierte de la importancia que tiene distinguir la información veraz del exabrupto valorativo que se pretende enmascarar para que, por arrastre, se enjuicie como parte del esfuerzo diligente en alcanzar la verdad ontológica. A la vista de las expresiones vertidas y que hemos transcrito, el TC consideró que en el reportaje había que distinguir la información veraz sobre el accidente, que no merecía reproche alguno, de todo aquello que excedía con creces ese mensaje informativo y se desconectaba del hecho⁵¹⁶, que sí resultaba manifiestamente contrario al honor y la intimidad del fallecido. Por lo tanto, ni la veracidad ha de ser la vara de medir de toda expresión ni tampoco la existencia de aquella puede absorber el contenido que le excede.

3.5.3. Contenido del artículo 20 de la Constitución

La libertad de expresión y de información, consagradas en el artículo 20 de nuestra Constitución, han merecido un tratamiento profuso por parte del Tribunal Constitucional, así como de los órganos de la jurisdicción ordinaria⁵¹⁷. Sería una labor ingente y titánica tratar de adentrarnos en plenitud en todos y cada uno de los vericuetos por los que esos derechos han transitado, por lo que en lo sucesivo abordaremos las principales cuestiones que luego podremos poner en relación con los delitos de odio, sin perjuicio de que – como hemos dicho para el TEDH – al hablar sobre esos delitos desarrollamos más la doctrina constitucional. Con ello estaremos en mejor disposición de analizar sus interacciones y si dichos delitos, sobre todo en su vertiente de discurso de odio *stricto sensu*, superan el filtro de constitucionalidad que el TC ha fijado para los referidos derechos.

a) Libertad de expresión

La decisión con la que empezaremos no es la primera que habla sobre esos derechos, pero sí que resulta una de las más icónicas que se hayan dictado por las particularidades del caso: hablamos de la sentencia del TC n.º 176/1995, de 11 de diciembre, que resuelve el famoso caso de la editorial Makoki, S.A (de ahí que también se le conozca como el caso Makoki), y al que hemos hecho mención unas páginas antes. Como se puede atisbar, este caso permite análisis desde muchos ángulos. En verdad, esta sentencia es, a nuestro juicio, una auténtica joya constitucional porque contiene algunas de las formulaciones más bellas y honestas sobre la libertad de expresión – y sobre las que luego

⁵¹⁵ No puedo evitar transcribir su párrafo octavo porque constituye un ejemplo sobresaliente de cómo el único modo de mantener la honra personal es aceptando la condena: “Niega sistemáticamente el recurrente que la información publicada fuese difamatoria, pues solo trataba de hacer una especie de semblanza del principal protagonista del accidente, ni que pretendiese desacreditar su Memoria ni hacerle responsable del accidente. De ser cierto lo que dice, habría que pensarse que los responsables de la publicación son unos perfectos ineptos, cosa que nos negamos a aceptar, conociendo su categoría profesional.”

⁵¹⁶ BUSTOS GIBERT, R.: “El concepto...”, cit., p. 289.

⁵¹⁷ A 17 de marzo de 2024, y a partir de la búsqueda por ontología semántica en la página web del TC, vemos que la libertad de expresión y de información consta de 740 resoluciones publicadas, lo que los sitúa en el quinto lugar por número de resoluciones dentro del ámbito de los derechos fundamentales. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Descriptor/Index?vista=1>.

volveremos – sin que sus casi veintinueve años de vida le hayan hecho perder un ápice de relevancia. No es de extrañar que el ponente sea el Excmo. Sr. Rafael de Mendizábal Allende.

En su fundamento jurídico cuarto: “Efectivamente, la libre expresión y la no menos libre información se configuran en principio como derechos fundamentales de la ciudadanía, aun cuando con talante instrumental de una función que garantiza la existencia de una opinión pública también libre, indispensable para la efectiva consecución del pluralismo político como valor esencial del sistema democrático.” Recordando lo ya dicho, la alusión al pluralismo político (uno de los valores que conforma la tetralogía del artículo 1.1 CE) no debería hacernos pensar que ambas libertades adquieren único sentido cuando versan sobre materias estrictamente políticas⁵¹⁸, sino que protege en términos generales la capacidad de los ciudadanos para comunicar a otros todo tipo de pensamientos, tanto a partir de formas dependientes del lenguaje oral o escrito, sino también a través de otros lenguajes más simbólicos como la pintura o la escultura⁵¹⁹.

En su fundamento jurídico segundo, el Tribunal refiere que “Es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución – se ha dicho – protege también a quienes la niegan.” La libertad de expresión se nos presente *prima facie* como un derecho de contenido en apariencia cuasi ilimitado porque admite incluso dirigirse contra el sistema constitucional que lo ampara, sin que este pueda en principio defenderse frente a aquellos que reniegan de él o lo atacan frontalmente, dada cuenta de que garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre que posibilita otros derechos fundamentales⁵²⁰. La sentencia prosigue, en ese mismo fundamento jurídico segundo, sosteniendo que “La libertad de expresión comprende la de errar y otra actitud al respecto entra en el terreno del dogmatismo, incurriendo en el defecto que se combate, con mentalidad totalitaria.

La afirmación de la verdad absoluta, conceptualmente distinta de la veracidad como exigencia de la información⁵²¹, es la tentación permanente de quienes ansían la censura previa, de la que más abajo habrá ocasión de hablar.” Y finaliza este punto la sentencia aduciendo que “Nuestro juicio ha de ser en todo momento ajeno al acierto o desacierto en el planteamiento de los temas o a la mayor o menor exactitud de las soluciones propugnadas, desprovistas de cualquier posibilidad de certeza absoluta o de asentimiento unánime por su propia naturaleza, sin formular en ningún caso un juicio de valor sobre cuestiones intrínsecamente discutibles, ni compartir o discrepar de opiniones en un contexto polémico.

⁵¹⁸ SAAVEDRA LÓPEZ, M.: “El lenguaje de odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, *Persona y Derecho*, n.º 55, p. 554.

⁵¹⁹ RAZ, J.: “Free Expression and Personal Identification”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 11, n.º 3, pp. 303-304.

⁵²⁰ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Libertad de expresión y sus límites. Honor, intimidad e imagen*, EDERSA, Madrid, 1991, p. 37.

⁵²¹ RODRÍGUEZ RUIZ, B.: *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 522.

Tampoco tiene como misión velar por la pureza de los silogismos ni por la elegancia estilística o el buen gusto.” La libertad de expresión así concebida tiene una doble faceta, ya que por un lado consiste en un derecho de libertad conforme a su acepción negativa⁵²² en los términos vistos de no interferencia de terceros – muy singularmente, el Estado⁵²³– y, por otro lado, ostenta una dimensión institucional⁵²⁴ porque es un componente indispensable en el correcto funcionamiento de la democracia. No agota, sin embargo, ahí su campo de juego este derecho porque, de detenernos aquí, lo recluirlíamos en el reino de lo político, y ciertamente se despliega en ámbitos que exceden con creces lo político⁵²⁵. La libertad de expresión, según exponíamos al inicio del capítulo anterior, no deja de ser la plasmación jurídica – no ilimitada, como veremos – de una facultad humana, a saber, la de comunicarse, por lo que atañe a uno de los constitutivos de esa humanidad comunicante mediante múltiples símbolos y formas, como el arte y la ciencia⁵²⁶.

Puesto que hablamos de la libertad de *expresión*, siempre habrá algo que sale de un sujeto para insertarse en su exterioridad, por lo que siempre estaremos ante un mensaje, con independencia de la forma que adopte⁵²⁷. Este concepto, el de mensaje, será también clave para la libertad de información, por lo que bien podemos descomponer ese mensaje en uno expresivo y uno informativo. Desde una perspectiva material, lo nuclear para recurrir a todas las garantías que el derecho confiere será que ese mensaje se incardine en alguna de las temáticas predilectas de la libertad de expresión: política, arte y ciencia, tal y como hemos visto en el TEDH. El primero tiene su razón de ser en la clásica vinculación entre libertad de expresión y participación política por garantizar aquella la realidad de esta⁵²⁸, mientras que los dos últimos son una proyección de la libertad artística, de cátedra y científica consagradas en el propio articulado constitucional. Desde una perspectiva formal, el núcleo vendrá constituido por el empleo de formas habladas o escritas.

Otra de las sentencias del Alto Tribunal más icónicas, y donde también más se puso a prueba el pluralismo es, sin lugar a duda, la número 235/2007, de 9 de noviembre. No se trata de una sentencia que podamos calificar de completamente sorpresiva o novedosa a la vista de la doctrina sentada en pronunciamientos previos, pero sí resulta destacable por el mantenimiento de una aproximación *sui*

⁵²² VILLAVARDE MENÉNDEZ, I. / URÍAS MARTÍNEZ, J. / CARLÓN RUIZ, M.: “Artículo 20”, en CASAS BAAMONDE, M.E. / RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (DIRS.) / PÉREZ MANZANO, M. / BORRAJO INIESTA, I. / GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.R. (COORDS.): *Comentarios...*, cit., p. 484; SANTAOLALLA LÓPEZ, F.: “Jurisprudencia...”, cit., p. 186.

⁵²³ VALIENTE MARTÍNEZ, F.: *La democracia...*, cit., p. 120. Vid. la STC n.º 22/2023, de 27 de marzo. En ella, el TC resuelve favorablemente un amparo presentado por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras de la Región de Murcia. El demandante consideraba que la decisión de la Autoridad Portuaria de Cartagena, consistente en impedir el disfrute de un inmueble allí sito hasta que el sindicato se retractara de unos comentarios negativos con esa Autoridad, conculcaba el derecho a la libertad de opinión, además de la libertad sindical (FJ 4º).

⁵²⁴ Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 319.

⁵²⁵ Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 320.

⁵²⁶ PERALTA MARTÍNEZ, R.: “Libertad ideológica y libertad de expresión como garantías institucionales”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 16, pp. 251-265.

⁵²⁷ Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., pp. 323-324.

⁵²⁸ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Libertad de expresión...*, cit., p. 37.

generis si lo comparamos con nuestro entorno europeo⁵²⁹. No es solo que países como Alemania⁵³⁰ se guíen por unas coordenadas bastante dispares a las nuestras, sino que como hemos visto el TEDH también maneja un criterio indubitadamente alejado de nuestro TC.

Los hechos que dan lugar a esa sentencia son como siguen. El 16 de noviembre de 1998, el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Barcelona condenó al Sr. Pedro Varela Geis como autor, por un lado, del delito tipificado en el artículo 607.2 CP y, por otro lado, como autor del delito tipificado en el artículo 510 del mismo cuerpo normativo. Por aquel entonces, y esto es importante a efectos de la sentencia, el primero de los preceptos se expresaba así: “La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años”.

Cuando los autos llegaron en apelación a la Audiencia Provincial de Barcelona, su Sección Tercera planteó una cuestión de inconstitucionalidad frente al TC en relación con el visto artículo 607.2 CP, puesto que la Sala expresó sus dudas acerca de la compatibilidad entre esa previsión y el artículo 20.1 CE. Ese precepto del CP era en el que el Juzgado *a quo* había subsumido las publicaciones que se habían acreditado como distribuidas por el acusado en su Librería Europa, que principalmente versaba sobre ese tipo de textos, así como sobre otros que se entendían vejatorios para los judíos y que motivaron la condena por el artículo 510.1 CP. Por más que también se vendieran obras de temática artística, histórica y mitológica, eran una franca minoría (de un total de 21.584 libros, vídeos, carteles y cintas incautados, tan solo 232 no guardaban relación con el tema que motivó el conflicto judicializado).

Ante la tesitura de si la acción típica compleja contemplada en el 607.2 CP (difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen delitos de genocidio o afines) cercenaba la libertad de expresión, el TC optó por descomponer cada uno de sus vocablos a fin de encapsular posibles inconstitucionalidades en aras de preservar el resultado del procedimiento legislativo. Ello le condujo a tres soluciones cumulativas: (i) declarar la inconstitucionalidad del verbo “nieguen” (primer apartado del fallo), (ii) realizar una interpretación conforme del resto del articulado una vez se había

⁵²⁹ BILBAO UBILLOS, J.M.: “La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 85, p 299.

⁵³⁰ En este país, el Tribunal Constitucional validó con su sentencia de 13 de abril de 1994 la reforma del artículo 130.3 del Código Penal alemán, que había tipificado la aprobación, negación o minimización de crímenes cometidos por el régimen nacionalsocialista, de una manera idónea para alterar la paz pública. En el caso concreto enjuiciado, el ayuntamiento de la localidad en la que David Irving (conocido por sus tesis revisionistas de la Shoá) iba a ofrecer una conferencia había pedido a los organizadores que retiraran la palabra a quienes infringieran la ley con su discurso, lo que el Tribunal alemán dio por bueno a la vista de la constitucionalidad de ese artículo 130.3 (vid. BILBAO UBILLOS, J.M.: “Derecho penal, memoria y verdad histórica: la criminalización de la negación del genocidio”, *Parlamento y Constitución*, p. 53).

prescindido de esa acción negacionista (segundo apartado del fallo), y (iii) desestimar el resto de los puntos de la cuestión de inconstitucionalidad⁵³¹.

Para lo primero, el Tribunal convino en que la mera negación de delitos de genocidio y asimilados, por más que estos resulten especialmente deleznable en el plano moral, se sitúa dentro de la órbita de la libertad de expresión siempre y cuando no se enaltezcan tales crímenes, se incite o promueva su comisión (es decir, se enmarquen en la provocación al delito o en su apología⁵³²) o bien se empleen expresiones insultantes o vejatorias. Sin esos presupuestos, ha de primar la libertad de expresión porque esta “comprende la libertad de crítica aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática” (vid. fundamento jurídico cuarto). En ese mismo fundamento jurídico, el TC resuelve que “el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución.”

Finalmente, el Alto Tribunal rechazó en el fundamento jurídico octavo que cupiera entender implícita en tal precepto una exigencia intencional de que con esa negación se persiga crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado, aparte de que incluso un planteamiento así le resultaba al Tribunal un adelantamiento excesivo de la barrera preventiva a la vista del sacrificio que ello conlleva para un derecho fundamental. Feijoo se había manifestado en análogo sentido al comentar este precepto cuando descartó que la negación del genocidio llevara aparejada un bien jurídico autónomo que justificara esa punición, sin que tampoco considerara que los actos tipificados tuvieran la más mínima aptitud para perturbar la paz social⁵³³. Precisamente en sentido contrario había resuelto el Juzgado de lo Penal, que había considerado consustancial al tipo del 607.2 CP la actitud de menosprecio u hostilidad hacia ciertos colectivos, en este caso el judío, como elemento subjetivo del tipo, si bien para algunos autores esta interpretación convertía en prácticamente inane el campo de acción del artículo 510 CP, que sí incorporaba esa necesidad de ultraje u hostilidad hacia los colectivos diana⁵³⁴. Para otros juristas, en cambio, sí era viable construir esta intención implícita⁵³⁵.

⁵³¹ A juicio de Tajadura Tejada, la falta de concreción del auto que plantea la cuestión de constitucionalidad hace que sea el propio TC quien precise su objeto, con lo que esa desestimación residual sería casi un recurso estilístico para dar a entender que se zanján cualesquiera otras cuestiones que la norma pudiera suscitar (vid. TAJADURA TEJADA, J.: Libertad de expresión..., cit., p. 242).

⁵³² BILBAO UBILLOS, J.M.: “La negación...”, cit., p. 333.

⁵³³ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.: “Reflexiones sobre los delitos de genocidio (art. 607 del Código Penal)”, *La Ley*, n.º 4693, pp. 2272-2273. El autor también se postuló a favor de la inconstitucionalidad de la norma puesto que la consideraba un precepto ilegítimo en relación con la libertad de expresión. En idéntico sentido se decantó Saavedra (vid. SAAVEDRA LÓPEZ, M.: “El lenguaje...”, cit., p. 558).

⁵³⁴ BILBAO UBILLOS, J.M.: “La negación...”, cit., p. 325.

⁵³⁵ SUÁREZ ESPINO, M.L.: “Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio”, *InDret*, n.º 2, p. 7.

Acerca de este elemento intencional, el TC rechazó asimismo que pudiera predicarse una suerte de intención oculta por parte de quienes enarbolan estos discursos negacionistas, enmascarando bajo argumentos aparentemente asépticos lo que en verdad es una voluntad de crear un clima social que favorezca estos delitos. No es que el Tribunal sea ajeno a que esto puede ocurrir, sino que simplemente declara que no cabe deducir una presunción *iuris et de iure* de ese ánimo tendencial⁵³⁶. En sentido diametralmente opuesto se han manifestado otros autores, que sí ven en el negacionismo una ideología racista e intolerante asociada en casi totalidad de los supuestos con movimientos nazis o de ultraderecha. Desde esta óptica, el negacionismo atentaría contra la dignidad de las víctimas y supondría un peligro para la convivencia democrática⁵³⁷.

Tales consideraciones beben y se hacen eco de los votos particulares (cuatro en total: Excmos. Sres. Roberto García-Calvo y Montiel, Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Ramón Rodríguez Arribas y Pascual Sala Sánchez) que se redactaron a la sentencia de la que estamos hablando. En el caso del primero de los magistrados, la proscripción de la negación del genocidio no estriba tanto en la parte de los hechos, sino en su consideración de delictivos, y si se pretendiera reconducir a los hechos estos serían manifiestamente inveraces y faltos, por ello, de protección de la libertad de información. En el caso del segundo de los magistrados, se argumenta intensa y apasionadamente a favor de la constitucionalidad de la negación del genocidio como única manera eficaz de luchar contra la propagación del sustrato ideológico que apoya las tesis negacionistas. En el caso del tercero de los magistrados, su discrepancia con la mayoría proviene de su consideración del negacionismo como un claro menosprecio a las víctimas que sufrieron las atrocidades de la Shoá. En el caso del cuarto de los magistrados, por último, entiende que la interdicción de la negación se adecúa a la Constitución porque prohíbe la presentación como justo de un delito de genocidio en términos tales que suponga una incitación indirecta a su comisión, y aun prescindiendo de ese ánimo en cualquier caso incide de nuevo en que se tipifica negar que ciertos hechos sean delictivos, no los hechos en sí.

Gran parte del desconcierto que a los magistrados discrepantes les genera la sentencia reside en que el TC sí admitió la constitucionalidad de prohibir la difusión de ideas o doctrinas que justifiquen los delitos de genocidio, si bien como hemos para ello realiza una interpretación conforme para salvar esa constitucionalidad porque *prima facie* la solución se decantaba por otra inconstitucionalidad. El Tribunal aborda esa justificación en un doble nivel, donde en el primero se trataría simplemente de una adhesión a ciertos postulados ideológicos que estaría amparado por la libertad ideológica y de expresión, y donde en el segundo se iría un paso más allá y se incitaría indirectamente a su comisión (vid. fundamento jurídico noveno). Este último caso sería el que resultaría incompatible con la Constitución, solución que algunos consideran obligada para no incurrir en contradicciones con el 578

⁵³⁶ BILBAO UBILLOS, J.M.: “La negación...”, cit., p. 337.

⁵³⁷ SUÁREZ ESPINO, M.L.: Comentario..., cit., pp. 5 y 6.

CP y su tipificación del enaltecimiento del terrorismo⁵³⁸. Se llega en ese mismo fundamento jurídico, y por medio de este argumento que encaja condicionalmente parte del artículo 607.2 CP dentro del marco constitucional, al resultado de admitir su constitucionalidad si los actos enjuiciados suponen una incitación indirecta a la misma [delitos de genocidio y contra el derecho de gentes] o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio.”

Más allá de los nexos que hemos destacado entre los diferentes votos de la minoría, hay una sentencia antecedente del propio Tribunal que sirve como referencia común y con la que habitualmente se establecen paralelismos a nivel doctrinal: la número 214/1991, de 11 de noviembre, el caso conocido como Violeta Friedman por ser ella la demandante en amparo. En esta sentencia, se dilucidó si la jurisdicción ordinaria había otorgado una respuesta constitucionalmente adecuada a la demandante en amparo, la Sra. Violeta Friedman, judía que sobrevivió a Auschwitz (no así el resto de su familia) y quien había solicitado que se declarara conculcado su derecho al honor. El motivo de esa alegada infracción era que el Sr. León Degrelle, ciudadano de nacionalidad belga residente en España y conocido por haber formado parte de las *Waffen S.S.* (las fuerzas de combate de élite en la Alemania nazi), había vertido comentarios en el número de la revista *Tiempo* correspondiente a agosto de 1985 que la Sra. Friedman consideraba que manipulaba lo acontecido durante el régimen nazi y, además, denostaban públicamente a quienes como ella habían sufrido los horrores de los campos de concentración.

La referida sentencia del TC en el caso de Violeta Friedman tuvo como resultado la falta de encaje en la libertad de expresión de los comentarios proferidos por el Sr. Degrelle, puesto que los magistrados del Alto Tribunal consideraban que dicha persona había excedido con creces los límites previstos para ese derecho y se había internado de lleno en el ámbito del honor como una de las fronteras de esa libertad de expresión. Quizá una de las frases más célebres de esa decisión, y que tiene mucho que ver con la que nos ocupa, es la pronunciada en el fundamento jurídico octavo con el siguiente tenor: “el derecho a la libertad de expresión no garantiza el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la Historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar”. Nótese, y no es una observación menor, que el TC anuda a la exposición de una cosmovisión una teleología destinada a menoscabar a terceros, lo que incluye diversas formas de trato desigual injustificado (discriminación).

Para algunos, esta dupla entre elemento objetivo (comunicación de posiciones ideológicas) y subjetivo (ánimo denigratorio o discriminatorio) debería haberse entendido concurrente en las conductas proscritas por el ya extinto artículo 607.2 CP por la estrecha conexión entre el negacionismo y ciertos

⁵³⁸ BILBAO UBILLOS, J.M.: “La negación...”, cit., p. 343.

discursos inadmisibles en nuestro ordenamiento democrático y plural⁵³⁹. En el otro lado, nos encontramos con quienes rechazan la extrapolación de un caso a otro porque en el enjuiciado por la sentencia n.º 235/2007 se habían separado nítidamente las conductas subsumibles en el artículo 510.1 y 607.2 CP, reconduciéndose al primer precepto aquellas cuya motivación fuera precisamente la de trascender de una exposición de ideas más o menos aséptica para introducirse en el terreno de la ofensa persona o colectiva⁵⁴⁰. La disparidad fáctica, pues, invalidaría esa pretendida asimilación.

Creemos que parte del problema a la hora de interpretar la sentencia, así como de la interpretación que la sentencia realiza de lo sometido a su escrutinio, radica en la mezcolanza de derechos y de intereses en juego. Ciertamente, estamos ante cuestiones que tocan directamente el corazón de nuestro sistema constitucional y, por extensión, de todo nuestro ordenamiento jurídico, por lo que reputamos de la máxima relevancia que diseccionemos adecuadamente la controversia para evitar soluciones de trazo grueso. Los debates que se generan en torno a este tipo de asuntos a veces discurren por derroteros demasiado ampulosos e inconmensurables, así que conviene acotarlos algo más.

Lo primero es percatarnos de que el TC se está pronunciando en sede de cuestión de inconstitucionalidad, con lo que los hechos del caso solo son el instrumento que permite al Tribunal *a quo* plantear al *ad quem* las dudas de adecuación constitucional que cierto precepto puede generarle, por lo que tratar de buscar las analogías entre una sentencia con esa idiosincrasia y otra en la que lo nuclear son hechos concretos (la de Violeta Friedman) ha de manejarse con las debidas cautelas. No es muy preciso, en consecuencia, sostener que ambos casos merecieron diferente solución porque en uno se enjuiciaban expresiones injuriosas y en el otro, solo negaciones o expresiones desprovistas de ese *animus inuiriandi* (lo que es cierto y en ello el TC es coherente⁵⁴¹). Insistimos, en una cuestión de inconstitucionalidad, los hechos son el elemento indispensable solo para elevar dudas sobre la normativa subsumible en esa parte fáctica.

Lo segundo es que la sentencia n.º 235/2007 parece no aclarar si, para analizar la negación del genocidio, hemos de acudir al estándar de la libertad de expresión (art. 20.1a CE), de producción literaria, artística, científica y técnica (art. 20.1b CE) o de información (art. 20.1c CE). Este punto, que para nosotros es crucial por ser la piedra de toque de los razonamientos ulteriores, se nos antoja verdaderamente confuso en la decisión del TC porque incluso da la sensación de que se utilizan de manera indistinta en una especie de magma amorfo en el que cuesta distinguir de qué se está hablando,

⁵³⁹ SUÁREZ ESPINO, M.L.: “Comentario...”, cit., p. 7; TAJADURA TEJADA, J.: “Libertad de expresión...”, cit., pp. 240-242. El autor realiza en estas páginas un minucioso estudio de las posiciones adoptadas por el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado, ambos partidarios de la íntegra constitucionalidad del artículo 607.2 CP.

⁵⁴⁰ BILBAO UBILLOS, J.M.: “La negación...”, cit., p. 307.

⁵⁴¹ TAJADURA TEJADA, J.: “Libertad de expresión...”, cit., p. 246. Este autor considera poco satisfactoria la explicación dada por el TC para separar la *rati decidendi* de sendos casos, pero creo que el TC lo deja muy claro cuando entiende que la negación tipificada en el artículo 607.2 CP no viene acompañada de otros aderezos, por lo que se sitúa en la órbita de lo ya dicho en el fundamento jurídico octavo de su sentencia n.º 214/1991.

siendo que el margen de libertad para la opinión es sensiblemente superior al de la información⁵⁴². No es lo mismo negar que justificar o que enaltecer porque cada uno de esos verbos tienen connotaciones diferentes no solo en cómo se percibe el mensaje por un tercero, sino en qué carácter le imprime el orador, e incluso dentro de cada acción hay matices relevantes.

Podríamos pensar que el TC fija un criterio delimitador *a sensu contrario* cuando, en su fundamento jurídico noveno, dice que la solución sobre la justificación ha de seguir otros derroteros porque se trata de la expresión de un juicio de valor. No obstante, unas líneas más arriba, en su fundamento jurídico octavo, la sentencia afirma que “que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado”. El Tribunal está anejando a la negación la consideración de opinión, no de información o de estudio científico o cualquier otra expresión asimilable, por lo que la herida terminológica no hace sino acrecentarse, máxime cuando veremos un poco más abajo que para la justificación se adopta otra solución.

Negar puede hacerse desde una aproximación meramente descriptiva a partir del ofrecimiento de informaciones alternativas que contrarrestarían aquello que se pretende rechazar y que otros (quizá la mayoría) consideran cierto. Estamos aquí, por ende, en el reino del derecho a la información, regido por el criterio de la veracidad o verosimilitud, lo que a su vez exige del informante cierta labor de contrastar lo que recibe antes de publicarlo. Ello hace que, con esa acepción, nos movamos en el plano de los hechos y no de las valoraciones, por lo que carece de sentido hablar sobre la expresión de ideas o de cosmovisiones; si advertimos un marcado sesgo ideológico, es que no estamos ante el ofrecimiento de hechos, sino ante el enmascaramiento de meras opiniones como si de ciencia se tratara. Aplicado a la negación del genocidio, el autor querría desterrar que ciertos hechos que darían lugar al genocidio se produjeron, lo que a la fuerza debería juzgarse conforme al canon de veracidad.

Negar también puede hacerse desde una aproximación puramente valorativa, lo que se relaciona con la opinión del Ministerio Fiscal, de la Abogacía del Estado y de algunos magistrados discrepantes. En esta acepción, no se discutirían los hechos, que se darían por ciertos, sino que el problema vendría determinado por la subsunción jurídica de los mismos, que se negaría para cierto grupo por no considerarlo acreedor de la protección que el ordenamiento jurídico concede. Cabrían, asimismo, grados de negación porque podría optarse por rechazar que la eliminación sistemática de *cualquier* grupo constituya genocidio – lo que supondría abogar por su supresión y la reconducción a tipos como el del homicidio básico – o bien podría decantarse por descartar elementos subjetivos u objetivos del tipo cuando se proyecten sobre *uno o varios* colectivos caracterizados por su nacimiento, raza,

⁵⁴² Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 321. Vid. las SSTC n.º 107/1988, de 8 de junio, FJ 2 y n.º y 139/2007, de 4 de junio, FJ 6. La primera sentencia es relevante porque también viene a ahondar en la teoría dual de la libertad de expresión y de información sobre la que hemos hablado antes.

sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Cuanto más nos alejemos de un rechazo generalizado, más lejos estaremos de la protección constitucional otorgada a la libertad de expresión, ya que será enormemente fácil que para justificar esa posición recurramos a expresiones vejatorias.

Negar podría, para finalizar, exhibir una naturaleza mixta a caballo entre lo fáctico y lo valorativo. Al descartar la ocurrencia de unos hechos, se podría recurrir a descalificativos sobre el grupo que los habría sufrido con ataques de tipo personal en una especie de falacia *ad hominem*. También cabría abogar por la desprotección de ciertos colectivos frente a situaciones de genocidio a partir de presuntos datos que justificarían su exclusión, de lo que muy a nuestro pesar la historia está lleno de ejemplos partiendo de supuestos estudios científicos que acreditarían la inferioridad de unos colectivos sobre otros, incluso llegando a despojarlos de su humanidad. La imbricación de ambos tipos de argumentos hace de estos casos difíciles porque difícil es compartimentar lo que el orador ha pretendido fusionar como parte integrante de su mensaje, aparte de no ser cosa menor fijar hasta qué punto el comunicador revela sus verdaderas intenciones. A mayor abundamiento, el enjuiciamiento de lo informativo y de lo valorativo se influyen mutuamente porque siempre tenderemos a ser más respetuosos con la opinión que se asienta en información verosímil y siempre veremos con mejores ojos aquellas informaciones que generan opiniones no extremas.

Negar la Shoá puede hacerse desde cualquiera de las vertientes que acabamos de ver y en ninguna de ellas nos parece que deba ser una afirmación amparable en nuestro ordenamiento, opinión que extendemos a cualesquiera otros genocidios que han sacudido nuestra condición humana. Si lo vemos desde el ángulo del puro derecho a la información, no nos resulta aceptable darle el beneficio de la duda para que pueda colgarse una innmerecida medalla de verosimilitud⁵⁴³. Si lo vemos desde el ángulo de la pura libertad de expresión, no podemos ser tan ingenuos como para pensar que se manifiesta algo así en el vacío ideológico, ya que en la inmensa mayoría de las ocasiones ese tipo de rechazos van de la mano de un discurso denigratorio, vejatorio, humillante o discriminatorio hacia el colectivo que sufrió tal o cual delito de genocidio. Del mismo modo que se da por sentado el principio de inmanencia de las instituciones, habríamos de pasar por idéntico tamiz cuando se intentan enmascarar la realidad según hemos visto en el caso *M'Bala M'Bala*, que aquí pasaría por esconder opiniones sin cabida en nuestro ordenamiento jurídico bajo el elegante manto de la información. Podemos seguir viviendo en una democracia donde no hay militancia sino apertura a otras ideologías que persigan reformarla o cambiarla⁵⁴⁴ y, aun así, admitir que son necesarios límites a ese principio democrático

⁵⁴³ Esta es la solución adoptada por el Tribunal Constitucional alemán en su sentencia – ya vista antes – de 13 de abril de 1994 sobre la constitucionalidad de la negación de la Shoá.

⁵⁴⁴ GARCÍA ROCA, F.J.: “Abuso...”, en GARCÍA ROCA, F.J. / SANTOLAYA MACHETTI, P. (COORDS.): *La Europa...*, cit., pp. 994-995.

entendido como la mera fuerza de la mayoría que exige respetar toda opinión para permitirle la expectativa de mayoría si convence al suficiente número de personas.

La sentencia – lo hemos visto – también se adentra en el otro verbo característico de la dicción que antaño tenía el artículo 607.2 CP: justificar. Al Tribunal se le representa como excesivamente cercenador de la libertad de expresión que solo se castigue la difusión de la justificación y, por ello, recurre a la figura de la interpretación conforme, según la que es necesario interpretar que la justificación ha de serlo con miras a una incitación cuanto menos indirecta a cometer los delitos justificados. Ya adelantábamos *ut supra* que el puntal sobre el que parece asentarse la decisión diferencial estriba en que, según el TC, con la justificación estamos ante “la expresión de un juicio de valor” (vid. segunda oración del fundamento jurídico nono), lo que le habilita a entrar en el elemento tendencial que subyace a esa opinión no necesariamente informativa.

Sorprende, en primer lugar, que solo se conciba un ánimo tendencial en la expresión de juicios de valor, como si la publicación de información solo cupiera realizarse desde la más pura asepsia axiológica y teleológica. Difundir información falsa a sabiendas o con manifiesto desprecio a la verdad nos autoriza a preguntarnos cuál es el objetivo que se persigue con ello y si su difusor lo hace partiendo de alguna premisa ideológica que explique esa falsedad o negligencia grosera, por lo que no vemos por qué hay que circunscribir el ánimo tendencial a la opinión *stricto sensu*. Sorprende, además, que la justificación se catalogue forzosamente como un juicio de valor cuando la justificación tanto es hacer algo justo (segunda acepción) como probar una proposición con razones convincentes, testigos o documentos⁵⁴⁵.

Un genocidio puede justificarse, entonces, tanto desde una vertiente puramente valorativo como desde una puramente informativa, lo que en este último caso acontecerá cuando el justificador quiera valerse de razones históricas que justifiquen la aniquilación de un determinado grupo. Por ejemplo, se podría argüir que sus integrantes constituyen una amenaza para la seguridad nacional o de otros colectivos, sin que tal tentativa de menoscabar hechos deletrables sea inane solo por adscribirse al grupo presuntamente informativo (de nuevo, véase aquí lo dicho sobre el principio de inmanencia). En última instancia, el pronunciamiento del TC podría cortocircuitar si imputáramos a alguien la justificación de la negación porque se alegaría que con ese juicio de valor se daría pábulo de manera indirecta a quienes ponen en tela de juicio un hecho histórico, y como quiera que la justificación sí admitiría esa incitación indirecta a la comisión de delitos de genocidio cuya negación no sería típica, se llegaría a una situación insólita.

⁵⁴⁵ Real Academia Española (s.f.). Justificar. En Diccionario de la lengua española. Recuperado el 3 de marzo de 2024 de <https://dle.rae.es/justificar>.

A lo anterior hay que sumar que el TC sí es capaz de ver un ánimo indirectamente incitador en el precepto a pesar de que está tan ausente como el ánimo incitador que el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado habían visto implícito en la negación, y ello evita que declare su inconstitucionalidad como sí lo hizo con la negación. Pero si estamos en lo cierto al decir que la justificación no tiene por qué estar solo teñida del color de la opinión ni la negación del de la información, o hay motivo para concebir ese ánimo en ambas acciones o no lo hay en ninguna, máxime cuando el concepto de incitación directa que maneja el Tribunal le permite reconducirlo a comportamientos despectivos o degradantes, que a nuestra entender también caben en la negación y que no necesariamente son indirectos de genocidio (el trato despectivo o degradante no es irremisiblemente un genocidio). El que niega valiéndose de razones puramente valorativas tiene el potencial de incitar indirectamente a delitos como el genocidio entendido en esos términos expandidos y con esa relación de causalidad tan difusa, por lo que a nuestro entender el Tribunal podría haber dado por constitucional la negación con las mismas premisas que la justificación.

Vimos, al hablar del artículo 17 CEDH, que el TEDH se había valido de él para negar legitimidad al ejercicio de la libertad de expresión e información que niegue o banalice genocidios como la Shoá, ya que el CEDH se tiene por uno de los principales exponentes de la democracia militante⁵⁴⁶. El efecto guillotina adquiere así una condición de necesidad para asegurar el equilibrio entre el análisis del pluralismo, el principio democrático y el respeto a las minorías dentro de una democracia alejada del paradigma formal-procedimental⁵⁴⁷. Parecerá contradictorio que el TC, en la sentencia n.º 235/2007, cite ejemplos del TEDH para afianzar su posición, pero quizá ello obedezca a que, como ha dicho BILBAO UBILLOS, el uso que hace el TC de la jurisprudencia de ese Tribunal no es lo suficientemente exhaustivo⁵⁴⁸.

Vistos esos referentes, hemos de poner el acento sobre que nuestra Constitución se asienta explícitamente sobre una serie de valores y fundamentos que no podemos considerar meros adornos buenistas: han de significar algo y su negación no puede resultarle indiferente a quien está llamado a hacer que todos estemos y pasemos por el orden constitucional que la Norma Suprema propone al mundo⁵⁴⁹. Tampoco podemos desconocer que no es un sistema tan cerrado como el alemán porque no encontramos en nuestra Ley Fundamental las murallas dispuestas por el constituyente alemán, pero tampoco abre tanto el objetivo como el norteamericano, y de ahí que sostengamos que es un *tertium genus* cuya singularidad conviene mantener no solo por el imperio de la ley, sino también por el

⁵⁴⁶ TAJADURA TEJADA, J.: “Libertad de expresión...”, cit., p. 236; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Libertad de expresión...*, cit., p. 225.

⁵⁴⁷ LAZCANO BROTONS, I.: “Artículo 17...”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (COORD.): *Convenio Europeo...*, cit., p. 736.

⁵⁴⁸ BILBAO UBILLOS, J.M.: “La negación...”, cit., p. 334. Tajadura Tejada expone que algunas ideas fuerza, como que la Constitución ampara quienes contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población, las toma el TC del TEDH, pero ciertamente es un uso instrumental porque no alcanza las mismas decisiones que el TEDH en materia de negacionismo y revisionismo (vid. TAJADURA TEJADA, J.: “Libertad de expresión...”, cit., pp. 243-244).

⁵⁴⁹ Tajadura Tejada lo expresa con meridiana claridad cuando pone encima de la mesa la tensión entre el texto y la interpretación que de él ha hecho el TC (vid. TAJADURA TEJADA, J.: “Libertad de expresión...”, cit., pp. 236-237).

interés de disponer de una solución que intenta conjugar lo mejor de cada extremo e intenta evitar lo que hay de malo en ellos.

Es procedente retomar, en este punto y para el caso español, la cuestión de la democracia militante y la neutralidad. En el caso español, no hay parangón con sistemas como el alemán en cuanto a sus cláusulas explícitamente limitativas de ciertas ideologías o de ciertas posibilidades de reforma constitucional porque el Título X CE no contempla en absoluto ninguna línea infranqueable a la hora de reformar la Constitución. Por lo tanto, y en buena lógica, se supone que, si pueden modificar la Constitución en aspectos nucleares como, por ejemplo, la igualdad ante la ley o el sufragio universal, también pueden abogar por ello si obtienen la mayoría necesaria y acomodan esas reformas a los raíles previstos constitucionalmente⁵⁵⁰. La inexistencia de cortapisas explícitas impediría, pues, a ojos de la doctrina mayoritaria hablar de democracia militante en España, si es que queremos manejar el mismo concepto que el aplicado al sistema alemán, ya que esos lindes son la condición de necesidad para predicar esa nota de un régimen político⁵⁵¹.

En apoyo de esa tesis situaríamos la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, que solo permite la ilegalización de formaciones políticas que incurran directamente en el ilícito penal, sin que baste con advenir las ideas o fines que proclamen sus estatutos y documentos fundacionales. La aplicación que de esa Ley ha hecho el TC avalaría la inexistencia de democracia militante en España al haber impedido el Tribunal que se controle legislativamente los fines, ideología o proyectos políticos de los partidos⁵⁵². El toque de gracia a la democracia militante en España parecería, además, venir de la doctrina del TC que, *prima facie*, niega ese carácter como es de ver de sus sentencias n.º 48/2003 de 12 de marzo (vid. su fundamento jurídico décimo), n.º 235/2007 de 7 de noviembre (vid. su fundamento jurídico cuarto) y n.º 12/2008 de 29 de enero (vid. su fundamento jurídico sexto). En ellas, se insiste una y otra vez en que la Constitución no consagra una democracia militante y no exige una adhesión positiva de los ciudadanos al proyecto político que subyace a ella, prevaleciendo la fundamentación democrática⁵⁵³ sin la deriva militante en cuanto a su restricción. Sin embargo, no es oro todo lo que reluce y es más que plausible matizar la pretendida rotundidad con la que cabría formular lo que casi se ha convertido en un axioma constitucional español, y ello a partir de las propias sentencias del TC.

La ya mencionada sentencia n.º 48/2003 expresa en su fundamento jurídico séptimo que “Ciertamente, nuestra Constitución también proclama principios, debidamente acogidos en su articulado, que dan

⁵⁵⁰ ARAGÓN REYES, M. / AGUADO RENEDO, C.: *Temas básicos de Derecho Constitucional, tomo I*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 80-81 y 112-113.

⁵⁵¹ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, P.: “La prohibición...”, cit., p. 115.

⁵⁵² TAJADURA TEJADA, J.: “Libertad de expresión y negación del genocidio: comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007”, *Revista Vasca de Administración Pública/Herri-Ardularitza Euskal Aldizkaria*, n.º 80, p. 244.

⁵⁵³ CASTELLVÍ MONTSERRAT, C.: “¿Prohibir el enaltecimiento...?”, en QUERALT JIMÉNEZ, J. / CARDENAL MONTRAVETA, S. (COORDS.): *Derecho Penal...*, cit., p. 110.

fundamento y razón de ser a sus normas concretas. Son los principios constitucionales, algunos de los cuales se mencionan en los arts. 6 y 9 de la Ley impugnada. Principios todos que vinculan y obligan, como la Constitución entera, a los ciudadanos y a los poderes públicos (art. 9.1 CE) [...]”. Hasta aquí, nada nuevo bajo el sol que no hayamos visto y no que vayamos a ver en lo sucesivo: nuestra Constitución puede no ser militante, pero eso no significa que no sea un sistema de valores asentado⁵⁵⁴ en ciertos principios que supone, en definitiva, una toma de postura que precisamente da sentido a que pueda haber otros que los contradigan porque no se puede contradecir la nada.

Lo que es más desconcertante con esa línea en apariencia incólume es la continuidad que la sentencia da a esa última frase cuando dice que “[...] incluso cuando se postule su reforma o revisión y hasta tanto ésta no se verifique con éxito a través de los procedimientos establecido en su Título X”. La posible contradicción no vendría tanto por la forma del argumento, que es ciertamente impecable en el sentido de que no puede conculcarse lo no reformado, sino por el fondo del argumento, a saber, la necesidad de respetar ciertos principios en la reforma constitucional cuando precisamente esa reforma constitucional es la que pretende zafarse de ellos. De ahí que algunos autores se hayan postulado a favor de la existencia de modelos de democracia militante diferentes del alemán⁵⁵⁵ (e incluso algunos hayan hecho valer que es una noción propia de otra época⁵⁵⁶), donde esa militancia hallaría su razón de ser en la enumeración de ciertos principios y valores esenciales que negarían el mero carácter procedimental a nuestra Constitución⁵⁵⁷ y cerrarían la puerta por imperativo ontológico a ciertas reformas que se dirijan a anular esos principios y valores.

Ese imperativo ontológico vendría a comportar que es imposible llegar a lo que uno no es a partir de lo que uno es porque esa negación de sí mismo conduciría a la autodestrucción del sujeto y no hablaríamos de una continuidad, sino de una ruptura. El barco de Teseo dejaría de serlo cuando es inviable valernos del término reforma si aquello que variamos se sitúa en el corazón del sistema del que nos estamos sirviendo para esa operación jurídica formalmente continuista, pero materialmente refundacional. La consecuencia última de todo ello es la ineptitud manifiesta para llevar a cabo ciertas modificaciones constitucionales por no superarse el canon fijado por el TC para ello en los términos que acabamos de ver, aserto cuya coherencia obliga a declarar contraria a la Constitución cualquier idea que se fundamente en lo que no cabe en ella.

Recientemente, aunque sea en un ámbito distinto al que nos ocupa, la existencia de límites implícitos a la modificación constitucional se ha puesto de manifiesto en relación con el artículo 2 CE con el argumento de que la indivisibilidad del constituyente es fundamento, primer principio y primera

⁵⁵⁴ AL HASANI MATURANO, A.: *Discurso del odio...*, cit., p. 53.

⁵⁵⁵ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, P.: “La prohibición...”, cit., p. 117.

⁵⁵⁶ GARCÍA ROCA, F.J.: “Abuso...”, en GARCÍA ROCA, F.J. / SANTOLAYA MACHETTI, P. (COORD.): *La Europa...*, cit., p. 994.

⁵⁵⁷ DÍAZ REVORIO, F.J.: *La Constitución como orden abierto*, McGraw Hill, Madrid, 1997, pp. 3-7.

decisión que encontramos en la Constitución⁵⁵⁸. Sin entrar a valorar esta afirmación, que excede con creces el objeto de nuestro trabajo, no podemos dejar de ver un paralelismo con la existencia de ciertos derechos, principios y valores como consustanciales a la Constitución, de tal suerte que su alteración sustancial no sería posible sin exigir a la par que se apruebe una nueva Constitución que dé respuesta a esos nuevos paradigmas. Así, de suprimirse el derecho a la igualdad sin discriminación, sería preciso alterar otros preceptos como el reconocimiento de la dignidad, la proclamación de la igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico y otros tantos preceptos de tenor similar.

El alcance de esa conclusión dependerá en gran medida del alcance que, a su vez, demos en el plano cuantitativo y cualitativo a esos principios y valores. La carrera no tendrá los mismos obstáculos si disponemos a lo largo de su recorrido solo el pluralismo político y la libertad que si también incluimos la dignidad, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad o la inherencia e inviolabilidad de ciertos derechos. Mientras que el pluralismo político se vería plenamente colmado en una reforma del artículo 14 CE que respetara en su elaboración la participación de todas sensibilidades políticas, no podríamos decir otro tanto de si se mantiene la dignidad de aquellos a quienes se pretende despojar de su derecho a la igualdad por su condición racial, por ejemplo. Es aquí donde entra en juego, también, ese aspecto cualitativo del que hablábamos y que obliga a dotar de contenido a términos como dignidad. La formulación abierta (quién sabe si intencionalmente abierta) que hace el TC no permite respuestas tajantes, pero sí que permite vislumbrar un panorama menos pacífico del que a veces se dibuja.

También habrá otro factor que influirá decisivamente si nos apoyamos en un modelo de democracia sustantiva o procedimental. El segundo modelo supone que la mayoría imperante en cada momento podrá aprobar leyes cuyo contenido no tendrá límite alguno siempre que se respete el modo en el que esas leyes deben aprobarse; el primer modelo, en cambio, partirá de que hay ciertos derechos inalterables y a cuyo aseguramiento deben acudir las garantías formales del sistema, por lo que en este último escenario las mayorías tendrán vetadas ciertas decisiones que atenten contra esa sustancia de la que está hecha la democracia⁵⁵⁹. Ya que hablamos de sustancia, podemos reconducir la cuestión a terminología aristotélica para decir que, en una democracia procedimental, la sustancia es el proceso seguido por la mayoría y el accidente es el contenido de la norma, mientras que, en la democracia sustantiva, la sustancia será el contenido que la mayoría tiene que aceptar y el accidente será el procedimiento.

De todos modos, si recuperamos lo dicho *ut supra*, la democracia procedimental más canónica ha quedado en entredicho en sistemas constitucionales como el español, donde no podemos hablar de una

⁵⁵⁸ GONZÁLEZ GARCÍA, I.: *La indivisibilidad de la nación: límite expreso a la reforma de la CE1978*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, *passim*, pp. 61-74. Para el jurista, el carácter no militante de nuestra democracia no sería un óbice para tal conclusión (vid. *ibid.*, pp. 162-169).

⁵⁵⁹ TAJADURA TEJADA, J.: “Libertad de expresión...”, cit., p. 236.

diferencia rígida entre forma y fondo porque esta ejerce un influjo determinante sobre aquella. La consecuencia de ese sistema híbrido es que la neutralidad no sea la respuesta ante ciertas manifestaciones que pretenden cobijarse bajo la libertad de expresión, y ello con independencia de si el orador es político o no. En primer lugar, porque, incluso desde postulados estrictamente neutros, entendemos que no puede operar una indiferencia jurídica ante ataques verbales a ciertos grupos *status quo* mediante y sin articular los mecanismos de reforma procedentes, por lo que, *a fortiori*, poca neutralidad cabrá esperarse en un sistema mixto; en segundo lugar, porque en nuestro modelo es imposible soslayar sistemáticamente la pregunta por la sustancia al ser una parte de esta inherente al orden constitucional vigente.

A fin de cuentas, tampoco debería sorprendernos en exceso que no vivamos en un sistema plenamente neutro (si es que acaso eso no es una quimera que atenta contra la materia humana esencialmente subjetiva que impregna nuestro quehacer). La Constitución se postula expresamente a favor de una educación que contenga unos mínimos valores vinculados a su vez con valores constitucionales generales. Se explica así que tengamos un artículo como el 27.2 CE, que marca como objetivo de la educación el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, lo que ha dado lugar (no sin mucha polvareda) a asignaturas como Educación para la Ciudadanía.

A la luz de ese precepto constitucional, no puede dudarse de que la Constitución es ella misma fuente de matices a la neutralidad porque, *a sensu contrario*, no cabe una educación cuyo objetivo sea el nulo desarrollo de la personalidad humana o la falta de respeto hacia los principios democráticos de convivencia y a los derechos fundamentales. La Carta Magna añade, además, que la educación básica es obligatoria (y gratuita), por lo que la combinación de ambas normas obliga a que se eduque a todos los ciudadanos con base en esos mínimos, lo que se ve reforzado por la constitucionalidad de no permitir la educación en casa o *home schooling*⁵⁶⁰. Ello, sin embargo, no institucionaliza el adoctrinamiento como actitud constitucionalmente aceptable porque el artículo 27.3 CE reconoce a los padres el derecho a que en el espacio educativo público sus hijos puedan recibir enseñanza religiosa y moral acorde con sus convicciones⁵⁶¹, aunque tampoco ese derecho es de una intensidad tal que permita una objeción de conciencia a materias curriculares como la mencionada Educación para la Ciudadanía⁵⁶².

Incluso si se negara ese punto de partida axiológico, lo que es incuestionable es que el reconocimiento constitucional de la libertad de expresión viene con el sempiterno compañero de viaje de los límites a

⁵⁶⁰ Vid. la STC n.º 133/2010, de 2 de diciembre.

⁵⁶¹ GAVARA DE CARA, J.C.: *El principio...*, cit., pp. 140-141.

⁵⁶² Vid. la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009, cuyo criterio confirmó la dictada por el mismo Tribunal Supremo el 12 de noviembre de 2012.

todo derecho. No hay fórmula tan llamativa como *Congress shall make no law*, por lo que tomar como punto de partida el enorme *breathing space* del que goza el *free speech* en Estados Unidos⁵⁶³ y tratar de aplicarlo al sistema español está condenado a ser un capítulo que no casa con el resto del libro.

b) Libertad de información

Si nos adentramos en la libertad de información, es este último vocablo (información) el eje sobre el que pivota el derecho, entendido en términos de mensaje informativo⁵⁶⁴ como subespecie del mensaje que – hemos visto – constituye el punto de apoyo de ambas libertades, lo que en el caso de la información engloba las facultades de investigar, recibir y difundir esos mismos mensajes informativos⁵⁶⁵. De esta manera, se cubren todas las acciones implicadas en el proceso comunicativo, que van desde sus actos preparatorios hasta su final consumación en manos del destinatario (la mayoría de las veces completamente desconocido para el inicio, tanto *ab initio* como *ex post* el proceso comunicativo), quien a su vez puede tornarse en emisor para otros destinatarios, y así sucesivamente en una cadena en principio cubierta por ese derecho a la información. En la medida en la que ese mensaje informativo es el centro del derecho, a él deberemos acudir para analizar la constitucionalidad del ejercicio que se pretende tutelar por quien trata de acogerse a él. Por ello, la Constitución adjetiva la información constitucionalmente protegida, a diferencia de lo que hace con la opinión, en la que carecemos de un término análogo, ya que exige que esa información sea *veraz*, lo que exige ciertas precisiones porque ello nos dirige directamente hacia la idea de verdad⁵⁶⁶.

Podemos distinguir dos tipos de verdad, la óptica y la lógica, donde la primera responde a las cosas tal y como son (sentido absoluto), mientras que la segunda alude al conocimiento que podemos tener de esa realidad y cómo lo expresamos (sentido relativo)⁵⁶⁷. Si bien lo ideal sería situarnos permanentemente en el primer estadio, lo cierto y verdad (valga la redundancia) es que es difícilmente exigible, y menos si hablamos de un derecho fundamental que ha de tener cierto margen de *humanidad*. Por ello, la veracidad a la que alude el texto constitucional se traduce en imponer a quien pretende esgrimirlo (normalmente, un periodista, pero no necesariamente como veremos) un deber de diligencia a fin de que la verdad que comunique sea fruto del máximo esfuerzo posible por aprehenderla⁵⁶⁸, con lo que manejamos un concepto de verdad aproximativa⁵⁶⁹ que incide más en las

⁵⁶³ RUTHERFORD INSTITUTE: Brief of the Rutherford Institute as *amicus curiae* supporting petitioner, n.º 19-1108 of the Supreme Court of the United States, 9th April, 2020.

⁵⁶⁴ BEL MALLÉN, J.I.: “El derecho...”, en BEL MALLÉN, J.I. / CORREDOIRA Y ALFONSO, L. (DIRS.): *Derecho...*, cit., p. 216.

⁵⁶⁵ DESANTES GUANTER, J.M.: *Derecho de la información II. Los mensajes informativos*, Colex, A Coruña, 1994, p. 15.

⁵⁶⁶ Real Academia Española (s.f.). Veraz. En Diccionario de la lengua española. Recuperado el 17 de marzo de 2024 de <https://dle.rae.es/veraz>.

⁵⁶⁷ BEL MALLÉN, J.I.: “El ejercicio del derecho a la información y sus excepciones”, en BEL MALLÉN, J.I. / CORREDOIRA Y ALFONSO, L. (DIRS.): *Derecho...*, cit., p. 218.

⁵⁶⁸ SINOVA GARRIDO, J.: *Comunicación y verdad*, CEU – Universidad San Pablo, Madrid, 2013, p. 9; RODRÍGUEZ RUIZ, B.: *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 523.

⁵⁶⁹ DE LERMA GALÁN, J.L.: “El derecho a recibir información veraz en el sistema constitucional. El ejercicio profesional del periodismo como garantía democrática”, *Estudios de Deusto* 66, n.º 2, p. 442.

obligaciones del sujeto que en la realidad del objeto a fin de hacer plausible el ejercicio de este derecho⁵⁷⁰.

Para SINOVA GARRIDO, esta exigencia *ex Constitutione* es comprensible para disipar dudas sobre el concepto de información, si bien entiende que va de suyo en ese término (la información o es veraz o no es información como exigencia del público y la ética, al que ahora se añade la capa de la ley)⁵⁷¹ como alternativa a la opinión de la que nos habla el artículo 20.1a CE; de lo contrario se consagraría un derecho a mentir abiertamente⁵⁷². Siguiendo a ese autor, para que esa obligación de tender a la verdad óntica recaiga legítimamente sobre el profesional de la información (está pensando eminentemente en un periodista), han de darse los siguientes tres ingredientes en la sociedad: clima de libertad política y social, clima de libertad en el medio de comunicación y cultivar la independencia personal⁵⁷³. La traslación a todo no profesional de la información es sencilla porque solo será necesario prescindir del segundo clima por ser el medio social en el que directamente se desarrolla esa labor informativa.

Respecto de esos mensajes informativos, cabe predicar dos notas que, si bien parecen parcialmente excluyentes, se complementa porque abordan esa información desde dos prismas diferentes: nos referimos al principio de universalidad y de generalidad. El primero apela al sujeto activo del derecho (que puede ser activo y pasivo a su vez en el proceso comunicativo, pero que en cualquier caso ostenta la titularidad de tal facultad) y nos marca que todos los ciudadanos sin límite subjetivo tenemos derecho a la información, mientras que el segundo apela al contenido y sí admite ciertas restricciones *rationae materiae*⁵⁷⁴. El peaje de la veracidad, junto con otros límites constitucionales a la libertad de información (que comparte con la de expresión) harán que no podamos decir que esa cara objetiva sea universal, y de ahí que se opte por la generalidad.

Una de las primeras sentencias en las que el TC se pronunció sobre el estándar de la verdad fue la ya vista 172/1990, siguiendo la estela dejada por la STC n.º 105/1990 (vid especialmente FJ 5) y que sirve de referencia para otras posteriores como la STC 139/2007, de 4 de junio. En el FJ noveno de esta última, el Tribunal sistematiza el contenido de esa veracidad del caudal de resoluciones antecedentes para afirmar que no se exige la verdad absoluta (identificada con la óntica), ni tampoco con ninguna verdad incontrovertible, sino que se exige la diligencia al comprobar la verdad de la noticia y el cotejo de la información transmitida a partir de un contraste con datos objetivos o con

⁵⁷⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites del ejercicio de los derechos fundamentales de información y de expresión: ¿una nueva sensibilidad de los Tribunales?”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 29, p. 395. La STC n.º 158/2003, de 15 de septiembre, precisa que la prueba ha de versar sobre los hechos, datos o fuentes de la información empleada para confeccionar el mensaje (FJ 6).

⁵⁷¹ SINOVA GARRIDO, J.: *Comunicación...*, cit., pp. 7-8.

⁵⁷² Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 321.

⁵⁷³ SINOVA GARRIDO, J.: *Comunicación...*, cit., pp. 34-36.

⁵⁷⁴ BEL MALLÉN, J.I.: “El ejercicio...”, en BEL MALLÉN, J.I. / CORREDOIRA Y ALFONSO, L. (DIRS.): *Derecho...*, cit., pp. 219-221.

fuentes solventes. El reverso de la moneda es que no habrá protección constitucional para quien muestre un manifiesto desprecio por la verdad o una negligencia e irresponsabilidad al transmitir cierta noticia⁵⁷⁵, lo que necesariamente ha de interpretarse en términos expansivos del derecho fundamental para evitar tender a una absolutización de la verdad como medio y no como fin⁵⁷⁶. Algo similar ocurrió con la STC n.º 68/2008, de 23 de junio, que negó el amparo a los autores de un artículo intitulado “Visado barato, amigo” por considerar que, si bien la información podía ser de interés público, la veracidad no había hecho acto de aparición en relación con la atribución a tres hermanos de haber formado una red de tráfico de pasaportes en el Consulado español de Casablanca.

Ese estándar impide una aproximación absoluta *ex ante* al caso concreto, puesto que es imprescindible comprobar con los concretos detalles del supuesto de hecho cómo se ha comportado el emisor del mensaje informativo. En la recientemente citada STC 158/2003, el Tribunal expone los parámetros para enjuiciar la constitucionalidad del pretendido ejercicio de la libertad de información a partir de la esencialidad o accidentalidad de la falsedad informativa, la gravedad de los hechos imputados (con especial trascendencia si son de índole penal porque también se enmarcan en la presunción de inocencia), las medidas indagatorias implementadas por el emisor para cotejar los datos que ha recibido e integrado en el texto, así como el contacto con la persona afectada de ser posible tal aproximación (FJ 4). Si bien el primer aspecto a considerar (si lo inveraz es esencial o accidental) podría parecer desconectado de la diligencia exigible, realmente está íntimamente relacionado con ella del mismo modo que lo está la gravedad de los hechos porque no tendrá el mismo desvalor que la falsedad recaiga sobre cuestiones incidentales o sobre hechos menores que sobre cuestiones nucleares o hechos de notable repercusión. El principio de proporcionalidad impone esa diferenciación a fin de ser generosos con el espacio del que dispone la libertad de información si no hay una inequívoca afectación de otros bienes constitucionalmente protegidos.

A las anteriores consideraciones hemos de sumar las relativas al reportaje neutral, construcción doctrinal del TC que encontramos ya en su sentencia n.º 240/1992, de 21 de diciembre y que ha sido refrendada por otras como la número 76/2002, de 8 de abril, o la 53/2006, de 27 de febrero. Opera como un mecanismo atenuador de la diligencia en la búsqueda de la verdad siempre que no haya duda sobre que la información procede de otro medio de comunicación al que se identifica⁵⁷⁷, de tal suerte que el medio que lo comparte no lo asume como propio ni lo reelabora. En caso de que la noticia se use como pretexto para, a su calor, desarrollar una línea argumental propia, no podrá calificarse ese reportaje como *neutral* y, por lo tanto, volveremos a la casilla de salida en cuanto al umbral de

⁵⁷⁵ Es inevitable ver la relación con la formulación que el TS estadounidense acuñó — por 7 a 2 — en *New York Times v. Sullivan* (376 U.S. 254, 1964) en materia de difamación a cargos públicos. En concreto, el Tribunal revocó la condena al diario neoyorquino por entender no concurrente ni *actual malice* ni *knowledge or reckless disregard for its falsity*.

⁵⁷⁶ Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 322.

⁵⁷⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. / LLOP TORDERA, J.: “La doctrina del reportaje neutral como respuesta a la colisión entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información”, *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 36, p. 277.

diligencia exigible. La piedra de toque es, pues, si estamos ante una labor meramente transmisora del informante o si esa transmisión es el pretexto para introducir valoraciones y no se trata del punto final de esa labor informativa (vid. STC 136/2004, de 13 de septiembre, FJ 2).

A este respecto, cumple decir que el TEDH sí ha dotado al periodista o profesional de la información en general de una posición verdaderamente privilegiada en materia de libertad de información de la que carecen el resto de los ciudadanos que pretenden acogerse a este derecho⁵⁷⁸. No solo eso, sino que el TEDH con su jurisprudencia ha enviado un claro mensaje a los Estados para que protejan activamente la integridad profesional de los periodistas como actores predilectos en la difusión de la información⁵⁷⁹. Por ello, es altamente frecuente que cuando el caso en cuestión tiene a un periodista como sujeto sancionado, amonestado o, en general, reprimido en su libertad de información, el TEDH sea particularmente sensible a su posición.

No podemos descuidar tampoco el flanco del interés público (que tampoco se encuentra en el texto constitucional⁵⁸⁰) asentado por la STC n.º 171/1990, de 12 de noviembre (es la sentencia hermana de la 172/1990), el Tribunal lo entendió concurrente cuando el personaje sobre el que versaba la información fuera de interés público o bien los hechos noticiados lo fueran, pasando en estos casos la veracidad a un plano algo inferior por la indudable afectación que la cuestión o el personaje tienen para el común de la sociedad. Solo así se explica que, en el ámbito del TEDH, se considerara amparado por el artículo 10 CEDH un reportaje sobre el asesinato del político sueco Olof Palme por más que finalmente se advirtiera que la información era falsa (STEDH *White c. Suecia*, de 19 de septiembre de 2006, con la STEDH *Erla Hlyusdóttir c. Islandia*, de 2 de junio de 2015, siguiendo la estela de aquella). La veracidad tiene más de subjetivo que de objetivo⁵⁸¹ por esa exigencia de diligencia como medio y no como fin, por lo que el resultado de adecuación no tiene la última palabra atendidas las circunstancias mitigantes, sobre todo cuando se priorizan otras cuestiones como una opinión pública informada (aunque a veces sea a costa del error en la información, aceptable siempre que se mantenga bajo cierto umbral).

Para concluir con este punto, nos referimos a las críticas que la veracidad ha recibido por quienes consideran que es demasiado limitador de la libertad del informante. Si bien pareciera, *prima facie*, un requisito favorecedor de la eficacia del derecho, el reverso de la moneda es que su inexistencia genera la ausencia del derecho con independencia de que se haya afectado a algún bien jurídico de igual o análoga relevancia a la libertad de información, como cuando se dice que no está amparado por esa

⁵⁷⁸ LAZCANO BROTONS, I.: “Artículo 10...”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (COORD.): *Convenio Europeo...*, cit., pp. 488-489.

⁵⁷⁹ BUSTOS GISBERT, R.: “Los derechos...”, en GARCÍA ROCA, F.J. / SANTOLAYA MACHETTI, P. (COORD.): *La Europa...*, cit., pp. 754-755.

⁵⁸⁰ GONZÁLEZ BALLESTEROS, T.: “Doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertades de expresión y de información”, en BEL MALLÉN, J.I. / CORREDOIRA Y ALFONSO, L. (DIRS.): *Derecho...*, cit., p. 811.

⁵⁸¹ Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 322.

libertad publicar que mañana lloverá cuando no se ha realizado la más mínima comprobación al respecto. Incluso podríamos pensar en afectaciones leves a bienes como el honor, que en ningún caso tendrían incidencia real en ese derecho si el perjudicado reclamara por ello. Por ello, se propone limitar la libertad de información solo cuando exista un ilícito civil o penal en su ejercicio⁵⁸².

Este planteamiento, ciertamente sugerente, creemos que no tiene en cuenta la diferencia entre la libertad de expresión e información. Puesto que ya hemos visto que el criterio subjetivo como distinción entre ambos es insuficiente, hemos de acudir a un criterio objetivo que atienda a la naturaleza del mensaje, lo que nos conduce a preguntarnos cómo se ha elaborado su contenido. Prescindiendo de la afectación a otros bienes jurídicos, si estamos ante afirmaciones a las que no ha antecedido la más leve y ligera comprobación, parece difícil encuadrarlas como información porque realmente el emisor pretende compartir una visión plenamente subjetiva basada en sus creencias y no en ninguna ciencia, por lo que en tal caso lo que entrará en juego es su posible protección conforme a los estándares de la libertad de expresión.

c) Titularidad del derecho a la libertad de expresión y de información

La titularidad de la libertad de expresión y de libertad de información corresponde a todas las personas⁵⁸³ como refleja la ya mencionada sentencia del TC n.º 176/1995, de 11 de diciembre. Pues bien, decíamos que, en la dicha sentencia, y más concreto en su fundamento jurídico segundo, se afirma que “Los titulares de este derecho subjetivo en que se traduce al lenguaje jurídico la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones, derecho fundamental además con una más intensa protección por tal naturaleza, sus sujetos activos, somos todos los ciudadanos, sin ceder a la tentación de identificar el fin y los medios, la función y sus servidores. Ahora bien, existen algunos cualificados, como son en principio los periodistas que prestan un trabajo habitual y retribuido, profesional, por tanto, en los medios de comunicación, como síntesis de la definición que encabeza el proyecto de Carta Europea.” Vemos aquí cómo ya empiezan a despuntar ciertos sujetos, especialmente cuando hablamos de la libertad de información.

A la vista de ese papel preponderante que ostentan ciertas personas, continúa en ese mismo fundamento jurídico, con cita de las sentencias del TC n.º 165/1987, de 27 de octubre, y n.º 76/1995, de 22 de mayo, razonando que “En tal sentido ha dicho este Tribunal que la protección constitucional de la libertad de expresión alcanza un máximo nivel cuando es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la

⁵⁸² SANTAOLALLA LÓPEZ, F.: “Jurisprudencia...”, cit., pp. 189-190.

⁵⁸³ Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 320. Si bien corresponde a personas naturales (ciudadanos y extranjeros) y a jurídicas por un igual, algunos ámbitos como el artístico difícilmente admitirán que sean personas jurídicas las que lo hagan valer en la práctica. Esta afirmación puede relativizarse en función del desarrollo que herramientas como la inteligencia artificial pueden tener a nivel técnico y jurídico.

prensa, entendida en su más amplia acepción, donde se incluyen sus modalidades cinematográfica, radiofónica o televisiva, cuya actividad hemos calificado también como función constitucional por formar parte del sistema de frenos y contrapesos en que consiste la democracia, según dijeron en 1812 las Cortes de Cádiz, para prevenir la arbitrariedad de los que nos gobiernan.”

Ahondando en la titularidad del derecho a la libertad de información, una de las dos resoluciones aludidas al hablar sobre la sentencia Makoki, la n.º 165/1987, asienta una doble vía de protección al derecho a la información que distingue entre quienes serían sus titulares predilectos y quienes, por asimilación con la concomitante libertad de expresión, también pueden disfrutar de sus mieles, aunque en menor grado. En su fundamento jurídico décimo, y haciéndose eco de la doctrina de las *preferred freedoms* ya vista, discurre que “Este valor preferente alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa, entendida en su más amplia acepción.”

Pero, como decíamos, no se encapsula esa libertad en los periodistas, sino que “Esto, sin embargo, no significa que la misma libertad no deba ser reconocida en iguales términos a quienes no ostentan igual cualidad profesional, pues los derechos de la personalidad pertenecen a todos sin estar subordinados a las características personales del que los ejerce, sino al contenido del propio ejercicio, pero sí significa que el valor preferente de la libertad declina, cuando su ejercicio no se realiza por los cauces normales de formación de la opinión pública, sino a través de medios, tan anormales e irregulares como es la difusión de hojas clandestinas, en cuyo caso debe entenderse, como mínimo, que la relación de preferencia que tiene la libertad de información respecto al derecho al honor se invierte a favor de este último, debilitando la eficacia justificadora de aquélla frente a lesiones inferidas a éste.” La ampliación del ámbito subjetivo viene condicionada, se ve, por una limitación de ese derecho al introducirse una suerte de *extraneus* al que el TC se siente en la obligación de incluir sin desdibujar la particularidad de la libertad de información.

La cuestión de la titularidad, que podría parecer *prima facie* evidente en una sociedad democrática como la nuestra, quizá no sea tan meridianamente clara sobre todo con la libertad de expresión, y es que resulta conveniente distinguir entre titularidad formal y titularidad material⁵⁸⁴. En su virtud, podemos dar cuenta de quiénes son realmente aquellos que, en la práctica, pueden esgrimir la libertad

⁵⁸⁴ Toamos esa dupla a partir de las categorías de título formal y título material del ámbito del Derecho Civil. De acuerdo con la doctrina civilista (vid. VVAA: *Sistema de Derecho Civil, volumen III, tomo I*, Tecnos, Madrid, 2019, p. 230) y si bien existen diferentes posiciones, en términos generales podemos decir que, para acceder al Registro de la Propiedad, todo documento ha de reunir un requisito material (también conocido como título material) y uno formal (también conocido como título formal). El primero exige un determinado acto o negocio jurídico *ex* artículo 2 LH (acto o documento con trascendencia real que modifique ya o en el futuro algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales), mientras que el segundo impone que el documento adopte una de las modalidades previstas en el artículo 3 LH (escritura pública, ejecutoria o documento auténtico). Por lo tanto, no solo importa la forma que el documento adopte, sino que ha de ceñirse a ciertos presupuestos materiales para inscribir documento en cuestión.

de expresión como un derecho fundamental (subjetivo) de aquellos que, de nuevo en la práctica, siempre o casi siempre se verán privados de ella. Permítaseme explicarme.

Titular de un derecho es, por definición, aquella persona física o jurídica (no entraré ahora en la posible y espinosa titularidad de derechos por animales no humanos) a la que el ordenamiento jurídico le reconoce la posibilidad de valerse de él, especialmente cuando por parte de un tercero se pone en tela de juicio que así sea. La titularidad se revela, a nuestro entender, siempre en el marco de confianza por parte de esas personas físicas o jurídicas sobre que pueden ordenar ciertas facetas de su vida con la razonable expectativa de que el sistema normativo los amparará si alguien pretende quebrar esa legítima confianza. Puede que, en ocasiones, esa previsión de protección se vea frustrada por una interpretación de los validadores formales o informales (hoy en día estos últimos, en forma de redes sociales, han adquirido un peso fuera de toda duda) que les restrinja lo que hasta ese momento pensaban parte integrante la libertad de expresión (la reflexión vale para todos los derechos, pero nos centraremos ahora en este).

Mientras que esa frustración es parte indispensable de cualquier sociedad en la que todos han de aceptar una moderada insatisfacción por no ser el centro sobre el que todo gravita (y ello ciertamente no cuestiona ninguna titularidad, sino concretos ejercicios), cabe preguntarnos qué ocurre cuando hay segmentos de la población que sistemáticamente se verán excluidos en la inmensísima mayoría de los casos de la protección a su ejercicio de la libertad de expresión. Podemos seguir sosteniendo que, sobre el papel, son tan titulares de ese derecho como el resto de la población, pero el día a día será un escollo difícil de sortear por su impasible e incesante tónica. Se dará la paradoja de que su titularidad nunca se verá refrendada en el marco de esas situaciones controvertidas, y los pocos casos en los que no se les moleste por sus opiniones quizá respondan a un ejercicio tan anodino e insustancial que a nadie les interesará, lo que nos llevará a plantearnos si eso es el ejercicio de un derecho fundamental o una vía de hecho (en los términos de la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 120/1990, de 27 de junio) tolerada socialmente.

Se podrá aducir que esa persona que siempre se da de bruces contra el ordenamiento jurídico es tan titular como el resto de la libertad de expresión y que el único problema es que sus concretos ejercicios son contrarios al contenido que se le atribuye. Ciertamente no le faltará razón a quien así argumente porque, como decíamos antes, en un plano formal puede cumplir con todos los requisitos para ser tan titular como cualquier otro; aun así, creemos que se nos está escapando algo. Puesto que ese algo nos parece que entronca con el papel que juega la libertad de expresión en nuestra sociedad democrática y de Derecho, estimamos procedente ahondar un poco más en ello.

La dupla que forman la titularidad y el ejercicio de un derecho nos conduce a lo que exponíamos antes sobre que la primera se revela en la segunda por mor de la ortopraxis, esto es, uno solo es titular de aquello que se ejercita – o podría ejercitarse – *secundum legem*, con lo que teoría y práctica se retroalimentan: se nos respeta siempre que respetemos el contenido del derecho, pero a su vez ese contenido del derecho se va perfilando a través de los usos y abusos con los que los operadores jurídicos se van topando y que dan forma al derecho en cuestión. Hasta aquí, la libertad de expresión no se distingue de ningún otro derecho, fundamental o no, porque nadie es titular de algo que se construye con base en la propia voluntad del interesado, lo que está en perfecta consonancia con la analogía predicable del artículo 1256 CC (“La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”, donde la Constitución sería el contrato fundacional de nuestro sistema jurídico-político).

Resulta, no obstante, que la ortopraxis de la libertad de expresión tiene, a diferencia de prácticamente todos los derechos fundamentales restantes, mucho de ortodoxia por su propio ámbito de aplicación. El correcto ejercicio de tal libertad parece exigir de sus teóricos titulares una mínima adecuación a la sensibilidad social en la que las opiniones vertidas se incardinan (ortodoxia, a fin de cuentas), de tal suerte que la tolerancia ejercida por el colectivo no está hecha de un material carente de un punto de ruptura. Por lo tanto, el derecho llamado a permitir ir contracorriente (a qué fin se reconoce un derecho a expresarse libremente si no es para verbalizar lo que se desvía de los cauces mayoritarios) encuentra la horma de su zapato en algunas posiciones cuya contradicción le está vetada, de tal suerte que el margen de actuación de unos tenderá abrumadoramente a situarlos en situaciones permanentes de desobediencia⁵⁸⁵. Si bien luego veremos que ello no ha de erigirse en un impedimento absoluto para proscribir el discurso de odio, no es una cuestión que haya de pasarse por alto.

Podrá decírsenos que todo derecho fundamental es el resultado de un sustrato ideológico, de un *debe ser* proyectado sobre las específicas facultades a las que habilita cada derecho. Nada objetaremos a ello ya que esta opinión es, a nuestro juicio, sensatamente realista, especialmente cuando hablamos de derechos de primer nivel como los fundamentales, pero igual de cierto es que, en el caso de la libertad de expresión, la ideología – en su sentido etimológico a partir de la raíz “ideas” – entronca con el derecho *en sí* y es el que con mayor intensidad se ve influido por la ideología imperante en cada momento. Consideramos, por ello, que hablamos de un derecho en el que su titularidad tarde o temprano impone un débito no menor a los ciudadanos de una adhesión personal e íntima de una magnitud cualitativamente muy superior a otros, de tal suerte que esa titularidad quede en agua de borrajas para quienes contumazmente se sitúan en los márgenes del sistema y de quienes se pide un viraje casi ontológico para predicarse una titularidad que trascienda del papel.

⁵⁸⁵ FALCÓN TELLA, M.J.: “La sociedad abierta de Karl Popper como precedente de la doctrina de la posición precedente”, en TENORIO SÁNCHEZ, P.J. (COORD.): *La libertad de expresión...*, cit., p. 33.

3.5.4. Límites a la libertad de expresión e información

Con independencia del alcance profundo que demos a cada derecho fundamental, el reconocimiento mismo de que hay una serie de barreras inquebrantables ha sido el fruto de largos años de luchas por hacer que calara en la sociedad la convicción de que las discrepancias de todo tipo se dirimen mejor cuando cada cual tiene una expectativa razonable de que su vida no se verá marcada por ser de un bando o de otro, o de ninguno. Y para que los reductos de personalidad que constituyen los derechos fundamentales no queden al albur de actos de las mayorías cuyo potencial lesivo se haga valer desde los cuasi omnímodos resortes de los poderes públicos, es imprescindible una amplia cobertura por parte del TC y la jurisdicción ordinaria. Incluso para quienes los derechos fundamentales son contingentes y no inmanentes, creemos que no es descabellado que no todas las contingencias pesen por un igual. A ello acude en nuestra ayuda, de nuevo, el citado artículo 10.1 CE, aunque en esta ocasión por su alusión a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, dignidad sobre la que luego volveremos con mayor detalle. Asimismo, disponemos de la remisión que el artículo 10.2 CE hace a los tratados internacionales suscritos por España, de entre los que destaca la DUDH con sus criterios limitativos *ex* artículo 29.2.

Visto lo anterior, parece natural que abordemos los límites a la libertad de expresión y de información para conocer hasta qué punto esa ortodoxia afecta a la ortopraxis. A la luz de la cuestión de los límites en los términos generalmente abordados más arriba para todo derecho fundamental, hemos de significar que el artículo 20.4 CE contiene una serie de límites explícitos: los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución, el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. Asimismo, disponemos también explícitamente de un límite a los límites: la interdicción de la censura previa⁵⁸⁶. En cuanto al posible límite de los delitos de odio, por una cuestión de sistemática lo desarrollaremos en el siguiente capítulo, si bien algunas de las cuestiones que aquí abordamos deberán enlazarse con lo que tratemos allí.

En la definición de los límites, la técnica de la ponderación ha tenido una importancia fuera de toda duda. La idea de ponderación nos remite a una distinción propuesta por ALEXY entre reglas y principios, cuya acogida implícita tendría plena cabida en nuestro sistema constitucional, en gran medida por la doctrina emanada por el Tribunal Constitucional y, en menor medida, por la dicción del artículo 20.4 CE. Haremos aquí un alto en el camino para explicar en qué consiste esa doble vía de ALEXY y luego justificaremos por qué decimos que la literalidad constitucional solo apoya en cierta medida esa ponderación. Completados esos pasos, seguiremos analizando la doctrina emanada del Alto Tribunal en materia de proporcionalidad aplicada a la libertad de expresión, lo que nos permitirá advertir los contornos fijados por el TC.

⁵⁸⁶ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Libertad de expresión...*, cit., p. 18.

a) Reglas y principios

Para ALEXY, que se declara continuador de la teoría analítica de la jurisprudencia de conceptos⁵⁸⁷, lo que se entiende por norma cabe descomponerlo en dos clases según su estructura: reglas y principios⁵⁸⁸. Las primeras son normas que obligan a un hacer o a un no hacer en términos absolutos, mientras que las segundas son normas que prescriben solo en términos relativos, es decir, dentro de las posibilidades que ofrezca la situación en la que tengan que aplicarse. No en vano se ha considerado también a estas últimas como mandatos de optimización⁵⁸⁹, aunque ello haya sido matizado *ex post* por ALEXY. La distinción, como se ve, no es de orden cuantitativo, sino cualitativo, porque la aplicación de los principios permite su graduación a partir del ya mencionado juicio de ponderación, que se despliega mediante la ley de la ponderación⁵⁹⁰. En esta tesitura, una norma se ve desplazada por la otra solo en un caso concreto, pero en ningún caso la antinomia se soluciona declarando la nulidad de una norma o fijando una excepción permanente a ella. Rendimientos pasados no aseguran rendimientos futuros y ello se trasladará a que cada caso obligará a un estudio pormenorizado de cómo interactúan los principios entre sí para fijar la solución concreta.

Uno de esos dos fenómenos (nulidad o excepción) sí que acontece, en cambio, cuando el conflicto surge entre dos reglas porque su carácter absoluto solo permite dos alternativas, nulidad o excepción⁵⁹¹, por no tratarse de ponderar, sino de subsumir, donde la excepción jugaría un papel atemperador del rigor validez-invalidéz. La ponderación se asienta, en suma, sobre dos postulados: a saber, que habitualmente nos encontraremos con que los principios entran en conflicto entre sí y ello nos obligará a sacrificar uno de ellos en pos del victorioso en el conflicto, así como que para alcanzar el resultado – no necesariamente el correcto – en el juicio ponderativo deberemos emplear criterios racionales⁵⁹².

Esta teoría guarda cierta similitud con la propuesta por DWORKIN, pero ALEXY nos señala las dos diferencias entre ambas. Una estribaría en que ALEXY defiende una teoría débil de los principios porque no considera, como sí lo hace DWORKIN (quien, por contraposición, tendría una aproximación fuerte al respecto), que la teoría contenga una priorización preordenada entre los varios principios aplicable a los juicios de ponderación⁵⁹³. La otra separación entre uno y otro es que ALEXY no descompone, a su vez, los principios en principios (*principles*) y directrices o políticas (*policies*),

⁵⁸⁷ ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022, cit., p. 46. Para Atienza, gran conocedor de la obra de Alexy, este se encuadra en el pospositivismo porque aún en su pensamiento una doble dimensión del Derecho, a saber, la fáctica y la ideal (vid. ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: *Comentarios e incitaciones. Una defensa del pospositivismo jurídico*, Trotta, Madrid, 2019, pp. 19-22).

⁵⁸⁸ ALEXY, R.: *Teoría...*, cit., p. 83.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, pp. 86-87.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 89.

⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 88.

⁵⁹² *Ibid.*, p. XXVI.

⁵⁹³ *Ibid.*, p. 95.

como sí hace DWORKIN, aunque para ATIENZA esta última división no produce grandes divergencias en la práctica porque es más una cuestión de presentación en el sentido de que las conclusiones son parejas y la diferencia es que algunas explicaciones son más claras y pacíficas que otras⁵⁹⁴.

De todos modos, esta división no es tan clara como pareciera porque vemos que el caso de la dignidad en ALEXY genera una formulación dual, es decir, una que la cataloga como regla y otra, como principio. Aunque hemos dicho antes que el jurista germano utiliza la Ley Fundamental como punta de lanza para universalizar su sistema, aquí encuentra la horma de su zapato a la vista de cómo se formula su primer artículo (“*La dignidad humana es inviolable*”), literalidad que parece incompatible con entender la dignidad como un principio. Ello conduce a ALEXY a admitir una doble vía o naturaleza bifronte del mismo precepto sobre dignidad (es importante destacar que no hablamos de dos normas de derecho positivo diferentes, sino de una sola norma), que es, a la vez, regla y principio, y que se resuelve de la siguiente manera: la dignidad es una regla que, por su apertura semántica, admite varias formulaciones que se resuelven *ad casum* a través de la contraposición entre el principio de dignidad y otros principios que se le contraponen⁵⁹⁵.

Tenemos la impresión de que estos vericuetos argumentativos son el precio nacional que ALEXY tiene que pagar para una formulación que parece chocar con ese primer artículo de la Constitución alemana. Plantear que en el seno de una regla yace un principio, y confinar esta situación en la dignidad sin ampliarla a otros derechos fundamentales, se nos representa como una contradicción interna insalvable porque desfigura la idea de regla como contrapunto a la de principio a la luz de lo que entendemos es una cuestión contingente (el concreto contenido de la Constitución teutona) que empaña en exceso una construcción teórica con vocación de trascender las fronteras alemanas. Si aceptamos que el juego ponderativo entre principios es el que dotará de contenido *ad extra* a la regla, estamos eliminando artificialmente el efecto anulador de las reglas porque su aplicación vendrá determinada por una previa confrontación de principios, de tal suerte que en todo caso difícil podremos usar a placer esa lucha de principios para evitar que una regla acabe siendo marginada por quien la niega.

Además, no se acaba de comprender por qué, si no es por las necesidades de derecho positivo que Alexy detecta en el ordenamiento alemán, no es posible ampliar esa disociación entre la regla *ad extra* y el principio *ad intra*. El criterio de la amplitud semántica no nos parece más convincente para la dignidad humana que para la vida o la libertad de expresión, ya que de lo contrario estaríamos diciendo que la Constitución es más explícita al regular unas que otras, lo que se compadece mal con el texto. Por otro lado, estaríamos diciendo que el constituyente ha sido más preciso semánticamente

⁵⁹⁴ Ibid., p. XXV.

⁵⁹⁵ Ibid., pp. 108-109. Alexy lo ejemplifica, entre otros, con el caso de la cadena perpetua, cuya constitucionalidad fue ratificada por el Tribunal Constitucional alemán al entender que la protección de la sociedad frente a delincuentes permanentemente peligrosos no conculca en absoluto la dignidad de los reos.

con principios puros que con aquella única regla que es inviolable, aproximación que desde una perspectiva axiológica carece de sentido.

En cuanto a cómo opera la ponderación, ALEXY ha de esforzarse en plantearla como un mecanismo racional para intentar zafarse de las acusaciones de que estamos ante una propuesta que ahonda en la arbitrariedad que conduce a la indefinición y a la ulterior impredecibilidad, para lo que sienta las bases de su método a partir de la interrelación en importancia que hay entre la satisfacción de uno y otros principios en liza. A fin de acometer con éxito esta operación interpretativa, tendremos que analizar lo que cada uno de esos principios ordena y, puesto que estamos ante lo que ya hemos calificado de mandatos de optimización, se tratará de ver cuál es la solución que confiere al sistema un mejor resultado teniendo en cuenta lo que se obtendría de priorizar unos u otros principios. Si bien ello no soluciona la papeleta a un afeamiento desde la óptica de soluciones materiales, sí que al menos nos dota del instrumento que ha de abrir la llave a solucionar los problemas que se nos plantean⁵⁹⁶.

Como era de esperar con esas premisas, para los detractores de la teoría formulada por ALEXY y acogida en nuestro ordenamiento jurídico, esta adolecería de irracionalidad⁵⁹⁷ por consagrar un juicio arbitrario y salomónico⁵⁹⁸, sin que ese armazón que acabamos de explicar amortigüe esos epítetos. Los resultados de un sistema así serán forzosamente la indeterminación permanente de los conceptos jurídicos y, con ello, la incertidumbre permanente sobre cuál será el resultado de la interpretación y aplicación de una norma. No habría respuestas correctas e incorrectas, sino simplemente criterios subjetivos aplicados por los tribunales, es decir, estaríamos ante una estructura vacía por partir de unos principios carentes de la más mínima claridad que conducirá a una disolución constitucional en el magma de la filosofía moral⁵⁹⁹. La consecuencia más directa de ello sería que los mandatos de optimización que son los principios eliminan la función de cortafuegos que, frente al poder político, está llamada a ejercer todo derecho fundamental subjetivo y que constituye su razón de ser⁶⁰⁰.

Por más que ni unos ni otros nos resultan enteramente convincentes, el planteamiento de los principios es más cercano a un entendimiento sincero del ineludible *debe ser* que constituye el Derecho, donde un pretendido estado de la cuestión como *es* resulta ilusorio. si bien *ad infra* hablaremos sobre los motivos que nos llevan a una comunión solo parcial con el binomio reglas-principios, e incluso a su superación. Ciertamente la idea de un orden objetivo de contenido predispuesto en aquello que carece de vocación trascendente, incluso cuando ello se pretenda predicar solo de supuestas reglas

⁵⁹⁶ Ibid., pp. 161-167.

⁵⁹⁷ HABERMAS, J.: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, p. 327.

⁵⁹⁸ JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 73.

⁵⁹⁹ GARCÍA AMADO, J.A.: “¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII, pp. 71-73.

⁶⁰⁰ ALEXY, R.: *Teoría...*, cit., p. XXVI.

formales⁶⁰¹, resulta ajena a cómo concebimos el Derecho en su conjunto y a cómo la realidad de la discrepancia sana e inteligente ha venido una y otra vez a golpear las más claras intuiciones al sumergirnos en un texto jurídico⁶⁰².

Sinceramente, a la vista de lo que hemos visto sobre las reglas y los principios, nos genera muchas dudas afirmar claramente que los límites explícitos previstos en el artículo 20.4 CE a la libertad de expresión permitan sostener con rotundidad su catalogación como regla o como principio. De ahí que, más arriba, dijera que la literalidad de nuestra Constitución parece ser menos contundente que la doctrina del TC, que indubitadamente sí acoge esa catalogación. Tres son las razones que nos llevan a esa situación de incertidumbre.

La primera razón es que la Constitución habla los de derechos reconocidos en el Título I, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen, en el honor, la intimidad y la protección de la infancia y de la adolescencia como si de excepciones se trataran porque el lenguaje parece rotundo⁶⁰³. Si leemos la fórmula limitativa en su conjunto, vemos que la legislación que desarrolle la libertad de expresión está a la par que el resto de las excepciones, con lo que, si de aquella legislación no ha lugar a la ponderación porque define el contenido del derecho, pareciera que igual corolario cupiera del resto de fronteras. El contenido del derecho, pues, se predicaría del juego entre un contenido mínimo que lo haga reconocible y los límites a los que, en pie de igualdad, nos remite el texto constitucional. La ponderación requiere que, en unos casos, el derecho-principio A ceda frente al derecho-principio B, situación que será inversa en otros casos, de tal suerte que haya un intercambio de golpes en el que ambos derechos reciban más o menos lo mismo que den⁶⁰⁴. ALEXY ya dejó claro que no estamos ante las matemáticas del derecho y cualquier intento de parametrizar el porcentaje de casos en un sentido u otro carece de sentido, pero aun así es evidente que no puede ser que lleguemos a la conclusión de que un principio cede salvo en un puñado de casos, porque entonces tendrá mucho más de regla que de principio.

El segundo motivo es que ningún otro artículo de ese Título I, ni siquiera el artículo 18 CE al que alude por su contenido, contiene una referencia cruzada a la libertad de expresión como límite al honor

⁶⁰¹ GARCÍA AMADO, J.A.: “¿Ductilidad...?”, cit., p. 82.

⁶⁰² Nos parecería imperdonable dejar de transcribir la elocuentísima reflexión de Benjamin Cardozo, juez del Tribunal Supremo estadounidense entre 1932 y 1938, sobre esta cuestión (la traducción es nuestra): “Sentía muy turbado mi espíritu, durante mis primeros años como juez, al percatarme de cuán insondable era el océano en el que estaba. Buscaba certezas. Buscaba certezas. Era oprimiente y descorazonador descubrir lo fútil que era mi empresa. Buscaba pisa tierra, la tierra sólida de reglas fijas y establecidas, el paraíso de una justicia que se revelaría más rotunda e inapelable que las pálidas y titilantes reflejos en mi propia conciencia y mente vacilantes. Descubrí, con los viajeros del Paracelso de Browning, que “el verdadero cielo está siempre más allá”. Con el paso de los años, a medida que he reflexionado más y más sobre el proceso judicial, me he reconciliado con la incertidumbre porque he aprendido que es inevitable” (vid. CARDOZO, B.: *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, 1921, p. 166).

⁶⁰³ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: “Los derechos fundamentales y la Constitución a los veinticinco años”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, año 2004, n.º 2, p. 28.

⁶⁰⁴ Así se entiende con meridiana claridad de lo que Alexy dice sobre que no hay precedencia absoluta de unos principios sobre otros. Vid. ALEXY, R.: *Teoría...*, cit., p. 95.

y a la intimidad que ese precepto consagra. Esta constatación entendemos que sirve para responder a una posible objeción al primer motivo de desconcierto, a saber, que el artículo 20.4 CE no actúa como salvedad singular, sino como criterio conscientemente plasmado de ponderación ante la preponderancia de conflictos que el constituyente previó entre ambos. Pero si tal debiera ser el estado de la cuestión, no se comprende muy bien por qué carecemos de esa mención refleja en el resto del articulado. La aparente unilateralidad de la excepción es congruente, por otro lado, con el panorama legislativo inmediatamente anterior a la aprobación de la Constitución, donde se había dado un peso no precisamente residual a otros intereses, especialmente al honor, como barrera insorteable para la libertad de expresión. Esto ayudaría a explicar también por qué, si ambos son principios y no reglas, no se incluyó ya en artículos precedentes al 20 CE una alusión a él y, en cambio, se esperó a formular este último derecho. De todos modos, evidentemente no podemos interpretar límites constitucionales con base en restricciones de un régimen no solo preconstitucional, sino inconstitucional en muchos aspectos⁶⁰⁵.

El tercer motivo, que casi es de perplejidad, radica en que uno de los límites a la libertad de expresión lo son *todos* los derechos del Título I, que incluyen por un igual derechos fundamentales y no fundamentales⁶⁰⁶. No hay parangón a esa salvedad en ningún otro derecho fundamental y quizá sea esta la clave interpretativa que, paradójicamente a pesar de ser la más desconcertante, nos permita vislumbrar que, al menos respecto de esos *otros derechos* que adolezcan de no ser fundamentales, la ponderación es la única solución sistemáticamente plausible en aras de evitar una perspectiva inaudita. Y circunscribimos inicialmente esa ponderación a los derechos metafundamentales porque no sería antisistemático o asistemático que los fundamentales sí fueran reglas en su interacción con tal libertad de expresión a modo de excepciones de esta.

Tanto una solución como la otra dejan, sin embargo, cierto regusto de extrañeza en el intérprete y quizá apunten a una reflexión de mayor calado, que no es otra que la distinción apuntada por ALEXY – y por extensión la de DWORKIN – pueda no encajar en nuestra Constitución si no es con algo de dolor textual. Bien podría ser que la teoría de ALEXY fuera tan cierta como inaplicable a nuestro texto constitucional, sin que ello reste pedigrí a nuestra Ley Fundamental. No obstante, es incuestionable que el TC ha mantenido una continuidad en su aplicación del juicio de proporcionalidad o ponderación

⁶⁰⁵ Véase la STC 77/1982, de 20 de diciembre. El *Diario 16* había empezado a publicarse los lunes sin haber solicitado ninguna autorización administrativa previa, lo que motivó la denuncia por la Federación de Asociaciones de la Prensa por cuanto entendía que tan solo las *Hojas del Lunes* podían publicarse conforme al permiso concedido al amparo del artículo 3 de la Orden de 2 de marzo de 1968, relativa a normas sobre aparición de publicaciones periódicas diarias matutinas y vespertinas, así como del art. 8. a) del Decreto 743/1966, de 31 de marzo, sobre clases y requisitos de los impresos. La Administración decidió incoar expediente sancionador contra *Diario 16*, frente a lo que esta solicitó a la Secretaría de Estado para la Información la nulidad de esas disposiciones normativas por entenderlas contrarias a la libertad de expresión e información, lo que no obtuvo respuesta alguna. Si bien la Administración sobreescribió el expediente sancionador por entenderlo fundado en razones contrarias a la libertad de expresión, *Diario 16* siguió adelante con su batalla judicial y el TC determinó que, a la vista de cómo había actuado esa Secretaría de Estado, no se había producido vulneración alguna de los derechos fundamentales alegados (FFJJ 3 y 4).

⁶⁰⁶ BEL MALLÉN, J.I.: “El derecho...”, en BEL MALLÉN, J.I. / CORREDOIRA Y ALFONSO, L. (DIRS.): *Derecho...*, cit., p. 182.

para resolver los conflictos entre derechos fundamentales. También autores tan reputados como ATIENZA se han postulado a favor de que los derechos fundamentales son, en bloque, principios por entender que sus formulaciones son lo suficientemente abiertas como para no poder reconducirlos fácilmente a reglas. Para él, esa reconducción es poco realista porque, aunque en ocasiones se exageran la frecuencia y gravedad de los conflictos entre derechos, no por ello dejan de darse esas pugnas entre diferentes derechos. Solo recurriendo a un monismo valorativo al estilo de DWORKIN, que parte de un valor complejo conforme a la dignidad kantiana que incluye igualdad y libertad, entiende ATIENZA que podría evitarse realmente la importancia de los principios, si bien esa clase de monismos no son suficientemente convincentes⁶⁰⁷.

No obstante, creemos que hablar de reglas no excluye en ningún caso hablar de formulaciones más o menos abiertas porque el problema de la indeterminación es a nuestro modo de ver consustancial a la práctica jurídica por motivos que ya hemos destacado más arriba y a los que nos remitimos. Asimismo, no consideramos que hablar de reglas nos impida considerar que estos han de tener sus límites fruto de la ponderación⁶⁰⁸, que son un corolario inevitable de definir en qué consiste cada regla; todo lo que queda fuera de su contenido, tanto del esencial como del halo de incertidumbre, es un límite en potencia que otro derecho puede ocupar. Cuando los textos constitucionales plantean de una manera tan diáfana y acusada el confinamiento de un derecho a unas fronteras muy marcadas en lo formal, nos parece que reconducirlo a principios solo porque habrá conflictos no es razón suficiente porque la controversia también se da en el ámbito de las reglas en movimiento.

No vemos razones bastantes, pues, para que todo derecho fundamental haya de ser un principio, sobre todo si las razones que subyacen al binomio regla-principio acrecen a lo que entendemos es propio del pensar jurídico. Si lo que pretende es decirse que hay formulaciones jurídicas que, por los vocablos empleados, son menos susceptibles a una disparidad interpretativa, por supuesto que convergemos con esa afirmación porque es indudable que en el ánimo del legislador está en muchas ocasiones dejar poco margen de maniobra al resto de operadores jurídicos. Ahora bien, marcar líneas divisorias claras entre ambas categorías nos parece demasiado aventurado a la vista de la indeterminación en última instancia irresoluble de la que adolece el ordenamiento jurídico en su paso del texto inerte a su vivificación mediante la observación del lector.

Puede que un modo de acomodar todas esas tensiones e interacciones entre postulados normativos pase por integrar en el binomio regla-principio la frecuencia con la que nos encontramos conflictos entre estos últimos, partiendo de la base de que no se nos ocurre un derecho que jamás entre en conflicto con otro en ninguna situación. Pero también es cierto que no todos los derechos colisionan

⁶⁰⁷ ALEXY, R.: *Teoría...*, cit., p. XXVII.

⁶⁰⁸ AGUILÓ REGLA, J.: "Son mandatos de ponderación. Breviario de teoría del derecho en honor a Manuel Atienza", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 46, p. 15.

entre sí la misma cantidad de veces, por lo que va de suyo que en unos casos algunos derechos se conformarán de manera natural en la contienda cuasi permanente con otros derechos y, en cambio, habrá otros que seguirán un camino dentro de un sistema más cerrado. Así, habrá derechos que, estructuralmente, tenderán más a reglas que a principios porque en la práctica su construcción será más autorreferencial, mientras que en otros casos se retroalimentará de su interacción con otros derechos a menudo limítrofes, como precisamente sucede con la libertad de expresión y de información.

Aquí podemos incorporar la posición institucional que ocupa la libertad de expresión e información, que será piedra de toque para explicar su condición de derecho preferente a pesar de la letra constitucional⁶⁰⁹, lo que hace de su naturaleza institucional algo diferente a esa nota predicable para otros derechos fundamentales⁶¹⁰. También hemos de considerar que el texto constitucional no consagra literalmente la libertad de expresión, formulación donde no se nos dice cómo se ejerce esa libertad o derecho, sino que es un sintagma nominal sin más información sobre su despliegue. Aunque empleemos con frecuencia “libertad de expresión”, lo que realmente dice el texto constitucional es que se reconoce el derecho a expresar y difundir *libremente* los pensamientos, ideas y opiniones, lo que nos aporta información valiosa sobre cómo se ha de desenvolver esa expresión y difusión: libremente. Sería, por lo tanto, cuanto menos curioso que por libremente entendiéramos el residuo que dejan los restantes derechos.

A modo de cierre provisional (no podemos pretender dar carpetazo a este debate, máxime cuando en este trabajo no constituye su núcleo, sino más bien un elemento más en nuestro quehacer), creemos que es posible encontrar una vía intermedia precisamente a través de la intuición de ALEXY en cuanto a cómo encajar su sistema con la dignidad consagrada en la Ley Fundamental alemana. La apertura semántica de la que habla el jurista germano no es una característica únicamente predicable de la dignidad humana según esa Ley Fundamental, sino que es propia de toda formulación en la que las personas empleamos palabras para erigir unidades con sentido propio, creaciones que otros tienen que interpretar en el marco de una sociedad abierta. Esta modulación diacrónica y sincrónica lleva a que cada norma (tanto reglas como principios) transporte en su seno varios significados que se alumbran no de manera apriorística, sino en esa interacción entre derechos y valores de la que hablábamos *ut supra*, por lo que cada resultado de oponer A a B será la exteriorización jurídicamente vinculante de un proceso de lucha por ganar la preeminencia en el contenido de cada norma, y desde ahí enfrentar a esta con aquello que pretende desplazarla.

⁶⁰⁹ SANTAOLALLA LÓPEZ, F.: “Jurisprudencia...”, cit., pp. 185 y 192; Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., pp. 319 y 331; CASTELLVÍ MONTSERRAT, C.: “¿Prohibir el enaltecimiento...?”, en QUERALT JIMÉNEZ, J. / CARDENAL MONTRAVETA, S. (COORDS.): *Derecho Penal...*, cit., p. 109; GONZÁLEZ BALLESTEROS, T.: “Doctrina...”, en BEL MALLÉN, J.I. / CORREDOIRA Y ALFONSO, L. (DIRS.): *Derecho...*, cit., p. 786; BEL MALLÉN, J.I.: “Los derechos de la personalidad”, en BEL MALLÉN, J.I. / CORREDOIRA Y ALFONSO, L. (DIRS.): *Derecho...*, Cit., P. 233.

⁶¹⁰ Díez-PICAZO, L.M.: “De nuevo...”, en GONZÁLEZ, HERNÁNDEZ, E. / RUBIO NÚÑEZ, R. (COORD.) / PENDÁS GARCÍA, B. (DIRS.): *España constitucional...*, cit., pp. 2150-2151.

b) Doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia del Tribunal Supremo

Pasando a cómo el TC ha interpretado las restricciones a la libertad de expresión y de información, podemos afirmar clara y afortunadamente que su aproximación ha sido la de diluir el peso de los límites y decantarse por una concepción de la libertad de expresión como principio, ya que de lo contrario hubiera acontecido el fenómeno casi anulador que hemos visto en el que esa libertad hubiera quedado encapsulada en un pequeño reducto de nuestro ordenamiento jurídico. En ello no puede sernos ajeno el mandato del artículo 10.2 CE en relación muy particularmente con el CEDH y su interpretación por el TEDH. A tal fin, ha articulado un canon, en consonancia con el aplicado por dicho Tribunal al interpretar el artículo 10 CEDH, descompuesto en las siguientes tres exigencias: salvaguarda de ciertos bienes jurídicos, previsión legal y necesidad en una sociedad democrática⁶¹¹.

Sobre la libertad de expresión, y apuntalada la ponderación por el TC con sentencias como la número 66/1995, de 8 de mayo, algunos han visto en ella la primera que claramente vinculó el enjuiciamiento de las restricciones a los derechos fundamentales con el principio de proporcionalidad⁶¹², si bien siempre hay cierto regusto a discrecionalidad en afirmaciones de ese calado. Sea como fuere, se trata de un caso lo suficientemente relevante por la *ratio decidendi* y por la solución final adoptada, por lo que la analizaremos sucintamente. El supuesto de hecho, que nos lleva a la libertad de reunión *ex* artículo 21 CE, aunque la *ratio decidendi* de la sentencia nos permite extraer conclusiones también para la libertad de expresión, es del sucinto tenor siguiente. Con motivo de apoyar la negociación del Convenio Colectivo de Banca Privada, las dos centrales sindicales mayoritarias de ese sector comunicaron, *ex* artículo 21.2 CE, la celebración de una manifestación a la una del mediodía en la Plaza de Canalejas de Madrid, cercana a la Puerta del Sol. La Delegación del Gobierno denegó la autorización aduciendo la afectación que ello provocaría en el tráfico rodado, lo que afectaría a servicios esenciales para la comunidad, ante lo que las citadas centrales sindicales presentaron recurso contencioso-administrativo ante el TSJ de Madrid para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

El citado tribunal desestimó el recurso, lo que llevó a los recurrentes a acudir en amparo ante el TC, achacando en esencia a la Administración extemporaneidad en la resolución gubernativa denegatoria (la resolución de la Delegación del Gobierno se notificó pasadas las cuarenta y ocho horas previstas en el artículo 10 de la LO 9/1983) y desproporción en la decisión por el desmedido peso dado a criterios de seguridad vial, por más que se intentaran vincular con los alegados servicios a la comunidad. El Ministerio Fiscal apoyó el recurso por entender que, en efecto, no había razones suficientes para creer

⁶¹¹ Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 329; BEL MALLÉN, J.I.: “El derecho...”, en BEL MALLÉN, J.I. / CORREDOIRA Y ALFONSO, L. (DIRS.): *Derecho...*, cit., p. 182.

⁶¹² BERNAL PULIDO, C.: “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 30, p. 277.

que el acto planeado fuera a alterar el orden público en los términos descritos por la Delegación del Gobierno, y en cualquier caso las alteraciones que pudieran producirse bien podrían conjurarse con medidas de seguridad reforzadas y la habilitación de itinerarios de tráfico alternativos.

Mientras que el argumento sobre la extemporaneidad no resulta de nuestro interés (basta con saber que fue desestimado), el segundo de los alegatos es en el que queremos centrar nuestra atención. A ello dan respuesta las tres condiciones o requisitos que el TC fija, en el fundamento de Derecho quinto, para el *juicio de proporcionalidad* exigible para comprobar si la medida impositiva del derecho fundamental es compatible con la Constitución: idoneidad (“si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto de garantizar el orden público”), necesidad (“no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia”) y proporcionalidad en sentido estricto (“ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”).

Para la dilucidación del recurso, el TC añade que el orden público del artículo 21.2 CE, límite al que se remitía la Administración, debe interpretarse restrictivamente para impedir que conceptos jurídicos indeterminados como ese deriven en trabas excesivas para el ejercicio de los derechos fundamentales. Así, el Tribunal llega a la conclusión de que ese orden público ha de interpretarse en su faceta material, es decir, como el aseguramiento de la necesaria seguridad pública que permita precisamente el ejercicio de los derechos fundamentales y la conservación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Por lo tanto, de su alteración ha de resultar inamoviblemente un peligro para personas o bienes⁶¹³.

La claridad de ese criterio puede verse algo empañada, no obstante, a la vista de los peligros indirectos de los que también nos habla la sentencia. Para la mayoría de la Sala, ese concepto vendría determinado, en el caso concreto, por la conflictividad circulatoria capaz de poner en tela de juicio la prestación de servicios básicos como la policía. La amplitud que ese riesgo indirecto puede llegar a alcanzar fue criticada en el voto particular emitido por el Excmo. Sr. González Campos, que hizo valer el discutible ensanchamiento operado por la Sala que, a la postre, le sirvió de asidero argumental para desestimar el recurso de amparo.

Y es que el Tribunal Constitucional resolvió que la restricción a la libertad de reunión había superado el triple filtro del control de proporcionalidad ya aludido. Por más que durante los fundamentos jurídicos primero a tercero el TC se hubiera esmerado en definir los contornos del derecho de reunión dejando, en apariencia, poco lugar a decisiones como las acordadas por la Delegación de Gobierno,

⁶¹³ LÓPEZ GONZÁLEZ, J.L.: “A propósito de la STC 66/1995, de 8 de mayo, en torno a los límites al derecho de reunión”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 16, n.º 48, p. 244.

súbitamente irrumpen esos peligros indirectos que diluyen la debida concreción que el TC parecía que iba a exigir a la Administración. Resulta, pues, sorprendente que finalmente el Tribunal acoja los argumentos de la Abogacía del Estado en nombre de la Delegación del Gobierno y, como hemos dicho, desestime el recurso⁶¹⁴. En cualquier caso, desde una óptica formal la sentencia analizada tiene el enorme mérito de tomar el testigo del juicio de proporcionalidad contenido en sentencias anteriores en términos sinónimos a la ponderación tratada por ALEXY. Luego vendrán otros pronunciamientos como la sentencia 55/1996, continuidad que llevó poco después a autores como ATIENZA a sostener que esa teoría se ajustaba bien al texto constitucional⁶¹⁵.

Otra sentencia relevante a estos efectos es la sentencia número 83/2023, de 4 de julio, en la que el Tribunal Constitucional deniega el amparo a la página web de agregación de contenido “www.meneame.net” por entender no protegible que alojara contenido considerado contrario al derecho al honor. El caso es como sigue. A raíz de la publicación en esa plataforma del enlace a una noticia titulada “El concejal de fiestas del Partido Popular de Marbella gastó 14 600 euros en teléfono en un mes”, algunos usuarios introdujeron comentarios en los que opinaban sobre la citada noticia, y en uno de ellos un usuario sin identificar calificó al concejal de “hijo de puta”, “ladrón” y “ladrón de toda la puta vida”. Diez meses después, el concejal en cuestión instó a la página web en dos ocasiones (una por correo y otra mediante burofax) que retirara ese contenido, pero no obtuvo respuesta alguna, ante lo que decidió presentar demanda de juicio ordinario por vulneración de su derecho al honor.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, frente a lo que se alzó el demandante en apelación, donde su recurso fue estimado y posteriormente confirmado por el Tribunal Supremo. Ello suscitó el recurso de amparo por parte del portal de internet, quien consideraba que se había conculcado su derecho a la libertad de expresión y a la tutela judicial. Mientras que para lo primero el demandante atribuía un excesivo peso al derecho al honor en decisiones de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo, para lo segundo entendía que no existía suficiente motivación en sendas sentencias y que la existente era contradictoria.

Para resolver el amparo, el TC hizo un repaso de su doctrina en materia de libertad de expresión y de información, así como de sus interacciones ya vistas con los límites positivizados en la Constitución. Ello le condujo a concluir que los comentarios publicados por los internautas habían excedido el contenido de la libertad de expresión para adentrarse en el terreno del insulto y de la vejación, por lo que las opiniones vertidas no tenían cabida en el artículo 20 CE a la luz del 18. Por más que se tratara de un cargo público y que los hechos fueran noticiables, no era admisible aprovechar que los usuarios

⁶¹⁴ LÓPEZ GONZÁLEZ, J.L.: “A propósito...”, cit., p. 246.

⁶¹⁵ ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, *Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 1, p. 253. Atienza parece situar la ponderación solo en los casos difíciles, pero luego puntualiza que para determinar qué es fácil y qué es difícil es imprescindible acudir al sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo de que se trate.

aprovecharan el legítimo ejercicio de la libertad de información para verter mensajes completamente innecesarios a fin de expresar su disconformidad o incluso ira contra la actuación detectada en el concejal. En consecuencia, y por los motivos que veremos al tratar la sentencia en el marco de la libertad de información, la página web debía responsabilizarse por ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI).

Desde una perspectiva exclusivamente centrada en el rebasamiento de los límites para la libertad de expresión, entendemos procedentes algunos comentarios, eminentemente a partir de los dos grupos de votos particulares. El primero, emitido por la Excm. Sra. Dña. María Luisa Balaguer Callejón y que constituye un análisis muy preciso (y nos atreveríamos a decir que precioso) sobre la libertad de expresión y sus límites, concluye que las expresiones vertidas son constitucionalmente admisibles y plantea la titularidad de la libertad de expresión para la comunicación en internet. Sobre la inexistencia de infracción constitucional, único punto que trataremos aquí, la Magistrada sostiene que calificar a alguien de “ladrón” o “hijo de puta” no es motivo suficiente como para añadir un descrédito adicional a la noticia ya publicada, por lo que no ha lugar la infracción del derecho al honor.

Para llegar a esa conclusión, toma en consideración ciertos pronunciamientos del TC y, especialmente, del TEDH, como el caso *Tamiz c. Reino Unido*, de 19 de septiembre de 2017, donde el Tribunal no considera que una serie de comentarios en un blog británico dirigidos contra un político de aquel país conculcaran su derecho a la vida personal y familiar (artículo 8 CEDH) por más que algunos de ellos fueran notablemente ofensivos (en uno de ellos se le acusaba de ser un traficante de drogas perteneciente a una familia de delincuentes). En este punto, el voto particular plantea la interesante cuestión de hasta qué punto algunas expresiones se pueden haber convertido en estándares del lenguaje sin un específico ánimo ofensivo más allá del de mostrar menosprecio por alguien.

Si analizamos literalmente lo que “hijo de puta” significa, la conclusión será que es una expresión inaceptable que ha de caer fuera de la libertad de expresión porque prácticamente nunca nos encontraremos con una conexión temática entre el significado de ese epíteto y el motivo de la crítica. No obstante, no es descabellado que, si prescindimos de la textualidad y nos acogemos a una interpretación contextual donde ciertas palabras tienen un mero sentido enfático sobre la animadversión que cierto personaje genera por unas determinadas conductas, podamos relativizar esas expresiones por resultar accesorias al mensaje principal. Si el exceso se predica eminentemente de “hijo de puta”, entonces podemos *in bonam partem* del derecho a la libertad de expresión rebajar su carga autónoma al comprender que se relaciona con la conducta presuntamente corrupta y no se desentiende de esa teleología comunicativa.

Seguramente la mejor estrategia para plantearnos la incidencia que esos términos en el discurso sea un ejercicio contrafactual a partir de la supresión de esas expresiones a fin de determinar si el mensaje perdería más bien contenido (fondo) o rotundidad (forma). A nuestro entender, estamos más ante lo segundo que ante lo primero porque en cuanto al fondo no añaden nada verdaderamente relevante a lo que ya lo hacen calificativos como “ladrón”. Dado que estamos ante un personaje público y la noticia es claramente de interés colectivo, debería haberse dispuesto de un criterio más generoso con la libertad de expresión que fuera capaz de incluir en el seno de lo constitucionalmente tutelable manifestaciones intensas, pero siempre enmarcadas y contextualizadas en la necesaria crítica a la labor de quienes manejan nuestro dinero de manera aparentemente reprochable. Si consideramos, adicionalmente, que el comentario versa sobre una noticia de corrupción, una de las lacras endémicas de este país, el umbral de tolerancia para ciertos refuerzos discursivos debería ser a nuestro entender mayor.

Sobre el lenguaje ofensivo o el insulto se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo en su sentencia n.º 713/2023, de 9 de mayo, relativa a una demanda interpuesta por el tarotista Sr. David Trivin al amparo de la LO 1/1982. El origen de dicha demanda es un artículo publicado en el diario digital El Español titulado “Así me timaron una noche con el tarot en las teles: un negocio de 3.000 millones al año”, donde el periodista calificaba a las llamadas telefónicas de tarificación en el programa de televisión del Sr. Trivin como un mecanismo “para estafar a miles de personas”. Si bien el TS sostuvo que el artículo era ciertamente muy crítico y empleaba términos duros, las expresiones como “estafa” o “timo” tienen una acepción coloquial empleada en ese caso para aludir a un servicio defectuoso, engañoso o sin valor por el que se reciben ingresos desorbitados.

A la vista del sentido que el TS concedió a esas palabras, no se considera que estemos ante la imputación de hechos delictivos (delito de estafa o de publicidad engañosa), ni tampoco se puede colegir de esos vocablos ningún *animus iniuriandi* por cuanto no hubo en ningún momento una ofensa gratuita desconectada de los hechos sobre los que versaba el artículo. Si a ello le sumamos que se enjuició la información como veraz y que estábamos ante un asunto de interés público, el TS resolvió que no se había producido ninguna infracción del derecho al honor del demandante por prevalecer en todo caso el derecho a informar del periodista demandado. No se trata de que para el demandante no hubiera podido haber cierto menoscabo en su fama, consideración o reputación tras la publicación del mencionado artículo, pero incluso de existir tal menoscabo estamos ante un perjuicio que ha de asumir el demandante en su condición de persona que se expone con recurrencia al público en televisión.

Respecto del segundo voto particular (concurrente) emitido por los Excmos. Sres. Ramón Sáez Valcárcel y Laura Díez Bueso, de manera sugerente pone de manifiesto que la página web ni siquiera podía acogerse a la regulación que el artículo 16 LSSI, sobre la limitación de responsabilidad para

prestadores de servicios de la información. Parece esta una conclusión razonable porque, si bien en apariencia estemos un intermediario en la transmisión de información, la sistemática remisión a otras fuentes de información no excluye en ningún caso la tendencia política o social en la selección de las noticias, con lo que no puede considerarse casual que se enlacen unas u otras.

No obstante, esa reflexión puede que no resulte plenamente aplicable al fenómeno comunicativo en la red porque con la irrupción de los algoritmos en ese ámbito⁶¹⁶ hace que los agregadores de noticias no siempre actúen bajo el paraguas ideológico, sino el meramente crematístico. La red no es un lugar neutro, pero una cosa es advertir la imposibilidad de predicar esa nota de internet (que no deja de estar controlado en última instancia por personas con sus sesgos e ideología) y otra muy distinta que todas las páginas de contenido informativo tengan una ideología que impregne su quehacer. La búsqueda del titular morbosos, de la noticia con gancho, del ciberanzuelo o *clickbait*, tienen detrás mucha más carga lucrativa que ideológica en términos sensacionalista o amarillista⁶¹⁷, sobre todo cuando la selección de las noticias ni siquiera está en manos directamente de personas, sino solo mediatamente por los criterios de selección que han fijado para bucear en el mar de internet y escoger aquello que vaya a generar más clientela sin importar el color dentro del arco político.

De lo que se trata, pues, es de priorizar la libertad de expresión en su conflicto con otros bienes constitucionales como el honor o la intimidad, pero no de una manera absoluta o apriorística, sino siempre que concurra positivamente la nota de interés público y la negativa de ausencia de términos injuriosos o vejatorios⁶¹⁸, como expone la STC n.º 9/2007, de 15 de enero. Cumple decir aquí que la veracidad no será límite alguno porque estamos ante opiniones, ideas, juicios de valor y categorías asimiladas que revelan una plena conciencia de subjetividad y de ausencia de marco relacional con verdades ónticas o lógicas, de tal suerte que no se pueda afirmar que haya ideas inveraces según recuerda la STC n.º 29/2009, de 29 de enero, y la número 216/2013, de 19 de diciembre. Sobre la interacción entre el plano subjetivo (*value*) y el objetivo (*fact*) ya hemos hablado ampliamente, por lo que nos remitimos a ello.

No son suficientes esos lindes, sino que es preciso añadir una capa adicional consistente en el interés público de la expresión, construcción doctrinal del TC que encontramos ya en sentencias como la número 171/1990, de 12 de noviembre. En ella, el Tribunal lo entendió concurrente cuando el personaje sobre el que versaba la información fuera de interés público o bien los hechos noticiados lo fueran, pasando en estos casos la veracidad a un plano algo inferior por la indudable afectación que la cuestión o el personaje tienen para el común de la sociedad, criterio que ha tenido seguimiento a lo

⁶¹⁶ GIL, R. / CALZADA AYMERICH, J.: “What Do News Aggregators Do? Evidence from Google News in Spain and Germany”, *Marketing Science*, vol. 39, n.º 1, p. 2.

⁶¹⁷ REDONDO GARCÍA, M.M.: *El sensacionalismo y su penetración en el sistema mediático español*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2011, pp. 89-95.

⁶¹⁸ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Los derechos...”, cit., p. 403.

largo y ancho de esa doctrina como lo atestigua la STC n.º 181/2006, de 19 de junio. Sobre la condición de personaje público conviene realizar algunas precisiones porque se trata de un concepto poliédrico, que se suman a lo ya visto a nivel del TEDH con casos como el de Olof Palme.

En primer lugar, cabe distinguir entre personajes públicos por cuestiones políticas y por cuestiones ajenas a la política. Como quiera que los primeros son quienes se insertan en el ámbito especialmente protegido por la libertad de expresión (el discurso político), parece que sobre ellos debiera recaer en primer y más destacado lugar la relativización de su derecho al honor y a la intimidad, pero el TC no ha hecho matices de calado entre estos y los personajes públicos no políticos, por lo que el estándar es el mismo. En segundo lugar, podemos distinguir entre quienes ostentan fama por razón de su cargo o profesión y quienes se encargan de situarse permanentemente en el foco de las cámaras porque han hecho de ello su medio de vida, como acontece con las personas que desfilan por ciertos programas especializados en ese tipo de encumbramientos que han transformado la prensa rosa en televisión rosa. Dado que su exposición es enteramente voluntaria y, además, deseada por los expuestos al formar parte de su medio de vida (o ser el único), el TC ha aplicado asimismo todas las excepciones al honor a quienes se incluyen en esta categoría⁶¹⁹.

Uno de los casos más icónicos de los últimos años fue el que motivó la STC n.º 79/2014, de 28 de mayo. El periodista Sr. Federico Jiménez Losantos realizó en su programa radiofónico *La Mañana* una serie de declaraciones acerca de los políticos Sres. Joan Puigcercós Boixassa y Josep Lluís Carod Rovira, así como del partido independentista catalán Esquerra Republicana de Catalunya, en las que acusaba a ese partido de “estar lleno de pistoleros sin arrepentir” o de ser “un partido siempre violento, siempre golpista”, y decía del Sr. Puigcercós Boixassa que “¿Era terrorista o sólo era el brazo político de los terroristas? Este Otegi de la ETA catalana” y que “Me alegra mucho que comuniquen que Puigcercós, que era el jefe político de Terra Lliure, el Otegi de la época... no sé si estará reconstruyendo algún comando Madrid, no sé.” El trasfondo de esas críticas residía en la reunión mantenida entre esos dirigentes catalanes y la organización terrorista ETA, de la que presumiblemente habría salido un compromiso por esta de no atentar en Cataluña.

El periplo judicial iniciado por los aludidos al amparo de la LO 1/1982 sufrió varias idas y venidas porque el Juzgado de Primera Instancia n.º 22 de Barcelona desestimó la demanda, la Audiencia estimó el recurso y consideró existente la vulneración del derecho al honor, y finalmente el TS estimó la casación y volvió al punto prioritario de la libertad de expresión argumentado por el Juzgado de Primera Instancia. En consecuencia, los demandantes recurrieron en amparo en el TC por considerar conculcado su derecho al honor a resultas de las palabras empleadas por el periodista. Más allá del contenido del derecho al honor en su contraposición al derecho a la libertad de expresión, esta

⁶¹⁹ Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 332-333.

sentencia es de gran importancia por la dilucidación de la titularidad del honor por parte de los partidos políticos⁶²⁰.

La *ratio decidendi* está mayormente contenida en el FJ octavo, donde el Tribunal parte de que las palabras enjuiciadas “se sitúan en los límites de lo admisible por su marcado carácter hiriente y desmesurado”, y es que ciertamente algunos comentarios parecen situarse en el pantanoso terreno de atribuir actos delictivos castigados con penas muy elevadas. No obstante, para el TC el lenguaje empleado por el Sr. Jiménez Losantos ha de enmarcarse en un debate de naturaleza política acerca de un tema cuya relevancia nadie puede seriamente poner en duda, por lo que incluso los epítetos reputados como ofensivos por los demandantes tienen una estrecha relación con las actividades políticas de personajes políticos. La concurrencia de todas estas notas hace que nos situemos, aunque sea en su corona, dentro de la libertad de expresión, lo que requiere estar y pasar por ello en aras del pluralismo político y la tolerancia en el seno de una sociedad democrática, aun cuando con ello puedan afectarse derechos de la personalidad.

A medida que nos alejemos de esa esfera política, la relegación de los derechos de la personalidad será menor, como vemos en la STS 82/2015, de 23 de febrero. En este caso, el Tribunal analizó una serie de informaciones y opiniones vertidas en un programa de televisión sobre la presunta conducta de la modelo Sra. Esther Cañadas en relación con el acogimiento de una niña hindú. De acuerdo con la información que el programa difundió, y aunque no haya una versión unánime porque varios fueron los periodistas que intervinieron en el programa, la Sra. Cañadas habría mostrado una conducta irresponsable, caprichosa e incluso potencialmente ilegal en relación con ese proceso de acogimiento, resultando de todo ello que esa persona habría devuelto la niña a su familia de origen en una decisión que ahondaría en esa irresponsabilidad.

Junto con la cuestión puramente informativa, se suscitaron una serie de comentarios por los tertulianos en los que mostraron su rechazo al supuesto proceder de la modelo, empleando frases como “un niño no es como un mueble que no te gusta, que lo tienes en casa y luego lo devuelves porque no hace juego con la alfombra”, “yo compararía este tema, que nadie se enfade, con la gente que coge una mascota, que compra un perrito y luego, cuando llega el verano, como en un hotel no admiten el perrito o en la playa no dejan que se bañe o da mucho trabajo, pues entonces van y los sueltan en la carretera o peor todavía lo dejan por ahí sabiendo que va a morir con seguridad”, o “se ha comportado de una manera caprichosa devolviendo a la niña”. Tanto por las noticias ofrecidas como por las opiniones vertidas, la persona en cuestión interpuso una demanda por vulneración de su derecho al honor y a la intimidad, que resultó en una condena en primera instancia que fue confirmada tanto en

⁶²⁰ BURGUERA AMEAVE, L.: “El derecho a la reputación o buen nombre de los partidos políticos. Notas a la STC 79/2014, de 28 de mayo”, *UNED. Teoría y realidad constitucional*, n.º 35, pp. 663-675.

apelación como en casación. El TS cerró la cuestión sosteniendo que la actuación de los periodistas excedió con creces del ejercicio de la libertad de expresión y de información para insertarse de lleno en la falsedad, el ultraje y la vejación.

En supuestos como ese, donde lo valorativo trae causa de lo informativo, es preciso un deslinde de ambas facetas, salvo que se entienda que lo primero es mera fachada que persigue crear una ilusión de información para enmascarar un exclusivo ánimo de criticar por motivos ajenos al propósito comunicativo previo. Dado que la opinión no se entiende sin los hechos que se exponen al público (lo uno deriva de lo otro), no se trata a nuestro modo de ver ni de darle mayor protagonismo a las opiniones, ni tampoco de prescindir del antecedente informativo para enjuiciar esas opiniones. Lo primordial es analizar la veracidad de lo que se pretende mostrar como fáctico y solo después tomar en su debida consideración, medida y contexto los comentarios que los periodistas ofrecen al calor de informaciones que, de ser ciertas, ampararían a nuestros ojos expresiones como las empleadas por los demandados. Incluso en este caso ha de pensarse que los periodistas pueden no ser quienes han elaborado las noticias, sino que el programa y sus redactores se las facilitan y, de tratarse de medios serios, no tenemos por qué exigirles una diligencia reforzada.

Por otro lado, cuando se están aireando hechos comprometedores de la vida de un personaje público, como es el caso que nos ocupa, es imperioso contextualizar si ese personaje público ha hecho bandera de una determinada causa para saber hasta qué punto ha cultivado esa faceta dentro de la imagen que proyecta frente al gran público. No es excepcional que algunos de esos personajes públicos que no adquirieron inicialmente notoriedad por obras filantrópicas o por abrazar causas consideradas solidarias busquen destacarse por ello a fin de mostrar su lado más desinteresado y concienciar así a la sociedad sobre injusticias. En la medida en la que se dé la asociación entre una persona expuesta públicamente y algunas de esas causas en pos de un mundo mejor, es evidente que cualquier información que gire en torno a ello tiene relevancia pública porque la sociedad tiene derecho a conocer hasta qué punto es cierta y sincera esa solidaridad.

Los comentarios que suceden a esa opinión pueden antojársenos ácidos, crueles o descarnados, pero es indispensable tomar como punto de partida unos hechos que, de ser ciertos, mostrarían una flagrante contradicción entre lo dicho y lo hecho por la persona afectada por el reportaje. Nótese que no estamos centrándonos en la verdad óptica de lo acontecido porque del texto de la sentencia se infiere que la noticia andaba bastante desenfocada sobre los motivos detrás del regreso de la menor a la India. Lo que queremos destacar es que, para concluir que unas determinadas palabras son un ataque gratuito o constituyen trato vejatorio contra alguien, no podemos dejar de tener presentes de qué fuentes beben para no centrar el tiro única o mayoritariamente en el qué, sino en el porqué.

De los casos expuestos, vemos cómo la colisión con el honor y la intimidad es una constante en el ámbito de la libertad de expresión, a lo que hemos de sumar la imagen propia, sobre el que no trataremos porque su especificidad escapa de este trabajo⁶²¹. Conviene, ahora, que precisemos el alcance de cada uno de unos límites que, a su vez, son derechos *ex* artículo 18 CE y, por ello, tan fundamentales como la libre expresión e información. Esa delimitación es imprescindible a la vista de que, en sentencias como la número 14/2003, de 28 de enero, el TC ha fijado claramente que no son derechos indistintos ni que unos están subsumidos en otros, sino que todos ellos ostentan suficiente autonomía para ser derechos con un contenido propio y específico (vid. FJ 4 de dicha sentencia).

Sobre el honor, permítasenos recurrir en primer lugar a una reflexión que con el tiempo no ha perdido ni un ápice de su frescura. Se trata del capítulo 9 del *De los delitos y de las penas*, titulado muy elocuentemente como “Del honor”, en el que BECCARIA dice que “Esta palabra *honor* es una de aquellas que ha servido de base a dilatado y brillantes razonamientos sin fijarle alguna significación estable y permanente”⁶²². Unos párrafos más adelante, prosigue afirmando que “Este honor es, pues, una de aquellas ideas complejas que son un agregado no solo de ideas simples, sino de ideas igualmente complicadas que en el variado modo de presentarse a la mente ya admiten y ya excluyen algunos diferentes elementos que las componen, sin conservar más que algunas pocas ideas comunes, como muchas cantidades complejas algebraicas admiten un común divisor”⁶²³. En esta misma línea se expresa la STC 133/2018, de 13 de diciembre de 2018, que en su fundamento jurídico reconoce el carácter cambiante del derecho al honor, sin que ello suponga renuncia alguna a disponer de una serie de elementos que permitan reconocerlo a pesar de su natural evolución.

El derecho al honor, como nos recuerda la sentencia del Tribunal Supremo n.º 761/2008, de 22 de julio, se descompone en dos vertientes: la objetiva y la subjetiva⁶²⁴. La primera viene constituida por la consideración, fama o reputación que cada cual tiene frente a la sociedad, de tal suerte que aquí son los demás quienes nos juzgan y nos etiquetan en función de nuestra conducta. La segunda, en cambio, apela al propio sujeto en tanto que estima de sí mismo, si bien evidentemente esa autoestima tendrá mucho que ver con la percepción que tenga acerca de cómo los demás juzgan su quehacer⁶²⁵ (vid. fundamento de Derecho cuarto de la sentencia). Se entiende seguramente mejor ahora esa dimensión esencialmente cambiante del honor y de la honra en función del dónde y del cuándo⁶²⁶, así como su correlativa dificultad jurídica definitiva⁶²⁷, ya que estamos ante valoraciones sociales y morales que la

⁶²¹ Baste con decir que se ha configurado como el derecho a la propia imagen en el sentido de la representación gráfica de la persona en cuestión (vid. BEL MALLÉN, J.I.: “Los derechos...”, en BEL MALLÉN, J.I. / CORREDOIRA Y ALFONSO, L. (DIRS.): *Derecho...*, cit., pp. 240-242).

⁶²² BECCARIA, C.: *De los delitos y de las penas, con el “Comentario” de Voltaire*, Alianza, Madrid, 2014, p. 58.

⁶²³ *Ibid.*, p. 59.

⁶²⁴ VALLÉS COPEIRO DEL VILLAR, A.: *Curso de Derecho de la Comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 114.

⁶²⁵ VILLANUEVA-TURNES, A.: “El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y su choque con el derecho a la libertad de expresión y de información en el ordenamiento jurídico español”, *Dikaion*, vol. 35, n.º 2, p. 196.

⁶²⁶ CARRERAS SERRA, L.: *Las normas jurídicas de los periodistas*, Editorial UOC, Barcelona, 2008, p. 112.

⁶²⁷ VALLÉS COPEIRO DEL VILLAR, A.: *Curso...*, cit., p. 118.

norma solo puede detallar si asume la congelación de ese concepto con base en unas concretas premisas históricas.

A su vez, habría otra manera de enfocar el honor a partir de su relación con la dignidad. La intrincada cuestión de la dignidad será objeto de un tratamiento específico en el siguiente capítulo por su recurrente asociación con los delitos de odio y, muy especialmente, con el discurso de odio, por lo que aquí simplemente dejaremos apuntado ese fundamento del orden político *ex* artículo 10.1 CE. Pues bien, cuando hablamos del honor directamente de la dignidad, se trata de una característica transversal a todo ser humano *qua* tal, es decir, un honor como atributo ontológico. Por otro lado, existiría un honor como valor existencial, a saber, aquel que depende enteramente del uso que cada cual haga de su libertad y de las consecuencias que sobre su consideración social tengan sus actos⁶²⁸.

Por su parte, la intimidad es aquel espacio compuesto de nuestros pensamientos, sentimientos, emociones y sensaciones del que excluimos a los terceros, o bien llevamos a cabo una criba personal notablemente superior a la que hacemos con otras facetas de nuestra vida⁶²⁹. De este modo, en toda persona podemos distinguir tres círculos concéntricos de mayor a menor intimidad: el reducto de intimidad en los términos ya expuestos (intimidad *stricto sensu*), el entorno de convivencia habitual (intimidad familiar) y las comunicaciones privadas mantenidas con terceros (o intimidad *lato sensu*)⁶³⁰. De nuevo, y como acontece con el honor, se trata de un derecho con unos lindes no predefinidos en la medida en la disponemos de los taxones, pero no de las experiencias que cada cual decide incluir en ellos.

El derecho a la intimidad (*privacy* en el mundo anglosajón puesto que *intimacy* describe un tipo bastante concreto de intimidad) tiene mucho de lo que el juez estadounidense Thomas Cooley calificó de *right to be let alone* (derecho a que le dejen a uno en paz o solo) como parte del derecho a la inmunidad personal⁶³¹. Hablamos, pues, de un espacio que los demás no pueden invadir porque el ordenamiento jurídico reconoce legitimidad a quien priva al exterior de lo que sucede en el interior. El proceso de cristalización de un derecho a la intimidad está maravillosamente explicado por los juristas americanos SAMUEL WARREN y LOUIS BRANDEIS (quien luego se convertiría en uno de los jueces más famosos del TS) a partir de una concatenación inevitable de fases que van desde la protección física inmediata, la mediata y, posteriormente, una espiritualización de esa esfera de la personalidad que viene constituida por ese espacio reservado⁶³². Si bien en apariencia ese artículo podría adoptar la

⁶²⁸ BEL MALLÉN, J.I.: “Los derechos...”, en BEL MALLÉN, J.I. / CORREDOIRA Y ALFONSO, L. (DIRS.): *Derecho...*, cit., p. 235.

⁶²⁹ VILLANUEVA-TURNES, A.: “El derecho...”, cit., pp. 196-197.

⁶³⁰ BEL MALLÉN, J.I.: Los derechos..., en BEL MALLÉN, J.I. / CORREDOIRA Y ALFONSO, L. (DIRS.): *Derecho...*, cit., pp. 237-238.

⁶³¹ COOLEY, T.M.: *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract*, Callaghan and Company, Chicago, 1879, p. 29.

⁶³² WARREN, S. / BRANDEIS, L.: “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, vol. 4, n.º 5, pp. 193-195.

forma de mera recopilación explicativa del fenómeno a partir de la constatación de ese derecho en el *common law*, tiene mucho de alumbramiento explícito de un derecho a la privacidad⁶³³.

Es enormemente interesante descubrir que ambos autores manifiestan un especial interés en la privacidad como derecho autónomo respecto de la libertad y de la propiedad porque surge directamente del derecho a la vida⁶³⁴, con lo que bebe directamente de la fuente última de los derechos de la personalidad, que no es otra que esa vida que da sentido al resto de atributos personales. Y más interesante todavía si cabe es que la principal preocupación de sendos juristas era la de crear un espacio que no pudieran invadir ni la eclosión de la prensa ni los nuevos avances tecnológicos como las cámaras fotográficas⁶³⁵, lo que a su juicio añadía factores de complejidad e intensidad vitales en el marco del progreso de la civilización⁶³⁶. La privacidad nace, así, no solo como una exigencia frente al Estado, sino también frente al resto de nuestros conciudadanos.

En lo tocante a la libertad de información, existen algunas especificades que merecen una consideración aparte. Para ponderar los límites de su ejercicio en relación con las restricciones *ex* artículo 20.4 CE, el Tribunal Constitucional ha fijado un estándar a partir de los siguientes criterios: el interés público de la noticia y la condición de personaje público del afectado por el mensaje. Sobre el primer parámetro, tiende a asimilarse a toda noticia relacionada con la *res publica* en el marco del derecho de todo ciudadano a ser informado sobre su funcionamiento dentro de una sociedad democrática. Solo así podrán dichos ciudadanos tomar las decisiones más adecuadas en relación con el devenir del ente político en el que se integran y en el que están llamados a participar a través de las herramientas de consideración de su opinión⁶³⁷. Siempre que nos encontremos ante hechos noticiables, entendidos como sinónimo de relevantes públicamente, el carácter institucional y dual ya destacado de la libertad de información instaurará una prevalencia de esta sobre el derecho al honor.

La existencia de asuntos públicos puede, en ocasiones mitigar la importancia del siguiente vector (ser un personaje público) porque cabe prescindir de este último requisito si los hechos tienen la relevancia social suficiente como para justificar la invasión del honor y de la intimidad de la persona privada sobre la que versa la noticia⁶³⁸. Así, en su sentencia n.º 171/2004, de 18 de octubre, el TC consideró que no se había conculcado el derecho al honor del Sr. Román Landera Martín como consecuencia de la aparición de una serie de reportajes periodísticos en los que se le vinculaba nominalmente con el aparato económico de la organización terrorista ETA. Disconforme con los hechos aparecidos en esas informaciones, el Sr. Landera Martín interpuso una demanda al amparo de la LO 1/1982 por

⁶³³ GLANCY DOROTHY, J.: "The Invention of the Right to Privacy", *Arizona Law Review*, vol. 21, n.º 1, p. 1.

⁶³⁴ WARREN, S. / BRANDEIS, L.: "The Right...", cit., p. 193.

⁶³⁵ GLANCY DOROTHY, J.: "The Invention...", cit., p. 7.

⁶³⁶ WARREN, S. / BRANDEIS, L.: "The Right...", cit., p. 196.

⁶³⁷ ORTEGA GUTIÉRREZ, D.: "Información y derecho al honor: cuestiones de ponderación", en GONZÁLEZ, HERNÁNDEZ, E. / RUBIO NÚÑEZ, R. (COORD.) / PENDÁS GARCÍA, B. (DIRS.): *España...* cit., p. 2243.

⁶³⁸ Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 322.

intromisión ilegítima en su derecho al honor contra los periodistas firmantes de uno de los artículos, que fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Bilbao. Los tres demandados recurrieron la sentencia en apelación y la Audiencia Provincial de Bilbao estimó el recurso, lo que motivó el correspondiente recurso de casación, que fue inadmitido.

En su sentencia, que es destacable porque aborda tanto el reportaje neutral (FJ 3), la veracidad ante hechos noticiables (FJ 4) y la conducta desplegada por el demandante en amparo ante informaciones aparecidas con anterioridad a la denunciada (FJ 4), el TC otorgó el amparo tras analizar esas coordenadas. Sobre lo primero, como quiera que los periodistas demandados se habían hecho eco de informaciones anteriores, se planteaba la posible concurrencia del reportaje neutral, pero el TC lo descarta porque no existe en el artículo de marras cita alguna del artículo que se toma en consideración, por lo que sobre el papel pareciera que se trata de fuentes diferentes y que no hay una recepción acrítica de esos datos precedentes. Sobre lo segundo, el TC resuelve que los periodistas acreditaron que habían considerado informaciones de rotativos que gozan de seriedad en el mercado, por lo que se consideraba acreditado que habían sido diligentes al indagar sobre la verosimilitud de lo que iban a publicar en un asunto que, además, tenía claros contornos públicos. Sobre lo tercero, la actitud silente del demandante frente a publicaciones análogas aparecidas previamente en otros medios lo interpreta por el TC no en un sentido confirmatorio de su contenido, pero sí al menos genera una expectativa razonable en los periodistas de que el material con el que trabajan puede reunir ciertas notas de veracidad dado que entre esas primeras noticias y las que ellos publicaron mediaron cinco años.

En cualquier caso, que un hecho pueda tener relevancia pública no es una patente de corso para transmitir supuestas informaciones que exceden del contenido propio de la libertad de información. Así sucede con la sentencia del Tribunal Supremo n.º 910/2023, de 8 de junio, en la que se condena a la exministra de Igualdad Sra. Irene Montero a abonar 18.000.-€ a un particular a quien acusó de violencia de género contra su ya expareja en su discurso del acto inaugural del Instituto de la Mujer el 25 de mayo de 2022. Para el Tribunal, estamos ante la imputación de hechos graves que tienen el potencial de menoscabar el honor de la persona afectada por ellos, y no estamos ante un personaje público por más que el asunto pueda tener relevancia pública, por lo que se exige un rigor informativo que estaba completamente ausente en ese caso. Tampoco se dan por buenos los argumentos de la demandada según los que el mensaje enjuiciado se pronunció al calor de una alocución pública de tintes políticos, ya que no estamos ante declaraciones espontáneas, sino ante un discurso que a buen seguro se preparó con la debida antelación.

En cuanto a la condición de personaje público, y en idéntico sentido al apuntado para la libertad de expresión, cabe referir que todo aquel que cumpla con esta característica no está desprovisto de la

titularidad del derecho al honor, que es común a todo ciudadano, sino que esa circunstancia modula su protección frente a derechos con posición prevalente como la libertad de información. De acuerdo con la STC n.º 23/2010 (vid. especialmente su FJ 5), la exposición de ciertas personas al foco de la opinión pública por razón de su cargo, profesión o notoriedad por cualesquiera otros motivos viene de la mano de una menor intensidad de su derecho al honor porque están involucrados muy por encima de la media en asuntos que son de relevancia transpersonal.

Algunos autores, a partir de cierta doctrina constitucional (vid. STC 165/1987, de 27 de octubre), añaden que esa difusión de la información debe encauzarse por mecanismos normales, ya que de lo contrario se atenuaría esa posición preferente de la libertad informativa⁶³⁹. Por cauces anormales se entiende, por ejemplo, distribuir los mensajes por medio de hojas clandestinas. A nuestro modo de ver, el continente de la información no tiene en absoluto ninguna incidencia en el contenido, que es al final lo que ha de evaluarse ya desde la perspectiva de su veracidad, por lo que se estaría añadiendo un requisito formal incompatible con la protección que ha de dispensarse al fondo. La estética es completamente irrelevante e incluso cabría decir que se erige en una suerte de censura previa porque exige amoldarse a ciertos cánones de presentación de la información que deberían acrecer solo al juicio del gusto, no del sustrato.

Una variante interesante, que solo ha surgido al abrigo de las nuevas tecnologías de la información, es aquella en la que un medio publica una noticia sobre un cargo público y, a partir de aquí, se permite a los usuarios de esa página web que publiquen comentarios sobre esa noticia, o bien simplemente se publica un enlace a una noticia publicada en otro medio, habilitando también la posibilidad de comentar en la propia plataforma. Esa interacción entre informantes e informados, que tradicionalmente se había dado con la publicación de las cartas al director o las tribunas de opinión ciudadana (como muy acertadamente pone sobre la mesa el voto particular, en la sentencia que ahora veremos, emitido por los Excmos. Sres. Ramón Sáez Valcárcel y Laura Díez Bueso, se ha visto amplificada y claramente desbordada por la intercomunicación casi instantánea que permite internet entre redactores y lectores. A tal fin, en la LSSI, se incluyeron los artículos 16 y 17 para dar respuesta al fenómeno del intercambio (el primero) y al de los enlaces (el segundo).

Esta cuestión se ha resuelto por la ya vista sentencia del TC n.º 83/2023, que ahora consideramos desde un prisma diferente al analizado más arriba. En ella, y después de calificar los comentarios como incompatibles con el derecho al honor, la mayoría (recordemos que hay tres votos particulares, uno de ellos, discrepante y los otros dos, concurrentes) atribuye al prestador de servicios de la información responsabilidad de acuerdo con el artículo 16.1 b) de la LSSI, porque el demandante en

⁶³⁹ ORTEGA GUTIÉRREZ, D.: “Información...”, en GONZÁLEZ, HERNÁNDEZ, E. / RUBIO NÚÑEZ, R. (COORD.) / PENDÁS GARCÍA, B. (DIRS.): *España...*, cit., p. 2245.

amparo conocía de la ilicitud de la información allí alojada a raíz del correo y del burofax remitidos por el despacho de abogados contratado por el concejal. En consecuencia, una vez fue consciente de la afectación que los comentarios tenían sobre un tercero, debió eliminarlos para colmar sus obligaciones de diligencia consagradas legalmente.

Sin entrar a valorar de nuevo si las opiniones vertidas merecían el amparo constitucional, consideramos que la sentencia no ha tenido en cuenta algunas cuestiones que, a nuestro juicio, podrían haber decantado el fallo de la sentencia en otro sentido. La primera cuestión es terminológica porque la LSSI tiene como ámbito subjetivo a los prestadores de servicios de la sociedad de la información (artículo 2.1), lo que nos obliga a preguntarnos qué se entiende por información ya que el matiz es relevante cuando el debate gira en torno a dos derechos, la expresión y la información, que incluso desde una postura monista han de distinguirse en este caso. De la misma manera que buscamos separar lo que hay de información y de opinión en cada mensaje a fin de aplicarle un canon de constitucionalidad propio, hemos de aplicar aquí tal escisión, máxime cuando los sujetos a los que atribuimos uno y otro contenido no coinciden (el medio publica información y el lector publica opinión).

Esta necesaria aproximación semántica debería haber llevado a la sentencia a reconsiderar si, cuando un medio permite comentarios de los destinatarios de los servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, está permitiendo la publicación de información. La decisión del TC y sus votos particulares dan por sentado de manera implícita que por información hemos de entender tanto opiniones como información *stricto sensu*, puesto que si no es imposible que se califiquen de ilícitas las opiniones al amparo de la normativa considerada. Sin embargo, a nuestro entender, el TC podría haber optado por una interpretación más restrictiva que diera mayor juego a la libertad de expresión declarando que la LSSI no obliga a retirar contenido ilícito si este es de tipo valorativo y no informativo.

Ese resultado se hubiera alcanzado si se hubiera interpretado que, en la secuencia “Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada”, la “información” a la que se alude es una concreción del término más amplio “dato” que excluye todo lo opinativo. La palabra “dato” tiene en la ley un valor polisémico porque, a veces, lo emplea como sinónimo de información en sentido estricto (vid. el artículo 1 con su alusión a datos personales) y otras veces lo hace con un valor más amplio (vid. el artículo 8 al hablar de la posibilidad de retirar datos que conculquen, por ejemplo, la dignidad de las personas, en lo que parece que un concepto estricto de información no encaja bien). Ese abanico de posibilidades es el que consideramos habría permitido dar una respuesta más tuitiva de la libertad de información conforme a la interpretación que inaplicara *ad casum* esta norma, dando por otro lado cumplimiento a la protección de esa libertad según su artículo 8 en un ámbito tan nuclear

para ese derecho como lo es la opinión sobre hechos presuntamente cometidos por cargos públicos. Téngase en cuenta que la letra “a” del artículo 16.1 LSSI vuelve a emplear “información” para referirse a la ilicitud y no a “dato”, situación que se repite cuando se alude en el apartado II de la Exposición de Motivos al suministro de *información* de periódicos y revistas en internet), argumentos textuales que refuerzan la razonabilidad de esa exégesis *in bonam partem* del recurrente en amparo bajo el prisma de que no ha de pechar él con las vaivenes e imprecisiones legislativas.

Pero incluso si se considerara que el término información cubre también las opiniones, y por ello la LSSI es de aplicación, hay otras consideraciones adicionales. El artículo 16.1 a) LSSI exige el conocimiento efectivo de la ilicitud de la actividad o la información por la que haya de responder, previsión que ha de coordinarse con el segundo párrafo de ese precepto, que refiere cuándo se entiende que tiene conocimiento de ello. Por un lado, la ley reputa conocimiento cuando se le comunique al prestado de servicios una resolución que constate la ilicitud o lesión producida por la información y, por otro lado, la ley deja abierta la puerta a otros procedimientos de efectivo conocimiento. Lo relevante es que estas posibilidades son neutras en cuanto al tipo de infracción que obligue a la retirada del contenido, de tal suerte que en abstracto tanto se aplican a materias tan dispares como derechos de propiedad intelectual o derechos fundamentales.

Sin embargo, esa indiferenciación legislativa merece una corrección cuando se proyecta sobre derechos fundamentales, y mucho más cuando uno de los derechos en liza se dice que tiene naturaleza dual por ser una garantía institucional del sistema democrático. El rasero no puede ser el mismo para que alguien deba retirar información que pueda infringir secretos empresariales y para que retire opiniones por considerar que exceden del ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión, ya que la interpretación de normas como la considerada ha de dar un mayor margen de maniobra a quienes difunden noticias de medios de comunicación y permiten que en su plataforma debates abiertos sobre cuestiones que son en muchas ocasiones de relevancia pública. En lugar de verse a estas plataformas con desfavor, creemos que deberían concebirse como herramientas para llegar a quienes no se dirigen directamente a medios tradicionales (aunque se publiquen en línea), sino que buscan otras maneras de informarse⁶⁴⁰.

Evidentemente que ello no puede erigirse en una licencia para la anomia porque estamos ante empresarios que deben actuar con la debida diligencia y no pueden pretender un lucro sin responsabilidades, pero no concebimos una aplicación automática de tal suerte que toda posible ilicitud – sobre todo cuando su constatación no proviene de un órgano judicial o administrativo – haya de conllevar una reacción censuradora en la materia que nos ocupa, sobre todo cuando no será tan

⁶⁴⁰ GIL, R. / CALZADA AYMERICH, J.: “What Do...”? cit., pp. 3-4. En este artículo, los autores hallaron una reducción de entre un 8 y un 14% en la búsqueda de noticias en internet a raíz del cierre en 2014 de Google News como consecuencia de la obligatoriedad, según la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, de que páginas como esa pagaran un canon a las páginas enlazadas.

evidente el exceso cuando el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. De lo contrario, el celo con el que se conmina a actuar a los prestadores de servicios de información y medios de comunicación podría tener consecuencias devastadoras para el campo de actuación que la libertad de opinión ha de tener en internet, lo que constituiría una ramificación del efecto desaliento o *chilling effect*⁶⁴¹, y decimos ramificación porque sus consecuencias irradiarían no en quien emite la opinión, sino en quien aloja esas opiniones y ha de controlarlas. Si la responsabilidad que se exigirá al prestador de servicios opera *ex re ipsa* de la infracción del derecho fundamental por un tercero, será inevitable la sobre-reacción.

En caso de consolidarse la interpretación fijada en la sentencia que venimos comentando, parecería lógico concluir que estamos ante un nuevo límite a la libertad de información de los prestadores de servicios de la información porque introduce un deber de diligencia cuya infracción conlleva la interdicción de la conducta. Pero hemos de advertir, como hacíamos unas líneas más arriba, que esa restricción lo es de un derecho fundamental en aras de proteger la licitud en términos generales de la información, lo que resulta sencillamente inadmisibles porque sacrifica la libertad de información en aras de derechos cuya importancia puede resultar irrisoria en comparación con la libertad de información. Claro que también caben colisiones con el derecho al honor como en el caso enjuiciado, pero el problema es que la norma no distingue en absoluto entre unos y otros derechos, lo que ahonda en la indiferenciación desde otro flanco: el sustantivo (el anterior era más bien de orden cognoscitivo de la ilicitud). Este es mucho más lesivo que el anterior porque mientras aquel simplemente entrañaba una nota de diligencia más o menos discutible, este se relaciona con el corazón del ejercicio del derecho a la libertad de información porque proyecta esa diligencia sobre conductas que, para alguien distinto a un prestador de la información, serían completamente irrelevantes.

Para conjurar esos riesgos y conjugar todos los intereses en liza, una solución viable sería una interpretación conforme del precepto que exija que la ilicitud por la que haya de responder el prestador de servicios de la información sea solo la relativa a otros derechos fundamentales que, de acuerdo con la Constitución y el canon fijado por el TC, sean verdaderos límites a la libertad de expresión. Asimismo, el precepto debería ser objeto de una segunda interpretación conforme para reputar que solo hay conocimiento efectivo de una ilicitud en materia de derechos fundamentales cuando se disponga de una resolución judicial que así lo advierte, sin que resulte de aplicación la cláusula abierta *in fine* de la norma. Solo así concebimos que podemos evitar tratar igual a los desiguales y, asimismo, no situamos al TC en la delicada tesitura de verse obligado a pronunciarse incidentalmente sobre una conducta realizada por un tercero que ni siquiera ha sido parte en el procedimiento, pero respecto de

⁶⁴¹ URÍAS MARTÍNEZ, J.: “El efecto disuasorio (*chilling effect*) sobre el ejercicio de los derechos en nuestra jurisprudencia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 129, pp. 307-308.

quien se lleva a cabo una declaración nada más y nada menos que sobre el ejercicio de un derecho fundamental tan estructural en nuestra democracia como la libertad de expresión.

Sinceramente, para nosotros son demasiados parches que hay que introducir en la norma para ajustarse a las exigencias constitucionales. La excesiva amplitud con la que está redactada y la falta de proporcionalidad y adecuación a las casuísticas que merecen una protección reforzada son lastres excesivos como para que el precepto (y lo mismo vale para el artículo 17 LSSI) pueda sobrevivir a ese filtro sin sufrir una grave desfiguración que lo convierta en algo que se aparta demasiado del proceso legislativo del que resulta. Por lo tanto, habría que valorar seriamente la inconstitucionalidad del precepto y su devolución al poder legislativo para que la Directiva 2000/31/CE se transponga de manera respetuosa con el derecho a la libertad de información. El mantenimiento de sendos artículos mediante la interpretación conforme sería una salida subsidiaria en caso de que se entienda que, con los mimbres de esa norma europea, no es posible una mutación tal de su literalidad.

Aparte de lo anterior, hemos de considerar cómo afecta en la diligencia del prestador de servicios el lapso que media entre la publicación de los comentarios sobre la noticia y la reclamación extrajudicial del afectado para que se eliminaran los citados mensajes. Si bien la sentencia no refiere cuándo tuvieron lugar, se infiere que tuvo que ser poco después de aparecer el enlace porque la alusión a esas opiniones se hace en la letra “a” del antecedente segundo y el “b” empieza hablándonos de “Diez meses después...”. Que haya transcurrido todo ese tiempo sin que el concejal se haya puesto en contacto con la página web puede significar dos cosas: no ha tenido conocimiento hasta ese momento o ha tenido conocimiento de ello, pero no ha considerado oportuno reclamar su eliminación por motivos que nunca ha explicitado.

De situarnos en el primer escenario, es razonable que el prestador de servicios entienda en su fuero interno enteramente subjetivo (no es un órgano judicial, por lo que no puede pedírsele que actúe como tal) que la afectación al honor no ha sido tal como para considerar que los comentarios caen dentro del grupo de la ilicitud, y no meramente dentro del mal gusto legalmente admisible. A ese empresario no le es exigible que sepa que, conforme al artículo 9.5 LO 1/1982 el afectado dispone de un plazo de caducidad de cuatro años desde que tuviera conocimiento de la conducta, por lo que su diligencia bien podría reconducirse a verificar cuestiones como esa cronología. En caso de estar en el segundo escenario, salta a la vista que no es competencia del prestador de servicios realizar una serie de averiguaciones o elucubraciones sobre el motivo de la espera porque ello consagraría un deber de diligencia máximo que no le viene impuesto legalmente. Por todo ello, no es aventurado sostener que con la diligencia que le sería aplicable no como opinador, sino como mantenedor de una plataforma donde se opina, no cabría un reproche como el apreciado por la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

No podemos afirmar, sin embargo, que esa sentencia del TC suponga ningún cambio de rumbo significativo en el ámbito de la libertad de información en su conflicto con el honor, ya que a lo sumo se trata de que en un caso concreto el ejercicio de la libertad de información no supera el filtro de constitucionalidad. Esa misma afirmación sobre la continuidad no podemos predicarla de la jurisprudencia del TS. Y es que, durante unos años, este Tribunal implementó una doble prueba que exigía analizar primero el peso en abstracto de los derechos en liza para, a renglón seguido, considerar su peso relativo (vid. la STS de 30 de abril de 2013), en ambos casos desde la óptica de la ponderación⁶⁴². Si bien los escollos que veremos motivaron un viraje jurisprudencial que ya empieza a verse en la STS de 15 de enero de 2014 y que tiene continuidad en resoluciones posteriores como la de 20 de mayo de 2015 (la STS de 9 de julio de 2014 constituye una de las pocas excepciones a ese abandono del estándar de doble fase), no es ocioso que abordemos esta cuestión por la relevancia que tuvo en un periodo bastante cercano a nosotros.

En cuanto a la primera ponderación, y para el caso concreto del binomio información-honor, dada la caracterización ofrecida desde tiempo inveterado, dará como resultado la prevalencia de la libertad de información por los argumentos institucionales democráticos ya vistos, sin que aquí sea relevante analizar si la información es veraz y si el personaje es público porque ello se considera en la siguiente fase. En la segunda ponderación, consideramos, pues, tanto la veracidad, la relevancia del afectado por el mensaje y la adecuación del mensaje a los fines legítimamente amparables. Este análisis dual adolece de diversos problemas, tal y como ha apuntado la doctrina⁶⁴³.

El primero y más importante es que desgaja en dos la libertad de información y aquellos requisitos que son indispensables para su existencia (veracidad y relevancia pública), por lo que no se acaba de entender muy bien cómo es posible afirmar la preeminencia, en el control abstracto, de un derecho configurado sin veracidad y sin notoriedad del personaje sobre el que se informa. Por otro lado, la afirmación en el plano abstracto de que la libertad de información prevalece sobre el honor no aporta realmente nada significativo ni relevante porque es una mera constatación de lo que ya se sabe, con lo que no se comprende muy bien qué virtualidad tiene si luego todo se decidirá en el plano de lo relativo.

El segundo es que el nombre del estándar puede inducir a confusión porque en abstracto esperaríamos un análisis aislado del derecho a la libertad de información si luego hay uno relativo, pero en realidad hay una comparación con el peso del derecho al honor. Por su parte, en el relativo esperaríamos un contraste con algo que no es la libertad de información, pero en cambio vemos cómo el análisis se enclaustra en la propia libertad de información a partir de sus elementos constitutivos. La única

⁶⁴² DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Los derechos...”, cit., p. 393.

⁶⁴³ Ibid., pp. 394-395.

posibilidad es que por relativo hayan de entenderse las circunstancias concretas del caso y que contra ellas se lanzan la veracidad, notoriedad y adecuación, pero incluso así continúa siendo poco preciso que en lo abstracto no se considere el contenido del derecho desprovisto del aparato fáctico.

El tercer problema tiene que ver con considerar esa estándar como una ponderación. Esta etiqueta resulta harto complicada porque en el plano absoluto se comparan ambos derechos (lo que podría situarnos tras la pista de esa ponderación), pero sin considerar ninguno de los criterios que realmente permitirían esa ponderación. En el plano relativo sucede algo similar por cuanto es poco plausible que haya ponderación con el enclaustramiento advertido antes, salvo que entendamos que la ponderación puede darse dentro del derecho consigo mismo, lo que resulta bastante estridente. Antes hemos apuntado que incluso con las reglas puede haber ponderación, pero siempre habrá de serlo en la comparación con lo que puede y no puede ser la regla, lo que nos llevará a otros derechos aledaños, pero la alteridad es imprescindible y aquí no lo vemos.

4. Recapitulación

Todo momento de cambio, de *impasse* político ha tenido su fiel traducción en lo jurídico, donde siempre las personas de diferentes generaciones han querido dejar su huella para la posteridad. En todas esas huellas vemos cómo quienes capitaneaban esas situaciones de transición han querido expresar hasta dónde podían expresarse él y sus conciudadanos, y a veces sus congéneres humanos porque lo que no se dice es como si no existiera y lo que se dice parece ser lo único que existe. Todos tenemos cosas que decir o, al menos creemos que tenemos cosas por decir (en ocasiones puede que hasta interesantes), pero desgraciadamente la subjetividad es la tónica a la hora de dotar de contenido a adjetivos como “interesante”, por lo que diría que es una constante universal silenciar lo que nos disgusta o lo que nos parece una soberana sandez. Las historias que han desfilado por estas páginas y los personajes que las han forjado atestiguan el grado de apertura a las fobias que todos tenemos, ya que nadie necesita estar preparado para oír la suave melodía de sus filias. La perspectiva que la historia nos ofrece debería ayudarnos a comprender que, incluso en nuestro tiempo donde tendemos a considerarnos la quintaesencia de la libertad para todos y para todo, de vez en cuando convertimos al tú en un ello.

Tras todo lo que hemos visto en este capítulo, la conclusión más evidente a la que podemos llegar es que la libertad de expresión y de información es un derecho que da mucho de qué hablar, lo que más allá del juego de palabras revela el contenido claramente dialógico que atesora. Nuestro sistema constitucional, tanto de manera autónoma como en relación esencialmente con el CEDH, ha acabado situándolo con el paso de los años en un lugar preeminente por referencia y alusión al sistema democrático en el que vivimos, donde el pluralismo político consagrada en el artículo 1.1 CE no puede

quedar solo en un bonito frontispicio. La libertad de expresión es mucho más que un atrio, que una carta de presentación, y ostenta la condición de pilar de nuestro sistema constitucional junto con otros derechos como la vida, la integridad física o la psíquica.

Algunos se preguntarán, y con razón, qué clase de sociedad es una que considera la libertad de expresión como derecho fundamental y no hace lo propio, por ejemplo, con el derecho a una vivienda digna. Puede que nos preocupemos demasiado por derechos que no nos dan de comer y desviemos la atención hacia aquello que simplemente nos distrae del aseguramiento de nuestras condiciones vitales. Toda opción legislativa, en este caso del poder constituyente, está sometida a críticas y a modificaciones si se dan los consensos preceptivos, así que quizá esta sea la clave para comprender por qué la libertad de expresión ha de ser tan preciada y hemos de defenderla como uno de los fundamentos de nuestro sistema constitucional.

Prometer, e incluso dar, pan para todos es fácil porque a fin de cuentas se trata de completar una operación tan sencilla como llenar estómagos a cambio de fidelidades que, en demasiadas ocasiones, vacían cabezas por una mala entendida lealtad a quien dice mantenernos con las constantes vitales en solfa. Lo mismo sucede con tantas otras realidades de una índole especialmente tangible. Lo complicado es precisamente dar cabida al disidente, al heterodoxo, al otro porque, frente al hambre, todos somos iguales, pero es imposible realizar el mismo juicio cuando nos enfrentamos a la mente del que no soy yo (incluso a veces cuesta comprenderse a uno mismo). La libertad de expresión e información es esencial porque sin su reconocimiento solo estamos considerando a los demás como animales que jamás alcanzaron la condición humana y a los que se puede contentar con un poco de *panem et circenses*.

El alegato que aquí hacemos de cuán crucial es la libertad de expresión no ha de interpretarse como una defensa a capa y espada de su carácter absoluto. Caeríamos en el mismo craso error de ignorar al otro, al tú, como un sujeto digno de respeto y cuya subjetividad no podemos permitirnos zaherir solo porque consideramos que nuestras ideas (sobre las que solemos tener excelentes opiniones) son mejores que todo lo demás (sobre lo que solemos menguar su importancia). Los absolutos son pretensiones de infinitud incompatibles con nuestra finitud y con el crisol de ingredientes de los que está hecha nuestra humanidad compartida. Los absolutos consagran tanto el uso legítimo como aquel que troca el sentido del derecho arrastrándolo por el lodazal de la ignominia personal y social. No obstante, solo si conservamos la libertad para que la pluma de la palabra vuele alto podremos seguir reflexionando sobre esa condición humana sin que nadie nos exija pan por silencio, seguridad por sumisión o sentido por anulación. Tarde o temprano todos sentimos esa irresistible pulsión, gozoso imperativo de la conciencia, de declararnos amigos de las palabras y de proclamar esa amistad a los

cuatro vientos. Las leyes solo podrán atenuar ese furor, pero nunca serán capaces de apagar el ardor que lo impulsa.

A lo largo y ancho de este capítulo, hemos acometido un recorrido a la libertad de expresión desde sus albores modernos hasta algunos de los pronunciamientos más recientes por parte del TEDH y del TC; ha llegado el momento de preguntarnos qué podemos inferir de todo lo visto, si es que acaso hay suficientes elementos en común como para inferir algo que no sea que no podemos inferir nada coherente. Lo primero que podemos decir es que observamos un interés ininterrumpido por la libertad de expresión al menos desde el siglo XVII con autores como ESPINOZA, que por más señero que sea tuvo una continuidad en autores coetáneos y posteriores. La progresiva irrupción del individuo como referencia de toda reflexión filosófica – herencia natural del antropocentrismo renacentista – tarde o temprano tenía que despertar los interrogantes sobre hasta qué punto cada cual puede expresar lo que considere a bien hacer, sin que todo discurso haya de pasar por el matiz legitimador de realidades supraindividuales o trascendentes.

En ello, jugó un papel decisivo una doble secularización de esa expresión: en primer lugar, porque a nivel físico las obras sobre las que se hablaba y con las que uno se instruía ya no estaban reclusas únicamente en monasterios o instituciones religiosas; en segundo lugar, porque los presupuestos en los que se basaba el conocimiento se fueron desgajando del ámbito religioso y, así, las temáticas consideradas de interés público se ensancharon. Con ello, vino el paulatino cuestionamiento de una autoridad divina que insuflaba su hálito legitimador a los gobernantes, por lo que lo político pronto fue un caballo de batalla de la libertad de expresión que ha llegado a nuestros días como uno de los núcleos de ese derecho.

En segundo lugar, se advierte que en todo tiempo han existido límites a la libertad de expresión. La libertad de expresión, como reflejo normativo de una capacidad física que nos permite comunicarnos con los demás y recibir mensajes de los demás, nace en el marco de una pugna de los ciudadanos frente a unos poderes públicos que pretenden monopolizar el discurso – hoy diríamos aquello del “relato” – sobre cuestiones de interés público; por ello, es consustancial a ese derecho que no sea ni tan amplio como el ciudadano deseara, pero tampoco tan estrecho como los poderes públicos desearan. Realmente, sin embargo, una contraposición muy marcada entre los poderes públicos y los ciudadanos (o súbditos) sería artificial porque, incluso en épocas donde la soberanía no residía en el pueblo, es imposible sostener que el parecer del gobernante de turno no tuviera un apoyo más o menos fuerte en el conjunto de la población. Los poderes públicos no son fuerzas extraterrestres desconectadas por completo del cuerpo social, y la historia nos enseña que la imposición de gobernantes con ideas foráneas no suele tener un final feliz, así que no es descabellado sostener que una parte de la población suscribía antaño – como lo hace ahora – algunas de las restricciones a la libertad de expresión. En

consecuencia, aunque la limitación proceda siempre formalmente de los poderes públicos, sería incorrecto sostener que su fuente última es un acto de pura arbitrariedad de estos últimos.

Toda generación ha contado con un grupo mayoritario que ha compartido una serie de postulados o axiomas, mientras que siempre ha habido grupos minoritarios que se han caracterizado por divergir de todos o de algunos de esos puntales; la subsistencia de cualquier colectivo humano exige una cierta homogeneidad para evitar caer en un caos tan absoluto que impida hablar seriamente de sociedad. La pregunta a la que pensadores como ESPINOZA, MILTON, VOLTAIRE o JEFFERSON han buscado respuesta es cuáles son aquellas fronteras que no pueden traspasarse enfundados en el manto de la libertad de expresión. Y como quiera que la libre expresión no es solo cosa de discusiones teóricas en el reino filosófico, sino que se ha insertado de lleno en textos normativos vinculantes, nos corresponde también dar una respuesta a quienes nos preocupamos y ocupamos por el quehacer jurídico.

Hemos de destacar que no es infrecuente que quienes primero se ocuparon de dar forma a eso que ahora llamamos libertad de expresión vivían a caballo entre lo mayoritario y lo minoritario, o directamente vivían en esto último como ocurrió con ESPINOZA. Aunque no sea imprescindible hablar desde la disidencia, total o parcial, para pedir libertad para ella, es más sencillo advertir desde esa posición cuáles son las zonas de mayor tolerancia que el sistema puede exhibir, ya que tomar cierta distancia con el punto de partida suele ser beneficioso. No queremos decir con ello que la libertad de expresión solo pueda ser un derecho reconocido a quienes suscriben las opiniones toleradas que sean contrarias a las mayoritarias; tal derecho cubre la capacidad para expresar *secundum legem* todo pensamiento, idea, creencia o ideología. De otro modo, se daría la paradoja de que se podría neutralizar toda libertad de expresión sosteniendo que realmente no resulta una contradicción con los postulados comúnmente aceptados.

Lo que sí queremos decir es que la libertad de expresión ha de pensarse esencialmente desde la perspectiva del tú, no del yo, para evitar dejar a tal derecho un terreno de juego que equivalga a un solipsismo jurídico-político, es decir, un absurdo si nos creemos que ese derecho no es una mera decoración en la estantería constitucional. Por lo tanto, todo límite ha de pensarse desde una óptica lo más generosa posible para dar cobijo legal a líneas de pensamiento que no comulguen con el estatus quo predominante. No tienen cabida, pues, las vendettas en forma de cercenamiento de todo discurso antaño mayoritario y que, con el devenir del tiempo, ha pasado a ser minoritario o residual, ya que no concebimos que los derechos sean un arma arrojadiza cuyo contenido esté previsto para castigar y no para reconocer espacios de libertad.

La autonomía del individuo es, en ese contexto, punto de partida y de destino de una amplia libertad de expresión por cuanto el sujeto no se quiere ver sometido a la disyuntiva de callar o arriesgarse a la

sanción jurídica si públicamente hace alarde de opiniones impopulares. Pero tal autonomía no puede absolutizarse porque, en la necesaria ponderación que preside toda relación entre los diferentes individuos y sus derechos, es imposible hablar de autonomías absolutas que no acaben por anularse y generando un efecto contrario al pretendido. Es aquí donde la jurisprudencia del TEDH y la doctrina del TC han ido perfilando, con base en sus textos de referencia, suficientes criterios que eviten esa superposición indeseada de derechos e intereses tan legítimos como ingobernables si no tienen lindes. La centralidad de la soberanía popular ha de venir de la mano de una especial protección de ciertos bienes jurídicos profundamente personales que aseguren a la ciudadanía poder desarrollar sus vidas sin el temor a que los ataques a su integridad física y moral, así como a su buen nombre y a su intimidad, se interpongan en su camino hacia el pleno disfrute de los derechos inherentes que detentan.

CAPÍTULO II

-

DIGNIDAD E IGUALDAD

1. Introducción

El capítulo al que ahora damos inicio versará sobre el segundo gran puntal constitucional en el que queremos asentar nuestra reflexión sobre los delitos de odio: la igualdad y la dignidad. Nótese que hemos enunciado dos conceptos a pesar de dar a entender que solo hablaremos de uno, por lo que antes de que se nos acuse de incoherentes ya desde el principio del capítulo, adelantaremos a lo que vendrá que ambas realidades jurídicas (no queremos desvelar aún el misterio sobre su verdadera naturaleza) son absolutamente indisociables entre sí y en relación con los delitos de odio. Por ello, hemos optado por aunarlas en un solo capítulo para darle la unión que tienen tanto en la teoría como en la práctica. La proliferación de todas las normas internacionales sobre delitos de odio se encuadra en una tendencia generalizada a conferir una mayor importancia al derecho a la igualdad y la correlativa interdicción de la discriminación como barrera frente a tratos desiguales injustificados, siempre en el marco de la dignidad humana¹, propensión agudizada por la evolución social y política en las últimas décadas². Nos sumergimos, pues, en las aguas del Derecho antidiscriminatorio³, que es el marco de referencia que nos sirve para contextualizar la irrupción de los delitos que nos interesan, ya que no se queda en la superficie de la igualdad y se zambulle en las causas de discriminación.

Conviene explicitar desde un primer momento que la relativa novedad de esta rama del ordenamiento jurídico no ha sido óbice alguno para que hoy sea de capital importancia para entender el sistema normativo, y ello tanto por su naturaleza transversal como por lo que REY MARTÍNEZ llama “explosión del Derecho antidiscriminatorio”⁴. La trascendencia de este fenómeno para nuestro trabajo hace necesario un alto en el camino para estudiarlo con el debido y merecido detenimiento en aras de la contextualización que estamos acometiendo. No en vano, una parte sustancial de la doctrina se ha inclinado por considerar que preceptos como el 510 CP protegen como bien jurídico el principio de dignidad y derecho fundamental a la igualdad a fin de no sufrir discriminación⁵, si bien ese elemento

¹ NUEVO LÓPEZ, P.: “Derecho antidiscriminatorio, libertad religiosa y relaciones entre particulares en el Derecho de la Unión Europea”, *Estudios de Deusto*, vol. 65, n.º 2, p. 6.

² REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho antidiscriminatorio*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, p. 22.

³ DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: “La confusión en los delitos de odio”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (Dir.) / DE PABLO SERRANO, A. (Coord.): *Delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. Cuestiones de la parte general de los delitos de opinión*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 224.

⁴ REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho antidiscriminatorio*, cit., p. 22.

⁵ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación y discurso de odio punible*, Editorial Juruá, Oporto, 2019, pp. 96 y 112; EL MISMO: “Incitación al odio y género algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18-20, pp. 11-12; EL MISMO: “Odio en la red: Una revisión crítica de la reciente jurisprudencia sobre Ciberterrorismo y Ciberodio”, *Revista de Derecho Penal y Criminología – UNED*, 3ª Época, n.º 20, pp. 447-448; ELÓSEGUI ITXASO, M.: “Las recomendaciones de la ECRI sobre discurso del odio y la adecuación del ordenamiento jurídico español a las mismas”, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, n.º 44, p. 11; TAPIA BALLESTEROS, P.: “Los titulares del bien jurídico en los delitos de odio”, en LAURENZO COPELLO, P. Y DAUNIS

discriminatorio se encuentra en otros tantos delitos como el 314, el 511 o el 512 CP⁶, que no serán objeto de tratamiento en este trabajo.

2. Dignidad

2.1. Origen y marco teórico no jurídico

Hablar hoy sobre la dignidad es tratar sobre una idea, un concepto, un valor... en resumidas cuentas, una palabra cuyos contornos son enormemente difíciles de definir y sobre lo que impera es la discrepancia en todos los campos sobre los que se proyecta⁷, lo que es particularmente problemático a la vista de la posición preeminente que ocupa la dignidad como palabra de presencia hartamente frecuente en temas como el que ocupa a este trabajo. Su importancia en las últimas décadas ha llevado a calificarlo del concepto más revolucionario del siglo XX⁸, del valor subyacente al pensamiento moral y político de los dos últimos siglos⁹ o del resultado de la formación de la civilización, en especial la europea¹⁰. Otros, por el contrario, han negado esa relevancia a la dignidad por considerarla

RODRÍGUEZ, A.: *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, Granada, 2021, pp. 313-328; TAPIA BALLESTEROS, P.: “El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación”, *Política Criminal*, vol. 16, n.º 31, pp. 32-33; PRESNO LINERA, M.A.: “El discurso de odio contra las minorías sexuales: respuestas penales y administrativas”, en MATÍA PORTILLA, F.J. / ELVIRA PERALES, A. / ARROYO GIL, A. (DIRS.): *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 284-287; BERNAL DEL CASTILLO, J.: “Política Criminal en España y discriminación xenófoba: la centralidad de los delitos de provocación a la discriminación”, *Política Criminal*, vol. 9, n.º 18, pp. 380-381; PÉREZ DE LA FUENTE, O.: *Odio, minorías y libertad de expresión*, Dykinson, Madrid 2023, pp. 19-20; AL HASANI MATURANO, A.: *Discurso de odio y libertad de expresión. Análisis del ámbito político y artístico*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 181; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 804; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Circular n.º 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal*, p. 7. Vidaurri Aréchiga lo considera, en cambio, más como un efecto que como el bien jurídico, que lo sitúa en la dignidad (vid. VIDAURRI ARÉCHIGA, M.: “Delitos de odio. Elementos teóricos fundamentales”, en MENDOZA CALDERÓN, S. / SÁNCHEZ RUBIO, A. (DIR.): *El discurso del odio: análisis de su incidencia y persecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 227).

Por su parte, Landa Gorostiza considera que el artículo 510 protege las condiciones de seguridad existencial de grupos o colectivos especialmente vulnerables (vid. LANDA GOROSTIZA, J.M.: *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 25 y 58; EL MISMO: *La intervención penal frente a la xenofobia: problemática general con especial referencia al “delito de provocación” del artículo 510 del Código Penal*, Servicio Editorial – Universidad del País Vasco, Bilbao, 1999, pp. 291 y 341; EL MISMO: *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Comares, Granada, 2001, p. 133).

⁶ ROIG TORRES, M.: *Delimitación entre libertad de expresión y “discurso del odio”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 25.

⁷ ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: *Sobre la dignidad humana*, Trotta, Madrid, 2023, p. 18; SAYAGO ARMAS, D.: *Dignidad y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 26; VERONESI, P.: “La dignidad humana: una idea aparentemente clara”, en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (DIR.): *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 140-144; GOMÁ LANZÓN, J.: *Dignidad*, Galaxia Gutenberg, Madrid, 2019, p. 18; TRUEBA ATIENZA, C. Y PÉREZ CORTÉS, S.: “Introducción”, en TRUEBA ATIENZA, C. / PÉREZ CORTÉS, S. (DIRS.): *Dignidad. Perspectivas y aportaciones de la filosofía moral y la filosofía política*, Anthropos, Barcelona, 2018, pp. 7-8; WALDRON, J.: *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, Cambridge, pp. 137-138. Meltzer Henry dice, y con razón a nuestro entender, que el significado y la función de la dignidad se dan por descontadas, pero rara vez se articulan (vid. MELTZER HENRY, L.: “The Jurisprudence of Dignity”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 160, pp. 169 y 172); DE MIGUEL BERIÁIN, I.: “Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 21, p. 187-188; CHUECA RODRÍGUEZ, R.: “La marginalidad jurídica de la dignidad humana”, en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (DIR.): *Dignidad...*, cit., p. 26. Este último autor habla sobre la fatiga del término ante las múltiples formulaciones de las que ha sido objeto.

⁸ GOMÁ LANZÓN, J.: *Dignidad*, cit., p. 17.

⁹ BEDU, H.A.: “The Eighth Amendment, Human Dignity, and the Death Penalty”, en MEYER, M.J. (DIR.): *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values*, Cornell University Press, Ithaca, 1992, p. 145.

¹⁰ WHITEHEAD, A.N.: *Adventures of Ideas*, The Macmillan Company, Nueva York, 1933, pp. 17-18.

contingente¹¹, por considerarla manifiestamente inadecuada e inútil a la vista de que ya disponemos de otros valores como la autonomía¹² o llegando al extremo de considerarla dañina por haberse justificado en su nombre restricciones de derechos¹³.

Ambos polos de afirmaciones son quizá algo desorbitados, pero en cualquier caso revelan la trascendencia de un concepto de gran popularidad¹⁴ omnipresente en la reflexión, por ejemplo, acerca de los derechos humanos¹⁵, y que es un tópico presente en nuestros tiempos con independencia de la ideología o credo que se blanda¹⁶. En palabras de REY MARTÍNEZ, hay pocos conceptos tan centrales y luminosos para el Derecho, y, a la vez, tan oscuros como la dignidad¹⁷. Por demás, la dificultad al definir un concepto no debería ser un freno para su análisis, sino precisamente un estímulo, máxime cuando estamos ante un vocablo que despierta tantas pasiones a su alrededor y cuya relevancia en términos de humanidad es innegable. En esto, seguimos lo que Dworkin dijo acerca de que el insulto más grande a la vida es no enfrentar a su complejidad por indiferencia o pereza¹⁸.

En gran medida, la complejidad – muy densa, por cierto – que rodea los intentos por alcanzar un consenso sobre su significado trae causa de los disensos acerca de su origen, que sea como fuere es más filosófico que jurídico¹⁹. Veremos que lo que entendemos hoy por dignidad difiere, en términos generales, de la concepción tradicional, dando lugar a un concepto tradicional y uno contemporáneo²⁰. En las siguientes líneas abordaremos la dignidad empezando por ese origen – u orígenes –, para pasar a continuación a presentar sus principales rasgos, mas siempre teniendo en mente que todo cuanto

¹¹ HARRIS, L.: “Honor, Eunuchs, and the Postcolonial Subject”, en EZE, E.C. (DIR.): *Postcolonial African Philosophy: A Critical Reader*, Blackwell, Nueva York, 1997, pp. 254-255.

¹² MACKLIN, R.: “Dignity is a useless concept”, *BMJ*, vol. 327, n.º 7429, pp. 1419-1420. Esta visión se consideraría *reduccionista* por parte de Meltzer Henry porque reducen las características de la dignidad hasta tornarlo en plenamente equivalente con otro concepto.

¹³ PINKER, S.: The Stupidity of Dignity, *The New Republic*, 28 de mayo de 2008. <https://newrepublic.com/article/64674/the-stupidity-dignity>. Pinker ataca con virulencia en su artículo lo que él llama *theocon bioethics*, expresión con la que alude a la línea seguida por el libro *Human Dignity and Bioethics* (puede consultarse en https://bioethicsarchive.georgetown.edu/pcbe/reports/human_dignity/). Esta publicación se auspició por Consejo de Bioética, creado por el presidente George W. Bush en 2001, y defendía un concepto de dignidad semejante al postulado por la Doctrina Social de la Iglesia Católica. Pinker no ahorra epítetos contra esa tendencia, a la que llega a calificar de enfermedad.

¹⁴ MELTZER HENRY, L.: “The Jurisprudence...”, cit., p. 172. La autora no deja de destacar que esa popularidad no ha venido de la mano de una sólida fundamentación, que casi se le presupone. En esta misma línea, vid. DE MIGUEL BERIÁIN, I.: “Consideraciones...”, cit., p. 188; FEITO GRANDE, L.: “Los derechos humanos y la ingeniería genética: la dignidad como clave”, *Isegoría*, n.º 27, p. 151.

¹⁵ SENSEN, O.: “Human dignity in historical perspective: The contemporary and traditional paradigms”, *European Journal of Political Theory*, vol. 10, n.º 1, p. 71; GEWIRTH, A.: “Human Dignity as the Basis of Rights”, en MEYER, M.J. (DIR.): *The Constitution...*, cit., p. 28; PÉREZ LUÑO, A.E.: *Derechos Humanos, Estado de Derechos y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 318-319; SALDAÑA SERRANO, J.: “La dignidad de la persona. Fundamento del derecho a no ser discriminado injustamente”, p. 58 (<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2312/8.pdf>); FIKFAK, V. / IZVOROVA, L.: “Language and Persuasion: Human Dignity at the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, n.º 22, p. 1; MCCRUDEN, C.: “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, *Institute for International Law and Justice, WP 2008/8*, p. 19.

¹⁶ DE CASTRO CID, B.: *Los derechos económicos, sociales y culturales*, Universidad de León, León, 1993, p. 123.

¹⁷ REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., p. 49.

¹⁸ DWORKIN, R.: *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, Vintage Books, Nueva York, 1994, p. 238.

¹⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 65. En sus palabras, se trata de “una construcción de la filosofía para expresar el valor intrínseco de la persona derivado de una serie de rasgos de identificación que la hacen irrepetible, que es el centro del mundo y que está centrada en el mundo.”

²⁰ SENSEN, O.: “Human...”, cit., p. 75.

digamos se enmarca en una discusión permanente sobre cualquier atributo que prediquemos de ella. Esta ostensible disparidad ha llevado a algún autor a hablar de la deprimente paradoja de obtener resultados opuestos apelando a un mismo concepto que, se supone, está enraizado en nuestra naturaleza²¹.

Lo primero que tenemos que hacer es distinguir entre el uso de la dignidad como contenido y como continente, ya que ello apuntará en dos direcciones diferentes. Si adoptamos la primera postura, en la Grecia Antigua²² encontramos el adjetivo *ἄξιος* (*áxios*), que en español da palabras como axioma²³, y que en la literatura homérica se emplea con el significado del valor que se le otorga a algo, equivaliendo también a lo que tiene gran valor²⁴. Con el paso del tiempo, denotaría asimismo el honor o el buen nombre de cada cual, acercándose sustancialmente a una de las variantes que la idea de *dignitas* tomó en el mundo romano²⁵ y que ahora veremos. No obstante, no podríamos inferir de ello una suerte de valor intrínseco de cada persona *qua* tal porque ese valor depende más bien de la consideración que otros tienen de una persona, lo que nos sitúa ante un concepto relacional y relativo²⁶ que permite incluso comparaciones entre personas²⁷. Ello no impide que se haya visto cierta noción sustantiva²⁸ de dignidad implícita en los autores griegos, como cuando Eumeo – uno de los esclavos de Ulises – se muestra hospitalario con quien es su amo, pero al que no puede reconocer por ir disfrazado como un mendigo, porque esa condición de supuesto extranjero y mendigo no es suficiente como para negarle cierto trato respetuoso e incluso acogedor²⁹.

²¹ DE MIGUEL BERIÁIN, I.: “Consideraciones...”, cit., p. 188.

²² Para un estudio profusísimo sobre la materia, tanto en Grecia como en Roma, vid. la monografía de PELÉ, A.: *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*, Dykinson, Madrid, 2010.

²³ Real Academia Española (s.f.). Axioma. En Diccionario de la Lengua Española. Recuperado el 14 de septiembre de 2024 de <https://dle.rae.es/axioma>.

²⁴ RANKINE, P.: “Dignity in Homer and Classical Greece”, *UR Scholarship Repository*, 2017, p. 22-23; SANTA CRUZ, M.I.: “Conócete a ti mismo y cuida de ti mismo: el Sócrates de *Apología*, *Critón*, *Alcibiades I*”, en TRUEBA ATIENZA, C./ PÉREZ CORTÉS, S. (DIRS.): *Dignidad...*, cit., p. 23; BARRERA-GÓMEZ, C.E.: “La dignidad humana desde una mirada Grecolatina”, *Teoría y Praxis*, vol. 1, n.º 42, p. 77; GRANJA CASTRO, D.M.: “El pensamiento de Kant en torno al concepto de dignidad humana”, en TRUEBA ATIENZA, C./ PÉREZ CORTÉS, S. (DIRS.): *Dignidad...*, cit., pp. 139-140; GARCÍA MORENO, F.: “El concepto de dignidad como categoría existencial. Un recorrido del concepto a la largo de la Hª de la Filosofía”, *Búho – Revista Electrónica de la Asociación Andaluza de Filosofía*, p. 2 (<https://elbuhorevistasaaafi.es/buho1/Buho1/04%20dignidad.pdf>).

²⁵ RANKINE, P.: “Dignity...”, cit., pp. 23-24; CHUAQUI JAHATT, B.: “El concepto de dignidad en la antigua Roma y después”, *Ars Medica*, Año 2000, p. 1.

²⁶ RANKINE, P.: “Dignity...”, cit., p. 23.

²⁷ HOMERO: *Iliada*, CSIC, Madrid, 2019, VIII.234. En este pasaje, se dice que muchos héroes no valen lo que Héctor en términos de *áxios* porque este exhibe un sistema de valores que prioriza a los dioses, la familia, la ciudad y sus compañeros de armas. Para Watson, este tipo de reconocimientos muestran que la dignidad, en sentido de *áxios* o valor, no es predicable solo de los griegos (vid. WATSON, P.: *Ideas. Historia intelectual de la humanidad*, Crítica, Barcelona, 2006, p. 114).

²⁸ DEBES, R.: “Introduction”, en DEBES R. (ED.): *Dignity, a History*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 4-6. La autora propone en esas páginas diferenciar el plano sustantivo del plano formal en la dignidad. Lo sustantivo nos mostraría que característica del ser humano es la que revela su dignidad (racionalidad, emotividad, autonomía, empatía...), mientras que lo formal serían los atributos de esa dignidad (innecesaria, condicional...). La propia autora reconoce que una escisión completa entre ambos planos no siempre será posible y ello nos lleva a considerar esta teoría confusa. En el ámbito de los derechos lo formal suele responder a cuestiones como la titularidad, que Debes parece dar por implícita en la pregunta por el ámbito sustantivo (los seres humanos), en tanto que lo sustantivo responde al haz de facultades que confiere un derecho, pero en Debes esa sustantividad nos interpela acerca de la causa última de atribuir dignidad a las personas.

²⁹ HOMERO: *Odisea*, CSIC, Madrid, 2019, 14.56-61. Cosa distinta es si la sensibilidad de quien es esclavo es mayor para con otros pertenecientes a los bajos estratos de la sociedad. Sobre el trato al extranjero, veremos más adelante cómo en la Grecia Antigua existían preceptos religiosos que obligaban a ser hospitalarios.

Si adoptamos la segunda postura, claramente hemos de acudir al vocablo latín *dignitas*, de donde es evidente que proviene su equivalente no solo en las lenguas romances³⁰, sino en otras como el inglés. Esa *dignitas* significa, en general para el mundo romano y sin perjuicio de su evolución, el estatus, el rango o la posición elevada que se ocupa en relación con otros que carecen de ese mismo posicionamiento³¹. Guarda una estrecha relación con su origen etimológico, emparentado con la raíz sánscrita *dec-*, con significado de ser conveniente, adecuado o conforme a algo o alguien³². La dignidad denota, en este sentido, un concepto relacional en la medida en la que siempre hemos de predicar la conveniencia, adecuación o conformidad con algún objeto de nuestro estudio.

Por más que nada en el concepto apunte a ello inexorablemente, la praxis romana lo convertía en una indirecta designación de las personas mejor posicionadas, esto es, la aristocracia³³. Son estos quienes copaban la abrumadora mayoría de cargos de todo tipo, lo que tendía a excluir estructuralmente a los plebeyos de la *dignitas*, que solo empezaron a alcanzar tras varias *secesiones plebis*³⁴ que les granjearon magistrados e instituciones propios³⁵. Por lo tanto, estamos ante un concepto que rema en la dirección contraria de lo que hoy entendemos por dignidad en la medida en la que sirve para distinguir el valor de cada persona en lugar de para equipararlo por ser todos igualmente personas: los patricios la tenían y los plebeyos, no³⁶ (al menos durante una parte sustancial de la historia de la Monarquía y de la República). La *dignitas* no sirve para nivelar, sino para distinguir³⁷.

Es importante precisar que, cuando empleamos el término valor, no estamos aludiendo necesariamente al honor de cierta persona o a su valía, ya en abstracto o en concreto, ya que esa acepción es más bien un añadido que se fue dando con el tiempo y que tendía a transferir cierta carga simbólica de la dignidad del cargo a la dignidad de quien lo ostentaba; ello permitía decir que alguien tenía *dignitas*³⁸. Véase, en cualquier caso, lo que se deriva de la connotación inicial y de su ampliación: no se trata de un rasgo universal; se tenía que luchar por conseguir acceder a esa *dignitas*, con lo que no se daba por

³⁰ Real Academia Española (s.f.). Axioma. En Diccionario de la Lengua Española. Recuperado el 14 de septiembre de 2024 de <https://dle.rae.es/dignidad?m=form>.

³¹ GOMA LANZÓN, J.: *Dignidad*, cit., p. 22. El autor refiere que, todavía en los últimos compases del Imperio, las listas de cargos oficiales recibían el nombre de *Notitia dignitatum*; GRANJA CASTRO, D.M.: “El pensamiento de Kant...”, en TRUEBA ATIENZA, C./ PÉREZ CORTÉS, S. (DIRS.): *Dignidad...*, cit., p. 139; WATSON, P.: *Ideas...*, cit., p. 179.

³² DE MIGUEL BERIÁIN, I.: “Consideraciones...”, cit., p. 189.

³³ SENSEN, O.: “Human...”, cit., pp. 75-76; CHUAQUI JAHIAIT, B.: “El concepto...”, cit., p. 2. En Roma, la aristocracia la formaban principalmente los patricios, que eran mayoritariamente a quienes se tenía por descendientes de los cien primeros senadores que eligió Rómulo (LIVIO, T.: *Historia de Roma desde su fundación (Ab urbe condita)*, Alma Mater – CSIC, Madrid, 1987, 1.8.).

³⁴ Término con el que se designaba en la Antigua Roma lo que hoy entenderíamos por huelga. En este caso, la principal afectación para Roma fue su negativa a participar en el ejército, integrado básicamente por plebeyos.

³⁵ LIVIO, T.: *Historia...*, cit., 2.33; ANDRÉS SANTOS, F.J.: *Roma. Instituciones e ideologías políticas durante la República y el Imperio*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 54-55 y 79; BRAVO CASTAÑEDA, G.: *Historia de la Roma antigua*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, p. 31.

³⁶ IGLESIAS, T.: “Bedrock Truths and the Dignity of the Individual”, *Logos: A Journal of Catholic Thought and Culture*, Winter 2001, pp. 120-121.

³⁷ DE MIGUEL BERIÁIN, I.: “Consideraciones...”, cit., p. 190.

³⁸ SENSEN, O.: “Human...”, cit., p. 76; MELTZER HENRY, L.: “The Jurisprudence...”, cit., pp. 190-191; IGLESIAS, T.: “Bedrock...”, cit., p. 114.

descontada; no había una sola dignidad, sino varias jerárquicamente ordenadas en función del cargo o posición que se detentaba³⁹, y era posible perder esa dignidad⁴⁰.

La *dignitas* se encuentra inserta en la idiosincrasia romana hasta el punto de ser uno de los rasgos definitorios del *mos maiorum*⁴¹, concepto este último de vital importancia para entender qué fue Roma, no solo desde una óptica sincrónica, sino diacrónica. Etimológicamente, la expresión significa la costumbre (*mos*⁴²) de los ancestros o mayores (*maiorum*⁴³) y viene a personificar la tradición por excelencia del modo de ser romano⁴⁴, lo que justifica la posición central que ocupaba en cómo los romanos se percibían a sí mismos especialmente a partir de la desaparición de la monarquía y el incremento del poder que los patricios detentaban⁴⁵. No estamos, a la vista de lo dicho, ante un término secundario, sino que bien puede equipararse con otros tan renombrados como *pietas* o *fides*⁴⁶, es decir, de virtudes romanas de primer orden.

El sentido que tenía la incorporación de la *dignitas* al registro de cualidades del buen ciudadano romano (el empleo del masculino lo es en términos estrictos porque las mujeres no podían acceder a cargos de gobierno, así que solo los varones podían alcanzar la *dignitas*⁴⁷) era reforzar la existencia de un especial deber para con el puesto que se ostentara. Asimismo, se creaban una serie de valores compartidos⁴⁸ entre quienes sincrónica y diacrónicamente estaban llamados a regir el destino de Roma en los diferentes niveles de poder. La dignidad alcanza, así, no solo una dimensión política o social, sino también moral indisociable de la ciudadanía romana⁴⁹.

³⁹ GOMA LANZÓN, J.: *Dignidad*, cit., p. 22.

⁴⁰ CHUAQUI JAHATT, B.: “El concepto...”, cit., p. 3.

⁴¹ ANDRÉS SANTOS, F.J.: *Roma...*, cit., pp. 97 y 111.

⁴² VVAA: *Diccionario Ilustrado Latino-Español / Español-Latino*, Vox, Madrid, 2009, p. 309. Es discutible si podemos atribuir valor de fuente del Derecho a ese *mores maiorum* en el sentido de costumbre jurídicamente vinculante.

Por un lado, autores como Gayo hablan de que los pueblos se rigen por *leges* y por *mores*, y Ulpiano dice que el *ius* puede ser *scripto* o *sine scripto*. El término *consuetudo* no consta hasta Juliano, por lo que no puede usarse como un elemento diferenciador. Por otro lado, en el juicio a la conjura de Catilina (63 a.C.), recoge Salustio una contraposición entre la aplicación inmediata de la pena capital solicitada por algunos senadores *ex mos maiorum* con el parecer de otros senadores que sostienen que se trata de un procedimiento *aliena a re publica*, es decir, ajena al Derecho (vid. SALUSTIO: *Conjuración de Catilina*, CSIC, Madrid, 1991, 51.17). Pero en un nuevo giro de los acontecimientos, Cicerón resultó victorioso al exponer que el acusador de Verres había mantenido con él una relación política estrecha y ello le impedía, *ex mos maiorum*, sostener la acusación, lo que fue admitido por el pretor.

Además, en Salustio tenemos otro ejemplo de una inobservancia de ese *mos maiorum* que no conduce a la comisión de actos ilícitos, sino únicamente moralmente reprobables. Se trata de las críticas que sobre Sila vierte al acusarle — insistimos, no desde una óptica jurídica — de ir contra los *mores maiorum* al permitir que el Ejército desplazado a territorio asiático viviera en la molicie y la excesiva libertad (vid. SALUSTIO: *Conjuración...*, cit., 12.5.)

Bien pudiera ser que algo del contenido de ese *mos maiorum* fuera vinculante jurídicamente porque así se decidiera en cada caso concreto, sin llegar a una concebir todo contenido del *mos maiorum* como ley no escrita.

⁴³ VVAA: *Diccionario Ilustrado...*, cit., p. 290.

⁴⁴ PINA POLO, F.: *Mos maiorum* como instrumento de control social de la *nobilitas* romana, *Páginas — Revista Digital de la Escuela de Historia*, n.º 4, p. 69.

⁴⁵ PINA POLO, F.: *Mos maiorum...*, cit., p. 71.

⁴⁶ ANDRÉS SANTOS, F.J.: *Roma...*, cit., p. 111.

⁴⁷ MELTZER HENRY, L.: “The Jurisprudence...”, cit., p. 191; STAFFEN, M.R. / ARSHAKYAN, M.: “About the Principle of Dignity: philosophical foundations and Legal Aspects”, *Seqüência (Florianópolis)*, n.º 75, p. 46.

⁴⁸ CHUECA RODRÍGUEZ, R.: “La marginalidad jurídica de la dignidad humana”, en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (DIR.): *Dignidad...*, cit., p. 36.

⁴⁹ CHUAQUI JAHATT, B.: “El concepto...”, cit., p. 4; GARCÍA MORENO, F.: “El concepto...”, cit., p. 1.

En consecuencia, no extraña, que encontremos en Roma abundantes alusiones a la *dignitas*, como cuando Julio César se dirige al Senado a raíz de la conjura de Catilina para defender que no se aplique la pena capital sin juicio previo. Vemos que apela a esa *dignitas* de los senadores para que se atengan a ella, es decir, actúen de acuerdo con lo que se espera de su cargo, en lugar de dejarse llevar por las pasiones o reacciones instintivas⁵⁰. Esta acepción se mantiene todavía en nuestra lengua, ya que no es extraño el empleo de expresiones como “la dignidad del cargo” o “hacer un trabajo digno”, que mantienen esa connotación relacional en la que la dignidad consiste en una serie de características objetivas y no personales que estamos llamados a respetar para considerarse que hemos obrado adecuadamente.

Dentro de este magma conceptual, Cicerón concitó las fuerzas de la naturaleza para alumbrar una nueva manera de entender la *dignitas* que nos resultará tremendamente familiar, aunque habremos de poner algún límite a esa semejanza con nuestros días. El pensador romano tomó la noción de *dignitas* que acabamos de ver y la transformó para ampliarla a todo el género humano porque solo él puede disciplinarse a sí mismo mediante el uso de la razón para apartarse del mundo instintivo, propio de los animales⁵¹. A su juicio, no hemos de desgastarnos en el vicio, sino vivir sobriamente para estar acorde con la excelencia y la naturaleza, ya que el placer del cuerpo no es digno de la atención del ser humano⁵².

Esa “ampliación” a la que hacemos referencia no equivale a reconocer que existe una dignidad inherente a todo ser humano, sino que más bien expresa la convicción de que todos podemos alcanzar esa dignidad si nos comportamos conforme a esa racionalidad compartida. La dignidad, así pensada, surge como el valor que le damos a las acciones que tomamos y cuya bondad no depende tanto de elementos externos como el ornato, el oropel, la gloria o el poder, sino que estriba más bien en una *maiestas* personal que se centra en lo interior⁵³. El valor, la *dignitas*, pasa del cargo que se ostenta o de la posición social que se ocupa – lo que en muchas ocasiones cercenará su predicación respecto de largas porciones de la sociedad –, es decir, de un hacer muy vinculado con un ser restringido a unos pocos, a un hacer que parte de un ser (en el sentido de ser racionales) compartido por toda persona.

La revolución que, a nuestro entender, emprende CICERÓN es vincular la dignidad con aquello que toda persona puede controlar y que EPICTETO sintetizaría magistralmente en su *Enquiridión*: “Hay ciertas cosas que dependen de nosotros y otras que no. Dependen de nosotros la opinión, las

⁵⁰ SALUSTIO: *Conjuración de Catilina*, CSIC, Madrid, 1991, 51.7. La frase es como sigue: “Igualmente, habéis de procurar, padres conscriptos, que no pueda más en vosotros el crimen de Publio Léntulo y los demás que vuestra dignidad, ni tampoco penséis más en vuestra cólera que en vuestro buen nombre.”

⁵¹ MELTZER HENRY, L.: “The Jurisprudence...”, cit., pp. 213-214; GOMA LANZÓN, J.: *Dignidad*, cit., p. 22; SENSEN, O.: “Human...”, cit., pp. 76-78; STAFFEN, M.R. / ARSHAKYAN, M.: “About the Principle...”, cit., p. 46; BARRERA-GÓMEZ, C. E.: “La dignidad...”, cit., p. 87; CHUAQUI JAHIAIT, B.: “El concepto...”, cit., p. 5.

⁵² CICERÓN: *De officiis*, vol. I, Fundació Bernat Metge, Barcelona, 1952, I.XXX.

⁵³ PELÉ, A.: *La dignidad...*, cit., p. 344.

inclinaciones, el deseo, la aversión y, en definitiva, todo lo que son nuestros propios actos. No dependen de nosotros el cuerpo, las riquezas, la reputación, los cargos y, en definitiva, todo lo que no son nuestros propios actos”⁵⁴. Lo que era un término de comparación entre personas por razón de su posición social se traslada a la comparación entre seres por razón de su posición en la naturaleza, y en concreto con los dones más distintivos que se cree que esta nos ha dado.

A pesar de que hemos hablado en varias ocasiones de que esa dignidad se predica de la humanidad en general⁵⁵, podrían asaltarnos dudas en relación con los esclavos y con las mujeres, quienes por desgracia en aquella época tenían una similar consideración social, que no era precisamente envidiable. El constante empleo de *homo* en sus diferentes declinaciones al hablar de los sujetos de esa dignidad sería un poderoso indicio para excluir a la *mulier*⁵⁶, del mismo modo que las múltiples alusiones a la débil condición del esclavo apuntarían en esa misma dirección. Parece conveniente, sin embargo, matizar lo siguiente: el uso de *homo* no siempre equivale a una denotación restrictiva de hombre, como demuestra que en otros pasajes use el término más específico *vir*⁵⁷; la libertad en términos político-sociales – es decir, exterior – no es determinante ni de la libertad en términos morales o metafísicos⁵⁸ – es decir, interior – como demuestran pasajes de esta⁵⁹ y otras obras⁶⁰ donde CICERÓN expone que cierta propensión a la gloria y a la riqueza conducen a la pérdida de libertad, sin que evidentemente se pueda estar refiriendo a la jurídica; CICERÓN anuda el término dignidad a la persona en algunos de sus pasajes⁶¹. Permitámosle, pues, el sano beneficio de la duda.

En CICERÓN, esa dignidad generalizada convive con dignidades singulares o particulares en función de los cargos o posición social que cada cual ostente⁶², por lo que realmente esa erupción de la que hablábamos no anula el sentido tradicional de la *dignitas* romana, sino que añade una capa adicional; con ello, también incorpora la idea estoica de que cada persona tiene una naturaleza particular que se integra en la universal⁶³. El polifacético autor romano nos refiere “la selección de la dignidad” (sic) en el sentido de que hemos de considerar las costumbres de aquel a quien queremos beneficiar en aras de una adecuada beneficencia⁶⁴, operación que necesariamente exige una diversidad de dignidades porque, de lo contrario, mal podríamos seleccionar con una sola opción. En definitiva, la dignidad es

⁵⁴ EPICETO: *Enquiridión*, El Barquero, Barcelona, 2007, p. 27.

⁵⁵ Así lo entiende, por ejemplo, Gomá Lanzón, para quien Cicerón universaliza la dignidad sin distinción de género (vid. GOMÁ LANZÓN, J.: *Dignidad*, cit., p. 22 *in fine*). En idéntico sentido se pronuncia PELÉ, A.: *La dignidad...*, cit., pp. 341-342.

⁵⁶ Junto con la anterior cita de Cicerón, ver también I.XLII. o II.II (en este último caso, en el vol. II).

⁵⁷ CICERÓN: *De officiis*, vol. I, cit., I.XXVII.

⁵⁸ ORTIZ DELGADO, F.M.: “Diferenciación entre la libertad/esclavitud metafísica y la libertad/esclavitud jurídico-político-social: Cicerón, Séneca y Epicteto”, *Revista Filosofía IUS*, vol. 17, n.º 2. Consultado en <http://portal.amelica.org/ameli/jatsRepo/408/4081878005/html/index.html>.

⁵⁹ CICERÓN: *De officiis*, vol. I, cit., I.XX.

⁶⁰ CICERÓN: *Paradojas de los estoicos*, Ediciones Rialp, Madrid, 2016, V.35; EL MISMO: *La República*, Fundació Bernat Metge, Barcelona, 2021, I.XLII.67.

⁶¹ CICERÓN: *De officiis*, vol. I, cit., I.XXVIII.

⁶² *Ibid.*, I.XXX.

⁶³ PELÉ, A.: *La dignidad...*, cit., p. 314.

⁶⁴ CICERÓN: *De officiis*, vol. I, cit., I.XIV.

también algo que podemos trabajar para alcanzarla o incrementarla en ciertas circunstancias⁶⁵ y no solo en el marco de la racionalidad compartida a la que aludíamos *ut supra*, o quizá sea que esa racionalidad nos ha de llevar a comprender cómo actuar al darse circunstancias específicas.

De todo lo visto en CICERÓN podemos concluir que la dignidad – tanto en su vertiente universal como concreta – es un atributo que atañe más a la moralidad y no se comunica con el Derecho, así que carece de su condición de premisa normativa y tiende más hacia una teleología de la naturaleza que se nos conmina a interiorizar⁶⁶. CICERÓN no deriva ninguna aplicación concreta de esa dignidad en el plano normativo y no cuestiona que los esclavos morales hayan de ser declarados esclavos en el plano legal, ni que quienes lo son en este puedan subvertir su situación si demuestran virtudes suficientes para ello. Eso sí, las bases se encuentran esbozadas en sus escritos para superar la *dignitas* como concepto de clase y aplicarlo al género humano, de tal suerte que algunas propuestas contemporáneas como la de WALDRON, que propone mantener la idea de la igualdad como estatus o rango, pero universalizada a todos los seres humanos⁶⁷. Y es que CICERÓN se trata de uno de esos exploradores del saber injustamente arrinconados a unas brevísimas líneas o una nota al pie en muchos trabajos, con lo que no podría parecernos más acertada la afirmación de VOLTAIRE según la que hemos de compadecer a quienes no lo han leído, pero todavía más a los que no le hacen justicia⁶⁸.

El pensamiento de CICERÓN no puede desconectarse de sus raíces estoicas, a cuyos rasgos hemos hecho mención fugazmente en párrafos anteriores, por más que no podamos calificarlo plenamente como seguidor de la *Stoa*⁶⁹. Dentro de esta escuela filosófica, el nombre propio que hemos de destacar por su reflexión sobre la dignidad es el de SÉNECA⁷⁰. Los paralelismos entre CICERÓN y SÉNECA son notables si atendemos a cómo se vieron engullidos por “los extraordinarios remolinos de la política romana”⁷¹, sin que esa semejanza escape a cómo abordaron la cuestión de la dignidad. Junto a lo ya dicho para CICERÓN, en el caso de Séneca hemos de añadir algunas cuestiones de interés para nuestro trabajo.

⁶⁵ Ibid., I.XX.

⁶⁶ SENSEN, O.: “Human...”, cit., p. 82. Kant alude a esa moralidad cuando dice que los estoicos tomaban de la libertad su principio moral universal de la dignidad humana, lo que le merece la mejor opinión posible. Sin embargo, a su juicio se quedaban a medio camino porque su visión de que toda persona puede ajustarse a las reglas de la razón no tiene en cuenta que primero ha de expulsar el mal que hay en nuestro estado moral (vid. KANT, I.: *La religión dentro de los límites de la mera razón*, Alianza Editorial, Madrid, 1981, nota 20 en p. 64, desarrollada en pp. 209-210).

⁶⁷ WALDRON, J.: *The Harm...*, cit., p. 46.

⁶⁸ VOLTAIRE: *Dictionnaire philosophique*, cit., p. 633.

⁶⁹ CICERÓN: *La República*, cit., pp. 13-15, pertenecientes a la “Introducción” de Joan Manuel del Pozo. Cicerón se situaba, en algunos puntos, en un punto intermedio entre los estoicos y los epicúreos: de los primeros, valoraba su fomento de la participación en la vida política y su apelación al *logos* como principio universal, pero desconfiaba del autoritarismo político al que podía conducir esto último; de los epicúreos, valoraba su mayor escepticismo epistemológico, pero no convergía con su llamada a abstenerse de la vida pública. Por ello, la alternativa neoacadémica le brindaba una mayor flexibilidad en aras de mantener la razonabilidad frente a la racionalidad estricta de unos y al tendencial escepticismo de los otros. Su filosofía puede calificarse con todo rigor de ecléctica y alejada de todo dogmatismo (vid. CICERÓN: *Del supremo bien y del supremo mal*, Gredos, Madrid, 1987, V.33; PELÉ, A.: *La dignidad...*, cit., p. 307).

⁷⁰ Seguramente a Séneca tampoco podemos calificarlo de estoico ortodoxo porque él mismo defendió la libertad de pensamiento para modular lo recibido y realizar aportaciones propias. Vid. SÉNECA: *Sobre la felicidad, Diálogos*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 229; EL MISMO: *Carta LXIV, Cartas morales a Lucilio*, Planeta, Barcelona, 1989, p. 149.

⁷¹ PELÉ, A.: *La dignidad...*, cit., p. 473.

En SÉNECA, el valor propio predicado del ser humano no solo proviene de la condición moral, sino que parte de una defensa por sí mismo, es decir, una defensa intrínseca, por lo que podemos hablar de dignidad individual que parte del reconocimiento de la libertad individual en el sentido de autonomía y dominio del propio ser⁷². El reconocimiento de la dignidad humana es, pues, simultáneo a su protección o incluso se confunde con ella⁷³ y tiene una connotación eminentemente práctica en consonancia con la teleología del *corpus* senequista⁷⁴. La *dignitas* se separa hasta tal punto de los bienes corporales que se sostiene la inexistencia en estos de aquella, por más que puedan atesorar algún tipo de valor para el cuerpo⁷⁵, ya que lo realmente valioso en términos morales es lo que es bueno para el alma y la grandeza del espíritu⁷⁶.

Insiste en esta cuestión a lo largo de su obra, que ofrece un tratamiento de la dignidad unitario a la par que disperso en términos sistemáticos, cuando por ejemplo afirma que “No es la materia, sino la virtud lo que hace estas cosas buenas o malas; doquiera que se muestre la virtud, todas las cosas tienen la misma medida y el mismo precio”⁷⁷. La virtud es la que nos lleva por el seguro camino de la dignidad porque otorga un valor seguro a nuestros actos que nos acerca progresivamente al estado de perfección, al que aspira como ideal sin descuidar nuestras debilidades e imperfecciones⁷⁸. Epicteto, otro de los grandes filósofos estoicos que ya hemos mencionado, y que también pertenece al estoicismo romano, alude a ese tipo de dignidad cuando nos pone sobre aviso acerca de cómo practicar la virtud para reconocer nuestra dignidad⁷⁹.

SÉNECA no circunscribe la dignidad a lo que hacemos en el seno de una sociedad organizada políticamente que espera de nosotros un determinado comportamiento al que hemos de ceñirnos. Para el filósofo hispano, y en esto se aparta de las concepciones aristotélica y ciceroniana, la *polis*, la República, no son el único vehículo que permite llevar una vida civilizada. Es más, existe para él algo de artificiosidad y mal menor en estas soluciones, abogando el filósofo por el regreso a ese estado

⁷² SÉNECA: *Carta LXXXV*..., cit., p. 201. El pasaje, de enorme belleza, dice así: “¿Preguntas qué libertad? No temer a los hombres ni a los dioses, no desear nada deshonesto ni desmesurado, tener absoluta posesión de sí mismo: tesoro inestimable es hacerse dueño de nuestro propio ser.” La consecuencia extrema de este planteamiento es la capacidad para disponer de la propia vida, esto es, el suicidio, cuando la razón así nos lo aconseje para tener la muerte solo “aprobada por uno mismo” (vid. EL MISMO: *Carta LXX, Cartas morales*..., cit., p. 174). Desgraciadamente, Séneca tendría que acabar tomando esa decisión tras la conjura de Pisón (vid. TÁCITO: *Anales*, Alianza Editorial, Madrid, 2023, XV.62-63). Rubens inmortalizó entre 1612 y 1615 la escena en su cuadro *La muerte de Séneca*, y Jacques-Louis David hizo lo propio en 1773 con un cuadro de igual título.

⁷³ PELÉ, A.: *La dignidad*..., cit., p. 479.

⁷⁴ GRANJA CASTRO, D.M.: “El pensamiento de Kant...”, en TRUEBA ATIENZA, C./ PÉREZ CORTÉS, S. (DIRS.): *Dignidad*..., cit., p. 141.

⁷⁵ SÉNECA: *Carta LXXI*..., cit., p. 183.

⁷⁶ SÉNECA: *Carta LXVI*..., cit., pp. 159-160.

⁷⁷ SÉNECA: *Carta LXXI*..., cit., p. 181.

⁷⁸ SÉNECA: *Carta XI*..., cit., pp. 22-23.

⁷⁹ EPICTETO: *Disertaciones por Arriano*, Gredos, Madrid, 1993, I, II.30-32. El pasaje dice así: “Uno preguntó: «¿Cómo reconoceremos cada uno nuestra dignidad personal?» Respondió: «¿Cómo es el toro el único que, cuando ataca el león, se da cuenta de su propia fuerza y se adelanta en defensa de todo el rebaño? ¿O no es evidente que a esa posesión de la fuerza le acompaña también la conciencia de la misma? También entre nosotros el que tenga esa capacidad no dejará de conocerla. Pues ni el toro ni el hombre de nobleza se hacen de repente, sino que han de mantenerse en forma durante el invierno, han de prepararse y no precipitarse a la buena de Dios hacia lo que no conviene en absoluto.”

primigenio⁸⁰, la Edad de Oro⁸¹, en la que la ciudadanía será un concepto superfluo. La dignidad humana será, entonces, completa porque no distinguirá de fronteras. Es conforme a este planteamiento que hemos de entender su alabanza en *Medea* de esos tiempos pretéritos⁸². Otra de las novedades senequistas en materia de dignidad es la incorporación de la alteridad en la dignidad, es decir, la preocupación por la dignidad del otro. Esta posición especial que ocupa el ser humano en el cosmos la explicita SÉNECA en su afirmación de que “el hombre es una cosa sagrada para el hombre”⁸³, expresión que el filósofo estoico emplea en un contexto en el que critica la proliferación de toda clase de violencia que las personas se ejercen las unas contra las otras indiscriminadamente. Esa especial atención a la vulnerabilidad del prójimo le lleva a detestar la muerte por juego o pasatiempo, en una clara alusión a los espectáculos de gladiadores⁸⁴.

Llegamos, de este modo, a uno de los rasgos más llamativos del pensamiento de SÉNECA: el cosmopolitismo. Retomando ese estadio idílico de la humanidad en el que nos encontrábamos en plena armonía los unos con los otros, sin ansiar más de lo necesario, SÉNECA distingue dos Estados: “el uno, grande y verdaderamente común a todos, en el cual se incluyen dioses y hombres, en el que no dirigimos la vista a este o aquel ángulo, sino que medimos los límites de nuestra ciudad con los del sol; otro, al que nos adscribió el hecho de nacer; éste será el de los atenienses, el de los cartagineses o el de cualquier otra ciudad que no pertenezca a todos los hombres sino a unos en concreto”⁸⁵. SÉNECA, según hemos visto, no rechaza el segundo por más que sea de orden inferior (no en vano, no lo considera ni el grande ni el verdaderamente común a nuestra condición humana), pero nunca de pierde de vista la preeminencia del primero al declarar que, tal y como es un sacrilegio dañar a un ciudadano de la patria pequeña, “también [lo es] a un hombre, pues este es tu conciudadano en una ciudad mayor”⁸⁶. El culmen de este respeto por cada vida humana quizá sea este extracto: “Sumo es también mi respeto a la sangre más despreciable; todo aquel que carece de otras cosas cuenta mi favor por el hecho de llamarse hombre”⁸⁷.

Con ello, damos por concluido nuestro recorrido por la dignidad en la Antigüedad griega y romana, habiendo centrado nuestros esfuerzos en la segunda por usar con mayor frecuencia términos parejos a los que luego han servido de base en las discusiones moderna y contemporánea. Si tuviéramos que

⁸⁰ SÉNECA: *Carta XCVIII...*, cit., p. 343.

⁸¹ GRIMAL, P.: *Diccionario de Mitología*, Paidós, Barcelona, 1981, p. 146; NIETO IBÁÑEZ, J.M.: El mito de las edades: de Hesíodo a los Oráculos Sibílicos, *Jornadas de Filología Clásica de las Universidades de Castilla y León, 7 a 8 de noviembre de 1988*, p. 23.

⁸² SÉNECA: *Medea*, Gredos, Madrid, 2001, p. 70. El pasaje empieza así: “¡Oh tiempos felices de nuestros mayores / Que no conocieron malignos engaños! / Vivía contento cada uno en su tierra / Y a viejo llegaba en los campos paternos / Con poco era rico; no ansiaba más bienes / Que aquellos que brindan las tierras natales.”

⁸³ SÉNECA: *Carta XCV...*, cit., p. 327.

⁸⁴ PELÉ, A.: *La dignidad...*, cit., p. 641.

⁸⁵ SÉNECA: *Sobre el ocio, Diálogos*, cit., p. 268.

⁸⁶ SÉNECA: *Sobre la ira, Diálogos*, cit., p. 122. Séneca también alude a la especie humana, como en EL MISMO: *Carta LXXXI...*, cit., p. 230.

⁸⁷ SÉNECA: *Sobre la clemencia, Diálogos*, cit., p. 5.

sinetizar sus aportaciones, cabría decir que siempre parten del lugar que ocupa el ser humano en el orden cósmico, y que encuentran en la racionalidad y en la libertad dos de sus señas de identidad⁸⁸. Asimismo, no se abandona por completo el nexo entre la *dignitas* y cierta posición social, lo que irremediamente conlleva una selección de quienes preponderantemente accederán a ser considerados *dignos*, siquiera en una acepción estrictamente social⁸⁹. Sigue sobrevolando la idea de que la dignidad es una cualidad emparentada con el entorno en el que se ha nacido y las posibilidades que este brinda, y que en cualquier caso parte de una ciudadanía romana como requisito *sine qua non*⁹⁰ como condición de necesidad.

Pero igual de cierto que lo que acabamos de afirmar es que se va abriendo paso – aunque sea de manera incipiente y con una fundamentación embrionaria⁹¹ – una alternativa, un *tertium genus* entre esa noción tradicional y la contemporánea a la que ahora iremos. El lento pero constante trasvase de la dignidad desde lo objetivo – el cargo u *officium* – a lo subjetivo – quien lo ocupa – despierta la noción de una dignidad donde el ser empieza a compartir espacio con el hacer. Somos dignos porque cumplimos con nuestra ocupación, que es digna en sí misma. Solo hace falta atreverse a ver más allá de los cargos y las encomiendas para sostener que podemos *ser* dignos si *hacemos* lo que se espera de nosotros como personas, si somos capaces de transformar en acto las potencialidades diferenciales de nuestra naturaleza humana y, de esta manera, ganarnos el epíteto de dignos en la virtud⁹². No se encuentra todavía el salto último que es prescindir de lo que hagamos para atribuirnos la dignidad por el simple hecho de *ser* humano, pero qué duda cabe que propuestas como las de CICERÓN y SÉNECA son una fuente inagotable de inspiración para una contemporaneidad con pies de barro.

La dignidad no fue una temática encapsulada en la Antigüedad clásica. Los pensadores medievales también pusieron en ella su atención, como era de esperar por el legado grecolatino sobre el que se asentaba su conocimiento y que se incorporó a la tradición cristiana (a todo ello hay que añadir, sobre todo en tierras hispanas, el legado judío y musulmán). Seguramente sea esta la época más maltratada de todas en las que se divide la historia⁹³, siendo de sobra conocidos los calificativos de “oscura”, “supersticiosa”, “opresiva” e incluso “cruel”, hasta el punto de que la época que le siguió lleva el nombre de Renacimiento, como si la civilización tuviera que resurgir de un lugar decadente. Si bien no es este el lugar para una enmienda a la totalidad a ese modo de pensar, permítasenos decir simplemente que es como poco descabellado pretender seriamente que mil años de historia se puedan

⁸⁸ SENSEN, O.: “Human...”, cit., p. 75.

⁸⁹ Ibid., pp. 75-76.

⁹⁰ PELÉ, A.: *La dignidad...*, cit., p. 703.

⁹¹ Ibid., p. 704.

⁹² Berlin hablaría sobre la importancia que adquirió en el mundo griego la idea del individuo frente a una *polis* que había dejado de ser cercana, convirtiéndose en un imperio con Alejandro de proporciones imaginables que alejaba el poder político (vid. BERLIN, I.: *Liberty*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 314).

⁹³ GRANJA CASTRO, D.M.: “El pensamiento de Kant...”, en TRUEBA ATIENZA, C./ PÉREZ CORTÉS, S. (DIRS.): *Dignidad...*, cit., p. 143. Seguramente sea Étienne Gilson quien más haya hecho por quitarle este sambenito al Medievo, en obras como *La filosofía de la Edad Media. Desde los orígenes patrísticos hasta el fin del siglo XIV*, 1965, Gredos.

resumir con esos adjetivos⁹⁴; ese Renacimiento (o “Tránsito a la Modernidad”, en palabras de Peces-Barba⁹⁵) no surge en el vacío, sino que trae causa ineludiblemente de la inercia propia de la Edad Media, salvo que se interprete en términos de revolución⁹⁶.

Es imposible hacer justicia a lo dicho sobre la dignidad durante esos más de mil años, y lo que aquí haremos será presentar los principales rasgos de esa dignidad. Lo primero que hemos de decir es que su vínculo con la religión es indiscutible porque el pensamiento medieval tiene una fuerte carga teológica⁹⁷, lo que genera una fundamentación heterónoma⁹⁸. Esto *per se* no convierte a la Edad Media ni en mejor ni en peor época, sino que simplemente la define a partir de uno de sus puntos cardinales, y de ello no podemos inferir que todo pensador medieval fuera un almizclado apologeta religioso que no se ataba o desataba los cordones de sus zapatos sin pedir permiso al Papa. El vocabulario religioso era moneda de cambio en esos siglos y todo autor que se preciara debía recurrir de vez en cuando a él como *topos* semántico si no quería levantar sospechas y si quería llegar a un público amplio.

Solo con esas premisas se entiende que AGUSTÍN DE HIPONA pudiera enunciar ideas de justicia, derecho y pueblo sin necesidad de recurrir en ese pasaje concreto a Dios⁹⁹, o que él mismo hablara sobre la importancia que tiene valorar lo que somos como personas¹⁰⁰. De nuevo, solo con esas premisas se entiende que Juan Crisóstomo o Basilio criticaran abiertamente las riquezas acumuladas por esos supuestos representantes de Dios, o las injusticias cometidas contra los más pobres y marginados de la sociedad¹⁰¹. Y, de nuevo, solo con esas bases se entiende que haya aportaciones medievales que todavía hoy mantengan su vigencia por haber influido en el continuo devenir del pensamiento.

Así, la Edad Media ha producido definiciones de la persona como la de Boecio, para quien esta está dotada naturalmente de una racionalidad que le confiere una dignidad indivisible de esa mismísima naturaleza¹⁰². A ello le añadirá TOMÁS DE AQUINO que la persona posee una dignidad natural de su naturaleza no solo racional, sino libre, que le permite buscar los bienes superiores y perseguir una vida feliz y “poseerse a sí mismo” (sic)¹⁰³. Esa dignidad crea en la comunidad obligaciones de reconocer el bienestar de sus ciudadanos como condición indispensable para lograr la paz mediante la justicia,

⁹⁴ Copleston ya puso de manifiesto que, en el *continuum* de la historia, la Edad Media sentó las bases del Renacimiento con pensadores como Tomás de Aquino, Juan de Salisbury o Agustín de Hipona (vid. COPLESTON, F.: *Historia de la filosofía. Volumen 3: De Ockham a Suárez*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 203).

⁹⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982, pp. 16-17.

⁹⁶ BURCKHARDT, J.: *La cultura del Renacimiento en Italia*, Losada, Madrid, 2017 pp. 141-169.

⁹⁷ PIÑÓN GAYTÁN, F.: “Los fundamentos cristiano-medievales de la dignidad del hombre (aportaciones para una modernidad)”, en TRUEBA ATIENZA, C./ PÉREZ CORTÉS, S. (DIRS.): *Dignidad...*, cit., p. 76.

⁹⁸ DE MIGUEL BERIÁIN, I.: “Consideraciones...”, cit., p. 191.

⁹⁹ DE HIPONA, A.: *De civitate Dei*: CSIC, Madrid, 2013, XIX.21.

¹⁰⁰ DE HIPONA, A.: *Confesiones*, San Pablo, Madrid, 2007, X.8-15.

¹⁰¹ PIÑÓN GAYTÁN, F.: “Los fundamentos...”, en TRUEBA ATIENZA, C./ PÉREZ CORTÉS, S. (DIRS.): *Dignidad...*, cit., pp. 80-82.

¹⁰² GRANJA CASTRO, D.M.: “El pensamiento de Kant...”, en TRUEBA ATIENZA, C./ PÉREZ CORTÉS, S. (DIRS.): *Dignidad...*, cit., p. 145.

¹⁰³ DE AQUINO, T.: *Suma contra los gentiles*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1953, c. 111.

trayendo así igualdad y comunión social¹⁰⁴. Estas y otras formulaciones beben de una de las primeras aportaciones cristianas al concepto de dignidad, que acuñó el Papa León I (conocido también como León el Grande o León Magno). En sus conocidos *Sermones*, exhortaba así a la grey cristiana: “Reconoce, oh cristiano, tu dignidad, pues participas de la divina naturaleza, y no quieras volver a la antigua vileza con una vida depravada”¹⁰⁵. La dignidad es ya un atributo de la persona por cuanto ha sido creada a imagen y semejanza de Dios¹⁰⁶, y sobre todo del cristiano porque es él quien ha recibido el sacramento del bautismo y, como sacramento, imprime un carácter indeleble¹⁰⁷. Esta concepción de dignidad no desplaza la más clásica romana, con la que convive sin confundirse¹⁰⁸.

Hemos mencionado, casi de pasada, que la dignidad en la época medieval tiene una fundamentación heterónoma, es decir, ajena a la propia persona porque recurre a una instancia superior, divina. La heteronomía no es, sin embargo, exclusiva de esta época, sino que lo único que hace es mutar su faz. En la época clásica, la *dignitas* no era inmanente a la persona y su explicación radicaba en los cargos que se ocupaban y, solo después, fue pasando a significar algo que la persona era; no se acabó de desligar, de todos modos, de cierto *hacer* que situaba fuera de la persona su dignidad. El ser humano era capaz de *encontrar* la dignidad en su interacción con el mundo exterior, de donde tomaba en última instancia su dignidad si se mantenía fiel a una vida virtuosa. En CICERÓN y en SÉNECA, especialmente en este último con su visión cosmopolita, se atisbaba un desacoplamiento de ese *hacer* en la observación de la vulnerabilidad ajena, donde descubrimos ese no sé qué que nos interpela y que desemboca en un valor intrínseco a aquel que nos merece nuestra consideración como un par en lo humano.

El Renacimiento proseguirá ese camino, incidiendo en la importancia de una educación lo más completa para contribuir a una mayor de la persona incrementando sus herramientas de raciocinio¹⁰⁹, así como tomando algo de distancia de unos axiomas religiosos¹¹⁰ de los que nunca se acabó de apartar¹¹¹. Solo hace falta pasarse por las páginas de PICO DELLA MIRANDOLA, quien en su *Discurso sobre la dignidad humana* imagina un diálogo entre Dios y Adán en el que a la primera persona¹¹² se le concede la posibilidad, con base en esa dignidad, de elevarse hasta cimas divinas o de rebajarse hasta abismos inmundos¹¹³. Es más, la recuperación de la cultura grecolatina que exhibían los

¹⁰⁴ DE AQUINO, T.: *Suma teológica*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2018, pp. 543-547.

¹⁰⁵ LEÓN M.: *Sermones escogidos*, Apostolado Mariano, Sevilla, 1990, p. 14

¹⁰⁶ *Torá – Comentario de Rashí*, Editorial Jerusalem, Ciudad de México, 2003, *Bereshit/Génesis* 1:27.

¹⁰⁷ IGLESIA CATÓLICA: *Catecismo de la Iglesia Católica – Compendio*, PPC, 2017, Boadilla del Monte, 1272.

¹⁰⁸ LEÓN M.: *Sermones...*, cit., p. 7. En esta página se nos habla de la dignidad del papado.

¹⁰⁹ WATSON, P.: *Ideas...*, cit., p. 347.

¹¹⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *La dignidad...* cit., p. 30.

¹¹¹ DE MIGUEL BERIÁIN, I.: “Consideraciones...”, cit., p. 191.

¹¹² No sería correcto traducir “Adán” por hombre porque en hebreo (*Adam*) designa al ser humano. Solo después de hacer caer en un profundo sueño a *Adam* y arrancarle Dios un trozo de carne (mal traducido por “costilla”) de uno de sus costados para formar a Eva (*Java* en hebreo), la Biblia empieza a emplear el término *ish* para el varón e *ishá* para la mujer (vid. *Tora – Comentario de Rashí*, cit., *Bereshit/Génesis*, 1:7-25).

¹¹³ DELLA MIRANDOLA, P.: *Discurso sobre la dignidad del hombre*, Editorial π, 2006, Medellín, p. 5.

renacentistas, y que no puede descuidar los antecedentes de Juan Crisóstomo o TOMÁS DE AQUINO, les hizo incidir particularmente en la libertad y en la racionalidad como indicadores de tal dignidad. No obstante, se percibe que no depende la dignidad del *ejercicio* de esas capacidades, sino solo de *tenerlas*¹¹⁴, lo que no deja de ser una herencia de esa *dignitas* inalienable en tanto que seres creados a imagen y semejanza de Dios.

El siguiente alto en el camino antes de pasar a KANT, que es seguramente quien ha dado mayor lustre a la dignidad (y ello, con independencia de si se comparte o no su visión), aludiremos a Samuel Pufendorf, autor inserto ya en un Barroco que, con su tendencia pesimista, parecería oscurecer una visión majestuosa del ser humano¹¹⁵. Su obra, focalizada en la idea de igualdad, no desconoce la dignidad en tanto que concepto íntimamente vinculado con aquella porque caracteriza a esta como el fundamento de aquella¹¹⁶. En concreto, Pufendorf sostiene que la misma palabra “persona” contiene una cierta dignidad y que la naturaleza humana pertenece por un igual a toda persona, con lo que parece natural pensar que, si los seres humanos son en cierto sentido iguales, es porque comparten alguna característica que sobresale por encima de sus diferencias en habilidades y posición social: la dignidad¹¹⁷.

No habríamos de ver, sin embargo, en esta posición, una absolutización al estilo kantiano porque Pufendorf mantiene una visión del ser humano como digno en la medida en la que posee unas características que le permiten elevarse sobre otras criaturas. Dios ha creado al ser humano con unas cualidades superiores al resto de la Creación, aunque ello no significa que toda persona puede enseñorearse con lo creado porque, para el autor alemán, esos fines no requerían un mundo tan vasto. No se trata de que tengamos deberes para con el resto de los seres no humanos, ya que la idea de deberes solo se predica de las relaciones entre los seres humanos en méritos de esa dignidad que compensa otras diferencias y que nos impone no infligir daño al resto de miembros de esa humanidad¹¹⁸.

Llega el momento de poner todos los focos en KANT, figura cuya omisión impediría entender el pensamiento contemporáneo, con su propuesta sobre la dignidad ocupando un lugar tan memorable en su obra que algunos lo consideran el filósofo moderno que más decisivamente ha contribuido a moldearla¹¹⁹. No hemos de entender con ello que exista unanimidad sobre la sustancia plenamente contemporánea de su aportación – en contraposición con la tradicional vista hasta ahora –, ya que

¹¹⁴ SENSEN, O.: *Human...*, cit., p. 80.

¹¹⁵ DE MIGUEL BERIÁIN, I.: “Consideraciones...”, cit., p. 191.

¹¹⁶ SAASTAMOINEN, K.: “Pufendorf on Natural Equality, Human Dignity, and Self-Esteem”, *Journal of the History of Ideas*, vol. 71, n.º 1, p. 48.

¹¹⁷ SAASTAMOINEN, K.: “Pufendorf...”, cit., p. 48.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 51.

¹¹⁹ DE MIGUEL BERIÁIN, I.: “La dignidad humana, fundamento del Derecho”, *Boletín de la Facultad de Derecho – UNED*, n.º 27, p. 330; REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., p. 49.

todavía hoy es objeto de discusión dónde ubicar su propuesta sobre la dignidad¹²⁰. Aunque su concepción de dignidad tiene mucho que ver con la igualdad, trataremos de separarlos en la medida de lo posible para volver sobre esa igualdad más adelante.

La idea central en KANT es que la humanidad – la idea de humanidad como vertiente nouménica de la persona¹²¹ – es, por ella misma, una dignidad¹²², y de ahí deriva que la dignidad es un atributo al que no podemos asignar precio porque este es incondicionado e incomparable¹²³, así como nadie puede ser tratado solo como un medio, sino como un fin en sí mismo¹²⁴. La dignidad no es, sin embargo, el fundamento último, sino que esta se asienta en la autonomía de la que disponemos para hacer uso de nuestras facultades distintivamente humanas¹²⁵, que engarzan con lo visto en la tradición grecorromana y medieval. Ese fin último que constituye el ser humano responde a que este, como ser racional, es el único capaz de ejercer su libertad racional y, a su vez, darse fines con base en esa capacidad¹²⁶.

No deberíamos interpretar la insistencia en la racionalidad del ser humano como si su capacidad efectiva de emplearse fuera una condición necesaria que permita predicar de ella la dignidad, ya que hemos de distinguir entre la naturaleza capaz en general de autonomía racional y el mérito moral¹²⁷. KANT dispone una categoría especial de personalidad, la moral, definida como “la libertad de un ser racional bajo leyes morales (la personalidad psicológica, en cambio, es simplemente la facultad de ser consciente de sí mismo en los diversos estados de uno mismo), de donde se sigue que una persona no está sometida a otras leyes que a aquellas que ella misma se da (o bien ella sola, o al menos con otros a la vez)”¹²⁸. Solo quien ostente personalidad moral podrá ser sujeto de imputación de acciones que contravengan sus deberes, lo que puede acarrear responsabilidades jurídicas¹²⁹.

En esta definición vemos una cesura entre esas dos personalidades, la psicológica y la moral, sin que en ningún caso KANT derive solo de la segunda la nota de dignidad aplicada a todo ser humano¹³⁰. El trato con quienes tienen su capacidad racional alterada o bien no han alcanzado todavía la madurez suficiente no puede ser distinto que el dispensado a quienes la conservan intacta, ya que aquellos conservan intacta esa humanidad que conduce a la dignidad, por lo que no les podemos imponer

¹²⁰ SENSEN, O.: “Human...”, cit., pp. 80-81, junto con las referencias bibliográficas expuestas por el autor.

¹²¹ GUTMANN, T.: “Dignidad y autonomía. Reflexiones sobre la tradición kantiana”, *Estud.filos*, n.º 59, p. 237.

¹²² KANT, I.: *Metafísica de las costumbres*, Tirant Humanidades, Valencia, 2022, p. 328.

¹²³ *Ibid.*, p. 328.

¹²⁴ KANT, I.: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 187-189.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 94.

¹²⁶ GRANJA CASTRO, D.M.: “El pensamiento...”, cit., pp. 154-155.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 156.

¹²⁸ KANT, I.: *Metafísica...*, cit., p. 88.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 92.

¹³⁰ No compartimos, por lo tanto, el parecer de Rey Martínez según el que Kant no reconocía dignidad a los seres privados naturalmente de autonomía moral (vid. REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., p. 49).

nuestro concepto de felicidad¹³¹. El filósofo de Königsberg es rotundo cuando afirma que: “Y así como el hombre no puede darse a sí mismo por ningún precio (pues ello contradiría al deber de autoestima), así tampoco puede obrar contra la autoestima (que es igual de necesaria) de los demás como hombres, es decir, está obligado a reconocer en sentido práctico la dignidad de la humanidad en cada uno de los demás hombres y, por tanto, sobre él recae un deber que se refiere al respeto que necesariamente tiene que mostrar cada uno de los hombres”¹³².

La dignidad en KANT, pues, sí que podemos decir que formalmente se desliga de sus fundamentaciones religiosas para adentrarse en el terreno de la inmanencia en cada ser humano por su simple condición de ser humano. La incapacidad general que tenemos de imponer nuestra voluntad sobre otros seres humanos genera una serie de deberes para con el resto de los congéneres humanos que nos obligan a estar y pasar por esa dignidad última que todos atesoramos. Ello no empece, claro está, a que se les puedan imponer castigos como consecuencia de los actos ilícitos que cometan, pero incluso en ese caso no se podrá tratar a la persona como un mero medio, lo que dará como resultado sistemas retributivos en oposición a utilitaristas.

Con ello, consideramos que KANT supera las concepciones previas de dignidad entendidas o bien como el premio a una vida virtuosa (un *hacer*), o bien como un atributo determinado por nuestra participación en la naturaleza divina (un *ser en otro*). Ciertamente es que parte de los mismos atributos que otros han utilizado para ubicar la razón de nuestra dignidad, pero a partir de ello se absolutiza la dignidad hasta el punto de predicarla también de quienes no poseen la plenitud de las capacidades racionales por motivos contingentes. Hay que distinguir entre la necesidad de fundamentar la dignidad (o el concepto que sea) y la necesidad de un uso efectivo del rasgo definitorio que atribuye a unos seres dignidad y a otros no¹³³, por cuanto lo primero es un requisito indispensable para su identificación y lo segundo es la decisión de poner en práctica aquello que sirve de fundamento.

Una vez hemos abordado las elaboraciones más notables de la dignidad que han atravesado la historia del pensamiento, entraremos de lleno en el terreno jurídico para ver cómo se recibe todo ese caudal en textos internacionales y nacionales.

¹³¹ KANT, I.: *Metafísica...*, cit., pp. 146-147 y 319.

¹³² Ibid., p. 328. En contra, vid. GUTMANN, T.: “Dignidad...”, cit., p. 238, para quien no existe una noción kantiana de dignidad universal predicable de todo el género humano, sino solo de las criaturas racionales, lo que no incluye a todos los seres humanos y no solo incluye a seres humanos. A nuestro juicio, los argumentos a favor de una dignidad común a todo ser humano superan a los que irían en sentido opuesto (vid. GRANJA CASTRO, D. M.: “El pensamiento...”, cit., p. 156). El razonamiento más convincente a este respecto lo encuentro en su atribución de obligaciones morales solo frente a otros hombres (léase, seres humanos), sin que haga ninguna distinción entre si es capaz o no de moralidad en concreto por el estado de sus facultades (vid. KANT, I.: *Metafísica...*, cit., p. 306).

¹³³ Por ello, no podemos converger con SENSEN cuando estima que, en Kant, sigue habiendo cierta dependencia de la dignidad en el uso de las capacidades que nos hacen dignos (vid. SENSEN, O.: “Human...”, cit., p. 81).

2.2. Marco jurídico internacional y europeo

A nivel estrictamente jurídico, observamos que la dignidad ocupa, desde mediados del siglo pasado, un lugar preeminente en la mayoría de los textos constitucionales occidentales, que hace de él un lugar común constitucional¹³⁴. Solo desde entonces se fusiona lo que MAIHOFER ha llamado el *horizonte espiritual* (que reconducimos a todos los precedentes no jurídicos) y la *situación histórica*¹³⁵. Las razones que explican su irrupción en el panorama jurídico en ese momento histórico son de sobra conocidas, por lo que no extrañará ni a propios ni extraños que sea en Alemania donde adquiera un mayor desarrollo tras la Segunda Guerra Mundial¹³⁶ – sin perjuicio de que también en Estados Unidos el sintagma “dignidad humana” aparezca por primera vez en el Tribunal Supremo en 1946¹³⁷ y de que en el Derecho Internacional su uso se multiplique¹³⁸ –, lo que influirá de manera decisiva en ordenamientos como el nuestro (aunque tendríamos que esperar unos cuantos años para incorporar esas reflexiones). Ello ha hecho que la dignidad integre lo que algún autor ha llamado “moralidad constitucional”, esto es, el conjunto de valores plasmados en esos textos constitucionales¹³⁹.

Es precisamente el Holocausto el que remueve y revuelve las conciencias no solo del Viejo Continente, sino del mundo entero a medida que se van conociendo más detalles sobre el macabro plan nazi. Son muchos quienes han hablado sobre el punto de inflexión que constituye la *Shoá* para la moral y para el Derecho, así que destacaremos lo dicho por NOZICK habida cuenta de la contundencia con la que se emplea. Para el filósofo estadounidense, el Holocausto supone nada más y nada menos que la pérdida de la dignidad por la especie humana, que con ello pierde su derecho a seguir existiendo¹⁴⁰. Este suceso culmina una serie de acontecimientos terribles¹⁴¹ y hace más patente la senda destructiva en la que se encuentra el ser humano, aunque ese solo acontecimiento hubiera bastado para alcanzar tal corolario¹⁴². A fin de cuentas, los peores criminales de guerra y genocidas no

¹³⁴ CHUECA RODRÍGUEZ, R.L.: “La marginalidad...”, en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (DIR.): *Dignidad...*, cit., p. 35; STAFFEN, M.R. / ARSHAKYAN, M.: “About the Principle...”, cit., p. 44; DE MIGUEL BERIÁIN, I.: “La dignidad...”, cit., p. 331.

¹³⁵ MAIHOFER, W.: *Estado de Derecho y dignidad humana*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2008, p. 5.

¹³⁶ SAYAGO ARMAS, D.: *Dignidad...*, cit., pp. 49-77. La autora lleva a cabo un muy profuso estudio de la evolución que la dignidad ha tenido en ese país. Vid. también REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., p. 49.

¹³⁷ Hablamos del voto particular del juez Murphy en *Korematsu*, pronunciamiento que trataremos al hablar de la igualdad y el racismo.

¹³⁸ PORRAS RAMÍREZ, J.M.: “Eficacia jurídica del principio constitucional de la dignidad de la persona”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIV, p. 203; REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., p. 49; FIKFAK, V. / IZVOROVA, L.: *Language...*, cit., pp. 1-2.

¹³⁹ PARENT, W.A.: Constitutional Values and Human Dignity, en MEYER, M.J. (DIR.): *The Constitution...*, cit., p. 47.

¹⁴⁰ NOZICK, R.: *Meditaciones sobre la vida*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 191. Nozick no lo dice en términos de que debiéramos ser aniquilados de inmediato, sino en el sentido de que la extinción de la humanidad no sería una debacle. Améry dirá que él, como prisionero de Auschwitz, olvidó lo que era la dignidad humana y que no se puede dejar de cuestionar seriamente su inmanencia tras lo vivido (vid. AMÉRY, J.: *Más allá de la culpa y de la expiación: tentativas de superación de una víctima de la violencia*, Pre-Textos, Valencia, 2004, pp. 79 y 90). Por su parte, Spaemann, sin llegar a conclusiones tan extremas, hace valer el peligro que la humanidad supone para su propia dignidad (vid. SPAEMANN, R.: Sobre el concepto de dignidad humana, en MASSINI, C.I. / SERNA, P. (EDS.): *El derecho a la vida*, EUNSA, Pamplona, 1998, p. 105).

¹⁴¹ Arendt hablaría sobre la degeneración europea a partir de sus coordenadas imperialistas, que desembocarían en el colapso del Estado-nación en el siglo XX (vid. ARENDT, H.: *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt, Nueva York, 1973, pp. 290-302).

¹⁴² NOZICK, R.: *Meditaciones...*, cit., p. 190.

dejan de ser tan humanos como el resto, por lo que la falta de los rasgos que les permitirían ser merecedores de respeto y trato moral arrastra a la humanidad toda.

La gran, inmensa, paradoja que constituye el Holocausto es su relacional dual, casi bipolar, con la dignidad. Por un lado, descose la humanidad y expone sus miserias. Parece contradictorio – casi ofensivo – insistir en que toda persona es digna por ser persona, ya que atesora una serie de capacidades racionales que le permite ser un agente moral, lo que incluiría a quienes planificaron el exterminio de millones de judíos. A buen seguro, lo hicieron porque se creían en posesión de poderosísimas razones que les asistían, y muchos de ellos habían recibido una esmerada formación privilegiada en uno de los faros culturales europeos. A buen seguro, también, pensaban que el resto del mundo se equivocaba al ver con horror el trato que les dispensaba a esas personas (y piénsese en que ese mundo desconocía el alcance la tragedia).

Por otro lado, el Holocausto trae consigo un nuevo ropaje para la humanidad en la que la trama con la que está cosido ha de resistir embates de ese calibre e impedir que se repita. Ello viene de la mano de la entronización de la dignidad a la categoría de pilar jurídico que, en textos como el alemán, se encuentra ya en el primer artículo de su Ley Fundamental. El Holocausto revela cuán lejos estaba la humanidad de vivir la dignidad, de respetarla, en lugar de solamente pensarla o hablarla, constatación que está en la base de que filósofos como Levinas abandonaran toda pretensión de quedarse en el ser heideggeriano para abrirse al otro, al que *es*, pero en términos de diferencia, de otredad, y no solo de identidad¹⁴³. Todas las reflexiones sobre la dignidad habían permanecido encapsuladas en el reino de la filosofía o la moral, sin que hubieran tenido refrendo en forma de valores o principios del más alto nivel normativo. Ahora irrumpen de lleno en este plano con un rasgo propio de toda persona que, paradójicamente, trae causa de la humanidad, pero convierte a cada cual en único en su especie¹⁴⁴.

Todo ese proceso de refundación del Estado contemporáneo en términos constitucionales cristaliza en el artículo 1 de la Ley Fundamental alemana, cuya literalidad hemos visto ya en el capítulo anterior y que apela a la inviolabilidad de la dignidad humana. En el caso alemán, a diferencia de lo que ocurrirá en el español, esa dignidad se sitúa ya en el frontispicio de su primer texto constitucional posterior a la Segunda Guerra Mundial. No hay discusión alguna sobre el carácter nuclear que esa dignidad desempeña para el ordenamiento jurídico germano y, como la doctrina de aquel país ha destacado, consagra una dignidad irreductible a una cultura específica, esto es, universal¹⁴⁵. Se rompe con la dicotomía Estado-sociedad para plantearla ahora en términos de Estado-individuo, con este como una

¹⁴³ LEVINAS, E.: *Totalidad e infinito. Ensayo sobre la exterioridad*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 2002, pp. 67-71.

¹⁴⁴ LEVINAS, E.: *Outside the Subject*, Stanford University Press, Stanford, 1994, p. 117.

¹⁴⁵ HÄBERLE, P.: *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2016, p. 170.

autorrepresentación exitosa de la persona constituida en tal¹⁴⁶ y con el reconocimiento de la igual dignidad en los demás individuos¹⁴⁷.

Las derivadas de esas afirmaciones son varias. En primer lugar, la dignidad es intangible y, como tal, no es disponible por quien la atesora, que somos todos y cada uno de los seres humanos. En segundo lugar, hay una relación estrecha entre dignidad y derechos humanos que nos permite afirmar que aquella es el fundamento de estos. En tercer lugar, se conmina a todos los que compartimos la condición humana a tomar conciencia de la dignidad que atesoramos por el simple hecho de esa pertenencia a la humanidad. En cuarto y último lugar, también se nos conmina a reconocer en el resto de los seres humanos la misma dignidad que reconocemos en nosotros y que nos conduce a, su vez, a reconocer los derechos esenciales predicados de esa dignidad¹⁴⁸. La dignidad como puerta de entrada a esos derechos básicos es lo que ARENDT acuñó con la célebre frase de que la dignidad es el derecho a tener derechos¹⁴⁹.

Autores como PORRAS RAMÍREZ defienden una dignidad construida en sentido inverso, a saber, la dignidad surgiría del otorgamiento de derechos. Su punto de partida es que todo derecho tiene un origen histórico que se suele explicar en el marco de luchas, a veces no solo dialécticas, sino físicas; la garantía constitucional actual de los ahora llamados derechos fundamentales sería el corolario último de ese proceso¹⁵⁰. A nuestro entender, esta forma de construir la dignidad es más que discutible. El autor, como veremos luego, es muy crítico con la dignidad como fundamento del orden político en parte por la vaguedad semántica de esa dignidad, pero con su propuesta tampoco se aclara qué añadiría la dignidad si la situamos al final del proceso de reconocimiento u otorgamiento de derechos. Tampoco aclara qué derechos serían aquellos que conferirían dignidad a la persona y si fuera admisible que unas personas tuvieran más o menos dignidad en función de la atribución de más o menos derechos.

Subyace en esa aproximación una reminiscencia de la defensa por Kelsen de valores objetivos frente a valores subjetivos. Aquellos serían los juicios de valor que establecen una relación de la conducta humana con una norma jurídicamente válida, por lo que sostener la bondad de una acción equivaldría a sostener su adecuación con la norma en cuestión. El valor, que en este caso podemos concretar en la dignidad, no justificaría la prohibición, sino que sería un valor porque estaría prohibido atentar contra él. Los valores subjetivos, por su parte, establecerían una relación entre la conducta y los juicios de aprobación o desaprobación morales que las personas hacen de ella; dada su apelación a la

¹⁴⁶ Ibid., p. 171.

¹⁴⁷ Ibid., p. 172.

¹⁴⁸ SALDAÑA SERRANO, J.: La dignidad..., cit., p. 65. Sobre la dignidad como fundamento de los derechos humanos, vid. DE MIGUEL BERIÁIN, I.: "La dignidad...", cit., p. 331. Sobre la dignidad como parámetro interpretativo general del ordenamiento jurídico, vid. SAYAGO ARMAS, D.: *Dignidad...*, cit., pp. 82-83.

¹⁴⁹ ARENDT, H.: *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, 2004, p. 296-298.

¹⁵⁰ PORRAS RAMÍREZ, J.M.: "Eficacia jurídica...", cit., p. 208.

subjetividad humana, este tipo de valores deberían expulsarse del ordenamiento jurídico y Kelsen mismo era partidario de ni siquiera incluirlas en los textos constitucionales¹⁵¹. En el caso español, saltará a la vista que esta no ha sido en absoluto la senda seguida por el constituyente¹⁵².

La variedad de documentos que, de una u otra forma, recogen la dignidad es indudable, lo que demuestra que este concepto es un *topos* en materia de derechos humanos. Empezando por el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, en ella se afirma la determinación de los pueblos de las Naciones Unidas de “reafirmar la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos entre hombres y mujeres y de naciones grandes y pequeñas”. El concepto de dignidad también se menciona en la DUDH, cuyo Preámbulo afirma que “el reconocimiento de la dignidad inherente y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es el fundamento de la libertad, la justicia y paz en el mundo”, y en el artículo 1 de ese mismo texto se nos habla de que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

A partir de aquí, se han aprobado otros tantos textos donde la dignidad aparece con frecuencia. La Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial, aprobada el 20 noviembre de 1963, “afirma solemnemente la necesidad de eliminar rápidamente la discriminación racial en todo el mundo, en todas sus formas y manifestaciones, y de asegurar la comprensión y el respeto de la dignidad humana”, y la ICERD alude en su Preámbulo a dicha Declaración. El Preámbulo de la ICCPR sostiene que los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana “derivan de la dignidad inherente a la persona humana”, y su artículo 10 refiere que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente a la persona humana”; el ICESCR, por su parte, en su artículo 13 recoge que los firmantes “reconocen el derecho de toda persona a la educación y convienen en que la educación estará encaminada al pleno desarrollo de la personalidad humana y al sentido de su dignidad, y fortalecerá el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales.”

Por otro lado, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de 18 de diciembre de 1979, contempla en su Preámbulo que toda discriminación contra la mujer “viola los principios de igualdad de derechos y de respeto de la dignidad humana.” La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, subraya en su Preámbulo que “los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana derivan de la dignidad inherente a la persona humana.” la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, señala en su Preámbulo que “el niño debe

¹⁵¹ Kelsen, H.: *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 30-38.

¹⁵² Atienza Rodríguez, M.: *Sobre la dignidad...*, cit., p. 69.

estar plenamente preparado para vivir una vida individual en sociedad y educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, y en particular en el espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.” La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece en su Preámbulo que “la discriminación contra cualquier persona por motivos de discapacidad es una violación de la dignidad y el valor inherentes a la persona humana”, además de incluir en su artículo 1 como objetivo principal promover el respeto a la dignidad inherente de las personas con discapacidad, lo que también es un principio general *ex* artículo 3.

El Segundo Protocolo Facultativo de la ICERD, que versa sobre la abolición de la pena de muerte y está fechado el 15 de diciembre de 1989, expresa en su Preámbulo la convicción de que “la abolición de la pena de muerte contribuye a realzar la dignidad humana y desarrollo progresivo de los derechos humanos.” El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 19 de diciembre de 2011, reafirma en su Preámbulo “la condición del niño como sujeto de derechos y como ser humano con dignidad y con capacidades en evolución.” El Protocolo Facultativo de la ICESCR, de 10 de diciembre de 2008, así como el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de 6 de octubre de 1999, contienen declaraciones o enunciados de corte similar a los ya vistos.

A nivel comunitario, la CDFUE recoge en su artículo 1 un enunciado muy parejo al visto en la DUDH, ya que aquel texto dice que: “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida.” En esto, la CDFUE es mucho más clara que el CEDH, que no contiene referencia alguna a la dignidad, o no al menos en su formulación primigenia, porque en el Preámbulo del Protocolo n.º 13 – aprobado el 3 de junio de 2002 – se habla de la “dignidad inherente a todo ser humano” como causa de la abolición de la pena de muerte que opera ese Protocolo. Esta ausencia no ha impedido al TEDH fijar una jurisprudencia en la que esa dignidad, junto con la igualdad, son los valores en la base de la generación de los derechos humanos¹⁵³. Interrelacionar ambos conceptos jurídicos y atribuirles la condición de valores morales ha permitido al TEDH enfatizar la humanidad y desvalimiento de los demandantes como criterios de partida en la identificación del conflicto, teniendo que actuar el Tribunal para protegerlos. Esta práctica, que se ha sostenido en el tiempo, muestra con meridiana claridad cuán imbricadas están las reflexiones metajurídica y jurídica en esta materia¹⁵⁴.

Además de por esa inevitable pigmentación metajurídica que hemos advertido, el uso frecuente que el TEDH realiza de la dignidad¹⁵⁵ – en unión estable de derecho con la igualdad – tiene un marcado

¹⁵³ GOODHART, M.: “Constructing Dignity: Human Rights as a Praxis of Egalitarian Freedom”, *Journal of Human Rights*, n.º 17, p. 403.

¹⁵⁴ HERI, C.: “Deference, Dignity and ‘Theoretical Crisis’: Justifying ECtHR Rights Between Prudence and Protection”, *Human Rights Law Review*, n.º 24, p. 12.

¹⁵⁵ Fikfak e Izvorova, en su artículo publicado en 2022, identificaron al menos 2100 sentencias en las que el TEDH había recurrido a la dignidad (vid. LAS MISMAS: Language..., cit., p. 4). Si consideramos un universo de 16.000 sentencias desde la

propósito pedagógico y enfático que no persigue sino incentivar el cumplimiento por los Estados de sus sentencias, así como desincentivar a otros Estados a que incurran en las mismas conductas proscritas¹⁵⁶. No puede olvidarse que, en términos análogos a lo que ocurre con otros tribunales internacionales, el TEDH carece de mecanismos coactivos propios para asegurar que los Estados acaten sus decisiones, por lo que en última instancia la eficacia de esos pronunciamientos descansa en la *bona fides* de los firmantes del CEDH. Incluso cuando, según ocurre por ejemplo en el caso español¹⁵⁷, se ha previsto expresamente en el ordenamiento jurídico la observancia de las decisiones del TEDH, ello no deja de depender de que cada Estado disponga su ordenamiento a tal fin.

Ese efecto desaliento y el refuerzo del reproche a las conductas más graves está detrás de que el TEDH haya evitado deliberadamente una sobreutilización de la dignidad, ya que de lo contrario se expone a lastrar su estrategia selectiva. Por ello, una parte sustancial de los casos en los que ha blandido la dignidad tiene que ver con el artículo 3 CEDH¹⁵⁸, terreno fértil por la mayor facilidad de tender puentes en el trato degradante y la privación de la dignidad¹⁵⁹, unión que ya se remonta a las condiciones del proletariado en la Revolución Industrial¹⁶⁰. Aparte de ser el artículo más veces citado en las sentencias que apelan a la dignidad, es en relación con ese precepto que el Tribunal empleó por primera vez la dignidad, en concreto para *Irlanda c. Reino Unido*, de 19 de enero de 1978¹⁶¹. Este caso se suscitó a la vista de las técnicas de interrogatorio y las condiciones de encarcelamiento implementadas por las autoridades británicas durante las varias décadas en las que se prolongó el conflicto norirlandés, especialmente a partir del 9 de agosto de 1971 por las medidas policiales y judiciales adoptadas por el gobierno británico. Este caso tendría continuidad en *Tyrer c. Reino Unido*, de 25 de abril de 1978, no en cuanto al trasfondo de la controversia, ya que no era el conflicto norirlandés, sino en cuanto a las penas consistentes en castigos corporales.

creación del Tribunal en 1959 (vid. <https://www.coe.int/en/web/human-rights-convention/landmark-judgments#:~:text=Since%20its%20creation%20in%201959,of%20law%20in%20Europe.%20%2C.>), se trata de un 13,13%, lo que no es nada desdeñable para un concepto jurídico ausente del texto original de la CEDH.

¹⁵⁶ FIKFAK, V. / IZVOROVA, L.: *Language...*, cit., pp. 3-4.

¹⁵⁷ En España, el artículo 510 LEC prevé que: “Asimismo se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.” Por su parte, el artículo 954.3 LECrim contempla que: “Se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.”

¹⁵⁸ FIKFAK, V. / IZVOROVA, L.: *Language...*, cit., p. 7. En concreto, el 60% de los usos de la dignidad obedecen a ese artículo 3 CEDH. Le sigue, con un 12%, el artículo 10 y, con 10%, el artículo 8. El resto de los preceptos se sitúa por debajo de ese 10%.

¹⁵⁹ FIKFAK, V. / IZVOROVA, L.: *Language...*, cit., p. 4; ELVIRA PERALES, A.: “La dignidad humana en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (DIR.): *Dignidad...*, cit. p. 203.

¹⁶⁰ HARRIS, R.W.: *Romanticism and the Social Order*, Blandford Press, Londres, 1969, p. 78.

¹⁶¹ La sentencia también se pronunció sobre los artículos 5, 6 y 50 CEDH.

Dentro de todo el programa de detención, interrogatorio e internamiento acordado por el Reino Unido, el TEDH consideró especialmente graves y, por ello, contrarias al artículo 3 CEDH, el empleo de ciertas técnicas como la privación de sueño, comida y bebida, la adopción de posiciones corporales dolorosas durante horas o la exposición prolongada a ruidos intensos. Asimismo, se dieron casos de maltrato directo en el que los guardas golpeaban en repetidas ocasiones a los internos¹⁶². Todo ello motivó que el TEDH resolviera de manera ampliamente mayoritaria que todos esos hechos constituían un trato inhumano y degradante *ex* artículo 3 CEDH, si bien no alcanzaba a considerarse tortura según ese mismo artículo. En el cuarto párrafo de su voto particular, el juez Evrigenis expuso que actos como los sometidos al escrutinio del Tribunal constituían tortura porque con ellos se causaba un sufrimiento intolerable y se afectaba a su dignidad.

El juez Sir Gerald Fitzmaurice también firmó un voto particular en el que discrepaba de que algunos hechos tuvieran la entidad suficiente de trato inhumano o degradante, ya que para él el trato *indigno* requería un plus que entendía no se daba en todos los hechos denunciados ante el Tribunal¹⁶³. Para el juez Fitzmaurice, toda situación de detención, interrogatorio y encarcelamiento es apta para generar sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaces de humillar y romper las barreras de resistencia tanto físicas como morales, por lo que es necesario exigir que se vaya más allá de apreciaciones subjetivas acerca de cómo se sintieron los detenidos. A nuestro entender, este argumento incurre en un falso punto de partida al ignorar que se han aportado pruebas que acreditan que las condiciones de calabozos y cárceles no son las que suelen provocar esos frecuentes sentimientos de miedo, angustia e inferioridad.

Habida cuenta de la cruenta situación que se vivía por aquel entonces en las islas británicas, imponer medidas de esa índole obedecía a una voluntad de humillar a los presuntos miembros o colaboradores del IRA y estaban diseñados para generar de manera completamente injustificada esos sentimientos de los que hemos hablado. Cabe hablar también de terror porque, en una tesitura tan explosiva como la de aquellas décadas, era lógico temer seriamente por la integridad física o psíquica si se es acusado de pertenecer al principal enemigo de una nación entera. Cuando el juez Fitzmaurice refiere que la privación de comida lo era solo por tiempo limitado (vid. el ya citado apartado 27), como si ello tuviera propiedades de descargo, no podemos menos que afeor que, *a sensu contrario*, se exija para un tratamiento inhumano o degradante que tal privación lo sea ilimitadamente. No pueden confundirse los requisitos para la tortura y el trato inhumano o degradante – como presupuestos de la indignidad en la conducta – con los requisitos del homicidio o del asesinato.

¹⁶² Para una descripción pormenorizada, vid. los apartados 96 a 107 de *Irlanda*.

¹⁶³ Para él, serían ejemplos de tratos contrarios a la dignidad los siguientes: rapar la cabeza, alquitranarse y emplumarse, embadurnarse de inmundicia, lanzarse estiércol, desfilar desnudo ante extraños, obligar a comer excrementos, desfigurar el retrato de su soberano o jefe de Estado, así como vestirse de forma que provoque el ridículo o el desprecio (vid. apartado 27 de este voto particular).

Cumple decir que las menciones a la dignidad en esa sentencia se localizan en los votos particulares, sin que en el cuerpo de la sentencia siquiera se aluda a este concepto. Este estado de la materia cambiaría en el anunciado caso *Tyrer*¹⁶⁴, donde ahora sí encontramos alusiones directas a la dignidad en el pronunciamiento de la mayoría. Este caso es de una importancia capital porque en él la mayoría de los magistrados de TEDH (por seis a uno) resolvieron que los castigos corporales como pena son contrarios al artículo 3 CEDH. El Sr. Anthony M. Tyrer, de 15 años cuando los hechos ocurrieron y residente en la Isla de Man, se había declarado culpable de haber pegado – junto con otros tres compañeros – a otro alumno de la escuela a la que todos ellos asistían; al parecer, el alumno agredido había aireado que los otros cuatro habían llevado cerveza al centro escolar, y ello había motivado esa represalia. El Sr. Tyrer fue condenado a recibir tres azotes en el culo, infligidos directamente sobre la piel porque la ley exigía que el reo se bajara los pantalones y los calzoncillos, requiriendo asimismo la ley que se realizara en presencia de un médico – quien tenía que haber emitido un informe previo de aptitud y quien podía detener el castigo en cualquier momento – y permitiendo la presencia del padre.

Para justificar ese tipo de castigos, uno de los argumentos empleados por las autoridades de Man es que su imposición no era contraria al sentir general de la población de aquel lugar. A ello, el Tribunal responde en su apartado 31 que, aun suponiendo que la opinión pública local pueda tener incidencia en la interpretación del concepto de pena degradante *ex* artículo CEDH, el Tribunal no considera probado que la pena corporal judicial no sea considerada degradante por los miembros de la población de Man que están a favor de su mantenimiento. Bien podría ser que una de las razones por las que consideran que la pena es un elemento disuasorio eficaz sea precisamente el elemento de degradación que implica. Además, el Tribunal no puede plegarse sin más a las interpretaciones que las autoridades nacionales hagan sobre el mantenimiento de una medida solo porque entienden que no merece el rechazo de la mayoría de su población, sin dejar de considerar que las mismas autoridades de Man reconocieron que durante un tiempo se revisaron este tipo de penas.

Otro argumento esgrimido por la Isla de Man es que una medida de esas características tiene un efecto disuasorio o preventivo innegable y que ampara su empleo por ser eficaz. A ello responde el Tribunal que un castigo no pierde su carácter degradante por el mero hecho de que se crea que es, o incluso llegue a ser, un elemento disuasorio eficaz o una ayuda para el control de la delincuencia. Para el Tribunal, nunca es admisible recurrir a penas contrarias al artículo 3 con base en un argumento preventivo porque ello en ningún caso anula su carácter inhumano, degradante o de tortura. Aunque no lo vincule directamente con esa interdicción del argumento, no podemos dejar de ver en su apartado 33

¹⁶⁴ ELVIRA PERALES, A.: “La dignidad...”, en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (DIR.): *Dignidad...*, cit., p. 199.

una crítica a esa prevención o disuasión al referir el Tribunal que el demandante fue tratado como un *objeto* en manos de los poderes públicos¹⁶⁵.

Otro argumento de las autoridades nacionales es que todo el proceso conducente a los azotes estaba codificado y sometido a una serie de salvaguardas médicas y jurídicas, además de que se llevó a cabo en privado y poco tiempo después de recaer la sentencia condenatoria. A ello, el Tribunal objeta en su apartado 32 que la existencia de un procedimiento no actúa como un argumento de exclusión absoluta del artículo 3 CEDH, sino que más bien expresa una institucionalización de ciertas prácticas que han de erradicarse. Sobre el carácter privado de la imposición del castigo, el TEDH desvincula el carácter infamante de la publicidad y admite que para la humillación bastan los propios ojos¹⁶⁶, y sobre el poco lapso entre la condena y la aplicación de la pena, el Tribunal lo descarta como argumento porque el transcurso de apenas unas semanas es suficiente para causar un daño psíquico al reo ante la espera de ese castigo. La sentencia del TEDH rechaza, pues, cada una de las razones aducidas por la Isla de Man y, en relación con el artículo 3 CEDH (había más artículos en juego que no vienen al caso), concluye que se ha vulnerado por haber dispensado un trato degradante al Sr. Tyrer. Es aquí (apartado 33 de la resolución) que el Tribunal sostiene que el núcleo de ese precepto lo constituye la protección de la dignidad personal y de la integridad física. La entrada en escena de la dignidad se refuerza cuando el Tribunal, en el apartado 35, confiere el carácter de *indigno* al método concreto empleado, y también porque – recordemos – en el apartado 33 aduce que el demandante fue tratado como un *objeto* por las autoridades de Man.

En esta decisión del TEDH, podemos advertir elementos fundacionales sobre la concepción que hará valer en lo sucesivo sobre la dignidad y que son concreciones jurídicas de algunos rasgos vistos para ese concepto en la aproximación teórica no jurídica, y que no serán exclusivas de ese concreto precepto¹⁶⁷. Y es que, aunque la dignidad solo se deslice al final del bloque dedicado al artículo 3 CEDH, es crucial para entender que el Tribunal ha estado desde el primer momento caracterizando una concreción de la dignidad. Así, la indiferencia frente a la opinión de la mayoría, más allá de incardinarse en la autonomía valorativa proclamada incómunmente por el Tribunal, añade aquí un ánimo de articular un entendimiento universal de la dignidad, si por universal a menos entendemos la evitación de tantos criterios como Estados firmantes haya del CEDH. Por otro lado, la irrelevancia de finales disuasorios o preventivos de una pena, unido al reproche de haber tratado al condenado como un objeto, reflejan el imperativo categórico de no tratar a nadie solo como un medio y reflejan, también, el respeto debido a cada persona como un ser moral autónomo que no cabe cosificar. Por

¹⁶⁵ Esta misma idea se repetiría en sentencias ulteriores, que destacarían que ni tan siquiera la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado admite excepciones o relativizaciones al carácter absoluto del artículo 3 CEDH (vid. *Labita c. Italia*; *Selmouni c. Francia*, y *Dikme c. Turquía*).

¹⁶⁶ La suficiencia de la autoconciencia de indignidad se reiteraría en *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* (vid. párrafo 220).

¹⁶⁷ ELVIRA PERALES, A.: “La dignidad...”, en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (DIR.): *Dignidad...*, cit., p. 200.

último, el campo semántico de la dignidad empieza a llenarse de palabras como humillación o degradación.

Si ya la dignidad asomaba en esa resolución de 1978, podemos comparar la presencia de la dignidad en otra sentencia, dictada 37 años después, que resuelve sobre si propinar bofetadas a un detenido constituye o no un trato degradante *ex* artículo 3 CEDH; hablamos de *Bouyid c. Bélgica*, de 28 de septiembre de 2015¹⁶⁸. Es sintomático que esta sentencia empiece su recorrido sobre los principales textos internacionales aplicables destacando el concepto de la dignidad (epígrafe A del bloque II), a lo que hemos de sumar que el epígrafe C de ese mismo bloque II destaca un precepto del Código Europeo de Ética Policial sobre la dignidad. A partir de aquí, las alusiones a la dignidad son constantes tanto en la *ratio decidendi* del Tribunal como en los escritos de alegaciones de las partes, cada uno intentando remar a su favor.

De todas las menciones que se hacen a la dignidad, podemos resaltar la del párrafo 87, donde el TEDH sostiene que: “el maltrato que supera un mínimo nivel de gravedad suele implicar un daño corporal o un sufrimiento físico o mental intenso. No obstante, incluso cuando estos aspectos faltan [alude al daño corporal y al sufrimiento físico o mental intenso], si se humilla o rebaja a una persona, mostrando una falta de respeto o disminuyendo su dignidad humana, o bien surgen sentimientos de miedo, angustia o inferioridad capaces de vencer la resistencia moral o física, esa conducta puede considerarse degradante y cae dentro de la prohibición del artículo 3.” En el párrafo 89, se constata que la falta de mención inicial en el CEDH a la dignidad no es óbice para que “el Tribunal haya enfatizado que la dignidad humana forma parte de la esencia del Convenio”¹⁶⁹. Finalmente, en el párrafo 103, se resuelve que abofetear a detenidos constituye un “grave ataque a la dignidad personal.”

La principal cuestión que suscita esta sentencia en materia de dignidad es, como los magistrados De Gaetano, Lemmens y Mahoney expresaron en su voto parcialmente discrepante, si todo atentado contra la dignidad se erigirá automáticamente en una infracción del artículo 3 CEDH, ya que en algún momento la sentencia parecería deslizar esta posibilidad. Si partimos, de acuerdo con esos magistrados, de que la mayoría no parece llegar tan lejos, tampoco el siguiente peldaño les sería plenamente satisfactorio porque parecería excesivo tener por degradante todo uso de la fuerza por la policía que mine la dignidad humana. Para ellos, un entendimiento de este estilo contradiría la jurisprudencia del TEDH expresada en casos como *El-Masri c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia*, *Tarakhel c. Suiza* o la ya vista *Svinarenko y Slyadnev*, donde se establecería que solo *en*

¹⁶⁸ Con anterioridad, el TEDH tuvo varias ocasiones de reafirmar su pronunciamiento en *Tyrer*, como por ejemplo en *Kudla c. Polonia*; *Valašinas c. Lituania*; *Yankov c. Bulgaria* o *Svinarenko y Slyadnev c. Rusia*. La relevancia de *Bouyib* radica en que fue una revocación por la Gran Sala de una sentencia inicialmente desestimatoria de la Sala, así como por la fijación de un umbral mínimo muy exigente con los Estados.

¹⁶⁹ Vid. también *Pretty c. Reino Unido*, de 29 de julio de 2002, así como *Svinarenko y Slyadnev c. Rusia*, de 17 de julio de 2014; MAVRONICOLA, N.: *Bouyid v. Belgium: The “minimum level of severity” and Human Dignity’s Role in Article 3 ECHR*, *Cyprus Human Rights Law Review*, 2016, p. 13.

principio se realiza esa inferencia, pero es necesario determinar si se ha superado el umbral mínimo de gravedad (*minimum level of severity*).

Ese suelo de gravedad es un concepto recurrente en la jurisprudencia del TEDH y su apreciación está mediatizada por factores objetivos y subjetivos como la duración del trato, sus efectos físicos y mentales, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima¹⁷⁰. No es preciso que hablemos de violencia física por cuanto solo se exige la humillación y conductas análogas de la que nos habla el ya visto párrafo 87 de *Bouyid*, y que recogen otras sentencias como *Vasyukov c. Rusia* en su párrafo 59. Según es de ver en *Tyrer*, tampoco es imprescindible que concurra la publicidad de esa conducta. Se trataría, en definitiva, de crear un hiato entre la violencia en términos generales, censurable solo en términos morales, y aquella que tiene una repercusión en el artículo 3 CEDH¹⁷¹.

De la lectura de esos precedentes, parece razonable concluir que el TEDH no opera exactamente como esos magistrados dan a entender: no se determina primero la afectación a la dignidad y luego se determina si se subsume en el artículo 3 CEDH, sino que, una vez determinado que se ha conculcado la dignidad, la infracción del artículo 3 CEDH existe siempre y cuando no se ofrezcan poderosas razones para fallar en sentido contrario. Quedaría irresuelta la inclusión del sentido que ese “en principio” tiene porque, ciertamente, da a entender una norma general que admite excepciones, respuesta que la mayoría en *Bouyid* ofrece en el párrafo 101 y que transcribimos íntegramente por su importancia: “El Tribunal subraya que las palabras “en principio” no pueden interpretarse en el sentido de que pueda haber situaciones en las que no sea necesaria tal constatación de violación, porque entonces no se habrá alcanzado el umbral de gravedad antes mencionado (véanse los apartados 86-87 *supra*). Toda injerencia en la dignidad humana afecta a la esencia misma del Convenio (véase el apartado 89 *supra*). Por esa razón, cualquier conducta de las autoridades con respecto a una persona que menoscabe la dignidad humana constituye una violación del artículo 3 del Convenio. Esto se aplica, en particular, al uso de la fuerza física contra un individuo cuando no sea estrictamente necesario debido a su conducta, sea cual sea el impacto sobre la persona en cuestión.”

Hay que reconocer que esa frase reviste cierta complejidad interpretativa, que quizá tenga que ver con que estamos ante un Tribunal compuesto por personas que, salvo excepciones, no tienen en el inglés o en el francés su lengua materna. El mayor problema subyace en esa coma que, en la versión inglesa, separa “is not called for” de “because” y que genera la duda razonable sobre si lo que sigue es una causa de lo antecedente o una consecuencia, matiz no menor. Si consultamos la versión francesa (la sentencia no se ha traducido al español ni al italiano, que son las otras lenguas de las que también podría auxiliarme), vemos cómo esa coma desaparece entre “ne s’imposeraient pas” y “parce que”, lo

¹⁷⁰ Vid. *Jalloh c. Alemania*, de 11 de julio de 2006, párrafo 67, así como *Gäfgen c. Alemania*, de 1 de junio de 2010 y la ya citada *Svinarenko*; ELVIRA PERALES, A.: La dignidad..., en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (DIR.): *Dignidad...*, cit., p. 204.

¹⁷¹ Vid. párrafo 56 de *Bouyid*.

que nos hace decantarnos porque la falta de constatación del *minimum level of severity* es la causa y no la consecuencia de no seguir indagando la vulneración del artículo 3 CEDH.

Superado ese escollo exegético, el panorama que dibuja ese párrafo 101 es el siguiente: siempre que se supere ese umbral mínimo, habrá vulneración del artículo 3 CEDH, pero no solo cuando concorra ese umbral se entenderá vulnerado dicho artículo. A pesar de que esa lectura suena contraintuitiva a la vista de que el *en principio* encajaría mejor con la vulneración de la dignidad como presupuesto de la inobservancia del artículo 3, en el sentido de que podría haber excepciones que no llevaran a esto último, el Tribunal lo interpreta en un sentido ampliativo que incorpora como casos sospechosos incluso aquellos que no cumplen con ese umbral de gravedad. Y, a renglón seguido en ese mismo párrafo 101, nos incluye como supuesto sospechoso todo trato contrario a la dignidad por parte de policías.

Sobre este nuevo supuesto, surgen dos preguntas. La primera, cuál ha de ser el estándar para considerar que esas conductas no reconducibles al umbral mínimo infringen lo dispuesto en el artículo 3 CEDH. En el caso de la violencia policial, el Tribunal se remite en su párrafo 102 a la necesidad de usar la fuerza como criterio guía, por lo que en este tipo de situaciones la exigencia a los cuerpos policiales será superior a la media, aunque algunos creen que no se ha alterado el estándar para esos agentes del orden¹⁷². La segunda pregunta es qué excepciones podría haber a los nuevos casos, cuya respuesta en parte tiene que ver con la anterior pregunta porque para conocer esas excepciones es imprescindible conocer los contornos de la norma general. De nuevo para el caso policial, el Tribunal no deja mucho espacio a la imaginación porque, advertida la innecesariedad de la fuerza, se sigue automáticamente la conculcación del artículo 3 CEDH. En pronunciamientos posteriores – como *Muršić c. Croacia*¹⁷³, *Khlaifia y otros c. Italia*¹⁷⁴, *Nicolae Virgiliu Tănase c. Rumanía*¹⁷⁵ o *Savran c. Dinamarca*¹⁷⁶ –, el Tribunal ha vuelto a apoyarse en el umbral mínimo de gravedad a los efectos del artículo 3 CEDH. Ello hace ganar enteros a la interpretación de que el caso resuelto en *Bouyid* no ha generado ningún patrón jurisprudencial distinto y, por lo tanto, ha de confinarse a sus estrictos términos fácticos como paradigma de los casos en los que la violencia parte de policías.

Todas estas disquisiciones tienen una incidencia directa en materia de delitos de odio a la vista de cómo ha ido evolucionando la jurisprudencia del TEDH en relación con el susodicho artículo 3. El caso más reciente a fecha de este trabajo es el de *Hanovs c. Lituania*, de 23 de enero de 2023, cuya

¹⁷² MAVRONICOLA, N.: “Bouyid...”, cit., p. 3. Para la autora, lo que el TEDH habría hecho es separar el *wrong* del *harm* para exigir solo aquel en los supuestos policiales, lo que no interpreta como una elevación del listón. A nuestro entender, sin embargo, prescindir de uno de los dos elementos del estándar sí lo es porque se pasa a exigir menos – solo el elemento más objetivo – para colegir la infracción.

¹⁷³ 20 de octubre de 2016, párrafo 97.

¹⁷⁴ 15 de diciembre de 2016, párrafo 159.

¹⁷⁵ 25 de junio de 2019, párrafo 116.

¹⁷⁶ 7 de diciembre de 2021, párrafo 122.

demanda se refiere a la denuncia del demandante de la falta de una investigación efectiva por parte de las autoridades nacionales en respuesta a un acto homofóbico perpetrado por dos particulares contra él y su pareja. En concreto, el 8 de noviembre de 2020, el demandante y su pareja fueron agredidos verbal y físicamente en la calle, lo que inició un proceso penal por vandalismo y, más tarde, por un delito de odio. Mediante resolución firme de 5 de mayo de 2022, se sobreseyó dicho procedimiento al no encontrarse elementos delictivos. A uno de los autores se le impuso una multa de 70 euros por vandalismo menor en el marco de un procedimiento de infracción administrativa, en tanto que la identidad del otro autor nunca llegó a establecerse.

Entre otros preceptos, el demandante aducía la vulneración del artículo 3 CEDH, aunque en su vertiente formal o procedimental. A diferencia de la vertiente material o sustantiva, que es la que hemos visto hasta ahora, la primera pretende asegurar que las autoridades nacionales llevan a cabo las pesquisas pertinentes para asegurar que los casos de tortura, trato inhumano o degradante y malos tratos en términos generales reciben la debida atención y no se generan lagunas de impunidad. Ello se logra conjugando los artículos 1 y 3 CEDH para acabar atribuyendo responsabilidad a los Estados no solo por actos de funcionarios, sino también de particulares¹⁷⁷.

Un supuesto de protección reforzada se da cuando los actos en liza tienen la connotación de delitos de odio, habiendo mostrado el TEDH un especial interés en aquellos con tintes racistas y aplicando luego esos estándares a otras discriminaciones como la religión, el género, la orientación sexual o la ideología *ex* artículo 14 CEDH. El Tribunal ha sido particularmente exigente con esta tipología de casos y ha condenado a los Estados cuando ha percibido que no han actuado enérgica e imparcialmente para investigar posibles motivaciones discriminatorias tras ciertos hechos o, si una vez determinadas, no ha tomado las medidas adecuadas para evitar que cale en la sociedad el mensaje de que no se les da la debida importancia. A estos efectos, investigar insuficientemente o diluir la responsabilidad tras esa investigación son equivalentes¹⁷⁸.

De vuelta al caso *Hanovs*, el Tribunal resuelve que el Estado lituano no ha dispuesto los suficientes mecanismos tuitivos a fin de instruir y juzgar a los responsables de una agresión homófoba, a cuyo efecto poco o nada importa que efectivamente no se adviriera lesión alguna en el demandante por haber logrado escapar antes de recibirla; en este caso, además, tanto el sujeto identificado como el que no se llegó a identificar profirieron insultos homófobos, por lo que ni siquiera se podría hablar de una tentativa de agresión discriminatoria. En aquellos supuestos en los que se percibe una intención de ese

¹⁷⁷ Vid. *Asenov y otros c. Bulgaria*, de 28 de octubre de 1998; *Z y otros c. Reino Unido*, de 10 de mayo de 2001; *M y otros c. Italia y Bulgaria*, de 31 de julio de 2012; *O'Keeffe c. Irlanda*, de 28 de enero de 2014; *X y otros c. Bulgaria*, de 2 de febrero de 2021; *R.B. c. Estonia*, de 22 de junio de 2021.

¹⁷⁸ Vid. *Abdu c. Bulgaria*, de 14 de marzo de 2014; *Antayev y otros c. Rusia*, de 3 de julio de 2014; *Identoba y otros c. Georgia*, de 12 de mayo de 2015; *Škorjanec c. Croacia*, de 28 de marzo de 2017; *M.F. c. Hungría*, de 31 de octubre de 2017; *Sabalić c. Croacia*, de 14 de enero de 2021; *Verzilov y otros c. Rusia*, de 29 de agosto de 2023.

tipo – que el Tribunal considera concurrente en *Hanovs* –, podemos encontrarnos con un trato degradante conforme al artículo 3 CEDH cuando alcance un nivel de gravedad tal que constituya una afrenta a la dignidad humana (párrafo 41 de la sentencia).

Lo anterior constituye una excepción a la regla general según la que los Estados no responden por los hechos atribuibles a particulares¹⁷⁹, aplicable también a los funcionarios cuando actúan como particulares¹⁸⁰, por lo que el Tribunal solo ha permitido que los casos más plausibles (*arguable*) pasen ese filtro a fin de no convertir la excepción en regla¹⁸¹. No obstante, la tendencia del TEDH a ampliar la protección a quienes alegan sufrir discriminación por los motivos ya aludidos ha hecho que el margen de tolerancia con los criterios empleados por los Estados sea progresivamente menos deferente en aras de asegurar la efectividad de las investigaciones.

2.3. Marco jurídico español

En cuanto a nuestra latitud patria, encontramos la primera alusión a la dignidad explícita en el artículo 10.1 CE, lo que algunos autores critican por creer que se está relegando a un segundo plano¹⁸². Este artículo le atribuye a la dignidad, junto con otros enunciados constitucionales como el libre desarrollo de la personalidad, ser el fundamento del orden político y la paz social. Existe en nuestra Constitución una aparente tensión entre el artículo 1.1 CE, que contiene los consabidos valores superiores del ordenamiento jurídico, y el artículo 10.1 CE, que nos habla del fundamento del orden político y la paz social. Sobre todo, destacamos que esa aparente tensión radica en la apelación al orden político, cuyos fundamentos son nominalmente distintos a esos valores superiores del ordenamiento jurídico. SAYAGO ARMAS parece resolver esta cuestión teniendo a la dignidad por implícita en la libertad y la igualdad¹⁸³ – dos de los valores superiores del ordenamiento jurídico –, a lo que podemos añadir que LUCAS VERDÚ lo considera un valor equiparable al resto debido a que no es el Estado social y democrático de Derecho la causa de que exista la dignidad, sino que esta es la causa que da forma a ese tipo de Estado¹⁸⁴.

Asimismo, mientras que el artículo 1.1 CE nos dice claramente que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político son *valores*, el artículo 10.1 CE no dice si la dignidad y el resto de los fundamentos son valores, principios, cláusulas generales... No son estos conceptos intercambiables y, aunque pueda haber alguno que ocupe más de una posición, lo es porque puede compartir rasgos de más de una categoría, presuponiendo ello que cada una tiene unos rasgos mínimamente definidos. Al

¹⁷⁹ Vid. el párrafo 68 de *Beganović c. Croacia*, de 25 de junio de 2009.

¹⁸⁰ Vid. el párrafo 33 de *Çelik c. Turquía (caso n.º 2)*, de 27 de mayo de 2010.

¹⁸¹ Vid. el párrafo 48 de *Ghișoiu c. Rumanía*, de 29 de noviembre 2022.

¹⁸² SAYAGO ARMAS, D.: *Dignidad...*, cit., p. 81.

¹⁸³ Ibid., p. 80.

¹⁸⁴ LUCAS VERDÚ, P.: *Estimativa y política constitucionales: los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1984, p. 104.

menos, dos cosas podemos afirmar con claridad: la primera, que por principio constitucional es imposible entender lo mismo que el artículo 1.4 CC al regular los principios generales del Derecho, ya que repugnaría a la razón que los principios constitucionales tuvieran que interpretarse con base en una norma preconstitucional que los relegaría a un campo de acción *praeter legem*; la segunda, que la dignidad no es un derecho fundamental porque sistemáticamente no está dentro del catálogo recogido por la Constitución, sin que ello signifique que esté desprovista de sentido¹⁸⁵ ni que sea de menor rango que estos, como ahora veremos.

Sobre la falta de mención en el artículo 1.1 CE, autores como PORRAS RAMÍREZ han considerado que no diluye su relevancia, sino que la acrecienta, ya que los valores son metas, fines u objetivos genéricos que el Estado se propone alcanzar sin que exista sanción por su inobservancia; en cambio, como fundamento del orden político el realce que el constituyente le ha dado es notablemente mayor que al de los valores. La dignidad se erigiría, con esta configuración, en base o presupuesto de los derechos al ser superior a todo derecho objetivo, por lo que estos serían una concreción de ella en los diferentes ámbitos vitales. La dignidad añadiría versatilidad al ordenamiento jurídico iusfundamental al apuntar en la línea del pleno reconocimiento y garantía de los derechos básicos de toda persona¹⁸⁶.

En esta telaraña de definiciones, diversas han sido las posturas que se han adoptado respecto de la dignidad. DíEZ-PICAZO ha concebido el artículo 10.1 CE como una fijación de las cláusulas generales que se deben adoptar para orientar la dirección que ha de tomar la democracia constitucional, constituyendo verdaderos principios que determinan los fines últimos del Estado democrático¹⁸⁷. La naturaleza de principio la defiende también PASCUAL MEDRANO, para quien la dignidad cumple una función legitimadora y explicativa del orden político, constituyendo una pauta interpretativa de todo el ordenamiento jurídico¹⁸⁸, así como un canon de constitucionalidad directamente aplicable por el poder judicial a falta de suficiente concreción legislativa¹⁸⁹. SERNA comparte todas esas funciones y enfatiza que la dignidad ha de informar la interpretación de los derechos fundamentales en sede judicial¹⁹⁰. Para SAYAGO ARMAS, la dignidad no debiera ser solo considera *un* principio constitucional, sino *el* principio constitucional por excelencia, situándolo en el pináculo del ordenamiento jurídico porque, de

¹⁸⁵ DíEZ-PICAZO, L.M.: *Sistema de derechos fundamentales*, cit., p. 61.

¹⁸⁶ PORRAS RAMÍREZ, J.M.: “Eficacia jurídica...”, cit., pp. 203-204. Estas aseveraciones no esconden que, para el autor, la dignidad sea una “referencia axiológica normativamente inconsistente, retórica, acomodaticia, muchas veces hueca o superflua, cuando no, sólo, ornamental, en tanto que manifestación de una categoría no objetivada, carente, en fin, de eficacia precisa y contrastada para el Derecho.” (vid. EL MISMO: “Eficacia jurídica...”, cit., p. 203).

¹⁸⁷ DíEZ-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 62.

¹⁸⁸ En análogo sentido, vid. DíEZ-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 62.

¹⁸⁹ PASCUAL MEDRANO, A.: “La dignidad humana como principio jurídico del ordenamiento constitucional español”, en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (DIR.): *Dignidad...*, cit., pp. 305-306.

¹⁹⁰ SERNA BERMÚDEZ, P.: “La dignidad de la persona como principio del Derecho Público”, *Derechos y Libertades – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año II, n.º 4*, pp. 298-301; EL MISMO: “Dignidad de la persona. Un estudio jurisprudencial”, *Persona y derecho, n.º 41*, pp. 139-196. Sobre esta cuestión, vid. el segundo párrafo del FJ 5º ex STC n.º 235/2007.

lo contrario, “el Derecho no podría explicarse de forma satisfactoria, ni siquiera de una manera completamente lógica”¹⁹¹ (sic).

Para ATIENZA RODRÍGUEZ, el artículo 10.1 CE reconoce un valor en la dignidad que podría llegar a considerarse el valor constitucional último e, incluso, un valor superior a los enunciados expresamente en el artículo 1.1 CE. Con independencia de la corrección de esto último, no hay duda alguna de que la dignidad será fundamento de las normas y no al revés porque la Constitución no maneja un concepto de valor objetivo *à la* Kelsen, priorizando el elemento valorativo sobre el directivo de la conducta humana¹⁹². Asimismo, la dignidad tendría, en tanto que principio, un desdoblamiento: por un lado, es un principio de acción que proscribe un trato cruel o humillante, lo que le confiere una vertiente negativa o abstencionista; por otro lado, obliga alcanzar un cierto estatus quo en el que todo ser humano disponga de unas condiciones vitales mínimas. Existiría un estándar mínimo de dignidad y, una vez alcanzado este, se admitiría cierta gradualidad por cuanto las condiciones vitales pueden ser mejores o peores, pero siempre por encima de un determinado umbral¹⁹³.

Para DE MIGUEL BERIÁIN, la dignidad es el fundamento del Derecho en un sentido objetivo, a saber, entendida como fuente del Derecho. Retomando la definición ya vista de ARENDT, propone que la dignidad nos confiere “el carácter básico de seres dotados de derechos”¹⁹⁴. No se trata, según el autor, de que todo ordenamiento jurídico deba basarse en la dignidad, sino de que aquel que no lo haga no podría reputarse *justo*¹⁹⁵. La implicación más remarcable de la aportación de este jurista es que una dignidad así conceptualizada no puede vulnerarse, sino que solo cabría hablar de esa infracción respecto de sus proyecciones, esto es, los derechos básicos en los que se concreta; el Derecho no ha de proteger la dignidad porque es innecesario, así que ha de centrar sus esfuerzos en proteger esas manifestaciones¹⁹⁶.

Para CHUECA RODRÍGUEZ, en cambio, la dignidad introduce un riesgo cierto y constante de inseguridad jurídica en el nivel fundamental del ordenamiento, esto es, en el constitucional. Ello se debe a la naturaleza exhortativa que el jurista atribuye al enunciado de la dignidad humana, que siempre se mueve entre su afirmación necesariamente formal y la pretensión de asociarla con un contenido concreto¹⁹⁷. Pretender justificar el reconocimiento, contenido y alcance de un derecho fundamental a partir de la dignidad supondría recurrir a una explicación metajurídica de ese derecho

¹⁹¹ SAYAGO ARMAS, D.: *Dignidad...*, cit., p. 87. Esta jurista propone una definición de dignidad de corte ontológico: “La dignidad es el Ser del individuo, previo al Derecho y positivado por este, por el que se es titular de pleno derecho o en grado potencial de todos los derechos posibles, sin exigírsele ninguna condición y en pie de igualdad respecto a todos, ya que un individuo no posee más dignidad que otro.” (vid. LA MISMA: *Dignidad...*, cit., p. 261).

¹⁹² ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: *Sobre la dignidad...*, cit., pp. 71-72.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 73.

¹⁹⁴ DE MIGUEL BERIÁIN, I.: “La dignidad...”, cit., p. 350.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 351.

¹⁹⁶ *Ibid.*, pp. 351-352.

¹⁹⁷ CHUECA RODRÍGUEZ, R.: “La marginalidad...”, en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (DIR.): *Dignidad...*cit., p. 41.

fundamental con el riesgo de llegar a deformar su contenido, además de que con ello se estaría reconociendo que el constituyente no era soberano para elegir, sino que estaba vinculado por un poder más allá del Derecho¹⁹⁸. La dignidad sería un valor, sí, pero pretendido e indemostrable que no tendría el mismo alcance en todos los ordenamientos, como es el caso del estadounidense¹⁹⁹, en parte quizá porque el uso antitotalitario apenas se ha empezado a usar en tiempos recientes²⁰⁰.

En respuesta a los planteamientos de este último jurista, no compartimos que la dignidad tenga una naturaleza exhortativa, sino que esta capacidad de interpelarnos a hacer o no hacer es consecuencia de su naturaleza estructural al ser humano; estamos llamados a configurar el ordenamiento con base en él por ser ese fundamento del ordenamiento jurídico. También podríamos predicar la exhortación del derecho a la vida o del derecho a la libertad de expresión, pero ello no obedece a su *ratio essendi*, sino a la importancia que le asignamos. En cuanto a que apelar a la dignidad equivale a introducir un elemento metajurídico en el debate, no le quitaremos la razón siempre que acepte que el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad... también apelan a instancias metajurídicas: la vida, la integridad física, la libertad... Que le antepongamos la palabra *derecho* no lo convierte en nada distinto a anteponer a la dignidad el *valor*, el *principio* o el *fundamento*. Estamos hablando de los pilares de nuestra sociedad y de nuestro ordenamiento jurídico, y ahí lo metajurídico o valorativo es inevitablemente deseable, por lo que reproducimos lo dicho en nuestra crítica a los postulados de PORRAS RAMÍREZ.

Asimismo, no entendemos qué es lo que se estaría deformando con el recurso a la dignidad o por qué debiera ser más inestable que los derechos fundamentales *stricto sensu*. El contenido de los derechos que hoy conocemos como fundamentales no ha sido ni mucho menos uniforme a lo largo de los últimos siglos – por acotarlo temporalmente – porque el derecho a la vida no estaba reñido con la pena de muerte ni sigue estándolo en muchos países, a diferencia de lo que sí ocurre en el nuestro. La libertad de expresión es otro ejemplo emblemático de la disparidad de criterios en su teorización y aplicación, por lo que el sentido interesado que algunos juristas ven en el uso multiforme de la dignidad²⁰¹ es intrínseco a los conceptos jurídicos que manejamos. Es más, si se teme por la deformación de los derechos fundamentales, la dignidad nos resulta el mejor contrapeso a fin de asegurar que no se retuerza el significado de un derecho de esa naturaleza hasta el punto de convertirlo en el privilegio de unos pocos.

Sobre que el constituyente parecería constreñido en su redacción a la Constitución por una entidad soberana ajena a lo jurídico, hemos de decir algo parecido a la cuestión metajurídica ya tratada. Si en

¹⁹⁸ Ibid., p. 42.

¹⁹⁹ Ibid., p. 50.

²⁰⁰ Ibid., pp. 28-29.

²⁰¹ APARICIO PÉREZ, M.A.: “Ambigüedades normativas del concepto “dignidad de la persona” en la Constitución española de 1978”, *Revista de Chapecó*, vol. 14, n.º 3, pp. 26-29.

la labor legislativa nos encontramos con un componente ideológico consustancial, con mayor razón lo hallaremos si nos encontramos en el alumbramiento de unos nuevos cimientos para el orden jurídico de un territorio. Pretender construir una Constitución solo a partir de conceptos jurídicos es concebir ese texto como uno más que se integra en el sistema normativo cuando en verdad él es la cúspide que expresa los valores de una sociedad. La Constitución da forma a esos valores y una determinada cosmovisión, por lo que si se quiere hay muchos soberanos en juego.

Por otro lado, el carácter indemostrable de la dignidad y su dispar entendimiento no debería suponer ninguna novedad en relación con otros conceptos jurídicos de primer orden. La pregunta o reflexión podría extenderse a la imposibilidad de demostrar un derecho, un valor, un principio, una regla o cualquier otra entidad que no pueda medirse, pesarse y analizarse en un laboratorio. Si por indemostrable se entiende, en cambio, altamente discutible, nos remitimos a las discusiones sempiternas y profusas sobre qué es la libertad, la igualdad, la autonomía o tantos otros conceptos que están destinados a alimentar el debate.

Finalmente, que el uso antitotalitario sea de reciente cuño no añade ni quita nada a la importancia de la dignidad en nuestro ordenamiento constitucional. Para empezar, no puede pretenderse hablar de un concepto tan actual como totalitarismo y exigir una fundamentación en el pasado de la dignidad sobre esa concepción moderna. En línea con lo dicho para la aproximación de PORRAS RAMÍREZ, las contingencias históricas no impiden apreciar la relevancia de aquello que hacen aflorar, del mismo modo que las concepciones tradicionales no tienen una mayor carga de verdad solo porque cuentan más años. Decíamos que la dignidad hace acto de presencia en el ámbito internacional a raíz del Holocausto, y a los motivos ya dichos hemos de añadir que fue posible porque se puso todo el ingenio, la tecnología y los conocimientos más avanzados al servicio del genocidio. Incluso se realizaron todo tipo de experimentos médicos, sin trabas de ningún tipo, por supuesto, en aras de una supuesta mejora de los conocimientos que se tenían en aquel momento. Nuevas realidades nos obligan a ver con otras lentes algunas concepciones de ciertas ideas, del mismo modo que un telescopio con más aumentos nos permite observar mejor el firmamento.

Sobre si es razonable sostener que la dignidad no pueda ser conculcada en modo alguno, albergamos ciertas dudas. Es verdad que tal visión es coherente con tenerla por un atributo del ser humano del que nadie nos puede privar, y cierto es, además, que encaja a la perfección con la posición que ocupa en nuestro ordenamiento constitucional como valor o principio, mas nunca como derecho subjetivo. Tan cierto como que la persona nace con la misma dignidad con la que luego muere es que, a lo largo de su vida, pueda verse inmersa en actos o decisiones que le priven de ver su dignidad reconocida – visión fenomenológica –. Normalmente, la dignidad solo se verá vulnerada mediatamente a través de la inobservancia de alguna de sus emanaciones, pero se mantendrá incólume en otras proyecciones. Sin

embargo, en situaciones extremas²⁰² esa dignidad se verá seriamente comprometida en el plano práctico a manos de quienes, con tanta dignidad como las víctimas, ignoren que en los demás hay la misma dosis que en el propio yo. Sería poco realista desconocer que algunos de los actos más censurables se han cometido con el objetivo de privar a la víctima de su dignidad, y por más que ello sea imposible en la concepción que manejamos de dignidad, no por ello es menos acuciante que el ordenamiento jurídico actúe con especial severidad si advertimos la voluntad de anular a la persona desde múltiples flancos. De ahí que la sentencia de TC n.º 235/2007, ya vista en el capítulo anterior, hable de una dignidad humana constitucionalmente garantizada²⁰³, lo que sería innecesario de ser imposible su conculcación, y de ahí que no entendamos que esa sentencia no declare contraria a esa dignidad una conducta que resulta – en sus propias palabras – repulsiva desde esa óptica²⁰⁴.

Podemos imaginar un ejemplo en el que ello se daría. Pensemos en una propuesta de un partido político para reinstaurar la esclavitud y que la concurrencia de ciertos requisitos determinara el paso de la situación de libertad a la de esclavitud. Para intentar separar esta cuestión de la discriminación de acuerdo con los motivos del artículo 14 CE, donde es más sencillo ver la mano de la indignidad, concebamos que son requisitos *a priori* neutros en cuanto a motivos especialmente vedados. Los motivos podrían relacionarse con la comisión de ciertos delitos especialmente graves. De ese estatus de esclavo se derivarían no solo afectaciones en la libertad deambulatoria, sino que se suprimiría la libertad de expresión, de asociación, de huelga y el derecho a la vida se limitaría a que terceros distintos de su amo no podrían darle muerte. Por supuesto, ni pensar en el sufragio activo y pasivo.

Cabría aproximarse individualmente a cada una de las restricciones o supresiones de derechos fundamentales y ver en ellas el desvalor que suponen para cada uno de los bienes jurídico-constitucionales que protegen. Pero proceder de este modo nos privaría entender la afectación global que tendría para todas las personas que cumplieran con los requisitos legales del esclavo. Ni siquiera en esa situación se privaría a la persona de su dignidad, pero verdaderamente sería un milagro que, en la práctica, fuéramos capaces de ver qué dignidad le resta a quien recibe ese trato por más que sea consecuencia de ilícitos penales de primer orden. Dicho de otro modo, la conservación de la dignidad no empecería para que su contenido esencial en términos jurídicos se viera severamente cercenado, del mismo modo que una persona seguiría conservando la vida, aunque se limitara enormemente su derecho fundamental a ella desprotegiéndola jurídicamente frente a agresiones.

No sería ni tan siquiera preciso esperar a que ese partido político obtuviera la mayoría parlamentaria que le permitiera implementar su proyecto esclavista (o que tuviera suficientes votos para influir en el

²⁰² Sobre el peligro de valerse de la dignidad, en tanto que concepto radical o tajante, para elevar cualesquiera discusiones a cuestiones de primera magnitud constitucional, vid. REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., pp. 50-51.

²⁰³ Vid. el párrafo quinto del FJ 4º.

²⁰⁴ Sobre este punto, vid. el apartado cuarto del voto particular emitido por el Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, que suscribimos en su integridad al igual que el resto de su opinión discrepante.

poder legislativo y, en un sistema como el nuestro, también en el ejecutivo) para considerar esa conducta como antijurídica. La sola propuesta ya no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico sin necesidad de que se disponga su materialización, y ello por resultar un atentado contra el reconocimiento de la dignidad humana. De todos modos, como se ve esa conclusión solo se alcanzaría cuando se afecte a la persona en su totalidad o en porciones muy relevantes de su personalidad (imaginemos una persona a la que se le permite expresarse mientras se la tortura sin cuartel). Podría plantearse un escenario en el que esa misma formación política abogara por una nueva Constitución acorde con sus propuestas, o bien optara por una reforma constitucional de ciertos artículos, a lo que desgraciadamente nada podría objetarse porque el artículo 168 CE no declara ningún precepto como irreformable y claramente permite revisar íntegramente la Constitución. Solo quedaría confiar en que el intrincado procedimiento reforzado de reforma cumpliera su cometido de imposibilitarla, o bien que el mundo metajurídico saliera al rescate de nuestra sociedad.

Dicho todo lo anterior, es imposible negar que hay otros ejemplos menos rotundos en los que el uso de la dignidad puede dar lugar a resultados aparentemente *limitantes* de los derechos en lugar de erigirse en su fomentador. Quizá la mala prensa que tiene ese concepto entre algunos juristas y filósofos responda a que se ha esgrimido en campos como la bioética para apuntalar visiones como la *theocon bioethics* que tanto disgustan a autores como PINKER²⁰⁵, y que está presente en un caso resuelto por el TJUE sobre patentabilidad de la utilización de embriones humanos para fines industriales o comerciales²⁰⁶. Ciertamente la dignidad, como hemos visto que algunos autores ya han apuntado, ostenta en potencia un contenido abierto e indeterminado que dificulta su descenso a lo concreto para erigirse en fuente prescriptiva o constrictiva del legislador²⁰⁷, pero hemos de recalcar que ello es perfectamente predicable de otros enunciados constitucionales como el derecho a la vida o la libertad de expresión. No obstante, y sin entrar a valorar la corrección o no de argumentos que apelen directamente a una cosmovisión religiosa, baste con decir aquí que no puede juzgarse el papel que un concepto juega tomando en consideración los usos que se entienda más extremos o cuestionables, porque entonces nos preguntamos qué enunciado constitucional sobreviviría a esa prueba.

Finalizaremos este apartado, y sin perjuicio de que hayamos citado antes alguna de sus sentencias, con la exposición de cómo el TC ha interpretado la dignidad y qué alcance le ha dado con base en todo lo ya dicho. El Tribunal ha empleado expresiones muy amplias y grandilocuentes sobre la dignidad, lo

²⁰⁵ En nuestro país, juristas como Pérez del Valle han apostado por un concepto de dignidad que impida ciertas investigaciones con embriones, con independencia de si con ello se pudieran salvar vidas o mejor la calidad de vida de cuantas personas imagináramos. Vid. PÉREZ DEL VALLE, C.J.: Finalidad terapéutica e investigación genética (a propósito de la consideración jurídica del embrión), en VVAA: *Genética y Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 204-206. Planteamientos similares se encuentran también en GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La dignidad de la persona*, Civitas, Pamplona, 2011, pp. 26-34.

²⁰⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 18 de octubre de 2011, asunto C-34/10 (Brüstle-Greenpeace). Vid. el comentario de ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L.: “El inconsistente estatuto del embrión humano extracorpóreo en la Unión Europea. Proyecciones constitucionales de la Sentencia TJUE «Brüstle v. Greenpeace» (AS. C-34/10)”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, n.º 17, p. 675.

²⁰⁷ PASCUAL MEDRANO, A.: “La dignidad...”, en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (DIR.): *Dignidad...*, cit., pp. 316-317.

que nos da pie a decir en línea de máxima que la aproximación del Tribunal Constitucional ha sido eminentemente material, esto es, brindando parámetros a la hora de enjuiciar la adecuación constitucional de normas y actos²⁰⁸. Ello genera, a juicio de algunos juristas, una práctica imposibilidad de delimitar las fronteras de la dignidad por su carácter casuístico y, además, encierra riesgos de circularidad al definir la dignidad como todo trato digno²⁰⁹. Dado el carácter intrínsecamente contramayoritario de la doctrina constitucional²¹⁰, una aplicación excesivamente amplia de la dignidad llevaría a cercenar desorbitadamente la función del poder legislativo en nombre de una concepción difusa de dicha dignidad²¹¹, algo de lo que el propio Tribunal ha sido muy consciente y que le ha llevado por lo general a aplicar contención y mesura en su empleo²¹².

Ya en algunas de las primeras sentencias que dictó el TC se aborda indirectamente el papel que la dignidad juega en nuestro ordenamiento jurídico, como vemos en la sentencia n.º 4/1981 de 2 de febrero, en cuyo párrafo octavo del FJ 1º se afirma sin ningún género de duda que los principios constitucionales tienen preeminencia sobre cualesquiera otros de carácter no constitucional, especialmente si además son preconstitucionales. Asimismo, en la sentencia n.º 53/1985, de 11 de abril, se afirma que la dignidad – a la que considera un *valor jurídico fundamental* – es el germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes (FJ 3º)²¹³, lo que es objeto de crítica por parte de PORRAS RAMÍREZ conforme a su visión analizada *ut supra* de que la dignidad es el resultado del reconocimiento de ciertos derechos²¹⁴.

Por su parte, el Excmo. Sr. D. Francisco Rubio Llorente critica en el sexto párrafo de su voto particular que la mayoría del TC haya abstraído “de los preceptos de la Constitución el valor o los valores que, a su juicio, tales preceptos «encarnan», para deducir después de ellos, considerados ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto.” Para él, y siguiendo ese mismo párrafo “Los valores que inspiran un precepto concreto pueden servir, en el mejor de los casos, para la interpretación de ese precepto, no para deducir a partir de ellos obligaciones (¡nada menos que del poder legislativo, representación del pueblo!) que el precepto en modo alguno impone” y concluye, *in fine* de tal párrafo que “La

²⁰⁸ PASCUAL MEDRANO, A.: “La dignidad...”, en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (DIR.): *Dignidad...*, cit., p. 317.

²⁰⁹ JIMÉNEZ DEL CAMPO, J.: “Artículo 10.1”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. / CASAS BAAMONDE, M.E. (DIR.): *Comentarios...*, cit., p. 184.

²¹⁰ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: “La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 102, p. 173.

²¹¹ JIMÉNEZ DEL CAMPO, J.: “Artículo 10.1”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. / CASAS BAAMONDE, M.E. (DIR.): *Comentarios...*, cit., p. 182.

²¹² TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: “La dignidad...”, cit., pp. 173-174; PASCUAL MEDRANO, A.: “La dignidad...”, en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (DIR.): *Dignidad...*, cit., p. 318; SERNA BERMÚDEZ, P.: “La dignidad...”, cit., pp. 190-191.

²¹³ También dirá en su FJ 8º, párrafo primero, que: “La dignidad es un valor espiritual y moral, inherente a la persona, que se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.” (vid. FJ 8º, párrafo primero).

²¹⁴ PORRAS RAMÍREZ, J.M.: “Eficacia jurídica...”, cit., p. 207.

proyección normativa de los valores constitucionalmente consagrados, corresponde al legislador, no al Juez.”

Reproducimos lo dicho en su momento sobre la dignidad como fundamento y no como resultado del reconocimiento de los derechos, a lo que hemos de sumar una reflexión sobre lo argüido en ese voto particular. Sería un error, a nuestro entender, que la proyección normativa de los valores constitucionales solo corresponda al poder legislativo, y ello porque toda la Constitución vincula a *todos* los poderes públicos e incluso a los particulares *ex* artículo 9.1 CE. Atribuir solo al poder legislativo la proyección normativa de los valores constitucionales supone convertirlos en prerrogativas a la entera disposición de ese poder al carecer de contrapesos que enjuicien la adecuación de su proceder a la Constitución, sin que exista ni un solo asidero constitucional para tal restricción funcional. Por demás, la interpretación de un precepto evidentemente puede inferir de él obligaciones como resultado ineludible de la comprensión de la norma, ya que de lo contrario no se sabe muy bien a qué obedecería el proceso exegético.

El modo con el que el TC ha abordado la cuestión de la dignidad permite establecer una serie de concepciones alrededor de las que clasificar la doctrina constitucional. La más relevante de todas ellas, y seguramente la que podemos considerar cronológicamente inicial, es la más cercana a la concepción de ARENDT como derecho a tener derechos, lo que TOMÁS-VALIENTE LANUZA describe como “la obligación de reconocimiento de un *minimum invulnerable* que se impone a todos los poderes públicos a la hora de configurar el estatuto jurídico de las personas”²¹⁵. Donde más se ha visto esta vertiente es probablemente en materia de extranjería, sobre la que luego volveremos en materia de igualdad, empezando por la sentencia de TC n.º 107/1984, de 23 de noviembre. En ella, y más específicamente en el párrafo cuarto del FJ 3º, el Tribunal afirma que “Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación con los españoles.”

Como sintetiza esta última sentencia – la n.º 236/2007 –, lo determinante para atribuir o no derechos a los extranjeros es su grado de conexión con la dignidad humana que mantiene el derecho en cuestión. Ese elenco de derechos sería el que, como dice la sentencia n.º 194/1994, de 23 de junio, la proyección de los núcleos esenciales de la de la dignidad humana, o una mera traducción normativa *ex* sentencia n.º 136/2006, de 8 de mayo. Lo que el TC trata de señalar, en definitiva, con todas estas construcciones semánticas es destacar que hay derechos que derivan directamente del principio o valor de dignidad – sentencia n.º 207/1996, de 16 de diciembre – por revelar una íntima conexión aquella – la ya vista sentencia n.º 49/2001 –, con lo que el ordenamiento jurídico se dedica a su plasmación

²¹⁵ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: “La dignidad...”, cit., p. 178.

singular en los términos que hemos dicho antes de proyección o emanación – sentencia n.º 281/2006, de 9 de octubre –.

La gradualidad en la dignidad – única conclusión posible a la vista de ese pronunciamiento – no ha pasado por alto en la doctrina, que ha destacado la aparente contradicción en que la dignidad sea a la vez criterio de atribución de denegación de derechos en materia de extranjería²¹⁶, sin que se perciba por qué no cabría aplicar ese baremo para otras materias. No obstante, no vemos en ello contradicción alguna si consideramos que la dignidad no es un principio que obligue a reconocer cualesquiera derechos²¹⁷, sino que sus proyecciones lo son inmediatamente en algunos derechos y mediatamente en otros, y sin perjuicio de que emplear la gradualidad sea cuestionable. El derecho a obtener prestaciones públicas – en el marco de la Seguridad Social, por ejemplo – trae causa de la dignidad en la medida en la que asegura unas condiciones vitales mínimas, pero no confiere el derecho a que todos reciban las mismas prestaciones si hay motivos para distinguir entre supuestos.

Ese mismo año, en su sentencia n.º 244/2007, de 10 de diciembre, el Tribunal haría buenos los postulados kantianos²¹⁸ al hablar en su FJ 2º sobre la dignidad en términos de “cualidad consustancial inherente a la persona, engarzando con pronunciamientos previos como el contenido en el FJ 4º de la sentencia n.º 120/1990, de 27 de junio, en el que dijo que la dignidad era el “mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona.” En análogos términos se expresa la sentencia n.º 113/1995, de 6 de julio (FJ 6º), que refiere la intangibilidad y el carácter imperecedero al estilo de la Ley Fundamental de Bonn, y la sentencia n.º 17/2013, de 21 de enero (FJ 2º).

Con el tiempo, el TC ha creado un cuerpo doctrinal de derechos comunes a todas las personas en el marco de la dignidad que les (nos) asiste. En concreto, los derechos son: la interdicción de la discriminación (STC n.º 137/2000, de 29 de mayo); la vida (la ya vista STC n.º 53/1985); la integridad física y moral (STC n.º 215/1994, de 14 de julio); la libertad ideológica (STC n.º 55/1996, de 28 de marzo); la libertad religiosa (la ya vista STC n.º 107/1984); la libertad y a la seguridad (STC n.º 144/1990, de 26 de septiembre); el honor (STC n.º 49/2001, de 26 de febrero); la intimidad (STC n.º 7/2014, de 27 de enero); la protección de datos personales (STC n.º 292/2000, de 30 de noviembre); la propia imagen (STC n.º 81/2001, de 26 de marzo); el secreto de las comunicaciones (STC n.º 114/1984, de 29 de noviembre); la inviolabilidad del domicilio (STC n.º 139/1995, de 26 de septiembre); la libertad de expresión (STC n.º 20/1990, de 15 de febrero); la tutela judicial efectiva

²¹⁶ ASENSI SABATER, J.: “Encuesta en torno a la constitucionalidad de la Ley de Extranjería”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 7, p. 33.

²¹⁷ PASCUAL MEDRANO, A.: “La dignidad...”, en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (DIR.): *Dignidad...*, cit., p. 332.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 318.

(STC n.º 99/1985, de 30 de septiembre); la libertad de reunión y manifestación (STC n.º 236/2007, de 7 de noviembre); la asociación (misma sentencia), y la sindicación (también la misma sentencia).

Todo este elenco de sentencias ha dado la ocasión a la doctrina para detectar dos posibles usos de la dignidad. El primero sería el interpretativo o ritual²¹⁹, expresión con la que se designa aquel empleo simplemente afianzador de una *ratio decidendi* que no pivota a su alrededor, y a la que viene a reforzar más en términos solemnes y ceremoniales – cuando no superfluos – que sustantivos²²⁰. A ello alude CHUECA RODRÍGUEZ, aunque no mencione expresamente el uso interpretativo o ritual, en su cuestionamiento de si la dignidad en las sentencias del TC realmente añade algo a la idea de autodeterminación individual característica de los derechos fundamentales, o si bien se trate más de un *obiter dicta* sin el que los rasgos del derecho en cuestión no se ven mermados en modo alguno²²¹. Para TOMÁS-VALIENTE LANUZA, todo uso de la dignidad que equivalga a la autodeterminación – donde el paternalismo juega un papel importante – caería dentro de esta categoría por considerarse de escasa utilidad para que el TC adopte una decisión²²².

El segundo uso para ese principio y valor es el interpretativo derivado de la dignidad²²³, donde esta se erige verdaderamente en criterio a la hora de dirimir las posturas en conflicto²²⁴. Esta vertiente, excepcional en el conjunto de la doctrina constitucional, es la que encontraríamos en los dos casos donde el TC ha resuelto sobre los derechos de los extranjeros en España. PORRAS RAMÍREZ también ha visto en la sentencia del TC n.º 91/2000, de 30 de marzo, una *ratio decidendi* aparentemente fundada en la sola dignidad humana, aunque acaba coligiendo que realmente obedece de nuevo a otro uso ornamental de la dignidad porque lo relevante son los instrumentos internacionales en los que se basa el Tribunal²²⁵. Si bien compartimos que no es la sola dignidad la que articula la *ratio decidendi*, no consideramos que sea por ese motivo, sino porque en juego está el artículo 24 CE, que es al que se le anudan reflexiones sobre la dignidad.

A nuestro entender, el motivo principal por el que la extranjería es un terreno abonado a la aplicación más resolutoria de la dignidad es la propia dicción constitucional en su artículo 13 CE, que aparentemente fía al legislador la atribución de más o menos derechos a quienes no ostentan la ciudadanía española. Si bien en el apartado de la igualdad exploraremos el alcance que hemos de darle a ese diferimiento al poder legislativo, aquí apuntaremos que, ante la realidad del extranjero, del que

²¹⁹ Jiménez del Campo lo califica de uso enfático (vid. JIMÉNEZ DEL CAMPO, J.: “Artículo 10.1”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. / CASAS BAAMONDE, M.E. (DIR.): *Comentarios...*, cit., p. 181).

²²⁰ PASCUAL MEDRANO, A.: “La dignidad...”, en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (DIR.): *Dignidad...*, cit., p. 320.

²²¹ CHUECA RODRÍGUEZ, R.: “La marginalidad...”, en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (DIR.): *Dignidad...* cit., p. 43; PORRAS RAMÍREZ, J.M.: “Eficacia jurídica...”, cit., p. 213.

²²² TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: “La dignidad...”, cit., pp. 183-184.

²²³ Jiménez del Campo lo califica de uso resolutorio (vid. JIMÉNEZ DEL CAMPO, J.: “Artículo 10.1”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. / CASAS BAAMONDE, M.E. (DIR.): *Comentarios...*, Cit., P. 181).

²²⁴ PASCUAL MEDRANO, A.: “La dignidad...”, en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (DIR.): *Dignidad...*, cit., p. 322.

²²⁵ PORRAS RAMÍREZ, J.M.: “Eficacia jurídica...”, cit., p. 211-212.

no se considera parte de nuestra comunidad política, es donde la dignidad juega un papel crucial para superar la cesura radical entre ciudadano y extranjero. Es precisamente la dignidad como valía intrínseca de la persona *qua* persona, sin importar lo más mínimo su nacionalidad (o situaciones de apatridia), el único principio y valor que nos permite extender a todo extranjero un suelo de derechos esenciales; la autonomía sería un argumento insuficiente porque de ella no se deriva equiparación alguna entre ambas categorías (ciudadano-extranjero), muy especialmente en las libertades positivas como la tutela judicial efectiva, ya que bien podría decirse que entre la autonomía personal de la que *ha* de gozar un extranjero no puede equipararse a un ciudadano por esa falta de comunión política.

Por si el panorama en torno a la dignidad no fuera suficientemente alambicado, las sentencias n.º 19/2023, de 22 de marzo, n.º 94/2023, de 12 de septiembre, y n.º 44/2023, de 9 de mayo, han venido a añadir mayor complejidad – y mayor debate, claro está – al papel que ese principio y valor desempeña en nuestro ordenamiento constitucional. Las dos primeras resoluciones se han dictado en el marco de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, mientras que la tercera lo ha sido en el marco de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. La principal novedad que introducen los dos bloques de sentencias es la introducción de dos nuevos derechos fundamentales (a la eutanasia y al aborto)²²⁶ o, cuanto menos, facultades antes ausentes de la doctrina constitucional²²⁷ (vid. FJ 6º D.a) de la STC n.º 19/2023 en comparación con el FJ 6º B.b) de la STC n.º 94/2023), pero lo más remarcable para nosotros es por qué los reconocen, ya que la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad juegan un papel perentorio²²⁸ y resolutorio.

En un plano meramente cuantitativo, no podemos dejar de señalar que hay 75 alusiones a la dignidad en los FFJJ, así como en los votos particulares y concurrente, por lo que, si consideramos que, a partir de esos FFJJ, la sentencia tiene una extensión de 129 páginas, eso significa una mención cada 1,72 páginas. Más allá de estas cifras, es innegable que la dignidad – además del libre desarrollo de la personalidad – forman parte de la *ratio decidendi* de todos esos pronunciamientos y no se pueden considerar en modo alguno un mero *obiter dicta*²²⁹. Seguramente sea desmesurado sostener que, a partir de esos pronunciamientos, la dignidad se erige en un derecho fundamental general de libertad²³⁰,

²²⁶ SIEIRA MUCIENTES, S.: “El libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental general de libertad (autodeterminación): la eutanasia y el aborto en las sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 44/2023”, *Revista de las Cortes Generales*, n.º 116, p. 264; ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: “La Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, sometida a «examen» de constitucionalidad: crónica (anunciada) de la creación de un derecho fundamental *ex novo*”, *Diario La Ley*, n.º 10271, p. 10.

²²⁷ CHUECA RODRÍGUEZ, R.: “Dos sentencias sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia (SSTC 19/2023, de 22 de marzo y 94/2023, de 12 de septiembre)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 130, pp. 272-273; REY MARTÍNEZ, F.: “Eutanasia y suicidio asistido: breve resumen”, *Reseñas de jurisprudencia – Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 11, p. 265; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, J. / ALMEIDA AYERVE, C.N.: “Eutanasia y acto médico. Perspectiva desde la dogmática constitucional”, *Reseñas de jurisprudencia – Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 11, p. 248.

²²⁸ CHUECA RODRÍGUEZ, R.: “Dos sentencias...”, cit., p. 274; SIEIRA MUCIENTES, S.: “El libre desarrollo...”, cit., pp. 264-265.

²²⁹ En contra, CHUECA RODRÍGUEZ, R.: “Dos sentencias...”, cit., p. 272. Para el autor, la alusión a la dignidad no pasa de redundante a la vista de que concurre el derecho a la integridad física y moral.

²³⁰ SIEIRA MUCIENTES, S.: “El libre desarrollo...”, cit., p. 265.

pero no creemos que sea desmesurado decir que la dignidad ha abandonado el segundo plano de la función mero-interpretativa para ocupar un puesto nuclear en la adjudicación de disputas constitucionales.

Ese claro viraje en la resolución de dos asuntos de enorme calado no ha venido del cambio en la concepción de la dignidad porque, por ejemplo, la STC n.º 19/2023 no hace sino remitirse a la definición de la dignidad *ex* STC n.º 53/1985 ya vista con anterioridad. Ello ha motivado que, a partir del párrafo decimosegundo de su voto concurrente, la Excma. Sra. Dña. María Luisa Balaguer Callejón exponga que la nueva dimensión de la que la sentencia dota a la dignidad haya de venir acompañada de una nueva concepción de la dignidad en lo normativo y en lo analítico. En concreto, argumenta que la secularización progresiva de la dignidad debiera haberse completado en esa resolución, centrando tal principio en la persona sin ninguna reminiscencia de una realidad trascendente que considera implícita en su formulación primigenia por el TC.

A tal fin, la magistrada desgrana los contornos de esa dignidad *secular* o *desacralizada* (los vocablos son nuestros, no del voto concurrente), destacando que “si desligamos la noción de dignidad de cualquier concepción religiosa que la asocie a la trascendencia, o a consideraciones morales, la mera condición humana que integra razón y materia corporal es el presupuesto de la concurrencia de la dignidad, que no procede de ningún reconocimiento externo al propio ser humano. Y la no injerencia del Estado sobre la razón ni sobre el cuerpo, es el mandato que se deriva del reconocimiento de la dignidad.” Compartimos que la dignidad en un Estado como el nuestro, donde la libertad y el pluralismo político son valores superiores del ordenamiento jurídico, no puede ser la traslación directa de una determinada concepción religiosa porque la moral puede *influir* en el ordenamiento jurídico, pero no *es* el ordenamiento jurídico.

Asimismo, en una sociedad cada vez más diversa, lo que incluye el plano religioso, y donde el peso del catolicismo se ha reducido drásticamente en las últimas décadas, no es sostenible mantener un cierto estatus quo conceptual. No compartimos, sin embargo, que se pueda desligar por completo la dignidad jurídica de su fuente moral – sin que importe si es secular o confesional –, ya que los conceptos de los que hablamos tienen un trasfondo metajurídico que el propio voto concurrente demuestra trayendo a colación a Foucault y su definición del biopoder. Por otra parte, la dupla “razón y materia” es problemática porque no contempla la dignidad de personas con patologías cognitivas severas, o bien las que se encuentran en coma. A la vista de todo ello, no será cosa menor observar si estos pronunciamientos marcan un antes y un después en la dignidad como principio, valor o derecho en la doctrina del Tribunal Constitucional. Asimismo, será importante analizar si un uso más intenso tiende a asociarse a casos donde la controversia en la que se insertan tampoco es cosa menor, o si bien se generaliza incluso para los que no encajen en ese patrón.

2.4. Consideraciones comunes

Dignidad. Qué palabra tan aparentemente corriente, incluso familiar, después de su uso intensivo en este trabajo y en tantos otros que se han ocupado directa o indirectamente de él. A veces creemos que, de tanto usar un término, hemos aprendido a domesticarlo, a situarlo dentro de unas fronteras asibles para evitar que su significado se nos escurra entre los labios o entre los dedos. La dignidad parece ser uno de esos términos que siempre nos resultarán tan bellos como inasibles, y quizá por eso es tan importante, ya que tendemos a valorar más aquello que nunca deja de conservar ese halo de misterio.

Hemos de reconocer que, antes de entrar en su seno, la dignidad nos parecía un término insustancial, rozando lo banal o superfluo, y que poco parecía añadir a la existencia de unos derechos perfectamente recogidos en textos como nuestra Constitución. Sin embargo, algo cambió tras leer dos textos; nos permitimos transcribir el primero:

“En Sierra Leona, los guerrilleros cortan la mano derecha de los habitantes de una aldea antes de retirarse. Una niña, que está muy contenta porque ha aprendido a escribir, pide que le corten la izquierda para poder seguir haciéndolo. En respuesta, un guerrillero le amputa las dos. En Bosnia, unos soldados detienen a una muchacha con su hijo. La llevan al centro del salón. Le ordenan que se desnude. Puso al bebé en el suelo, a su lado. Cuatro chetniks la violaron. Ella miraba en silencio a su hijo, que lloraba. Cuando terminó la violación, la joven preguntó si podía amamantar al bebé. Entonces, un chetnik decapitó al niño con un cuchillo y dio la cabeza ensangrentada a la madre. La pobre mujer gritó. La sacaron del edificio y no se la volvió a ver más”²³¹.

El segundo relato es el que nos ofrece Elie Wiesel en su *The Trial of God*²³² y que luego adaptaría Frank Cottrell-Boyce al cine en 2008 con el título de *God on Trial*²³³. El libro cuenta la historia de tres juglares que, el 25 de febrero de 1649, llegaron a la ciudad de Shamgorod (ciudad que Wiesel inventó a los efectos de la obra y que ubica en Ucrania) para alegrar a sus habitantes por ser la víspera de Purim²³⁴. Nada más llegar a la posada, se enteran de que su dueño, Berish, había perdido a su mujer y a sus hijos varones en uno de los pogromos que asolaban a la población judía. Su hija se encontraba mentalmente ausente tras haber sido violada. En esa tesitura, y ante la insistencia de los juglares por interpretar alguna pieza teatral como es propio en Purim, Berish pide que sea un juicio a Dios por

²³¹ MARINA TORRES, J.A. / DE LA VÁLGOMA, M.: *La lucha por la dignidad. Teoría de la felicidad política*, Anagrama, Barcelona, 2000, p. 11. Los autores se hacen eco de lo publicada por *The New York Times* el 13 de diciembre de 1992.

²³² WIESEL, E.: *God on Trial*, Random House, Nueva York, 1979. El libro se basa en una historia presenciada por Wiesel y que intentó infructuosamente replicar, hasta que finalmente encontró la inspiración trasladando su sustancia a otra época en la que se sucedieron crudelísimos pogromos organizados por Chmielnicki (vid. EL MISMO, *God on Trial*, cit., p. vii).

²³³ La película puede visionarse en <https://www.dailymotion.com/video/x4r8uhx>.

²³⁴ Se trata de una festividad judía que conmemora la salvación del pueblo judío de su aniquilación planeada por Hamán, emisario del rey persa Ajashverosh, gracias a la intervención de Ester. Se trata seguramente de la celebración más alegre del calendario judío y en ella abundan los disfraces, los bailes, el teatro, las bromas y algo de alcohol. Su uso por Wiesel no es, pues, casual como elemento de contraste con el drama que se vivía en Shamgorod.

haber permitido esos crímenes contra su pueblo, y a pesar de la incredulidad inicial de los juglares acaban haciéndolo ante la insistencia del mesonero. Forman un *Din Torá* o Tribunal Rabínico con tres de los allí presentes y declaran a Dios culpable, lo que no les impide rezar después de ello. Al día siguiente, la posada es arrasada con todos ellos dentro.

La adaptación cinematográfica, de una gran carga intelectual y emocional, sitúa la trama en un barracón de Auschwitz, respondiendo mejor a la vivencia que Wiesel narró, pero que fue incapaz de reproducir ambientándola en su ubicación originaria. Un grupo de judíos constituye un *Din Torá* para juzgar a Dios por haberlos abandonado a su suerte en aquel lugar indescriptible, incumpliendo así el pacto del Sinaí. Tras varias horas de juicio, alcanzan un veredicto de culpabilidad en el sentido de que Dios es *jayav*, es decir, que está en deuda con su pueblo por esa inobservancia. La última escena de la película muestra a un grupo de los que estaban en el barracón rezando en una cámara de gas. Esa instantánea, así como otros momentos de la cinta, son de una intensidad tal que libro y película se unen en mi memoria para crear un solo recuerdo.

Historias de una crudeza y crueldad similares se han sucedido en el pasado, se suceden mientras escribo estas líneas y, mucho nos tememos, se seguirán produciendo en el futuro. Evidentemente, y como hemos expuesto más arriba, podemos reconducir lo sucedido a una retahíla de ilícitos penales como el asesinato, la agresión sexual, el secuestro o las lesiones físicas o psíquicas, e incluso delitos de lesa humanidad, y es un gran logro que a nivel internacional se hayan dictado normas que sirvan para perseguir estas infamias allí donde se produzcan. Sin embargo, creemos que nos faltaría algo si no fuéramos capaces de ir un paso más allá y percatarnos de que algo se remueve en nuestro interior cuando vemos la humanidad herida de ese modo tan *indigno*: la niña cuya infancia, y quizá su futuro, se ha truncado para siempre; el bebé cuya vida se ha segado porque su madre pidió amamantarlo; la madre que ha de portar la cabeza decapitada de su bebé después de que la hayan violado; un pueblo que se dirige a una fábrica de muerte diseñada para borrar su presencia y su recuerdo de la faz de la tierra. La dignidad es la argamasa que nos permite unir todas esas tragedias y explicar por qué nos *indignamos* contemplando la barbarie.

Tenían razón los sabios romanos cuando hablaban de que los cargos tienen *dignitas*. La responsabilidad de trabajar para otros nos obliga a ser conscientes de que no somos principalmente para nosotros, sino que principalmente hemos de ser para los demás, ya que no somos el cargo y este seguirá ahí cuando nosotros hayamos pasado. El *exemplum* no es una opción, sino una obligación. Y, de nuevo, acertaban los romanos al trasladar esa *dignitas* a quienes ostentan esos cargos, siempre y cuando se hagan *dignos* de ello con su conducta. Solo les faltó democratizar el acceso a esos cargos para que la *dignitas* no fuera cosa de unos pocos, camino que iniciaron los estoicos y que cada generación ha de andar para avanzar un poco más allá.

Cada persona es una responsabilidad, tanto para sí como para otros. En lo que atañe a esto último, que es lo relevante en nuestro trabajo, nos acercamos en muchas ocasiones a ella sin su conocimiento y sin su consentimiento porque nos creemos con el derecho a ello o porque alguien nos ha dado el derecho para ello, pero eso no nos exime de seguir considerándolo un no-yo. Incluso cuando tenemos su beneplácito, sigue siendo un no-yo. Esa alteridad genera un reducto último que podremos esforzarnos por mancillar hasta límites insospechados, pero que nunca podremos arrancar porque la indignidad se predica de quien la maltrata y nunca de la víctima. La niña que pide que no le corten la mano con la que ha aprendido a escribir; el bebé que llora porque siente que su madre llora en silencio; la madre que no les da a sus violadores la satisfacción de verla sufrir; la madre que pide amamantar a su bebé después de ser violada; el padre que se cambia por su hijo y se sacrifica yendo él a la cámara de gas; los judíos que, en medio de la inmundicia en la que les han obligado a vivir, se alzan sobre su infortunio para decidir si Dios ha de responder por lo que les está pasando: todos se alzan sobre los hombros de la dignidad (y no de la autonomía, que tanto serviría para esto como para la libertad contractual), mientras que sus verdugos se hunden bajo la ignominia de la indignidad. Esa alteridad siempre estará ahí y permite desplegar la paleta de colores con la que pintaremos el lienzo de nuestra vida. La dignidad no existe sin nosotros y nosotros no existimos sin ella porque el ser humano, a la postre, es dignidad. No hay mejor ni más bello fundamento para nuestros derechos.

En relación con la propuesta de SAYAGO ARMAS, puede que la afirmación según la que el Derecho no se explicaría satisfactoria ni lógicamente nos parezca algo desmesurada por cuanto no tenemos a la dignidad por un baremo explicativo o lógico, sino justificador. El Derecho como conjunto de normas podría explicarse perfectamente sin apelar a la dignidad si ella no tuviera ningún papel en su conformación, y así ha sido durante siglos sin que ello le reste juridicidad al sistema. La existencia de reglas lógicas con las que operamos los silogismos no viene determinada porque su contenido sea uno u otro, sino que viene determinado por tener contenido en sentido amplio, lo que puede ser con o sin la dignidad. Las premisas de las que partimos pueden cambiar con el tiempo, y así ha sido y seguirá siendo, sin que se resienta necesariamente la operación lógica.

Sin embargo, en esa falta de explicación o de lógica atisbamos una verdad última a la que apunta, quizá inadvertidamente, quizá veladamente, quizá implícitamente, en el sentido de que careceríamos de *legitimidad* para explicar un Derecho o para realizar operaciones lógicas que se sustrajeran a la dignidad como parámetro. No *podemos* en términos *morales* explicar el Derecho²³⁵, máxime después de lo que la historia nos ha enseñado, si desconocemos la dignidad como *el* principio legitimador último de toda la actividad legislativa, ejecutiva y judicial, e incluso en parte de lo que los particulares

²³⁵ En su sentencia n.º 53/1985, de 11 de abril, el Tribunal Constitucional diría que: “La dignidad es un valor espiritual y moral, inherente a la persona, que se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.” (vid. FJ 8º, párrafo primero).

hagan en sus relaciones con otros particulares²³⁶. En ocasiones la dignidad operará como límite a los poderes públicos y privados, y, en ocasiones, lo hará como justificación de una actuación positiva para dar respuesta a las necesidades que nos plantea su existencia como principio, pero siempre será, en palabras de PECES-BARBA, de una importancia decisiva para el Derecho²³⁷.

Hay un nexo entre esa concepción y la ofrecida por DE MIGUEL BERIÁIN que se encuentra en la necesidad de reconocer la dignidad para hablar de un sistema normativo justo. La propuesta de este último nos resulta particularmente atractiva porque casa con lo dicho en el capítulo anterior sobre la construcción dialógica de la verdad, que presupone recelar de las exclusiones selectivas de quienes conforman la especie humana. La verdad como construcción y no como descubrimiento exige la inclusión de todo el género humano en un mundo lleno de controversias y discrepancias, en las que todos han de participar en la conformación de consensos con los que vivir. La igualdad surge aquí imperativo de la dignidad en esa edificación de las normas con las que nos limitamos la libertad en aras de un bien mayor y más duradero. Es en este sentido que la dignidad opera como fuente del Derecho porque toda norma *tiene* que surgir y partir de su reconocimiento, siendo este el engranaje que une la dignidad formal y material²³⁸.

Que la dignidad sea un atributo de la persona – visión ontológica – es, para nosotros, una verdad necesaria. Las discusiones teóricas son muy gratificantes intelectualmente y el rigor en su exposición ha de ser exquisito. La verdad dialógica que defendemos es enemiga de dogmatismos y de formulaciones rígidas que desconozcan el constante proceso de formación de los conceptos con los que trabajamos, pero todo sistema tiene sus axiomas y toda norma tiene sus valores²³⁹, Constitución incluida. A nuestro juicio, este es uno de ellos, quizá el único. Es irrenunciable y es un imperativo humano después de Auschwitz y después de que hayamos visto cómo la humanidad parece haber aprendido bastante poco de ese lugar como paradigma de los horrores²⁴⁰. La simple observancia del principio de legalidad en términos decimonónicos, esto es, desprovista de una instancia moral juridificada que otorgue un suelo de derechos que hagan perceptible la dignidad que todos atesoramos, se ha mostrado manifiestamente insuficiente para evitar el descarrilamiento del género humano²⁴¹.

Por ello, compartimos prácticamente en su totalidad la teorización que ATIENZA RODRÍGUEZ realiza sobre la dignidad. Esta es un valor subjetivo que, expresando ideas de moralidad, se inserta en el

²³⁶ PORRAS RAMÍREZ, J.M.: “Eficacia jurídica...”, cit., p. 205.

²³⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *La dignidad...*, cit., p. 11. En términos parecidos se expresa Rodríguez Montañés cuando adjetiva la dignidad de esencial en nuestro ordenamiento jurídico (vid. RODRÍGUEZ-MONTAÑÉS, T.: *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 53-54).

²³⁸ DE MIGUEL BERIÁIN, I.: “La dignidad...”, cit., pp. 354-355.

²³⁹ ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: *Sobre la dignidad...*, cit., p. 71.

²⁴⁰ Marina Torres se refiere a ello como “la tercera etapa del descenso a los infiernos” e incluye genocidios como el de los Balcanes (vid. MARINA TORRES, J.A.: *Biografía de la inhumanidad*, Ariel, Barcelona, 2021, pp. 223-238).

²⁴¹ Besson no concibe los derechos humanos si no se conjugan deberes morales y jurídicos (vid. BESSON, S.: “Human Rights: Ethical, Political...or Legal? First Steps in a Legal Theory of Human Rights”, en CHILDRESS, III, D.E. (ED.): *The Role of Ethics in the International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 237).

ordenamiento jurídico como la causa de los derechos y no como una propiedad resultante del reconocimiento de esos derechos o como valor dimanante de su protección. No suscribimos, sin embargo, la idea de gradualidad de la dignidad a partir de un mínimo garantizado, ya que las condiciones vitales de las que habla el jurista son indispensables para afirmar el aseguramiento o no del aspecto fenomenológico de la dignidad, cuestión esta que ahora trataremos. Lo contrario supondría aceptar que pueden existir proyecciones diferenciales aceptables de la dignidad, cosa que no podemos suscribir si consideramos el papel que ocupa esa dignidad, por lo que por encima de ese suelo no es una cuestión de dignidad, sino simplemente de perfeccionamiento de las condiciones de vida.

En nuestro ordenamiento jurídico, la cuestión de la dignidad plantea múltiples aristas, pero creemos que hay algunas conclusiones difícilmente rebatibles. La primera es que la dignidad es uno de los fundamentos del orden político, enunciado constitucional que no puede diluirse por más que algunos sean partidarios de una visión reduccionista de la dignidad. El constituyente, con su artículo 10.1 CE, nos compele a dotar de significado teórico a la dignidad, pero sobre todo práctico, porque de lo contrario le hacemos un flaquísimo favor al carácter vinculante de la Constitución con base en un criterio selectivo imposible de sostener en la praxis. La segunda es que la dignidad no puede llegar a confundirse plenamente con los derechos sobre los que se proyecta, ya que en tal caso confundiríamos fundamento con desarrollo, corolario manifiestamente incorrecto; de la dignidad emanan los derechos esenciales del ser humano y no al revés, de nuevo por estricto mandato constitucional vinculante para todos. La tercera conclusión es que la dignidad es demasiado preciada como para forzarla a concurrir en cualquier discusión en la que queramos un golpe de autoridad que supla nuestras carencias argumentativas; tan inadecuado es preterir los fundamentos como apelar constantemente a ellos. La cuarta, y última, es que quizá hayamos de aceptar que encontrar una definición de dignidad sea una empresa tan irrealizable e imprescindible como hallar una definición del ser humano.

3. Igualdad, desigualdad y discriminación

3.1. Origen y marco teórico

La igualdad ante la ley y en su aplicación ha sido un principio, cristalizado con el paso del tiempo con los ropajes de derecho fundamental, que ha atravesado los sistemas constitucionales desde finales del siglo XVIII en el marco de las revoluciones liberales²⁴², sin perjuicio de recordar que el concepto no surge en se momento según hemos visto más arriba. Queremos puntualizar que la preocupación por la igualdad en términos jurídicos no es nueva y ya la encontramos en la Antigüedad clásica²⁴³, con

²⁴² Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 179; LLORENS Y CLARIANA, E.L.: *La igualdad ante la ley, El Estado y sus órganos*, Athenaica, Sevilla, 2015, pp. 56-57; BAÑO LEÓN, J.M.: “La igualdad como derecho público subjetivo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 114, p. 179.

²⁴³ DIDIER, M.M.: *El principio de igualdad en las normas jurídicas*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2011, p. 20.

pensadores de la Grecia clásica como PLATÓN y ARISTÓTELES (no en vano luego se citará un pasaje de la *Política* en el que se aborda esta cuestión desde la óptica de la justicia)²⁴⁴, y también con HERÓDOTO, HERÁCLITO, ANAXIMANDRO²⁴⁵ y CICERÓN²⁴⁶. No en vano, es en la época de Pericles donde empieza a circular con frecuencia el concepto de isonomía²⁴⁷ (*ἰσωνομία*) que, si consideraos sus dos lexemas, equivale a ley igual o igualdad ante la ley (*isos* – ἴσος – por igual y *nómos* – νόμος – por ley, uso o costumbre²⁴⁸), y que en algunos textos venía empleado como sinónimo de democracia²⁴⁹, si bien es importante subrayar que excluía categóricamente a las mujeres y a los extranjeros²⁵⁰.

El relato que hace TITO LIVIO sobre los primeros años desde la fundación de Roma nos brinda, por otro lado, otra ocasión para ver ese concepto, que en latín recibía el nombre de *aequa libertas*. Tras el rapto de las sabinas, y cuando estas se revolvieron contra el secuestro del que habían sido víctimas, Rómulo se dirigió a ellas para intentar tranquilizarlas asegurándoles que se desposarían en matrimonios honrosos, que les permitirían “compartir bienes y derechos con sus consortes, y de los que nacerían hombres libres”²⁵¹. Cómo haya de interpretarse esa alusión a la igualdad de derechos dependerá de cuáles fueran los concretos derechos de los que gozaban los varones para entender que las mujeres disfrutarían de ellos, así como del alcance que debiera dársele a esa frase de Rómulo. Parece poco probable que estuviera hablando de una completa isonomía (la *aequa libertas* ya referida) que incluyera derechos de participación política en una sociedad donde solo el hombre era el cabeza de familia, y podríamos en su lugar ver aquí un punto de conexión con esa mayor libertad de la que gozaban las mujeres etruscas, aunque no hemos encontrado ningún autor que explore esta veta²⁵².

En tiempos algo más recientes, brilla con luz propia por su carácter revolucionario la defensa cerrada que JOHN STUART MILL hizo sobre la igualdad entre hombres y mujeres, dejando que la inveterada desigualdad entre ambos sexos tenía que ceder el testigo al principio de *perfect equality*²⁵³. A pesar de la ampulosidad con la que se expresaban algunas declaraciones sobre derechos de finales del siglo

²⁴⁴ REY MARTÍNEZ, F.: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México DF, 2005, p. 20.

²⁴⁵ MARTÍNEZ TAPIA, R.: *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Universidad de Almería, Almería, 2000, p. 13.

²⁴⁶ GARRIDO GÓMEZ, M.I.: *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Editorial Dykinson, Madrid, 2009, p. 19.

²⁴⁷ CÓRDOVA MOLINA, D.I.: “Repensar la igualdad democrática: isonomía, isegoría, isotimia”, *Colección. n.º 25*, p. 16.

²⁴⁸ PABÓN Y SUÁREZ DE URBINA, J.M.: *Diccionario...*, cit., pp. 311-312 y 412.

²⁴⁹ TUCÍDIDES: *Historia de la Guerra del Peloponeso*, Gredos, Madrid, 1990, II.37.1.

²⁵⁰ CÓRDOVA MOLINA, D.I.: “Repensar la igualdad...”, cit., p. 16.

²⁵¹ LIVIO, T.: *Historia...*, cit., I.9.

²⁵² Lo más probable, en cambio, es que esa isonomía sea la que cuenta Dionisio de Halicarnaso, quien la vincula principalmente con el patrimonio, es decir, compartir la fortuna de su marido y con su marido (vid. DE HALICARNASO, D.: *Historia antigua de Roma*, Gredos, Barcelona 1984, II. 24-25). Esa isonomía no se comunicaría a otros ámbitos personales o sociales, como el acceso al Senado o incluso participar en contiendas bélicas (vid. MARTÍNEZ-PINNA NIETO, J.: *La monarquía romana arcaica*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2009, pp. 30-31 y 64-65; RICHARD, J.C.: “Patricians and Plebeians: The Origin of a Social Dichotomy”, en RAAFLAUB, K.A.: *Social Struggles in Archaic Rome: New Perspectives on the Conflict of the Orders*, Blackwell Publishing, Nueva Jersey, 2005, p. 121; SMITH, C.J.: *The Roman Clan: The Gens from Ancient Ideology to Modern Anthropology*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 194; LIVIO, T.: *Historia de Roma...*, cit., I.36; DE HALICARNASO, D.: *Historia antigua de Roma*, cit., II.7.)

²⁵³ MILL, J.S.: *The Subjection of Women*, The Pennsylvania State University, Old Main, 2006, p. 3. A veces, se plantea que recurrir a la Antigüedad clásica para encontrar antecedentes extrapolables es anacrónico, pero no podemos dejar de notar cómo todavía en el siglo XIX la situación de muchos colectivos no había cambiado sustancialmente a efectos de su isonomía.

XVIII y comienzos del XIX, la igualdad se reconocía solo a los hombres en su acepción masculina excluyente del sexo femenino. Para hacernos una idea sobre a cuántas personas dejaba fuera ese entendimiento de la igualdad, se calcula que en la Francia del siglo XVIII vivían alrededor de veintiséis millones de personas con una distribución semejante entre ambos sexos²⁵⁴. Lo que analizaremos a continuación es la respuesta normativa dada sobre todo a partir de la mitad del siglo XX, con la proliferación de Constituciones en Estados democráticos y la irrupción de textos internacionales²⁵⁵, a los desafíos que algunas ideologías habían supuesto para esa igualdad, tanto a un lado como al otro del Atlántico. En ese marco temporal, la igualdad no tenía un sentido necesariamente descriptivo, sino más tendente a lo prescriptivo, es decir, no se basaba en la constatación de que todas las personas *somos* iguales, sino que *hemos de serlo*²⁵⁶. La igualdad parece ser ajena a la naturaleza²⁵⁷ y al devenir de la sociedad como concreción de esa naturaleza en el ámbito humano, ámbitos donde vemos cómo prolifera precisamente la desigualdad por doquier.

La igualdad, por lo tanto, no se plantea a modo de plasmación jurídica de una ley natural que el legislador humano solo tiene que poner por escrito a fin de recordar que su cumplimiento es obligado en el ámbito normativo. Muy al contrario, la igualdad positivizada es un recordatorio de que todas las personas somos naturalmente diferentes (solo tenemos que preguntarnos *cuán* diferentes somos, no *si* lo somos) porque de las operaciones naturales no se obtienen dos resultados idénticos²⁵⁸. Siguiendo esa línea argumental, la afirmación de la igualdad tendría, pues, tintes políticos y no científicos²⁵⁹ porque no habría algo así como una igualdad natural que atravesase a toda la humanidad, y toda pretensión de semejanza con lo científico sería una metáfora que trae causa de la traslación de la idea aritmética de igualdad²⁶⁰ que no aporta nada determinante en la igualdad de la que hablamos²⁶¹. Esta visión, no obstante, no es la única que se ha sostenido a lo largo de los últimos siglos porque, si por algo se ha caracterizado ese vocablo, es por sus notas poliédricas y ambiguas²⁶².

Así, HOBBS ha sido uno de los detractores más famosos de esa suerte de desigualdad natural, por lo que no sorprende que abogara por lo contrario en su *Leviatán*. Sin desconocer que puede haber diferencias en la fisonomía o ciertas aptitudes físicas (algunos son más rápidos o fuertes que otros),

²⁵⁴ SEVILLA GONZÁLEZ, M.C.: *La igualdad jurídica: un proyecto inacabado*, Servicio de Publicaciones – Universidad de La Laguna, La Laguna, 2019, p. 13.

²⁵⁵ DIDIER, M.M.: *El principio de igualdad...*, cit., p. 19.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 179.

²⁵⁷ MARTÍNEZ GARCÍA, J.I.: “El principio de igualdad y la producción de diferencias en el derecho”, en VVAA: *El principio de igualdad en la Constitución española – XI Jornadas de Estudio*, Ministerio de Justicia, Madrid, p. 539.

²⁵⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: “Las acciones positivas”, en CARBONELL SÁNCHEZ, M.: *El principio constitucional de igualdad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México DF, 2003, pp. 235-236.

²⁵⁹ CABIDDU, M.A.: “Maggioranza. Minoranza. Eguaglianza”, CEDAM, Padova, 1997, p. 28.

²⁶⁰ ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*, Gredos, Madrid, 1985, 1132a; TAWNEY, R.H.: *Equality*, Unwin Books, Londres, 1964, p. 92; DIDIER, M.M.: *El principio de igualdad...*, cit., p. 23.

²⁶¹ WESTEN, P.: *Speaking of Equality: An Analysis of the Rhetorical Force of 'Equality' in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton, 2014, p. 57.

²⁶² CONTRERAS PELÁEZ, F.J.: “La idea de igualdad en el pensamiento político de Kant”, *Derechos y Libertades – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año n.º 5, n.º 9, *passim*, pp. 225 y 227.

compartimos una serie de facultades corporales y mentales que nos hacen suficientemente iguales como para que los rasgos que nos separen sean anecdóticos. En consecuencia, “la diferencia entre persona y persona [actualizamos la expresión “hombre” que Hobbes utilizaba y que era moneda de uso casi unánime por aquel entonces] no es tan importante que una pueda reclamar, a base de ella, para sí mismo, un beneficio cualquiera al que otra no pueda aspirar como ella”²⁶³. HOBBS considera que esa igualdad también se manifiesta en la capacidad que tenemos de aprendernos fielmente los unos a los otros si nos tomamos la pena de hacerlo²⁶⁴ y apela a que cada cual piense si llega a conclusión análoga porque esa es la única posible demostración de una doctrina así²⁶⁵.

La dispersión léxica de la palabra igualdad nos lleva al segundo obstáculo, que no es otro que la superposición de los planos biológicos, antropológicos, sociales, éticos, económicos... Toda esa amalgama de variopintas igualdades incide directamente en su comprensión jurídica, que, sin perjuicio de que esgrima un contenido singular, no deja de beber de todas ellas, ya de manera abierta, ya de manera más sutil. A los efectos de nuestro trabajo, es preciso acotar lo máximo posible todos esos usos para afinar lo máximo posible en su aproximación *juridificable*, que a su vez distingue entre sus aspectos descriptivos y prescriptivos.

Repárese en que hemos introducido la cara descriptiva de la igualdad que, unos párrafos más arriba, parece descartarse por carecer de asideros fácticos, y que en las teorías que veremos más abajo parece también descartarse como uno de los presupuestos de la discusión. Más allá de la postura que fundan la igualdad en la naturaleza, es posible ver una función descriptiva de la igualdad en sintagmas como el del artículo 14 CE (“Los españoles *son* iguales...”), donde existe un complemento predicativo que asigna una característica al sujeto. Este uso de la igualdad no habría de confundirse, a nuestro entender, con el prescriptivo, que es el que obliga a tratar con igualdad a todos los españoles, ya que de lo contrario se estarían mezclando el plano jurídico-ontológico y el plano jurídico-funcional o tuitivo, por más que este último ayude a ver el rasgo en movimiento. Difícilmente alguien diría que España es, en términos jurídico-constitucionales, una monarquía parlamentaria solo prescriptiva y no descriptivamente.

Sostener una vertiente descriptiva para un concepto jurídico entendemos que no colisiona con la dicotomía *ser-deber ser* tratada en otros lugares de este trabajo. El Derecho siempre tendrá una faceta prescriptiva como ordenación de la realidad a partir de unos criterios, en última instancia, voluntaristas (la de uno, la de pocos, la de muchos o la de todos), pero ello no obsta en modo alguno a que el Derecho pueda articular una serie de definiciones y descripciones que sirvan de auxilio a los juristas cuando hayan de aplicar las disposiciones de derecho positivo. Tan erróneo resultaría afirmar que el

²⁶³ HOBBS, T.: *Leviatán*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1992, p. 100.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 4.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 5.

Derecho *es* con el mismo significado que el *es* fáctico como negar que el Derecho pueda albergar en su seno descripciones que, ineludiblemente, se configuran como oraciones predicativas. En el caso del ya aludido artículo 14 CE, la primera parte describe una característica de los españoles (si igualdad ante la ley) y la segunda parte prescribe la interdicción del trato discriminatorio.

3.2. Formulaciones modernas y contemporáneas de la igualdad

En la modernidad y la contemporaneidad han surgido diversas teorías sobre la igualdad, de las que destacaremos tres por haber salido de la pluma de grandes pensadores que vivieron en siglos diferentes y que, además, representan diferentes sensibilidades filosófico-políticas: KANT, RAWLS y DWORKIN. Nos detendremos primero en estas tres visiones sobre la igualdad de corte más filosófico o filosófico-político para, a continuación, saltar de lleno a la arena jurídica.

3.2.1. Kant

Sobre KANT, es de sobra conocido que el filósofo alemán fue un fecundo pensador que se adentró en las más variadas ramas del saber, incluida la cosmológica, que es por cierto aquella con la que principió su andadura intelectual²⁶⁶. Esta heterogeneidad de intereses, rasgo poco común en su época por la creciente especialización de los saberes y que hoy resulta quimérica por la hiperespecialización, le permitió disponer de una visión muy completa del ser humano y de su entorno, lo que le llevó a diseccionar la realidad con su agudo ingenio. En el ámbito de lo estrictamente humano, sus aportaciones en materia ética todavía resuenan en nuestros días (el imperativo categórico es una buena muestra de ello) y sus reflexiones acerca de la proliferación de repúblicas constitucionales como condición *sine qua non* para la paz mundial son referentes en su materia²⁶⁷.

La principal obra en la que encontraremos un tratamiento sobre la igualdad es su *Metafísica de las costumbres*, que con sus luces y sus sombras (*ad infra* consideraremos sus ideas acerca de la ciudadanía activa y pasiva, incompatibles en gran medida con nuestra época) se ha convertido en un punto de referencia para todo el que se aproxime a estas cuestiones. En ella trata, como continuación de la *Crítica de la razón práctica*, los principios metafísicos de la doctrina del Derecho y de la doctrina de la virtud²⁶⁸, lo que le da pie a hablar sobre la libertad, la igualdad y la independencia civil como atributos de los ciudadanos activos²⁶⁹ desde un prisma eminentemente teórico a la vista de la

²⁶⁶ BILBENY GARCÍA, N.: *El torbellino Kant*, Ariel, Barcelona. 2024, pp. 55-64.

²⁶⁷ KANT, I.: *Sobre la paz perpetua*, Tecnos, Madrid, 1998, *passim*, pp. 14-20. BILBENY GARCÍA, N.: *El torbellino Kant*, cit., pp. 26-27.

²⁶⁸ KANT, I.: *Metafísica...*, cit., p. 69.

²⁶⁹ LÓPEZ HERNÁNDEZ, J.: "La teoría pura del Estado en Kant", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXVI, p. 337.

dificultad que KANT percibe en aunar en una sola obra las dos facetas²⁷⁰. A partir de ahora, la libertad externa y la libertad interna se convertirán en dos expresiones clave para entender el pensamiento kantiano²⁷¹.

Si empezamos de dentro afuera, la primera parada es en la libertad interna. Esa esfera es la que mantenemos fuera del alcance de los demás, pero resulta la más crucial de ambas porque es la que asegura que la formación de nuestra voluntad, de nuestro arbitrio, se halle desprovista de cualesquiera pasiones, instintos y apetitos animales²⁷², lo que en la *Crítica de la razón pura* llamará “la coerción de los impulsos de la sensibilidad”²⁷³. ALLISON también la cataloga como libertad práctica y sintetiza su significado como “la voluntad para elegir un curso de acción sobre la base de reglas o principios generales y no simplemente responder a los estímulos de manera cuasi mecánica, su capacidad de oponerse a la determinación por inclinación”²⁷⁴. Partiendo del libre albedrío como axioma indispensable para hablar de moralidad²⁷⁵, somos nosotros mismos el único enemigo a batir para alcanzar esa libertad interior.

Por contraposición, la libertad exterior es la que nos permite trascender de nuestra mismidad para, *ad extra*, manifestar nuestra libertad interior con actos concretos²⁷⁶. Dado que se basa en su interacción con la alteridad, su pleno ejercicio no descansará exclusivamente en la superación por el sujeto de todo el aparato instintivo y visceral, sino que deberemos atender al grado de libertad que el entorno confiere para desplegar esa libertad interior²⁷⁷. Cómo nos lleva ello hacia la igualdad – que para KANT es sinónimo de independencia – tiene mucho que ver con la idea de reciprocidad, es decir, que nuestra libertad no se encuentre más limitada que la de los demás, y que toda basculación hacia un lado u otro de la balanza genera desigualdades que repercuten directamente en la libertad, y viceversa.²⁷⁸

La necesidad de máximas universalizables o generalizables deviene todavía más acuciante en tanto que mecanismo para asegurar que no proliferen en el Derecho las prácticas que lleven a cercenar esa

²⁷⁰ Ibid., pp. 69-70. La división entre teoría y práctica le permite a Kant disertar sobre la necesidad de hacer una filosofía popular, pero sin renunciar al rigor cuando se tratan cuestiones de principios (vid., ibid., especialmente pp. 70-71);

²⁷¹ CONTRERAS PELÁEZ, F.J.: “La idea de igualdad...”, cit., pp. 227-228.

²⁷² KANT, I.: *Metafísica...*, cit., pp. 79-80.

²⁷³ KANT, I.: *Crítica de la razón pura*, Taurus, Madrid, 2005, p. 340.

²⁷⁴ ALLISON, H.E.: *El idealismo trascendental de Kant: una interpretación y defensa*, Anthropos, Barcelona, 1992, p. 447.

²⁷⁵ Bobbio distingue entre libertad jurídica (externa) y libertad moral (interna). Vid. BOBBIO, N.: *Diritto e Stato nel pensiero di Immanuel Kant*, G. Giappichelli, Torino, 1969, p. 97.

²⁷⁶ KANT, I.: *Metafísica...*, cit., p. 80.

²⁷⁷ Ibid., p. 80; CONTRERAS PELÁEZ, F.J.: “La idea de igualdad...”, cit., p. 228.

²⁷⁸ KANT, I.: *Metafísica...*, cit., p. 101. En palabras de Kant. “La libertad (la independencia respecto del arbitrio de otro que trate de ejercer coacción sobre mí) en cuanto esa libertad pueda ser compatible con la libertad de cualquier otro conforme a una ley general, es el derecho único, original, que asiste a todo hombre en virtud de su humanidad. La igualdad innata, es decir, la independencia de no quedar obligado por otros a más que lo que uno puede obligarlos también recíprocamente a ellos; y, por lo tanto, la cualidad del hombre de ser su propio señor (*sui iuris*) e igualmente la de ser tenido por un hombre sin tacha (*iustus*)...”. Observa Bobbio que Kant tan solo reconoce un derecho innato, la libertad, lo que le separa de quienes formularon al abrigo del iusnaturalismo una panoplia de derechos inalienables (vid. BOBBIO, N.: *Diritto e Stato...*, cit., p. 125).

libertad externa o jurídica de los ciudadanos²⁷⁹. Se trata de salvaguardar la libertad como piedra de toque del edificio normativo (libertad externa o jurídica), por lo que la igualdad no es un fin en sí mismo, sino que es instrumental para conseguir la mayor cantidad posible de libertad que afiance el paso de la interioridad a la exterioridad²⁸⁰. Estamos, pues, ante una igualdad *en* la libertad: igual libertad para todos los ciudadanos activos²⁸¹.

3.2.2. Rawls (y Dworkin)

Otra de las teorías más renombradas sobre la igualdad la acuñó RAWLS, uno de los más destacados filósofos del siglo XX en el campo de la política y la moral, que complementaremos con alusiones a DWORKIN por los interesantes matices que ofrece. La obra a la que principalmente prestaremos atención es *A Theory of Justice*, aunque, como es de esperar en autores de su vasta y profunda producción, en otros textos encontramos ideas que coadyuvarán a una mejor comprensión de esa obra²⁸². Aunque RAWLS suele enmarcarse en el liberalismo, no podemos afirmar que lo sea en un grado tal como HAYEK y los pensadores de su órbita neoliberal²⁸³, ya que en cuestiones como la que nos ocupa RAWLS prestó a la igualdad – igual que lo hiciera DWORKIN – una atención como ingrediente crucial de la justicia que es completamente contraria al pensamiento de Hayek. No en vano, este último tituló el segundo volumen de su *Law, Legislation, and Liberty* como “*The Mirage of Social Justice*”²⁸⁴.

RAWLS nos sitúa en un escenario presunto (VAIHINGER, lo veremos luego, llamaba a estos escenarios “As If” para mostrar su carácter ficticio, pero no por ello marginal en muchas teorías), el de la posición original que ocuparían los sujetos en el inicio de un esquema contractualista. En él concibe los dos principios fundacionales que acordarán las partes contratantes para las instituciones con las que se gobernarán: (i) toda persona ha de tener iguales derechos (*equal right*) en el marco de libertades iguales y básicas (*equal and basic liberties*) compatibles con libertades semejantes para el resto, y (ii) las desigualdades sociales y económicas han de organizarse para que sea razonable esperar que beneficien a todos, y se vinculen a cargos y empleos abiertos a todos.²⁸⁵ Sendos principios afloran la

²⁷⁹ Ibid., p. 118.

²⁸⁰ Esta idea será el hilo conductor del liberalismo clásico, en el que igualdad y libertad son inescindibles. Vid. QUERALT LANGE, J.: *Igualdad, suerte y justicia*, Marcial Pons, Bogotá, 2014, p. 157.

²⁸¹ CONTRERAS PELÁEZ, F.J.: “La idea de igualdad...”, cit., p. 229.

²⁸² Por ejemplo, en su *Two Concepts of Rules*, en *The Philosophical Review*, vol. 64, n.º 1, pp. 3-32 o en *Political Liberalism*, del que luego citaremos algún pasaje.

²⁸³ SALGADO, C.: “Igualdad, principio de la diferencia e instituciones”, *Derecho y Crítica Social*, vol. 1, n.º 1, p. 1.

²⁸⁴ HAYEK, F.A.: *Law, Legislation, And Liberty*, Routledge, Londres, 1998, pp. 207 y ss. No lo veía así el propio Hayek, para quien las diferencias entre ambas eran, a lo sumo, terminológicas (ibid., xvii del Prefacio y p. 100).

²⁸⁵ RAWLS, J.: *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, p. 53. En concreto, dice que: “First: each person is to have an equal right to the most extensive scheme of equal basic liberties compatible with a similar scheme of liberties for others. Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone’s advantage, and (b) attached to positions and offices open to all.”

centralidad de la igualdad en el pensamiento de RAWLS, y por ello no sorprende encontrarlas en su forma positiva (igualdad) y negativa (desigualdad).

Para el filósofo estadounidense, los dos principios son secuenciales, es decir, hemos de asentar el primero para luego armar el segundo, y también son jerárquicos, es decir, no podemos justificar vulneraciones de aquel (o compensar su carestía) con una mayor dosis de este. Solo podemos sacrificar una o varias libertades básicas e iguales del grupo inicial con base en otra u otras libertades de ese mismo colectivo, ya que ningún derecho es absoluto²⁸⁶. A fin de hacernos una idea acerca de qué derechos tiene en mente RAWLS, él mismo enumera los que son indispensables, teniendo en mente que es una lista de *numerus apertus*: derechos políticos (sufragio activo y pasivo), libertad de expresión, libertad de reunión, libertad de conciencia, libertad de pensamiento, derecho a la integridad física y psíquica, derecho a la propiedad privada y libertad frente a detenciones arbitrarias²⁸⁷. Tan importante como las que incluye son las que excluye expresamente del catálogo de libertades básicas: la propiedad de ciertos bienes (v.gr. medios de producción) y la libertad contractual entendida *à la laissez-faire*²⁸⁸.

Así como en el primer bloque no admite diferencias en el contenido básico de los derechos disponibles para todos, en el segundo bloque ya se admite *ab initio* que hay y habrá desigualdades, por lo que la pregunta es cómo abordarlas para mantenerlas en un rango aceptable. Con la alusión a lo social (mucho menos a lo económico), no podemos interpretar que admite desigualdades en derechos básicos, claro está, sino que habremos de pensar en todo aquello que los trascienda. Aquí incluye RAWLS “la distribución de los ingresos y de la riqueza, así como el diseño de una organización que distingue según diversas autoridades y responsabilidades”²⁸⁹, que ha de ser en beneficio de todos sin llegar a ser homogénea. De ahí que a este segundo sea haya calificado como principio de la diferencia²⁹⁰, a lo que cabría añadir que el primero habrá de ser, en consonancia, el principio de la igualdad.

La interconexión entre los beneficios de unos y de otros en el segundo principio deriva, para RAWLS, de que no merecemos los dones naturales con los que hemos nacido ni la posición social que ocupamos al venir a este mundo, por lo que es incorrecto que las instituciones se limiten a respetar esas características²⁹¹. En esto coincide con DWORKIN, otro liberal poco al uso, para quien el gobierno no puede dispensar un mejor trato a unos ciudadanos que a otros amparándose en que unos merecen

²⁸⁶ Ibid., p. 54.

²⁸⁷ Ibid., p. 53.

²⁸⁸ Ibid., p. 54.

²⁸⁹ Ibid., p. 53.

²⁹⁰ SALGADO, C.: “Igualdad...”, cit., p. 5.

²⁹¹ RAWLS, J.: *A Theory of Justice*, cit., p. 89.

más que otros, ya que toda vida humana es igualmente digna²⁹². Las instituciones solo podrán amparar el aprovechamiento de esos rasgos siempre no sea absoluta, lo que exige, pues, que redunden en un bien para la sociedad en su conjunto. Por exclusión, esta redistribución de la riqueza implicará que las capas menos aventajadas reciban una parte de esos beneficios, sin que ello vaya en detrimento de las más aventajadas porque sus potenciales superiores hallarán protección en la tuición, según el primer principio, de su integridad física y psicológica y, conforme al segundo principio, con el mantenimiento de cierta diferencia respecto de los menos favorecidos natural y socialmente²⁹³.

Lo que antecede podría conducirnos a concluir que RAWLS tiene poco de liberal porque su pensamiento estaría más próximo al igualitarismo, pero es preciso avanzar algo más para darnos cuenta de que esa conclusión sería apresurada. La clave para encajar ese segundo principio en los márgenes de un liberalismo *sui generis* (con el permiso de HAYEK) es que todo lo dicho sobre la desigualdad no se aplica a las concretas acciones de los individuos²⁹⁴, sino al “trasfondo institucional”²⁹⁵. Esto engarza con una afirmación realizada muy al principio de *A Theory of Justice*, donde sostiene que su objeto es la justicia social, concebida como “la estructura básica de la sociedad, o más concretamente, la manera que tienen las principales instituciones sociales de distribuir derechos fundamentales y deberes, así como determinar la división de las ventajas asociadas a la cooperación social. Por principales instituciones entiendo la constitución política, y los principales disposiciones económicas y sociales”²⁹⁶.

Además, el reverso de la moneda de que las desigualdades se justifican si ayudan a los más desfavorecidos es que los más aventajados conservarán esa situación de preeminencia siempre que los menos aventajados puedan beneficiarse en algo de lo que los primeros consienten ceder para mantener su estatus²⁹⁷. Puesto que RAWLS presume que una distribución igual de la riqueza llevaría a producir menos al que, en un escenario ideal, retendría más que otros, no concibe que la contribución global en esa tesitura fuera ya no superior a la segunda tesitura, si no ni siquiera idéntica²⁹⁸. Por lo tanto, si bien cuantitativamente el límite teórico será el de plena igualdad, en la práctica la frontera la marca la percepción de falta de incentivo que se deja en manos del más poderoso, lo que no hace sino reforzar su posición preeminente. En suma, a RAWLS se le ha acusado de una aproximación demasiado individualista²⁹⁹.

²⁹² DWORKIN, R.: *Is Democracy Possible Here?*, Princeton University Press, Princeton, 2006, *passim*, pp. 9-10; EL MISMO: DWORKIN, R.: *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, p. 128.

²⁹³ De manera muy elocuente, Rawls dirá que “aquellos a los que la naturaleza favorece, sean quienes sean, solo pueden aprovecharse de su buena suerte si mejoran la situación de quienes han salido perdiendo.” (ibid., p. 87).

²⁹⁴ COHEN, G.: “If You’re an Egalitarian, How Come You’re So Rich?”, *The Journal of Ethics*, n.º 4, p. 1.

²⁹⁵ RAWLS, J.: *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York, 2005, p. 264.

²⁹⁶ Ibid., p. 6.

²⁹⁷ COHEN, G.: “If You’re an Egalitarian...”, cit., p. 15.

²⁹⁸ COHEN, G.: *If You’re an Egalitarian, How Come You’re So Rich?*, Harvard University Press, Cambridge, 2001, pp. 139-144.

²⁹⁹ MORA, J.: *¿Igualdad para qué?*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 14 (prólogo a cargo de Óscar Pérez de la Fuente).

Finalmente, y retomando la secuencialidad y jerarquía entre los dos principios, RAWLS parece ignorar los mecanismos de transferencia entre las desigualdades en el plano social y económico, y las desigualdades que se den en el plano de las libertades, si se quiere más sutilmente que cuando existe una negación frontal de dichas libertades³⁰⁰. El sufragio activo y pasivo universal para los ciudadanos es, formalmente, el reconocimiento de un derecho por un igual, pero es indudable que las personas con mayores recursos (los más aventajados en la nomenclatura de RAWLS) podrán ejercer una mayor influencia, a veces decisiva, sobre la opinión pública acerca de las bondades o maldades de un candidato. Al desatender el peso que tienen las decisiones de los particulares a partir de la situación que ocupan en la sociedad y en la economía, el sistema ideado por el filósofo estadounidense no da una respuesta satisfactoria al fenómeno de relativización de derechos por un mantenimiento de ciertas desigualdades estructurales que, paradójicamente, solo se revelan en esos particulares.

DWORKIN, situándose parcialmente en el mismo terreno que RAWLS en cuanto a la fundamentación ética de la justicia, va un paso más allá al vincular el liberalismo con una teoría general del buen vivir. Sin caer en el utilitarismo, que ambos pensadores denuestan, no pretende como RAWLS solucionar los casos de conflicto entre el bien propio y el bien común recurriendo a un bien impersonal personalmente asumido por cada individuo solo en el ámbito político. DWORKIN propone, en cambio, una visión más amplia en la que esa situación no se encapsule en el foro, sino que se inserte de lleno en la esfera ética de cada individuo³⁰¹. No hay forma de escapar de la normatividad ética, lo que necesariamente influye en las acciones cotidianas³⁰².

Y es aquí donde esta fundamentación integral entronca con lo que el filósofo estadounidense llama “ética del desafío”³⁰³. Todos enfrentamos retos en nuestras vidas y no hay una fórmula mágica que nos ayude a sortearlos satisfactoriamente porque muchos de ellos son personales e intransferibles. De todos modos, sí que podemos disponer las condiciones óptimas para afrontarlos, lo que exige igualdad de recursos para hacerlo de manera justa y solo vérmolas con los desafíos que hemos elegido y no aquellos que nos hemos encontrado azarosamente³⁰⁴. Esta es la única forma de mantener en pie otros dos principios que Dworkin articula especialmente en *Justice for Hedgehogs*: autorrespeto y autenticidad.

El primero, pese a su nombre, no supone encerrarse en uno mismo, sino que tomarse en serio la vida ha de traer consigo hacer lo propio con la vida de los demás por mor de la humanidad compartida. El

³⁰⁰ DANIELS, N.: “Equal Liberty And Unequal Worth Of Liberty”, en EL MISMO (Ed.): *Reading Rawls*, Stanford University Press, 1989, pp. 253-281.

³⁰¹ DWORKIN, R.: “Foundations of Liberal Equality”, en PETERSON, G. (Ed.): *The Tanner Lectures on Human Values*, vol. 11, University of Utah Press, Salt Lake City, 1990, pp. 1 y ss.

³⁰² DWORKIN, R.: *Sovereign Virtue...*, cit., pp. 128 y 245; EL MISMO: *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge, 2011, pp. 14 y 196.

³⁰³ Ibid., pp. 237-284.

³⁰⁴ Ibid., p. 89.

segundo, por su parte, parece resultar una concreción del primero porque, en aras de comprender que nuestra existencia no es una pérdida de tiempo, hemos de plantearnos cómo dotar de contenido a esa vida de tal suerte que seamos los amos y dueño de nuestro destino³⁰⁵. Los ecos kantianos en los dos principios saltan a la vista y DWORKIN no esconde esa relación, muy particularmente el primero a partir del valor objetivo e intrínseco de toda vida³⁰⁶.

Al igual que sucedía con RAWLS, tras lo dicho pudiera parecer que la sangre liberal no circulaba por las venas de DWORKIN, pero no hemos de fijarnos en las apariencias. Esos dos principios fijados en su última gran obra política – si es que en DWORKIN cabe distinguir política y ética – trazan una línea infranqueable para cualquier pretensión de incrementar el bien colectivo a su costa, hasta el punto de que el filósofo sostiene que han de respetarse persona a persona³⁰⁷. Esto ha sido criticado por autores que consideran que enfatiza en exceso la contraposición entre individuo y colectividad, lo que le lleva a ignorar que, en ocasiones la intervención pública lo es a favor de quien cree que la autotutela le es más beneficiosa³⁰⁸, si bien ello le sirve a DWORKIN para defender a ultranza la universalidad de los derechos humanos³⁰⁹. También se le ha criticado por focalizar las exigencias de igualdad en la supresión de las diferencias según las circunstancias impuestas, sin considerar las desigualdades que se puedan generar a lo largo de la vida por circunstancias distintas a las *ab origine*, y que no siempre dependen de él ni el Estado interferirá con ellas, como la familia en la que ha nacido³¹⁰.

La dicotomía entre lo recibido y lo adquirido ha recibido en algunos sectores académicos el nombre de *igualitarismo de la suerte*, término acuñado más por quienes se oponen a lo que por él entienden que por quienes se supone que son sus defensores³¹¹. Una de las formulaciones paradigmáticas de esa modalidad igualitarista se atribuye a ARNESON, quien afirma que “la justicia distributiva no aconseja ninguna intervención para corregir desigualdades que surjan por elecciones voluntarias o errores de quienes acaban teniendo menos, siempre que sea adecuado responsabilizarlos por esas elecciones o errores de las que emergen las desigualdades”³¹². Para sus detractores, paradójicos individualizadores de la doctrina en cuestión, los valedores de ese igualitarismo de la suerte se sitúan más cerca de una órbita liberal que igualitaria por la preponderancia que conceden a las decisiones individuales sin el debido detenimiento acerca de sus condicionantes³¹³.

³⁰⁵ Ibid., pp. 13, y 203-204.

³⁰⁶ Ibid., pp. 19, 254-260.

³⁰⁷ Ibid., p. 330.

³⁰⁸ GEORGE, R.P.: “Individual Rights and Collective Interests: Dworkin on ‘Equal Concern and Respect’”, en EL MISMO: *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1995, pp. 83-109.

³⁰⁹ DWORKIN, R.: *Justice for Hedgehogs*, cit., p. 338.

³¹⁰ QUERALT LANGE, J.: *Igualdad, suerte y justicia*, cit., pp. 80-81; FOLEY, E.B.: “Requiem for Hercules”, *Constitutional Commentary*, n.º 302, pp. 470-472.

³¹¹ QUERALT LANGE, J.: *Igualdad...*, cit., p. 128; ANDERSON, E.S.: “What is the Point of Equality?”, *Ethics*, vol. 109, n.º 2, p. 472.

³¹² ARNESON, R.T.: “Liberalism, Distributive Subjectivism, and Equal Opportunity for Welfare”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 19, n.º 2, p. 176.

³¹³ Ibid., p. 176.

3.2.3. Consideraciones comunes

Todo lo que hemos expresado hasta ahora dibuja un panorama con más sombras que luces acerca de una fundamentación sólida de la igualdad, tanto en su sentido afirmativo como negativo y sin entrar a valorar la mayor benignidad teórica sobre esta última postura por su *probatio diabólica*. Nos movemos en el pantanoso terreno de intentar definir lo que el ser humano es o no es en términos esenciales, tarea para algunos imprescindible, para otros inaccesible³¹⁴ y para otros equivocada³¹⁵. El esencialismo es un terreno fértil para entronizar los rasgos que más nos placen de un determinado algo, aunque en ocasiones la operación es más sutil cuando apartamos ese esencialismo con una mano para acercarlo de nuevo con la otra a partir de formulaciones más prácticas que teóricas que, a la postre, nos sitúan al final del camino en el mismo punto que el esencialista.

Quizá la contraposición entre la igualdad como situación prejurídica o como creación *ex nihilo* del ordenamiento jurídico no sea tan acusada como pareciera. Las situaciones de desigualdad pueden partir de una posición esencialmente diferente de las personas entre sí, donde la función del Derecho es corregir la distancia que media entre unos y otros hasta un límite socialmente soportable. Las situaciones de desigualdad pueden partir también de lo que las personas se hacen las unas a las otras *a pesar* de haber nacido iguales, escenario en el que el ordenamiento jurídico auxilia a los más desfavorecidos por esa violencia ejercida contra ese estadio natural. Es decir, podemos situar la desigualdad en un momento primigenio o en uno más evolucionado, en el que todavía no hay normas que pongan coto a la selva humana.

El primer escollo para resolver este aparente galimatías estriba en desenmarañar la confusión sobre aquello que nos confunde. Lógicamente, si acuñamos un concepto y buscamos su refrendo en la realidad material siempre nos daremos de bruces con el mismo problema de pretender que lo natural emplee nuestro lenguaje. No encontramos en la naturaleza la propiedad, la cooperación o la violencia, sino fenómenos que, con nuestro filtro humano, reconduciremos a ese concepto que nos ayude a interpretar lo que nos circunda y trabajar con ello. Pero tampoco encontraremos un órgano (en términos biológicos), una gota o una estrella, sino que, de nuevo, parcelaremos la realidad y le asignaremos nombres para un mejor manejo en nuestra interacción con ella. Bien podríamos decir que no hay unidades inferiores al cuerpo, al agua o a la bóveda celeste sin distinguir subcomponentes, lo que a su vez también sería una concreción de unidades mayores.

Con la igualdad ocurre lo mismo: en función de cuánto queramos precisar, nos veremos los unos a los otros más o menos iguales. Si descendemos mucho, solo veremos diferencias, mientras que si alejamos

³¹⁴ KANT, I.: *Crítica de la razón pura*, cit., pp. 55-56; ARTOLA BARRENECHEA, J.M.: "Limitación y trascendencia del conocimiento en la Filosofía de Kant", *Estudios Filosóficos*, vol. 30, n.º 83, p. 129.

³¹⁵ SARTRE, J.P.: *L'existentialisme est un humanisme*, Gallimard, Paris, 1996, p. 29.

demasiado el foco acabaremos incluyendo a otras especies animales. Esto último nos permite decir que, en ese recorrido, existe una medición en esa escala en la que todos somos iguales desde una óptica biológica porque pertenecemos a ese mismo *genus* humano³¹⁶, a la subespecie *Homo sapiens sapiens* a partir de la evolución que se produjo desde la especie *Homo sapiens*, y por esa pertenencia compartimos algunos rasgos físicos³¹⁷. Si por igualdad biológica podemos entender igualdad natural, he aquí el nexo entre la reflexión metanatural y la observación natural. Toda desviación de esa igualdad proviene de malformaciones genéticas, patologías o decisiones personales (donar un órgano) que no desdibujan esa humanidad compartida.

Como frente a las clasificaciones jurídicas (sobre las que luego nos extenderemos), cabe alzar una objeción frente a las de las ciencias naturales según la que son fruto del ingenio humano y que no se encuentran en la naturaleza. Nada tenemos que contrargumentar a esa objeción en un plano superficial porque ese nombre se encuentra en la naturaleza, pero no podemos dejar de notar que no por ello deja de pertenecer menos a las ciencias naturales como ocurre con la nomenclatura de las partes del cuerpo. Lo que queremos exponer con este planteamiento es que, si así lo deseamos, la biología nos brinda razones de peso para considerar que sí somos lo suficientemente iguales como para distinguirnos, en tanto especie, de un caballo o de un gato, del mismo modo que podemos distinguir entre un caballo y un gato. Por lo tanto, si yo digo que soy igual a ti no yerro si parto de nuestra pertenencia común a una misma especie o subespecie³¹⁸.

Desafortunadamente, las ciencias naturales se han usado a veces para buscar pátinas empíricas a ideologías abominables, y es comprensible el recelo a una fundamentación científica de la igualdad. Creemos, a pesar de todos los pesares, que gracias a ese tipo de criterios podemos levantar el edificio de las condiciones de posibilidad para otros rasgos comunes como las capacidades racional y emocional³¹⁹. Es más, ello puede permitir alzarse por encima de los condicionantes sociales que, *prima facie*, puedan hacer pensar que algunas personas no son iguales a otras en su humanidad como fruto de la subyugación a la que se han podido ver sometidas durante siglos, hasta el punto de hacer que adopten la misma visión que sus dominadores³²⁰. En ocasiones, uno no puede sino converger con

³¹⁶ BOBBIO, N.: *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 1993, p. 85.

³¹⁷ STRINGER, C.: "The origin and evolution of *Homo sapiens*", *Philosophical Transactions of the Royal Society*, vol. 371, n.º 1698, pp. 1-2.

³¹⁸ Shakespeare lo expresaría con su natural maestría en el monólogo de Sylock de *El mercader de Venecia*: "Soy un judío. ¿Es que un judío no tiene ojos? ¿Es que un judío no tiene manos, órganos, proporciones, sentidos, afectos, pasiones? ¿Es que no está nutrido de los mismos alimentos, herido por las mismas armas, sujeto a las mismas enfermedades, curado por los médicos, calentado y enfriado por el mismo verano y por el mismo invierno que un cristiano?" (vid. SHAKESPEARE, W.: *Complete Works. The Merchant of Venice*, Modern Library, Nueva York, 2007, p. 442).

³¹⁹ WILLIAMS, B.: "The Idea of Equality", en *EL MISMO: In the Beginning Was the Deed: Realism and Moralism in Political Argument*, Princeton University Press, Princeton, 2005, p. 97.

³²⁰ *Ibid.*, pp. 103-106.

PLAUTO cuando dijo que todo desconocido es como un lobo³²¹ y con HOBBS cuando hablaba de la guerra de todos contra todos³²².

De lo que no cabe duda alguna es que los escollos advertidos no pueden tener la última palabra y evitarnos adoptar una postura de entre las posibilidades que tenemos a nuestra disposición, tal y como vimos para la dignidad. La duda cartesiana no es paralizante porque, incluso cuando dudo de todo, incluso cuando nos imaginamos que un genio diabólico nos ha podido corromper hasta el tuétano, no podemos dudar de que dudamos, de que temblamos al detenernos en el abismo de las incertidumbres infinitas, de que nos reconocemos incapaces incapaz de vaciar toda el agua del mar en un pequeño agujero que hemos hecho en la arena. Nos afanamos en excavar un foso entre nuestro castillo y el invasor que pretende apoderarse de él y robarnos nuestras esencias, pero a veces perdemos la perspectiva de que a distancia también pueden derribarse los muros y dejar nuestro fuerte a la intemperie. Toda reflexión se enmarca en una particular visión del mundo que, de no ser compartida por nuestro interlocutor, dará como resultado críticas que quizá ni nos hubiéramos planteado desde nuestra parcela de pensamiento.

Siempre habrá, decíamos unas líneas más arriba, personas que aboguen por ofrecer un trato inferior a quienes consideran inferiores por las razones que tengan a bien considerar. En la mayoría de los casos, será inútil tratar de convencer a esas personas con razones categóricas, utilitaristas o cualquier clasificación que se nos ocurra, del mismo modo que ellos pensarán que es inútil intentar que comulguemos con que hay seres humanos inferiores a otros. También habrá otras personas que, sin llegar a situar a los unos arriba y a los otros abajo, veladamente exhibirán discursos “realistas” o “pragmáticos” acerca de la inevitabilidad de algunas discriminaciones, especialmente cuando las sufren otros a quienes se pide resignarse a lo que les tocó en suerte, tildándose de “idealistas” o “utópicos” a quienes se resisten a adoptar esa visión.

La irreductible discrepancia en asuntos como este obliga, por lo tanto, a pagar algunos peajes como la desafortunada falta de consenso, pero en ningún caso creemos que hayamos de incluir el peaje de renunciar a una defensa de la igualdad ni a la protección de quienes no pueden convertirse en meros figurantes de la obra. Hay cuestiones en las que la inacción no es una opción, como tampoco lo es la acción meramente decorativa que solo sirve para adormecer conciencias. Todo escrúpulo o remordimiento epistemológico tiene que hallar su límite en el sufrimiento de otro ser humano, en la persecución del diferente, en el ostracismo de quienes son relegados a no ser. No podemos permitirnos el lujo de ignorar el imperativo de vivir tanto propio como ajeno.

³²¹ PLAUTO: *Comedias I. La comedia de los asnos*, Gredos, Madrid, 1992, p. 138.

³²² HOBBS, T.: *Leviatán*, cit., p. 102.

Junto con esa visión, más axiológica si se quiere, convive otra más vinculada con la práctica *stricto sensu*. Y es que, con independencia de la idea que nos hayamos formado de la igualdad (como un criterio natural traspuesto al reino jurídico, como un criterio construido de espaldas a esa realidad natural o como una suerte de ficción de que se encuentra en el reino de lo natural³²³), es indudable el alcance que la igualdad tiene en nuestros días como derecho, deber, principio, reivindicación e ideal que impregna el debate jurídico y social. Su estrecha vinculación con la idea de justicia, establecida en la *Política* de ARISTÓTELES³²⁴, hace que sea común en el lenguaje cotidiano hablar de injusticia en términos de trato desigual sin causa suficiente a ojos de quien la sufre o de quien la advierte en un tercero³²⁵. Nos sentimos agraviados cuando creemos que se nos somete a un trato discriminatorio que pone en tela de juicio nuestra igual ciudadanía, o incluso humanidad, en relación con el término de comparación que empleamos. Y ese concepto de igualdad es capaz de dar respuesta a situaciones muy dispares gracias a esa capacidad de mutación semántica³²⁶.

A pesar de sus hondas diferencias, existe un mínimo común denominador de todas las teorías vistas: todas ellas ponen el acento en que una igualdad absoluta no es posible o no es deseable. Para avanzar sobre un terreno más o menos seguro, por lo tanto, conviene precisar que una concepción de la igualdad como el trato sin desigualdades equivale a no decir absolutamente nada no solo por ese poso común advertido, sino esencialmente porque no puede definirse un término a partir de la exclusiva negación de su contrario. Lo mismo acontecería si decimos que lo justo es lo que no es injusto o tautologías similares que nos hacen completar un absurdo giro de 360°; es necesario obligarle a esa desigualdad a decir algo más para que sea una palabra significativa en la definición. Es útil recuperar aquí los planos descriptivo y prescriptivo porque este último no puede ser una simple repetición de aquel, sino que precisamos de su auxilio con los criterios de protección.

Con el párrafo anterior, no sostenemos la misma tesis que WESTEN, para quien la igualdad es un concepto vacío y redundante³²⁷ que no otorga criterios suficientemente claros sobre los casos en los que se vulnera y en los que no³²⁸. Vacío y redundante, porque en el fondo remite a los criterios evaluativos que usamos para toda regulación, por lo que deberíamos discutir en esa sede y no en la de una igualdad que nada aporta; falta de claridad, porque en los casos relevantes no aporta pautas significativas. Siguiendo a WALDRON en su contracrítica a WESTEN, hemos de decir en línea de máxima que la pretensión de exhaustividad y plena claridad de un concepto es difícilmente logable en

³²³ VAIHINGER, H.: *The Philosophy of "As If"*, Routledge Classics, Nueva York, 2021, *passim*, p. xxiii. Para una exposición detallada sobre la muy sugerente propuesta del filósofo alemán, vid, BAUTISTA-CABRERA, A.: *Introducción a la pragmática de la ficción literaria*, Programa Editorial, Cali, 2011, pp. 53-59.

³²⁴ ARISTÓTELES: *Política*, Ediciones Folio, Barcelona, 2002, II-1280a.

³²⁵ WESTEN, P.: *Speaking of Equality*, cit., pp. 255-256.

³²⁶ PÉREZ LUÑO, A.E.: "El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales", *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 1, pp. 258-259.

³²⁷ WESTEN, P.: "The Empty Idea of Equality", *Harvard Law Review*, vol. 95, n.º 3, *passim*, pp. 547 y 590; EL MISMO: *Speaking of Equality*, cit., p. 269.

³²⁸ *Ibid.*, p. 236.

ámbitos como el que nos ocupa, y ciertamente no es exigible la misma determinación terminológica que la predicable de una ley³²⁹. Junto a ello, el uso de la palabra igualdad permite remitirnos a un concepto con una gran carga valorativa que añade un plus a la discusión³³⁰, además de que nos permite juzgar situaciones en las que, de otro modo, la remisión a una discusión sobre la adecuación de los parámetros legislativos no es suficiente por los intereses en liza³³¹.

Nuestra postura, sin embargo, no puede ser ajena a la necesidad de decir algo más sobre la igualdad para salirnos de tautologías y conceptos efectivamente huecos. Coincidimos con WESTEN – y en esto WALDRON también le sigue³³² – en que es demasiado frecuente soslayar la explicación del porqué tras de las concretas prescripciones de la igualdad apelando a un implícito vínculo entre el *ser* (aspecto descriptivo) y el *deber ser* (aspecto prescriptivo)³³³. Para evitar circularidades, redundancias y falsas justificaciones, ciertamente hemos de incorporar algo más a esa igualdad para que su aplicación tenga sentido y suficiente campo de acción. Ese “algo más” requiere una adjetivación de esas desigualdades o diferencias, que deberán ser de un tipo concreto para empezar a arañar la superficie de la igualdad: injustificada. Podría resultar paradójico que tengamos que añadir un epíteto a la desigualdad, como si acaso el plano descriptivo no se correspondiera con el prescriptivo, pero en verdad es así: todos compartimos esa misma semilla de lo humano que, en cada uno, grana de una forma peculiar para hacernos distintos a partir de esa igualdad. Las alas de una mariposa no son simétricas, pero no por ello dejan de ser alas y permiten que la mariposa alce el vuelo, y así sucede con todos nosotros, donde la asimetría no empece para la humanidad.

La tarea, ardua por otro lado, será encontrar las diferencias que persiguen o tienen el efecto de anular esa humanidad compartida jurídicamente reconocida (lo que nos hace iguales) y que, por ello, resultan inadmisibles desde esa igualdad infranqueable por ponerla en jaque³³⁴. Esta empresa se verá en gran medida enriquecida si recurrimos a la diferenciación negativa, que es aquella aproximación que estudia las causas que, aun diferenciándonos en un primer momento, no pueden fundar un trato

³²⁹ WALDRON, J.: “The Substance of Equality”, *Michigan Law Review*, n.º 85, pp. 1366-1367; CHERMERINSKY, E.: “In Defense of Equality: A Reply to Professor Westen”, *Michigan Law Review*, n.º 81, p. 591.

³³⁰ Chemerinsky hablará sobre el poder emotivo que ha tenido la igualdad para romper la barrera racial en Estados Unidos (ibid., p. 591).

³³¹ WALDRON, J.: “The Substance...”, cit., pp. 1363-1364. El autor lo ejemplifica con los requisitos para el sufragio activo y pasivo, discusión en la que la igualdad como vara de medir es indispensable, siendo improcedente enzarzarse en disputas sobre si es más cierto que el cociente intelectual ha de ser el baremo empleado. Vid. CHERMERINSKY, E.: “In Defense...”, p. 593, para una aproximación similar.

³³² WALDRON, J.: “The Substance...”, cit., p. 1367.

³³³ WESTEN, P.: *Speaking of Equality*, cit., pp. 186-194 y 266.

³³⁴ Para Cotta, y coincidimos plenamente con él, no pueden establecerse relaciones de justicia, y, por lo tanto, jurídicas, con quienes no son ontológicamente iguales. A lo sumo puede haber deberes para con quienes están en planos ontológicos diferentes, como cuando se reconocen débitos en materia religiosa o en materia de protección de los animales no humanos (con quienes no compartimos esa ontología). Pero nunca serían verdaderos vínculos jurídicos, según se comprueba en instituciones como la esclavitud (vid. COTTA, S.: *El Derecho en la existencia humana. Principios de ontofenomenología jurídica*, EUNSA, Pamplona, 1987, pp. 153-156). En términos análogos se expresa Hervada cuando habla de “igualdad fundante” en HERVADA, J.: *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 1992, pp. 210-211.

desigual por ser irrelevantes a los efectos del valor moral de las personas³³⁵. Recurrir al color de la piel³³⁶ o las capacidades y dones naturales como elementos estructuralmente distintivos es inadecuado porque se han repartido de manera aleatoria y azarosa, con lo que no añaden ni quitan contenido a ese valor moral al no presuponer ni mayores ni menores cantidades de virtudes y vicios³³⁷.

Si cualquier desigualdad fuera discriminatoria de esa naturaleza humana, obtendríamos dos resultados altamente indeseables. El primero, que lo que es un mínimo inmutable, un reducto infranqueable estrechamente ligado con la dignidad (más adelante le dedicaremos a este concepto el espacio que merita en un trabajo sobre delitos de odio), sería un máximo y secaría todo espacio para la libre determinación de la personalidad porque en la libertad está la diversidad al ser un criterio de salida y no de llegada (la libertad que no admite discrecionalidad no es libertad). El segundo, que lo que constituye un derecho y un deber en beneficio de sus titulares se convertiría en un derecho y un deber *a pesar* de sus titulares, es decir, en una carga envuelta en capas de bellas palabras. Ni siquiera Procusto encajaba en su propio lecho. Necesitamos, en consecuencia, de una fundamentación que dé cuenta de las necesidades de igualar y de respetar las diferencias según las características de que tratemos, sin olvidar lo que hemos dicho acerca de la inescapable falibilidad que puede percibirse en cualquier fundamentación. Además, habida cuenta de la naturaleza de este trabajo, a ser posible esa fundamentación debería proceder de la reflexión jurídica. No es que solo vayamos a considerar lo dicho por juristas, pero sí será un elemento importante que considerar en conjunción con todo lo ya visto.

En lo que sigue, se verá que recuperaremos la noción de Derecho Antidiscriminatorio, rama del ordenamiento jurídico que hemos introducido unas páginas más arriba y que será de indispensable auxilio para entender los derroteros actuales por los que discurre el derecho a la igualdad. La creación de esta nueva división del saber jurídico responde a la separación entre igualdad y discriminación como dos realidades normativas emparentadas, pero sin el mismo ADN. Los criterios que nos permiten deslindar ambos conceptos suelen reconducirse a los siguientes: el significado del primero radica en su insistencia en la paridad, mientras que el segundo aboga por la integración; los presupuestos materiales marcan que el primero apele a una igualdad sustancial, en tanto que el segundo parte de la postergación – o subordinación, según veremos *ad infra* – de ciertos grupos; tuitivamente, el segundo será mucho más exigente por fundarse en causas especialmente graves para la

³³⁵ DE ASÍS ROIG, R.F. y CUENCA GÓMEZ, P.: “Delimitación del derecho a la igualdad de oportunidades en personas con discapacidad”, en PÉREZ BUENO, L.C. (DIR.): *2003-2012, 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, Cinca, Madrid, 2012, p. 62.

³³⁶ Einstein habló muy claramente sobre ello: “No se puede entender cómo un hombre puede sentirse superior a sus semejantes, que solo se diferencian en un aspecto del resto: descienden de antepasados que, como protección contra la acción destructiva de la radiación del sol tropical, han adquirido una piel más pigmentada que aquellos cuyos antepasados vivían en países más alejados del ecuador.” Vid. FRED, J.: *Einstein on Race and Racism: Einstein on Race and Racism*, Rutgers University Press, New Brunswick, 2006, pp. 144-145.

³³⁷ WILLIAMS, B.: *The Problem of the Self*, Cambridge University Press, Cambridge, 1973, pp. 232-234.

conciencia social del momento³³⁸. De todos modos, algunos autores tienden a equiparar una cosa con la otra, de tal suerte que el derecho a la igualdad equivale en términos generales al derecho a no sufrir discriminaciones, sin distinguir entre sentido amplio y estricto de discriminación³³⁹.

Para dar debida respuesta a esos interrogantes, iniciaremos nuestra andadura con la experiencia americana para, luego, pasar a los ámbitos europeo y español. Evidentemente, desde las revoluciones de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX la reflexión teórica y las reformas legislativas en materia de igualdad se sucedieron a un ritmo inusitado en comparación con los antecedentes históricos inmediatos e incluso remotos³⁴⁰, pero lo que aquí nos interesará especialmente dado el objeto de nuestro trabajo es aquellos derroteros que han acabado integrando el Derecho Antidiscriminatorio. No está en nuestro ánimo precisamente contraponer las visiones a ambos lados del Atlántico como si de concepciones antitéticas o compartimentos estancos se tratara, ya que son perfectamente complementarias hasta el punto de que lo reflexionado en suelo estadounidense ha tenido una notable influencia en Europa. Incluso en alguna autora española podremos ver los ecos de la nomenclatura americana, y es que las herramientas conceptuales desarrolladas en ese país serán el pistoletazo de salida para el Derecho Antidiscriminatorio.

3.3. La experiencia americana

3.3.1. Contextualización y marco teórico

Principiamos nuestra andadura en Estados Unidos por cuanto, cronológicamente, en ese país la lucha a gran escala por erradicar la discriminación surge antes que en suelo europeo. Irrumpe con fuerza de la mano de las enmiendas de la Reconstrucción, sobre todo la Decimocuarta Enmienda, pierde gradualmente fuste unos años después de su aprobación y vuelve a resurgir con fuerza entre los años 30 y 40 del siglo pasado³⁴¹ de la mano de la lucha por los derechos civiles³⁴², abanderada principalmente a partir de los años 50 por personajes de la talla de Martin Luther King, Jr. De lo que allí aconteció podremos extraer herramientas imprescindibles para entender más y mejor los entresijos del Derecho antidiscriminatorio y aplicarlos al estudio de los delitos de odio.

³³⁸ GARCÍA MURCIA, J.: “La Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, *Foro – Nueva Época*, vol. 25, n.º 2, pp. 14-15.

³³⁹ BAÑO LEÓN, J.M.: “La igualdad como derecho...”, cit., p. 186.

³⁴⁰ Para una aproximación a esa evolución teórica y legislativa, vid. FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “El principio de igualdad jurídica y la no discriminación por razón de género en el ordenamiento constitucional español”, *Dereito*, vol. 5, n.º 1, pp. 84-89.

³⁴¹ Hay que destacar que el término *discrimination* en inglés jurídico estadounidense designa todo trato desigual, tanto si es ajustado a Derecho como si no (vid. NUEVO LÓPEZ, P.: “Interpretación constitucional...”, cit., p. 454).

³⁴² BARRÈRE UNZUETA, M.A.: “Filosofías del Derecho antidiscriminatorio”, cit., p. 13.

La constatación sobre la influencia que ha tenido en el Viejo Continente la pugna en suelo estadounidense por la igualdad ante la ley (pugna que allí tuvo tintes dramáticos porque se cobró la vida de personas como Luther King) tampoco creemos que nos haya de llevar al punto de decir que lo acontecido en Europa tiene su génesis en Estados Unidos³⁴³. La historia reciente de nuestro continente nos ha dado motivos más que sobrados para focalizarnos en estas materias, sin perjuicio por supuesto de la ineludible realidad acerca de que la reflexión jurídica americana ha inspirado y ha tenido un papel indispensable en la conformación de esta cuestión en suelo europeo. A veces la historia tiene el capricho de que en continentes separados por un océano se desarrollen casi acompasadamente, con la idiosincrasia propia de cada lugar, descorazonadores procesos de desigualdad que acaban inspirando algunos de los textos y reflexiones que en la historia del Derecho jamás se hayan escrito.

Es de sobra conocido que, incluso antes de su nacimiento como nación, Estados Unidos ha sufrido un mal endémico relacionado con el racismo practicado principalmente hacia su población negra (no podemos olvidarnos de la no menos lacerante discriminación hacia los nativos americanos)³⁴⁴, que durante decenios se agudizó por la herida siempre abierta de la esclavitud. Hasta tal punto Estados Unidos ha quedado marcado por tal rémora que pareciera incluso que esta práctica (la esclavitud) hubiera surgido en las trece colonias fundadoras, cuando en verdad se retrotrae muchos siglos atrás. Ciertamente para quienes con los años hemos desarrollado por ese país un sincero y honesto amor, que por lo tanto no desconoce ni esconde sus sombras, es un peaje que hemos de pagar con un profundo pesar.

La esclavitud fue durante años la gran contradicción americana por su afectación a la libertad y a la igualdad de derechos. La esclavitud, además, empezó a ir de la mano del racismo porque cuanto más se avanzaba en el sistema democrático mayor era la necesidad de justificarla, especialmente por su asociación con los afroamericanos. Se extendió la creencia de que la raza negra era inferior a la blanca en aspectos intelectuales y espirituales, así que concederles la libertad (ya no hablemos de derechos políticos) solo traería depravación moral, violencia y degeneración social. La lucha, a veces a campo abierto, a veces en los parlamentos, a veces en un autobús, a veces en la intimidad del hogar, ha sido descrita magistralmente por LES BENEDICT, a cuyas páginas nos remitimos³⁴⁵. Esas décadas de pugna fueron el germen de lo que hoy conocemos como Derecho Antidiscriminatorio.

³⁴³ Ibid., p. 13.

³⁴⁴ En un estudio realizado en 2018 por la Harvard School of Public Health, los resultados sobre percepción discriminatoria fueron los siguientes: el 92% de la población negra, el 90% de la LGBTQ, el 78% de la hispana, el 75% de la nativa americana y el 61% de la asiática se sintiera discriminada; tampoco podemos dejarse de mencionar que, entre la población blanca, ese porcentaje era del 55%. Sin embargo, es representativo de ese enquistamiento que, cuando descendemos a las estadísticas por tipo de discriminación (laboral, sanitaria, educativa, policial, habitacional) sufrida personalmente, las cifras no superen el 65%, con lo que existe un decalaje que solo se explica por la pervivencia en el ideario colectivo de las discriminaciones históricas. Vid. *Discrimination in America: Final Summary*, Harvard T. Chan School of Public Health, 2018.

³⁴⁵ LES BENEDICT, M.: *The Blessings of Liberty...*, cit., pp. 155-223 y 304-350.

Solo quisiéramos destacar, como caso paradigmático de este proceso de degradación política y jurídica, la sentencia *Plessy v. Ferguson*³⁴⁶, marcando un antes y un después con la doctrina del *separate but equal*, que implicaba que en instalaciones públicas (se incluían medios de transporte o escuelas) podía haber separación de razas mientras se asegurara que los espacios para cada raza fueran generalmente iguales. Ello no vulneraba, a juicio del TS, la cláusula de igualdad contenida en la Decimocuarta Enmienda. La única voz discrepante de todo el Tribunal provino del juez Harlan, que atacó la decisión mayoritaria por ser un disfraz para mantener la servidumbre y la degradación sobre una amplia clase de queridos ciudadanos, perpetuando una clase superior en un sistema constitucional ciego al color y a la protección de clases. A esa decisión le siguieron otras como *Williams v. Mississippi*³⁴⁷ o *Cumming v. School Board of Richmond County*³⁴⁸, mediante las que se consolidó el relegamiento de la población negra y se otorgó una enorme deferencia a los Estados³⁴⁹.

Un autor capital para entender la fundamentación del Derecho Antidiscriminatorio en EE. UU. es OWEN FISS, muy señeramente con su artículo *Groups and the Equal Protection Clause*, publicado en 1976 y que siguió a otro publicado unos años antes sobre una temática similar, aunque más centrada esencialmente en el ámbito laboral³⁵⁰. A pesar del tiempo transcurrido desde su aparición, y de que rara vez se ha esgrimido por las mayorías en el TS³⁵¹, la columna vertebral del texto sigue alimentando el debate acerca de temas tan relevantes como la *affirmative action*³⁵², que recientemente ha vuelto a la palestra tras las sentencias del TS en los casos acumulados de *Students for Fair Admissions, Inc. (SFFA) v. President & Fellows of Harvard College* y *SFFA v. University of North Carolina*³⁵³. Las dos ideas que atraviesan el artículo de FISS son la contraposición de los principios antidiscriminatorio (o anticlasificadorio) y antisubordinación o de grupos desfavorecidos (*group-disadvanting*). Trataremos ahora los aspectos diferenciales a de ambos principios y pasaremos a centrarnos en el segundo, ya que el primero lo consideraremos con mayor detalle cuando lleguemos a la praxis judicial implementada por el TS en materia taxonómica.

Es crucial decir ya de antemano que, si bien las ideas del jurista americano han trascendido las fronteras de su país, la génesis de su reflexión radica en los vericuetos exegeticos de la *Equal*

³⁴⁶ 163 U.S. 537 (1896). Cumple decir que esta sentencia no consagraba la doctrina del *separate but equal* en el plano de los derechos políticos, pero no es menos cierto que los esfuerzos por el TS para impedir que acaba afectando a ese tipo de libertades políticas fueron absolutamente nulos (vid. EYER, K.R.: “Ideological Drift and the Forgotten History of Intent”, *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, vol. 51, n.º 1, pp. 9-10].

³⁴⁷ 170 U.S. 213 (1898).

³⁴⁸ 175 U.S. 528 (1899). Esta sentencia mostraba que el *separate but equal* ni siquiera se ejecutaba en sus propios términos porque se dio por bueno promover solo un instituto para blancos sin su correlativa instalación para negros.

³⁴⁹ LES BENEDICT, M.: *The Blessings of Liberty...*, cit., p. 219.

³⁵⁰ FISS, O.: “A Theory of Fair Employment Laws”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 38, n.º 2, pp. 235-314.

³⁵¹ BALKIN, J.M. / SIEGEL, R.B.: “The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?”, *University of Miami Law Review*, vol. 58, n.º 9, p. 10.

³⁵² ISSACHAROFF, S. / KARLAN, P.S.: “Groups, Politics, and the Equal Protection Clause”, *Miami Law Review*, vo. 58, n.º 35, p. 35. La *affirmative action* se ha traducido en nuestro país tanto como “discriminación positiva”, “discriminación inversa” o “acción positiva”. Cuando hablemos sobre los fundamentos de la discriminación en nuestro ordenamiento jurídico, veremos que es necesario no confundir esas diferentes acepciones.

³⁵³ 600 U.S. 181 (2023).

Protection Clause en su aplicación jurisdiccional³⁵⁴, con singular hincapié en la cuestión racial. La contraposición entre los dos principios que acabamos de enumerar se integra en la discusión existente por aquel entonces sobre la aplicación judicial de las normas antidiscriminatorias recientemente aprobadas, de entre las que podemos destacar por su importancia la tratada *Civil Rights Act* de 1964 y la *Voting Rights Act*, así como su interacción con la Decimocuarta Enmienda. A pesar de que habían transcurrido – al momento de escribir FISS su artículo – veintidós años desde la emblemática sentencia de *Brown*³⁵⁵ y nueve desde *Loving*³⁵⁶, y a pesar de existir ya esa capital norma en materia de derechos civiles, lo cierto y verdad es que el TS todavía enfrentaba notables desafíos en el desmantelamiento de las leyes Jim Crow³⁵⁷.

Por un lado, se entendía que, si el TS le daba a *Brown* un significado conforme a que ese histórico pronunciamiento impedía cualquier clasificación con la finalidad de dar un trato injustificadamente diferenciado, toda práctica aparentemente neutral (*facially neutral*) pasaría el filtro de constitucionalidad por más que su incidencia práctica resultara abrumadoramente desfavorable para ciertas (o todas) las minorías. Esto es, la discriminación indirecta sería constitucional y la *affirmative action* no lo sería. Por otro lado, y en sentido opuesto, se entendía que, si el Tribunal confiriera un sentido más antisubordinatorio a dicho precedente, y con él a la normativa antidiscriminatoria, la discriminación indirecta devendría inconstitucional y la *affirmative action*, constitucional³⁵⁸.

Durante la primera parte de la década de los 70, los vientos de cambio favorables a los derechos civiles parecían haber amainado y ello preocupaba a quienes, como FISS, veían que todavía había recorrido para el proyecto igualitario consagrado en la Decimocuarta Enmienda y las reformas legislativas de la década de los 60. El TS empezó a dar señales de no querer avanzar más de lo que ya lo había hecho en materia de derechos civiles a lo largo de esos años 60, lo que se advierte en sentencias como *Milliken v. Bradley*³⁵⁹, *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*³⁶⁰ y *Washington v. Davis*³⁶¹: la

³⁵⁴ ISSACHAROFF, S. / KARLAN, P.S.: “Groups, Politics...”, cit., pp. 37-39.

³⁵⁵ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). En esta sentencia, el TS declaró por unanimidad que el *separate but equal* en el ámbito educativo – que era el que había motivado el recurso – no era conforme a la Constitución. Este pronunciamiento seminal condujo a otros ulteriores en los que esa inconstitucionalidad se predicó de toda segregación operada por los poderes públicos, tanto en lugares públicos como privados (vid. LES BENEDICT, M.: *The Blessings of Liberty...*, cit., p. 330).

³⁵⁶ *Loving v. Virginia*, 388 11 U.S. (1967). En esta sentencia, el TS declaró por unanimidad inconstitucional toda ley que impidiera el matrimonio interracial, afirmando la rotunda incompatibilidad con la Constitución de toda defensa de la pureza racial blanca (vid. LES BENEDICT, M.: *The Blessings of Liberty...*, cit., pp. 321 y 336-337). Con ello, el Alto Tribunal revocaba la sentencia dictada por la *Supreme Court of Virginia*, que a su vez era confirmatoria de la dictada por la *Supreme Court of Appeals of Virginia*, y que mantenía inicialmente la ley por considerarla necesaria a fin de “preservar la integridad racial de los ciudadanos, prevenir la corrupción de la sangre con la creación de una raza mestiza de ciudadanos, y evitar la obliteración del orgullo racial” (vid. *Loving v. Commonwealth*, 206 Va. 924 (1966)).

³⁵⁷ Término con el que se designan las prácticas discriminatorias frente a la población negra que se implantaron en los Estados del Sur pocos años después de la Guerra Civil (vid. EDWARDS, F.L. / THOMSON, G.B.: *The Legal Creation of Raced Space: The Subtle and Ongoing Discrimination Created Through Jim Crow Laws*, *Berkeley Journal of African-American Law & Policy*, vol. XII, n.º I, p. 146).

³⁵⁸ BALKIN, J.M. / SIEGEL, R.B.: “The American Civil Rights...”, cit., p. 11.

³⁵⁹ 418 U.S. 717 (1974) – *Milliken I*.

³⁶⁰ 411 U.S. 1 (1973).

³⁶¹ 426 U.S. 229 (1976).

primera negó que *Brown* obligara a una política de integración entre diferentes distritos escolares (*busing*³⁶²), ya que *Brown* solo condenaba la segregación racial como objetivo legislativo o administrativo; la segunda negó que la educación fuera un derecho amparado por la *Bill of Rights* y, en consecuencia, no atentaba contra ella la desigualdad de oportunidades educativas motivadas por una desigual financiación; la tercera exigió acreditar la intención específica de discriminar con base en alguno de los motivos declarados sospechosos por el Tribunal (en ese caso era la raza) para justificar que el TS se valiera del estándar del *strict scrutiny* – luego veremos en qué consiste – a fin de enjuiciar si la norma o práctica es conforme a la Constitución.

No es en modo alguno una casualidad que ese viraje, o desaceleración, en relación con pronunciamientos de años inmediatamente anteriores se acompasara a los nuevos aires políticos que llegaron a la Casa Blanca con la elección de Richard Nixon como 37º presidente de los Estados Unidos. Su campaña para las presidenciales de 1968 estuvo marcada por el lema “Law and Order”, expresión con la que quería conectar con el votante blanco de clase media – sobre todo de los estados sureños – que, percibiendo con recelo algunos logros del movimiento por los derechos civiles, buscaba frenar políticas educativas como la del *busing*. También se hizo célebre su frase según la que las escuelas no eran para integrar, sino para educar³⁶³, así como otras proclamas parejas con las que navegaba entre Escila y Caribdis en materia de derechos civiles.

Parte del cambio que Nixon quería implementar pasaba por un TS más acorde con sus postulados. Se le presentó la ocasión perfecta cuando, tras la jubilación de su presidente (*Chief Justice*) Earl Warren y el intento del presidente Johnson por nombrar a Abe Fortas (a la postre, fallido por obra y gracia del filibusterismo en el Senado), pudo poner al frente de la más alta instancia judicial federal a un magistrado más afín³⁶⁴. Especialmente importante era disponer de alguien cercano a un entendimiento más limitado del papel ostentado por el poder judicial en el engranaje constitucional³⁶⁵. Sería, sin embargo, injusto con la trayectoria de Burger achacarle seguidismo respecto de Nixon y sus políticas, como demuestra su voto concurrente en *United States v. U.S. District Court*³⁶⁶ o en *United States v.*

³⁶² Se trataba de favorecer la mezcla de alumnado proveniente de diferentes distritos escolares para así obtener escuelas más diversas. Como su etimología inglesa sugiere, ello se lograba trasladando a los alumnos en bus hasta los centros designados, que no tenían por qué coincidir con los más cercanos a sus lugares de residencia.

³⁶³ BALKIN, J.M. / SIEGEL, R.B.: “The American Civil Rights...”, cit., p. 29, nota 74.

³⁶⁴ HINDLEY, M.: “Supremely Contentious: The Transformation of “Advice and Consent”, *Humanities*, vol. 30(5). <https://www.neh.gov/humanities/2009/septemberoctober/feature/supremely-contentious>.

³⁶⁵ Haría gala de esa *judicial modesty* en casos como *Selem v. Helm* (463 U.S. 277 (1983)), donde lideraría al sector minoritario. Se trataba de un caso en el que se condenó a cadena perpetua sin revisión (*no parole*) al Sr. Helm por su séptima *felony* no violenta, consistiendo ese postrer delito en la falsificación de un cheque por importe de 100.-\$. La mayoría de los magistrados entendió vulnerada la Octava Enmienda al considerar ese castigo cruel e inusual, mientras que Burger – y quienes suscribieron su opinión discrepante – argumentaron que el TS estaba invadiendo competencias reservadas al Estado de Dakota del Sur (vid. especialmente su apartado 315).

³⁶⁶ 407 U.S. 297 (1972). En esta sentencia, el Tribunal declaró, sin votos particulares (hubo concurrentes, como el de Burger), que la Cuarta Enmienda impedía al gobierno de Nixon interceptar comunicaciones sin una orden judicial, por más que se alegaran cuestiones de seguridad nacional.

Nixon³⁶⁷. Además, y como contrapunto a *Milliken*, en *Swann*³⁶⁸, el juez Burger fue el ponente en una sentencia que admitió el *busing* y una amplia capacidad de fiscalización de su cumplimiento por los Tribunales inferiores siempre que en un lugar determinado hubiera un amplio historial de segregación *stricto sensu*.

La encrucijada, como se ve, no podía ser de mayor calado porque la ausencia de poderes mágicos de las leyes³⁶⁹, por más que sean icónicas o incluso de rango constitucional, impide que su promulgación dibuje *ipso facto* un escenario idílico donde el lobo y el cordero pacerán juntos en perfecta armonía. En consecuencia, la línea que adoptara el TS podría dar un balón de oxígeno a prácticas discriminatorias cuyos perpetradores aprendieran a disfrazar, o bien podría dar la sensación de estar reviviendo distinciones raciales, por más que se blandieran para elevar a los grupos más desfavorecidos. Era evidente que toda ley o práctica institucional segregacionista como la implementada en el sistema escolar de Estados sureños estaba condenada al más absoluto fracaso judicial³⁷⁰, pero, dado que *Brown* se había centrado en lo pernicioso del *separate but equal* y no había entrado en si lo determinante era la subyugación o la clasificación³⁷¹ – o una combinación de ambas –, la duda persistía acerca de cómo resolver las singularidades de los nuevos casos³⁷².

Tras haber contextualizado la *ratio essendi* de la que parte FISS, podemos decir que el principio antisubordinatorio (*anti-subordination principle*) es un criterio de evaluación de leyes y prácticas a fin de evitar la jerarquización social. Para advenir esa jerarquización han de corroborarse los siguientes rasgos en el grupo analizado: (i) existencia de un estatus grupal que perpetúa la subordinación; (ii) discriminación o subordinación como parte de la historia de ese grupo, y (iii) ausencia de poder por el grupo o acceso muy limitado a él³⁷³. Su encuadramiento normativo lo refiere FISS en el marco de la *Equal Protection Clause* que incorpora la Decimocuarta Enmienda, que para él expresa “una visión

³⁶⁷ 418 U.S. 683 (1974). Por unanimidad, y en una sentencia cuyo ponente fue el propio *Chief Justice*, el TS negó que el presidente Nixon pudiera acogerse a ningún tipo de privilegio por razón de su cargo para negarse a entregar informes y grabaciones relacionadas con el caso Watergate. Esta decisión sería uno de los detonantes de la dimisión de Nixon.

³⁶⁸ 402 US 1 (1971).

³⁶⁹ LLORENS Y CLARIANA, E.L.: *La igualdad ante la ley...* cit., p. 59.

³⁷⁰ SIEGEL, R.B.: “Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over *Brown*”, *Harvard Law Review*, vol. 117, *passim*, p. 1480; BALKIN, J.M. / SIEGEL, R.B.: “The American Civil Rights...”, cit., pp. 11-12. En *Brown*, nos encontramos con este famoso pasaje: “separar al alumnado negro de otros con edades y notas similares solo por la raza genera un sentimiento de inferioridad en cuanto al estatus comunitario que afecta sus corazones y mentes en un modo difícilmente reparable (vid. *Brown*, 347, 493 U.S.). Por su lado, en *Loving* leemos que “el hecho de que Virginia solo prohíba matrimonios interraciales que involucren a personas blancas demuestra que la clasificación racial está dirigida a mantener la supremacía blanca.” (vid. *Loving*, 388 11 U.S. (1967)).

³⁷¹ SIEGEL, R.B.: “Equality Talk...”, cit., p. 1481.

³⁷² La evidente parquedad en la fundamentación de *Brown* se ha puesto de manifiesto por múltiples autores, quienes han destacado cómo en un caso de esas proporciones parece que los jueces no estaban muy preocupados en sentar doctrina constitucional (vid. KLARMAN, M.: “Windsor and Brown: Marriage Equality and Racial Equality”, *Harvard Law Review*, vol. 127(1), p. 142).

³⁷³ FISS, O.: “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 5, n.º 2, p. 123; CRENSHAW, K.W.: “Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law”, *Harvard Law Review*, vol. 101, n.º 7, pp. 1370-1376.

ética contra las castas, visión que denuesta la subordinación de cualquier grupo social durante un periodo amplio”³⁷⁴.

Vayamos por partes con cada uno de los requisitos ontológicos grupales para comprender mejor cómo se desenvuelve esa teoría. El primer rasgo parte de la base de que es muy sencillo, a la par que peligroso, ordenar a los individuos a partir de ciertos atributos como la raza, una de las bestias negras a las que FISS se enfrenta con su propuesta³⁷⁵. Esa ordenación podría antojársenos trivial o insustancial si de ella no se solieran derivar estratificaciones sociales en méritos de las que unos tienden a gozar de una mejor posición de otros, por lo que en estos casos hemos de preguntarnos cuáles son aquellas jerarquizaciones tan lesivas que son frontalmente contrarias a la Constitución³⁷⁶. Al detectar la presencia de una de esas situaciones potencialmente inconstitucionales, hemos de desplegar todo el arsenal inquisitivo para escrudñar los entresijos de aquello que se somete a nuestra consideración y verificar si se está atentando contra la posición que un grupo ocupa o debiera ocupar en la sociedad³⁷⁷.

La segunda característica exige que la discriminación o subordinación se retrotraiga a un momento anterior a aquel en el que se está analizando el impacto que, en la estructura social, tendría una norma o práctica concreta. De nuevo, y volviendo al ejemplo de la población negra en Estados Unidos, es indudable que ha ocupado durante siglos una posición claramente inferior respecto de la población blanca, tanto jurídica como socialmente, lo que obliga a los Tribunales a ser cuidadosos en evitar que se mantenga esa dinámica de infraclases perpetuas³⁷⁸. Para averiguar si el colectivo en cuestión encaja en esos corsés, es preciso tomar en consideración no solo la configuración normativa que se le ha dado a lo largo de un lapso prolongado, sino que también es imprescindible a los usos sociales y a la capacidad real de sus integrantes para ejercer los derechos formalmente reconocidos³⁷⁹.

La vertiente histórica es particularmente reveladora porque ayuda a evaluar de una manera más global y apegada al terreno las posibilidades efectivas de que un grupo pueda hacer valer sus derechos en igualdad de condiciones con otros actores, o al menos pueda hacerlo sin graves impedimentos³⁸⁰, circunstancia que no debiera ser orillada por la jurisprudencia. Si ubicamos la situación actual contra el trasfondo histórico podremos comprender mejor cómo se ha llegado a construir la propia identidad social de un cierto colectivo porque, en muchas ocasiones, hay más de heteroconstrucción que de autoconstrucción, e incluso cuando esta se desarrolla lo puede llegar a hacer con las mismas premisas de aquellos que las crearon para separar a los ciudadanos entre los principales vagones y el de cola.

³⁷⁴ FISS, O.: “Groups...”, cit., pp. 150-151.

³⁷⁵ Ibid., p. 148.

³⁷⁶ Ibid., p. 157; BALKIN, J.M. / SIEGEL, R.B.: “The American Civil Rights...”, cit., p. 31; BALKIN, J.M.: “The Constitution of Status”, *Yale Law Journal*, vol. 106, p. 2358.

³⁷⁷ FISS, O.: “Groups...”, cit., pp. 153 y 157.

³⁷⁸ Ibid., p. 150; BALKIN, J.M.: “The Constitution...”, cit..., p. 2366; MATSUDA, M.J.: “Voices of America: Accent, Antidiscrimination Law, and a Jurisprudence for the Last Reconstruction”, *Yale Law Journal*, vol. 100, p. 1400.

³⁷⁹ BALKIN, J.M. / SIEGEL, R.B.: “The American Civil Rights...”, cit., p. 15.

³⁸⁰ FISS, O.: “Groups...”, cit., p. 171.

Aunque FISS no lo diga, es evidente que también los esfuerzos constantes por intentar superar ciertos prejuicios raciales es una señal indicativa de que socialmente persisten resistencias de calado contra la plena integración de contingentes desfavorecidos.

En tercer y último lugar, se hace preciso analizar las dimensiones del grupo en relación con otros colectivos, así como su estatus político en la comunidad donde se inserta³⁸¹. Para ello, es importante considerar factores como la desproporción entre su tamaño y el del grupo predominante o los grupos que se reparten el poder, o bien considerar también la desconexión entre un volumen considerable de personas adscritas a ese grupo y la falta de representatividad en las instituciones públicas. También habrá de considerarse si el grupo tiende a ser el chivo expiatorio ante los problemas sociales³⁸², lo que nos conduce a tener en cuenta si es frecuente la expresión pública de sentimientos hostiles o animadversión que dificulten su plena integración política.

Con ello, el autor pretende dotar de un mayor alcance al ideal de igualdad, de tal suerte que no se construya de espaldas a la realidad social, sino que tome en consideración los datos de esa realidad que sean precisos para resolver los casos que se presentan ante los Tribunales³⁸³. Solo así entiende que el TS podría superar satisfactoriamente para las minorías los desafíos de los que hemos dado cuenta más arriba, ya que mientras se mantuviera el estatus quo de desventaja social sería imperativo para el Tribunal defenestrar la discriminación indirecta y considerar favorablemente la *affirmative action*³⁸⁴. De lo contrario, solo quedaría echarse en brazos del principio antidiscriminatorio, sobre el que ahora hablaremos.

En contraposición al principio antisubordinatorio encontramos el antidiscriminatorio, que se relaciona en FISS con el anticlasificadorio y que propugna la desconfianza frente a ciertas divisiones de la sociedad a los efectos de aplicar diferencialmente las leyes³⁸⁵. Por más que pudiera parecer *prima facie* un instrumento adecuado y objetivo al servicio de la igualdad de la ciudadanía, FISS lo ve insuficiente para desplegar todas las potencialidades de la Decimocuarta Enmienda por su elevada indeterminación y ductilidad. Estas dos últimas características son las que el jurista ve especialmente preocupantes porque, tras la imagen de neutralidad e imparcialidad, subyace una fuerte discrecionalidad que permite

³⁸¹ Ibid., pp. 153-155.

³⁸² BELL, D.: "Racial Realism", *Connecticut Law Review*, vol. 24, n.º 2, p. 377.

³⁸³ Ibid., p. 107.

³⁸⁴ Ibid., p. 171. Fiss propuso tres situaciones: la primera, constituida por las discriminaciones de matriz segregacionista siguiendo el patrón Jim Crow; la segunda, integrada por las discriminaciones indirectas, a saber, aparente o facialmente neutras, pero con un impacto negativo desmesurado para las minorías, y finalmente, la tercera, formado por las priorizaciones de ciertos grupos tradicionalmente relegados. En estas últimas es donde con mayor rotundidad se ve el potencial que tiene seguir el principio antisubordinatorio, ya que en la primera el clásico antidiscriminatorio es suficiente y, en la segunda, también su aplicación, aunque algo forzada (vid. BALKIN, J.M. / SIEGEL, R.B.: "The American Civil Rights...", cit., p. 12 e ISSACHAROFF, S. / KARLAN, P.S.: "Groups, Politics...", cit., p. 40).

³⁸⁵ COLKER, R.: "Anti-Subordination Above All: Sex, Race, and Equal Protection", *New York University Law Review*, vol. 61, p. 1058.

mantener desigualdades estructurales³⁸⁶. Parapetada detrás de esa aparentemente exigente y sospechosa mirada frente a ciertas clasificaciones podía esconderse un resorte solo pensado para las discriminaciones más groseras, dejando completamente intactas las perniciosamente sutiles³⁸⁷.

El principio antidiscriminatorio apela a los individuos y no a los grupos porque, por más que hablemos de categorías que a la fuerza incluyen a más de una persona, no es la perspectiva agregada la que interesa, sino la particular de cada sujeto. Desaparece la necesidad de analizar históricamente las relaciones entre los diferentes colectivos y las eventuales situaciones de sometimiento a los que unos grupos se hayan visto sometidos³⁸⁸, hasta el punto de incluso desaconsejarse atender a esta dimensión supraindividual³⁸⁹. La ley no actuaría con base en la lógica grupal y así se entienden posturas como la del actual *Chief Justice* Roberts en *Parents Involved*³⁹⁰ cuando afirma que el mejor modo de cesar la discriminación racial es dejar de discriminar por razón de la raza³⁹¹.

Más allá de la buscada reiteración como herramienta discursiva, este tipo de frases afloran que la ley no ha de operar con base en ciertas categorías en absoluto porque la discriminación proscrita se entiende como un trato desigual con base en ciertas circunstancias. El escenario ideal sería aquel en el que dejamos de operar con esas ciertas categorías y así el problema de la discriminación debería resolverse, ya que no existiría ninguna ley que amparara ese tipo de prácticas. Pero, claro, esta proposición solo funciona si el problema de la discriminación radica en unas pocas personas abyectas que se valen de su poder – normalmente legislativo o ejecutivo – para sojuzgar a grupos que denuestan por las razones que tengan a bien considerar³⁹². Si, por el contrario, la discriminación hunde sus raíces en prácticas o dinámicas que no pueden captarse solo observando una ley, una sentencia o un decreto administrativo, ese automatismo entre dejar de operar con algunas categorías y la plena igualdad sufre considerablemente³⁹³.

FISS ataca lo que considera un monopolio injustificado del principio antidiscriminatorio y aboga por deshacer esa suerte de nexo de necesidad con la *Equal Protection Clause* y así insuflar fuerzas renovadas en una lucha por los derechos civiles que parecía estar perdiendo fuelle. El texto de la Decimocuarta Enmienda no contiene ni herramientas ni criterios específicos para suprimir toda desigualdad ante la ley o la supresión de derechos, por lo que es necesario arbitrar esos mecanismos principalmente en el plano judicial. Por lo tanto, la elección de una u otra vara de medir será la que actuará como mediadora entre principios constitucionales abiertos y las decisiones frente a casos

³⁸⁶ FISS, O.: “Groups...”, cit., p. 121.

³⁸⁷ BALKIN, J.M. / SIEGEL, R.B.: “The American Civil Rights...”, cit., p. 30.

³⁸⁸ FISS, O.: “Groups...”, cit., p. 129; COLKER, R.: “Anti-subordination...”, cit., p. 1005.

³⁸⁹ POWELL, J.A.: “An Agenda for the Post-Civil Rights Era”, *University of San Francisco Law Review*, vol. 29, p. 892.

³⁹⁰ 551 U.S. 701 (2007).

³⁹¹ 551 U.S. 701, 748.

³⁹² VAN ALSTYNE, W.: “Rites of Passage: Race, the Supreme Court, and the Constitution”, *University of Chicago Law Review*, vol. 46, p. 809.

³⁹³ BELL, D.: “Racism Is Here to Stay: Now What?”, *Howard Law Journal*, vol. 35, p. 89.

concretos, y en el caso de la lógica antidiscriminatoria nos hallamos, según FISS, con unas lentes que cercenan en exceso la libertad judicial de enmendar agravios. Solo con una mirada más omnicomprendensiva de la igualdad que incluya la faceta material, y no solo su simple reconocimiento formal, se podrá hacer justicia al mandato constitucional de igualdad en un sistema donde el poder judicial está llamado a dictaminar lo que es verdadero, legal y justo³⁹⁴.

Las sospechas de FISS no tardaron mucho en concretarse porque pronto se percibió que, simplemente eliminando las barreras de primer orden para la participación política de la población negra, no se lograría acabar con la discriminación racial y tampoco se lograría un incremento sustancial de su presencia en el espacio público. Uno de los principales caballos de batalla fue el electoral, donde a la aprobación de la *Voting Rights Act* le siguió una respuesta por parte de no pocos Estados que buscó dejar en agua de borrajas esa mayor presencia, a cuyo fin adoptaron diferentes estrategias para diluir el peso de su voto. Los mecanismos incluyeron agregar a votantes negros a circunscripciones electorales de mayoría blanca, dividir zonas electorales de mayoría negra y asignarlas a otros distritos con mayoría blanca, generalizar la regla de que la mayoría se lleva todos los delegados, crear superdistritos de mayoría blanca, así como suprimir cargos electos de zonas con mayoría negra para incrementar los cargos en otras zonas con mayoría blanca³⁹⁵.

Tras detectar estos casos, el Departamento de Justicia hizo uso de la prerrogativa conferida por la Sección 5 de la ley para obligar a que todos esos territorios aseguraran a las minorías, especialmente a la negra, la posibilidad real de escoger a candidatos de su elección y que la ley no solo se interpretara como un derecho formal a introducir la papeleta y a que se cuente el voto emitido³⁹⁶. La Sección 5 exige que ciertos Estados y unidades geográficas inferiores, determinados por la Sección 4³⁹⁷, obtengan la aprobación federal para cualquier cambio electoral antes de que entre en vigor y así garantizar que no sea discriminatorio. Este procedimiento, que recibe el nombre de *preclearance*, es la prerrogativa a la que acabamos de aludir y ha de actualizarse periódicamente, siendo la última prórroga la acordada en 2006 durante veinticinco años. Como consecuencia de ello, el TS falló en contra de todos estos cambios por entender que solo servían a los fines de diluir el poder de minorías

³⁹⁴ FISS, O.: "The Forms of Justice", *Harvard Law Review*, vol. 93, n.º 1, p. 9. En palabras de Fiss, "what is true, right and just."

³⁹⁵ ISSACHAROFF, S. / KARLAN, P.S.: "Groups, Politics...", cit., p. 41.

³⁹⁶ DONOHUE, J.J.: "Further Thoughts on Employment Discrimination Legislation: A Reply to Judge Posner", *Pennsylvania Law Review*, n.º 136, pp. 534-537.

³⁹⁷ La subsección (b) de la Sección 4 creaba una fórmula para identificar las jurisdicciones afectadas por la norma. De acuerdo con su formulación original, exigía dos requisitos: (i) determinación por el Fiscal General de que la jurisdicción en cuestión empleaba alguna precondition para el voto como pruebas de conocimiento, y (ii) que, en las elecciones presidenciales de 1964, el índice de abstención superara el 50%, o bien que más del 50% de la población con derecho a voto no estuviera registrada. Hubo dos enmiendas, una en 1968 y otra en 1975, que extendían los mismos requisitos cuantitativos a las elecciones presidenciales de 1968 y 1972, respectivamente. Vid. BURNS, M.J.: "Shelby County v. Holder and the Voting Rights Act: Getting the Right Answer with the Wrong Standard", *Catholic University Law Review*, vol. 62(227), pp. 233-234.

raciales, por lo que la Sección 5 resultaba de aplicación para todos aquellos casos en los que se modificaba la estructura electoral desde una óptica racial³⁹⁸.

Sin embargo, en *City of Mobile v. Bolden*³⁹⁹, el Tribunal matizó el alcance de *Allen* y articuló un test de matriz formal que exigía la intención de discriminar por parte del gobierno en franca colisión contra las previsiones antidiscriminatorias de la ley⁴⁰⁰, lo que aguaba en gran medida el potencial que cabía esperar de las Secciones 4 y 5. La respuesta del Congreso no se hizo esperar y ya en 1982 se aprobó una reforma de la *Voting Rights Act* que apostaba por una visión más antisubordinatoria que antidiscriminatoria⁴⁰¹. En concreto, se incluyó la siguiente previsión sobre cuando se entendía vulnerada la ley⁴⁰²: “Si, basándose en todas las circunstancias, se acredita que el proceso político conducente a la nominación o elección en un Estado o una subdivisión política no es igualmente accesible a la participación de los miembros de una clase de ciudadanos protegidos por la subsección (a)⁴⁰³, siempre que sus integrantes tengan menos oportunidades que otros del electorado para participar en el proceso político y escoger a representantes de su elección.”

El lenguaje de esta reforma perseguía deliberadamente anular cualquier conato de exigir intención alguna contraria a la ley en el *gerrymandering*⁴⁰⁴, centrándose en cambio en las consecuencias de tal redistribución electoral y actuando como un resorte para regular y distribuir el poder político entre grupos raciales y étnicos⁴⁰⁵. No se trataba de buscar una regla de proporcionalidad directa entre la cantidad de electores de un cierto grupo y sus representantes políticos, sino de igualar la contienda electoral y superar la situación de inferioridad social históricamente soportada por la población negra⁴⁰⁶. A fin de cuentas, la dilución del voto por razones de raza – puede predicarse de otros motivos – se da por la conjunción de la acción de los poderes públicos y por la elección de los particulares, en el sentido de que depende tanto del moldeamiento de la geografía con objetivos partidistas (si un colectivo vota mayoritariamente al partido de la oposición, quien está en el poder puede tratar de arrimar el ascua a su sardina) como de los votos que los particulares emiten para que los candidatos

³⁹⁸ *Allen v. State Board of Elections*, 393 U.S. 544 (1969).

³⁹⁹ 446 U.S. 55 (1980).

⁴⁰⁰ 446 U.S. 55, 60, 61 y 65. La focalización en la intención ha sido criticada por orillar las discriminaciones inconscientes que, fundamentadas en estereotipos consolidados, impiden dar fiel cumplimiento a las enmiendas sobre igualdad y emancipación (vid. BARNES, M.L. / CHERMERINSKY, E.: “The Once and Future Equal Protection Doctrine?”, *Connecticut Law Review*, vol 43, p. 1066).

⁴⁰¹ BLACKSHER, J.U.: “Dred Scott's Unwon Freedom: The Redistricting Cases As Badges of Slavery”, *Howard Law Journal*, vol. 39, p. 663.

⁴⁰² 42 U.S.C. § 1973(b) (1994).

⁴⁰³ Esta subsección impide negar o limitar el derecho al voto por razón de la raza, el color o la pertenencia a una minoría lingüística. Esto último está pensado para los hispanohablantes.

⁴⁰⁴ Término surgido de una ilustración hecha en 1812 por Elkanah Tisdale, prominente federalista opuesto al nuevo mapa electoral aprobado por la Asamblea Legislativa de Massachusetts y firmada por el gobernador demócrata-republicano Elbridge Gerry. Dado que esa nueva configuración facilitaba enormemente a los demócratas la reelección, Tisdale lo dibujó como si de un monstruo se tratara y empezaron a surgir comentarios sobre su semejanza con una salamandra. Poco tardó en mutar *salamander* por *gerrymander* en honor del apellido del gobernador firmante de la ley (vid. HARDY L.: *The Gerrymandering Origin, Conception and Re-emergence*, Rose Institute, Claremont, 1990, p. 3).

⁴⁰⁵ Voto concurrente del juez Thomas en *Holder v. Hall*, 512 U.S. 874, 893 (1994).

⁴⁰⁶ BLACKSHER, J.U.: “Dred Scott's...”, cit., p. 660.

preferidos por los minoritarios no obtengan ningún escaño. No son criterios directamente discriminatorios los que informan esa decisión, pero esconden consecuencias que agravan la posición de desigualdad de algunos grupos⁴⁰⁷.

Cuatro años más tarde, el TS tomaría buena nota de la reforma legislativa en *Thornburg v. Gingles*⁴⁰⁸ y lo entendería como una consagración normativa del principio antilibordinario en términos de *group-disadvantaging*. Difícilmente las siguientes palabras admiten otro corolario: "Al promulgar la sección 2, el Congreso rechazó la posición de la pluralidad en *Bolden* que requería probar que la práctica o mecanismo electoral impugnado se había adoptado o mantenido con la intención de discriminar a los votantes minoritarios"⁴⁰⁹. Y todavía es más contundente si cabe cuando refiere que el Congreso había enviado una clara señal al poder judicial a fin de que, al juzgar reclamaciones con base en la Sección 2 de la ley, acometieran una "evaluación práctica minuciosa de la realidad pasada y presente dentro de la jurisdicción de referencia"⁴¹⁰.

De esta sentencia, podemos rescatar también otra reflexión que el Tribunal hace y que entronca con el carácter global de la discriminación a ciertos grupos subsumibles en el concepto de *discrete and insular minorities*⁴¹¹. En cuanto a qué hemos de entender por esa expresión, el TS y el resto de los tribunales estadounidenses han tratado a lo largo de los años de fijar un criterio único, que se ha resistido a ver la luz. El resultado es que carecemos de una definición unívoca porque el TS ha recurrido a múltiples factores: (i) discriminación histórica; (ii) diferencias inherentes o clamorosas con otros grupos; (iii) historial de animadversión hacia ese colectivo; (iv) infrarrepresentación política o ausencia total de poder; (v) criterios cuantitativos, y (vi) desviaciones sustanciales en el proceso de elaboración de la ley enjuiciada⁴¹².

Para superar esa indeterminación, algún autor ha propuesto una definición tal que así: "Un grupo de personas, dentro de un colectivo mayor, cuyos miembros pertenecen claramente a ese grupo y cuyos miembros se mantienen parcialmente aparte de dicho colectivo – o les mantienen aparte –, o bien reciben un trato diferente por la comunidad"⁴¹³. Otros, por su parte, han propuesto remitirse simplemente a las clases sospechosas de acuerdo con la jurisprudencia del TS y, a partir de ellas, intentar elaborar criterios taxonómicos sobre por qué unas lo son y otras no lo son. Así, mientras que la raza, la etnia, el origen nacional, la religión y la extranjería serán las más sospechosas de todas y merecerán el *strict scrutiny*, el género y la ilegitimidad en la procreación serán acreedoras del

⁴⁰⁷ FISS, O.: "Groups...", cit., p. 171.

⁴⁰⁸ 478 U.S. 30 (1986).

⁴⁰⁹ 478 U.S. 30, 43-44.

⁴¹⁰ 478 U.S. 30, 65.

⁴¹¹ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 (1938). Esta conocida fórmula no se encuentra en el cuerpo de la sentencia, sino en su cuarta nota al pie.

⁴¹² FISS, O.: "Groups...", cit., pp. 175-176.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 176.

intermediate scrutiny, también de acuerdo con las características ya vistas de este estándar de constitucionalidad.

En los años que sobrevinieron a *Thornburg* se dieron cambios de calado en aquellos enclaves con un importante contingente de minorías. Los nuevos aires legislativos soplaron vientos de cambio y los distritos electorales abandonaron las prácticas que habían conducido al *preclearance* por el Departamento de Justicia y empezaron a aparecer los primeros distritos de mayoría negra e hispana. Casos como el de Alabama, uno de los Estados completamente afectado por las Secciones 4 y 5, son ejemplificativos del golpe de timón, ya que en muchos de sus condados y localidades se abandonó el sistema según el que el partido más votado se lleva todos los delegados, aunque tuviera que ser tras una nueva batalla judicial⁴¹⁴.

Además de alterar significativamente el panorama judicial por la mayor facilidad de los demandantes, este nuevo escenario fue propicio para que los líderes del movimiento proderechos civiles dispusieran de una potente arma que blandir en las negociaciones con los diferentes niveles del poder ejecutivo sobre los distritos electorales. Las asambleas legislativas estatales y los órganos de gobierno de condados y municipios empezaron a sentir la espada de Damocles en forma de amenazas con recurrir a los tribunales en caso de que pretendieran seguir ignorando las reivindicaciones de parte de su población⁴¹⁵. A lo largo de todos estos años, esa bala en la recámara fue un gran impulsor de consensos entre los dos grandes partidos (normalmente los demócratas, abanderando las minorías en lo que sería el cierre de un giro copernicano respecto de lo ocurrido durante la Guerra de Secesión, en la que eran los republicanos quienes contaban entre sus filas a los abolicionistas, mientras que los demócratas tendían a defender fervientemente el estatus quo sureño) con mucha mayor intensidad que cualquier procedimiento judicial, lo que no deja de enseñarnos, no sin cierta ironía, la fuerza simbólica que tiene el poder judicial aun cuando no dicte sentencia.

No obstante, en 1993 el TS recuperó en *Shaw v. Reno*⁴¹⁶ la senda antidiscriminatoria al fallar por 5 a 4 que un mapa electoral elaborado con la finalidad de crear al menos dos distritos de mayoría negra no era *per se* constitucional solo por perseguir una mejora de la participación política de esa minoría. El supuesto de hecho trae causa de la decisión inicial del Fiscal General de rechazar un plan propuesto por Carolina del Norte debido a que solo creaba un distrito de mayoría negra. En consecuencia, el Estado presentó un segundo plan que creaba dos distritos de mayoría negra, con la particularidad de que el añadido coincidía con el ancho de la carretera interestatal a lo largo de la que se extendía, lo que

⁴¹⁴ Dillard v. Crenshaw County, 640 F. Supp. 1347 (M.D. Ala. 1986); Dillard v. Crenshaw County, 748 F. Supp. 819 (M.D. Ala. 1990).

⁴¹⁵ BLACKSHER, J.U.: "Dred Scott's...", cit., p. 686.

⁴¹⁶ 509 U.S. 630 (1993).

motivó que cinco ciudadanos de Carolina del Norte impugnaran la constitucionalidad de este nuevo distrito por entender que su único propósito era garantizar la elección de más representantes negros.

Se ha dicho que la decisión en *Shaw* consagra la visión individualista del derecho a no sufrir discriminación⁴¹⁷, pero no sabemos hasta qué punto esa interpretación es acertada. La sentencia se basa en un caso en el que los demandantes ni siquiera alegaban que esa redistribución negaba su derecho al voto o diluía su voto, sino que su razonamiento era simple y llanamente que un plan como el presentado en segunda instancia por Carolina del Norte – no se sabe muy bien si las autoridades estatales intencionadamente generaron este conflicto – vulneraba la igualdad ante el voto consagrada en la *Voting Rights Act* como emanación de la *Equal Protection Clause*. Tampoco cabría decir que *Shaw* protege derechos colectivos porque no se alegó, ni se acreditó, que el segundo mapa fuera en detrimento de la población blanca o de cualquier otro grupo racial o étnico.

De lo que no podemos dudar es de que el Tribunal fue meridiano en su rechazo categórico de que el *gerrymandering* es admisible si con ello se busca favorecer a una minoría: “No hay ningún apoyo para el argumento conforme al que el *gerrymandering* no supone dificultad constitucional alguna si las líneas se trazan a favor de una minoría, puesto que el análisis de la igual protección no descansa en la raza de quienes se vean perjudicados o beneficiados por una cierta clasificación”⁴¹⁸. En buena lid, tampoco podemos albergar dudas sobre que este pronunciamiento deja poco lugar a la imaginación para la *affirmative action* en materia electoral. Por último, sí que es cierto que, indirectamente, la decisión prima los intereses individuales al descartar de manera directa el papel que juegan los colectivos. Que no establezcamos un nexo directo no nos impide constatar que una sentencia de este tenor solo deja abierta la posibilidad a que un particular logre articular un perjuicio por no disponer de un distrito conforme que obedezca a cierta fisonomía, ya que los derechos grupales no tienen cabida.

Surge la pregunta, entonces, de a qué derecho fundamental se contrapone el plan sometido a control judicial y quién es su titular para identificar al afectado, si es que ha de prevalecer el ángulo individualista ni que sea por exclusión del colectivo. Parece claro que el derecho sería el de la igualdad porque el TS es explícito al decir que esa igualdad asume la indiferencia ante cuestiones raciales, que no pueden tomarse como base para un trato que priorice a colectivos desfavorecidos. La pregunta de quién es el titular de ese derecho que se ve afectado por la injerencia legislativa contraria a la Constitución, y aquí es donde en *Shaw* nos encontramos con el principal escollo porque no hay nadie en concreto, lo que paradójicamente nos llevaría a hablar de derechos colectivos. Y lo que no podría admitirse es que los derechos colectivos solo caen en un lado de la balanza y no en el otro.

⁴¹⁷ ISSACHAROFF, S. / KARLAN, P.S.: “Groups, Politics...”, cit., p. 45; OWEN, F.: “Groups...”, cit., p. 171.

⁴¹⁸ 509 U.S. 630, 634 (1993).

También cabe la posibilidad de que ubiquemos el trasfondo del caso en la sempiterna pugna entre quienes defienden poderes federales amplios y quienes abogan por limitarlos al mínimo imprescindible⁴¹⁹. Es tan antigua como la propia existencia de los Estados Unidos una vez superados los Artículos de Confederación, ya que con la Constitución se creaba un nuevo contrato como expuso el TS en *Chisholm v. Georgia*⁴²⁰ y los demócratas-republicanos temían que, sin una *Bill of Rights*, los poderes federales acabaran siendo desorbitantes y cercanos a una monarquía. En ese nuevo marco contractual, el artículo VI fijaba una serie de poderes para el gobierno de los Estados Unidos que bien podían usarse para infringir gravemente derechos fundamentales, según sostenían los antifederalistas. El poder del Congreso en materia tributaria, por ejemplo, podría usarse para cercenar la libertad de prensa. Si añadimos la cláusula de necesidad y adecuación, el temor a abusos de poder era todavía mayor.

Puede que la principal crítica que queda contra *Shaw* es que aprovecha un caso de una redistribución electoral altamente cuestionable por la conformación geográfica de la que parte para construir a partir de él unos fundamentos teóricos manifiestamente innecesarios para lo que se requería del Tribunal. En este supuesto, el TS no resuelve sobre el fondo de la controversia, sino que devuelve los autos al Tribunal *a quo* a fin de continuar con el juicio a la vista de las consideraciones realizadas por la mayoría, y simplemente hubiera bastado con que el TS se limitara a constatar que el *narrow-tailoring* no se satisface desfigurando las circunscripciones electorales de un modo tan artificial. Está claro que toda construcción humana tiene un componente de artificiosidad porque supone ordenar lo que en la naturaleza no lo está, pero hay actuaciones en las que ese grado de retorcimiento de la realidad no supera un examen racional.

⁴¹⁹ LEVY, L.W.: *The Origin...*, cit., p. 26. Uno de los episodios más sonados fue la Crisis de la Nulidad, acaecida en 1832 a raíz de la oposición de los estados sureños a la *Tariff of 1928*, consistente en un arancel a las importaciones industriales cuyo objetivo era proteger la industria americana especialmente de la británica. Los estados del Sur creyeron que solo favorecería al Norte al dañar el aprovisionamiento del Sur con productos extranjeros y al temer represalias a la lucrativa exportación de algodón, y de ahí que la llamaran *Tariff of Abominations*. Para rechazar esa previsión tarifaria, el Sur rescató la tesis esgrimida en su momento por Virginia: la Constitución es un pacto entre estados que no pierden su soberanía, lo que obliga a mantener al gobierno federal bajo un estricto control en el uso de sus poderes constitucionalmente otorgados. Pero existía un problema para el que todavía estos Estados no hallaban la solución: qué hacer contra las leyes federales que les parecían inconstitucionales, más allá de en ocasiones desobedecer los TS estatales las decisiones del TS federal. La solución vino de Calhoun, recientemente elegido vicepresidente por parte de Jackson: del mismo modo que la autoridad constitucional venía de los ciudadanos de cada estado (no de ciudadanos en general de la Unión), dichos ciudadanos podían declarar que una ley federal era inválida y anularla.

Al amparo de esa teoría, Carolina del Sur organizó una convención que aprobó una ley que anulaba esa Tariff indicaba a los legisladores estatales que evitaran su aplicación, lo que sucedió cuando ese poder legislativo declaró ilegal aplicar la mencionada tarifa y anudaba consecuencias penales a quienes — incluyendo agentes federales — desafiaron la prohibición. Asimismo, la ley prohibía expresamente su apelación ante el TS Y previó la secesión como respuesta a los intentos de ir contra su mandato popular.

Cuando todos esperaban que Jackson concordara con lo hecho por Carolina del Sur, el presidente hizo todo lo contrario porque no suscribía (igual que la mayoría del Norte y parte del Sur) las tesis radicales de dicho Estado. Para ello recogió el guante de Madison y acuñó la doctrina de los derechos estatales. Su formulación implica que el Estado y el gobierno federal son soberanos en diferentes áreas y sobre ella detentan su propia jurisdicción, así que cuando la Constitución delegaba la autoridad en lo federal, la Cláusula de Supremacía era inevitable, mientras que la Novena y la Décima Enmienda garantizaban el reverso de la moneda para los estados y su poder soberano. A esa doctrina también se la ha llamado soberanía o federalismo dual (vid. LES BENEDICT, M.: *The Blessings of Liberty...*, cit., pp. 110-130).

⁴²⁰ 2 U.S. 419 (1793).

Esta línea alejada de una visión antilibertaria siguió con *Shelby County v. Holder*⁴²¹, donde por 5 a 4 se declaró inconstitucional la Sección 4, que recordemos es la que identificaba a los territorios que debían estar y pasar por el *preclearance* antes de aprobar nuevas reorganizaciones en sus distritos electorales. Con ello, se abandonaban los precedentes que se habían ido destilando a lo largo de más de cuarenta años⁴²². El Tribunal sostuvo que dicha Sección imponía cargas que, en el momento de someterse la controversia a su consideración, habían dejado de responder a las condiciones de dichos distritos electorales por haberse reducido perceptiblemente la brecha de participación existente por aquel entonces. No se discute que, en su momento, las limitaciones tuvieran su razón de ser, pero al haber cesado las bases que las justificaban no pueden mantenerse por resultar una invasión inconstitucional de las competencias estatales para regular sus regímenes electorales. Por su parte, el voto particular de la minoría destacaba que los motivos que llevaron a aprobar, en general, la *Voting Rights Act* y, en particular, la Sección 4 en conexión con la 5, todavía subsistían por más que estadísticamente esa brecha efectivamente no fuera idéntica. Es decir, con independencia de que se dieran matemáticamente los mismos criterios, era indiscutible que persistían en algunos territorios situaciones de discriminación que el Congreso tenía la potestad de enmendar.

Late en esta sentencia la famosa doctrina de la *color-blind Constitution*, que propugna una interpretación según la que la raza – como paradigma de otros motivos – no puede ser un elemento a tener en cuenta a la hora de evaluar a las personas, sino que tan solo puede hacerse con base en el mérito personal⁴²³. Su origen se encuentra en el voto discrepante del juez Harlan en *Plessy*, donde dijo que “En relación con los derechos civiles, comunes a todos los ciudadanos, la Constitución de los Estados Unidos no admite que ningún poder público considere la raza de quienes tienen derecho a la protección dispensada por las leyes. Aquí no hay castas. Nuestra Constitución no distingue colores (*color-blind*) y no conoce ni tolera de clases entre los ciudadanos”⁴²⁴. Con anterioridad a que acuñara ese término, no se encuentra en la historia legislativa o judicial estadounidense algo parecido, y lo más parecido es una propuesta por parte de Wendell Phillips para que en la Decimocuarta Enmienda se incorporara una previsión según la que “Ningún Estado podrá distinguir en los derechos civiles y privilegios por razón de raza, color o descendencia”⁴²⁵. Aunque *color-blindness* es un término habitual en las discusiones actuales, no se recuperaría su uso hasta el voto particular del juez Stewart en

⁴²¹ 570 U.S. 529 (2013).

⁴²² *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301, 307 (1966); *Georgia v. United States*, 411 U.S. 526, 535 (1973); *City of Rome v. United States*, 446 U.S. 156, 176–77 (1980); *Lopez v. Monterey County*, 525 U.S. 266, 283–84 (1999); *Northwest Austin Municipal Utility District Number One v. Mukasey*, 573 F. Supp. 2d 221, 233 (D.D.C. 2008); *Shelby County v. Holder*, 811 F. Supp. 2d 424 (D.D.C. 2011). Este último pronunciamiento por parte del Tribunal de Distrito es el que anuló el TS.

⁴²³ KENNEDY, R.: “Colorblind Constitutionalism”, *Fordham Law Review*, vol. 82, n.º 1, p. 3.

⁴²⁴ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 554, 559 (1896). Esta frase no impidió que, poco antes en el mismo voto particular, afirmara la superioridad permanente de la raza blanca por prestigio, logros, educación, riqueza y poder (vid. *ibid.*, en 559). La única explicación que permite conjugar ambas proposiciones es que Harlan creía que no era necesario relegar jurídicamente a nadie por la raza, ya que de todos modos la blanca se imponería.

⁴²⁵ KULL, A.: *The Color-Blind Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1992, p. 62.

*Fullilove v. Klutznick*⁴²⁶, donde la usó para justificar su discrepancia con un programa federal que priorizaba a ciertas minorías.

El *color-blindness* puede resultar intuitivamente más atractivo que otras posturas porque ofrece una solución directa y sencilla al problema de la discriminación: no hay ninguna admisible. Conecta aparentemente con las reivindicaciones por la igualdad que se han sucedido a lo largo de los tiempos y que sacudieron con especial fuerza Estados Unidos a mediados del siglo XIX y del siglo XX⁴²⁷. Y es que, durante la lucha por los derechos civiles en esa segunda época, era habitual que muchos de sus líderes hicieran bandera de tal idea con el objetivo de acabar con las restricciones de derechos operadas mediante las leyes segregacionistas.

Esta doctrina no es uniforme y ha generado dos posturas enfrentadas, al menos en lo temporal: la inmatatista y la gradualista: la primera aboga por que no se tenga en cuenta de ninguna manera la raza como criterio legal, aunque se difiere en si es permisible temporalmente para mejorar las condiciones de las minorías⁴²⁸, mientras que la segunda aboga por eliminar todo rastro de los criterios legales basados en la raza cuando en la sociedad no exista discriminación o su nivel sea lo suficientemente reducido como para pasar al siguiente estadio⁴²⁹. Entre los primeros, encontramos al *Chief Justice* Roberts con su frase ya citada en *Parents* y, entre los segundos, al juez Blackmun cuando dijo que “para superar el racismo, primero hemos de considerar la raza”⁴³⁰. De todos modos, incluso algunos de los inmatatistas acérrimos, como los jueces Scalia y Thomas, aceptaron que en situaciones de emergencia era posible legislar con base en la raza, como cuando disintieron en *Johnson v. California*⁴³¹ porque sí hubieran dado por buena la separación por razas durante las primeras semanas de internamiento de los reclusos para evitar la violencia entre bandas⁴³².

La posición de ambos jueces en *Johnson* revela que es extraño encontrar una postura coherente con el *color-blindness*, incluso entre quienes, como el juez Thomas, creen que “hay una equivalencia moral (en términos negativos) entre las leyes destinadas a subyugar una raza y las que reparten beneficios con base en la raza para potenciar nociones actuales de igualdad”⁴³³. Con independencia de cuán cuestionable sea comparar una ley que prohíbe a los negros acceder a la universidad con una que busca que haya cierta correspondencia entre su peso en la sociedad y su peso en la universidad, lo más criticable es que esas frases tan ampulosas no tengan recorrido en todos los casos donde se distingue

⁴²⁶ 448 U.S. 448, 522–23 (1980).

⁴²⁷ KINSLEY, M.: “The Spoils of Victimhood”, *New Yorker*, Mar. 27, 1995, p. 62. <https://www.newyorker.com/magazine/1995/03/27/the-spoils-of-victimhood>.

⁴²⁸ Existen dos variantes de inmatatismo. La primera, en la que se considera que en ninguna circunstancia se pueden considerar elementos como la raza para distinguir, en tanto que la segunda entiende que en la década de los 60 y 70 del siglo pasado estaba justificado. Ambas coinciden en que, hoy, no es ya admisible (vid. KENNEDY, R.: “Colorblind...”, cit., pp. 2-3).

⁴²⁹ VAN ALSTYNE, W.: “Rites of Passage...”, cit., p. 809.

⁴³⁰ *Regents of Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265, 407 (1978).

⁴³¹ 543 U.S. 499 (2005).

⁴³² 543 U.S. , 499, 524 y 540.

⁴³³ *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 240–41 (1995).

por causa de la raza. Recurrir a la emergencia como elemento diferencial no parece convincente porque surge, entonces, podemos preguntarnos si solventar la situación de inferioridad de cientos de miles de personas no es también urgente.

Si nos detenemos en el contingente de quienes se postulan por una aplicación inflexible del *color-blindness*⁴³⁴, vemos que centran sus esfuerzos en negar que la diversidad sea una finalidad gubernamental legítima. Aquí, la pregunta que nos formulamos es si realmente se persigue promover la diversidad o, simplemente, que la diversidad ya existente en la sociedad se traslade a determinados lugares en los que tradicionalmente las minorías han tenido una presencia escasa o nula. Las sociedades occidentales están atravesadas por la diversidad, y en ello la estadounidense es la decana, así que nadie está creando la diversidad ni incentivándola, sino solo facilitando el acceso de ciertos grupos desaventajados. Está claro que se promueve la diversidad en esos determinados enclaves, pero no surge de la nada como a veces se plantea.

El pronunciamiento de *Shelby* nos permite concluir con la reflexión sobre los dos principios sobre los que hemos estado hablando hasta ahora. Tal y como FISS los propuso y sus valedores los han defendido y desarrollado⁴³⁵ cada uno con un perfil propio⁴³⁶, lo más razonable es decir que estaríamos ante la formulación de dos principios mutuamente excluyentes y contradictorios por la lógica tuitiva que anida en cada uno de ellos. Las contraposiciones entre individuo y colectivo, entre condiciones jurídicas y condiciones materiales, y entre una visión estática y una evolutiva harían desistir de cualquier intento por aunarlos incluso para el más aguerrido, pero eso es precisamente lo que proponemos.

El choque es más producto de la tendencia advertida en las últimas décadas por priorizar el *color-blindness* y una visión que iguale la discriminación de la época segregacionista con aquella que tiene el más mínimo aroma a *affirmative action*. Ni en la jurisprudencia del TS hasta tiempos muy recientes ni en el entendimiento de quienes forjaron las enmiendas del siglo XIX y las reformas del siglo XX, existía esa separación tajante entre la antisubordinación y la antidiscriminación. Podemos marcar en el

⁴³⁴ FITZPATRICK, B.T.: "Strict Scrutiny of Facially Race-Neutral State Action and the Texas Ten Percent Plan", *Baylor Law Review*, vol. 53, 289; CONNERLY, W.: "No Place in Life or Law", *Washington Times* (Jan. 21), 2003, <http://www.washingtontimes.com/news/2003/jan/21/20030121-010425-2813r/>.

⁴³⁵ KARST, K.: "Equal Citizenship under the Fourteenth Amendment", *Harvard Law Review*, vol. 91., pp. 1-68; FREDMAN, S.: "Substantive Equality Revisited", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, n.º 3, pp. 712-738; MACKINNON, C.: "Substantive Equality Revisited: A Reply to Sandra Fredman", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14., n.º 3, pp. 739-751.

⁴³⁶ Karst centra sus esfuerzos en la teoría del estigma y el derecho a la igualdad como ciudadano para superar ese estigma, dando como resultado la consideración por la sociedad como un participante más al que respetar y considerar responsable de sus actos.

Por su parte, Sandra Fredman ofrece una visión funcional de la igualdad como factor que, sin suprimir las diferencias, permita un cambio estructural que pasa por eliminar todo tipo de prejuicios y humillaciones con base en las causas discriminatorias tasadas y mejorar la posición social de los individuos.

Finalmente, la propuesta de MacKinnon parte de la visión multifactorial y de énfasis en la sustantividad de la igualdad esgrimida por Fredman, pero reconduce los factores varios que esta propone a la idea de jerarquía social.

calendario esa cesura, y solo a los efectos propedéuticos buscados por FISS, con el trabajo de este jurista americano. A fin de cuentas, la antidiscriminación persigue solventar problemas de igualdad, lo que a la fuerza exige que haya grupos que, al menos antes de empezar a discutirse un cambio normativo, se encuentren subordinados a otros de mayor tamaño o a uno solo que cope mayoritaria o totalmente el poder. No se busca proteger a ciertos colectivos en el vacío social, sino que es tarea imperiosa para el legislador saber quiénes serán los beneficiados de la nueva ley, si bien para aquellos que hagan gala de una postura antidiscriminatoria, el trasfondo no será otro que considerar, en muchos casos, que el argumento de quien sostiene la antisubordinación no es válido porque la ley ha logrado apaciguar el clima de desigualdad. Es aquí donde encontramos la principal divergencia entre ambos polos, pero sin que se lleguen a separar las aguas.

3.3.2. *Recorrido jurisprudencial*

Una vez vistos los asideros teóricos, en los que hemos hablado principalmente de la doctrina y hemos hecho alguna incursión en la jurisprudencia del TS, pasaremos a analizar con mayor detenimiento el tratamiento que la cuestión discriminatoria ha recibido en la referida jurisprudencia. Lo primero es recordar que el Tribunal ha optado principalmente por una vía antidiscriminatoria, donde la cuestión clasificatoria ha imperado de manera explícita. De todos modos, veremos cómo esa conjunción ya advertida entre el principio antidiscriminatorio y el antisubordinatorio también se da la mano en varias sentencias, por más que lo haga de manera implícita.

La existencia de clasificaciones, como sagazmente expuso el juez Brewer, es fuente consustancial de desigualdad porque suponen parcelar la realidad de acuerdo con criterios más o menos discutibles⁴³⁷, pero a su vez esas clasificaciones son necesarias en términos generales (una persona de 20 años y una de 3 no tienen en potencia la misma aptitud para conducir un vehículo a motor, y de ahí que se puedan fijar criterios en su uso por razón de la edad) y en términos especiales para sociedades que presentan suficiente diversidad (en algunas religiones, el día de descanso semanal – aparte de variar entre confesiones – es más estricto que en otras respecto de las actividades prohibidas). He aquí la paradoja: la igualdad vincula a la ley, pero la ley puede (y habitualmente debe) clasificar, lo que precisamente puede erigirse en fuente de discriminación, es decir, del antónimo de la igualdad.

Por ello, el Tribunal Supremo estadounidense, antes de la Decimocuarta Enmienda⁴³⁸, pero sobre todo a partir de ella con su *Equal Protection Clause*, tuvo en cuenta la cuestión racial como uno de los criterios a considerar en materia de igualdad, sin que, no obstante, el tratamiento que le ha dispensado

⁴³⁷ *Athchison, Topeka &c. Railroad v. Matthews*, 174 U.S. 96 (1899).

⁴³⁸ *Vid. Holden v. James* (1814) 11 Mass. 396.

el Tribunal a lo largo de los años haya sido homogéneo. Así, con el precedente ya citado de *Plessy*, el TS no exhibió una especial preocupación por las distinciones motivadas por la raza, a las que dispuso el mismo trato que al resto de los criterios con los que el poder legislativo o ejecutivo pretendiera ofrecer tratos desiguales⁴³⁹. Antes de ese pronunciamiento, encontramos una mención a la cuestión racial en *Strauder v. West Virginia*⁴⁴⁰ apuntando a la especial vinculación de este rasgo con la Decimocuarta Enmienda, pero se trata de una veta que no se exploraría hasta mucho tiempo después. Solo con el paso del tiempo fue calando la idea de que había ciertos motivos que sí exigían un abordaje específico, y de ahí que se acuñaran dos tipos de clasificaciones para el trato desigual: la razonable y la sospechosa⁴⁴¹. En cuanto a la segunda, tiene su génesis en *Korematsu v. United States*⁴⁴², pronunciamiento, por otro lado, de infausto recuerdo por lo que veremos unas líneas más abajo.

Por razonable, el Tribunal Supremo tuvo toda taxonomía bajo la que se situaban los similares y bajo la que no se situaban quienes no lo son⁴⁴³, cuya apreciación merecía un análisis racional (*rational basis*) y no reforzado, y siempre partiendo de una presunción *iuris tantum* de la norma⁴⁴⁴. Esta proposición descansa, a su vez, en la definición de similar por ser el adjetivo crucial que distingue lo razonable de lo irrazonable, y en esa operación el TS no siempre ha estado especialmente lúcido porque, en ocasiones, ha dado simplemente por buena de manera acrítica la clasificación legal⁴⁴⁵. Otro error usual en esta sede es dar por buena toda división que responda a rasgos *naturales*: toda clasificación normativa no deja de estar en las antípodas de la naturalidad por cuanto supone parcelar la realidad a partir de una decisión que puede modificarse con el tiempo⁴⁴⁶.

A fin de aplicar correctamente la razonabilidad (también valdrá para otros estándares más exigentes), ha de comprenderse que este es un término relacional que enjuicia la correcta subsunción de un

⁴³⁹ 163 U.S. 537, 543-545 (1896).

⁴⁴⁰ 100 U.S. 303 (1880), especialmente en 307, donde leemos que: “¿Qué es esto [la Decimocuarta Enmienda] sino una declaración de que la ley en los Estados será la misma para los negros que para los blancos, que todas las personas, sean blancas o de color, serán iguales ante las leyes de los Estados y, en lo que respecta a la raza de color, para cuya protección se diseñó principalmente la Enmienda, que no se discriminará contra ellos en la ley debido a su color? Es cierto que las palabras de la Enmienda son prohibitivas, pero contienen la implicación necesaria de una inmunidad positiva o un derecho sumamente valioso para la raza de color: el derecho a la exención de legislación hostil contra ellos por su condición distintiva de color; la exención de discriminaciones legales que impliquen inferioridad en la sociedad civil, que disminuyan la seguridad de su goce de los derechos que otros disfrutaban, y discriminaciones que sean pasos hacia su reducción a la condición de raza sometida.

⁴⁴¹ REY MARTÍNEZ, F.: *El derecho fundamental...*, cit., p. 23.

⁴⁴² *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

⁴⁴³ TUSSMAN, J. / TENBOEK, J.: “The Equal Protection of the Laws”, *California Law Review*, vol. XXXVII, n.º 3, p. 344.

⁴⁴⁴ MAJOR, R.: “Discrete, And Insular, And Shackled”, *Cornell Journal of Law And Public Policy*, vol. 30, pp. 174-175; GALLOWAY, JR., R.W.: “Means-End Scrutiny in American Constitutional Law”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 21, n.º 2, p. 450; EL MISMO: “Basic Equal Protection Analysis”, *Santa Clara Law Review*, vol. 29, n.º 1, pp. 124 y 126.

⁴⁴⁵ Por ejemplo, en *Powell v. Pennsylvania*, 127 U.S. 678, 687 (1888), el Tribunal entendió ajustada a la Decimocuarta Enmienda la imposición de restricciones a los productores de margarina porque resultaba de aplicación a todos los productores de margarina sin excepción. Sin embargo, no se enjuició si era razonable individualizar ese colectivo, ya que por la misma razón toda subdivisión arbitraria hubiera sido constitucionalmente válida.

⁴⁴⁶ TUSSMAN, J. / TENBOEK, J.: “The Equal Protection...”, cit., p. 346. Un ejemplo lo encontramos en *Pacific Express Co. v. Seibert*, 142 U.S. 339, 354 (1892), donde el TS validó por buena una clasificación por ser coherente con la naturaleza de las cosas.

determinado colectivo dentro de aquel al que la ley se dirige por razón de su finalidad⁴⁴⁷. Esa finalidad, que actuaría a modo de premisa mayor, viene determinada por el mal que la ley quiere conjurar, o por el bien que la ley quiere lograr, mientras que el término subsumible – a modo de premisa menor – es el grupo al que se pretende aplicar la norma con tal propósito negativo o positivo. En el escenario ideal, será razonable toda subsunción cuando el universo poblacional de la premisa menor encaje como un guante en la premisa mayor; por contraposición será irrazonable si nadie en esa premisa menor se ajusta a los parámetros subjetivos de la premisa mayor⁴⁴⁸.

Acontece que lo ideal acostumbra a ser enemigo de lo real, máxime en terrenos tan dúctiles como los jurídicos, así que hemos de valorar cómo actuar cuando hay casos de infrarrepresentación y sobrerrepresentación. Para con los primeros, y a pesar de que cabría pensar en su inconstitucionalidad por excluir a parte de los iguales, el TS ha mostrado una notable deferencia hacia el poder legislativo, esgrimiendo ora las dificultades con las que en ocasiones obra dicho poder al prever las consecuencias en la aplicación de la ley, ora la facultad de las cámaras legislativas de afrontar progresivamente una situación. Ello podría entenderse si estamos ante materias novedosas, donde el margen de error es mayor, pero es muy complicado mostrar ese nivel de tolerancia fuera de dichos casos⁴⁴⁹.

Los casos de sobrerrepresentación debieran ser, *prima facie*, más fáciles de resolver porque el enjuiciamiento relacional nos llevaría a considerar que a alguien se le está dispensando un trato discriminatorio al incluirlo con los que no son iguales a él. En la mayoría de los casos estos la solución será concluir lo irrazonable del trato, pero no será imposible que nos encontremos con otros en los que las circunstancias concurrentes lleven a otro resultado. Esto es lo que aconteció en una serie de dramáticos casos tras la entrada de Estados Unidos en la Segunda Guerra Mundial, en los que el TS dio por buena la *Executive Order 9066* – firmada por el presidente Roosevelt en 1942 –, en virtud de la que se ordenaba el confinamiento de quienes tuvieran “ancestros japoneses” en centros de detención⁴⁵⁰ (el eufemismo para campos de concentración, como fue calificado por algunos magistrados del TS en el caso que veremos a continuación). A resultas de ese decreto, más de 120.000 personas, la mayoría de ellos ciudadanos americanos residentes en la Costa Oeste, tuvieron que abandonar sus hogares para reubicarse en los nuevos enclaves designados por el gobierno federal.

Quizá el caso más emblemático fue el ya mencionado *Korematsu*. Fred Korematsu, ciudadano estadounidense de ascendencia japonesa (por lo tanto, encajaba dentro de los afectados por la *Executive Order*), decidió desobedecer la orden de reubicarse, se sometió a cirugía plástica ocular para alterar su fisonomía y cambió su nombre a Clyde Sarah, presentándose como descendiente de

⁴⁴⁷ GALLOWAY, JR., R.W.: “Means-End...”, cit., p. 449.

⁴⁴⁸ Ibid., pp. 346-348.

⁴⁴⁹ Ibid., p. 349.

⁴⁵⁰ National Archives: Consultado el 7 de agosto de 2024 en <https://www.archives.gov/milestone-documents/executive-order-9066>.

españoles y hawaianos. Todo ello no impidió que el FBI lo arrestara el 30 de mayo de 1942 por desacatar la referida *Order*, frente a lo que el Sr. Korematsu inició su periplo judicial que lo condujo hasta el TS⁴⁵¹.

El 18 de diciembre de 1944, seis de los nueve magistrados confirmaron las decisiones judiciales de instancias previas que habían avalado directamente la detención e, indirectamente, el decreto presidencial, sin que en ningún momento quedara claro si esa mayoría había considerado el criterio de discriminación sospechosa. La decisión mayoritaria expuso que, si bien podía pensarse que la singularización subjetiva operada por la norma estaba racialmente motivada en un claro caso de sobrerrepresentación (se incluía a quienes tuvieran orígenes japoneses por el hecho de serlo, sin entrar en consideraciones, por ejemplo, sobre antecedentes penales o conexiones con funcionarios japoneses), la decisión estaba fundada solo en el imperativo militar de salvaguardar la seguridad estadounidense frente al belicismo japonés.

Tampoco atendió a consideraciones de infrarrepresentación por no existir una norma parangonable contra alemanes e italianos, ya que, a ojos de la mayoría, la cercanía geográfica japonesa justificaba esa individualización. El precedente de *Hirabayashi v. United States*⁴⁵², donde el Tribunal había resuelto a favor de la constitucionalidad de la *Executive Order*, se utilizó como precedente a pesar de que en ese caso solo se enjuiciaba la constitucionalidad de un toque de queda selectivo, es decir, de un caso donde la restricción de derechos era infinitamente menor⁴⁵³. En definitiva, y para esos seis magistrados, la decisión de forzar el desplazamiento de 120.000 personas solo por tener ascendencia japonesa era perfectamente constitucional tras el ataque japonés a Pearl Harbor.

Con la elocuente defensa de las minorías que le caracterizaba⁴⁵⁴, el juez Murphy empleó por segunda vez⁴⁵⁵ la palabra racismo para calificar el horrible abismo al que conducía una discriminación de ese calado⁴⁵⁶ y concluyó su voto particular disintiendo de “esa legalización del racismo”⁴⁵⁷. Por su parte, el juez Roberts sostuvo que, si “condenar a un ciudadano como castigo por no someterse a un encarcelamiento en un campo de concentración por los solos motivos de sus antepasados” no era discriminación, no sabía qué lo podía ser⁴⁵⁸. Finalmente, el juez Jackson (a quien el presidente Truman

⁴⁵¹ CONSTITUTIONAL RIGHTS FOUNDATION: “Wartime and the Bill of Rights: The Korematsu Case”, *The Bill of Rights in Action*, vol. 18, n.º 3, p. 2.

⁴⁵² *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81.

⁴⁵³ HASHIMOTO, D.M.: “The Legacy of *Korematsu v. United States*: A Dangerous Narrative Retold”, *UCLA – Asian Pacific American Law Journal*, n.º 4, pp. 79-82.

⁴⁵⁴ En *Falbo v. United States*, dijo que “La ley no conoce mejor momento que cuando trasciende todo concepto formal y toda emoción pasajera para proteger a ciudadanos impopulares frente a la discriminación y la persecución (vid. 320 U.S. 549, 561 (1944)). Para una semblanza más pormenorizada de este interesantísimo jurista, vid. HOWARD, J.W.: *Mr. Justice Murphy: A Political Biography*, Princeton University Press, Princeton, 1968, especialmente las pp. 338-380.

⁴⁵⁵ La primera vez fue en *Steele v. Louisville & Nashville R.R.*, 323 U.S. 192, 209 (1944).

⁴⁵⁶ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 233 (1944).

⁴⁵⁷ 323 U.S. 214, 242.

⁴⁵⁸ 323 U.S. 214, 226.

nombraría en 1945 Fiscal Jefe estadounidense en los Juicios de Núremberg⁴⁵⁹) dijo que, si bien los tribunales han de ser más condescendientes con las decisiones en tiempos de guerra, en ningún caso se puede dar carta blanca para la vulnerar derechos constitucionales, especialmente si ello crea un peligrosísimo precedente para actuar del mismo modo en tiempos de paz⁴⁶⁰.

Puede que lo más sorprendente, desconcertante y sangrante de este caso sea que algunos de los jueces que se aquietaron al criterio de la Administración Roosevelt – como el juez Black – fueron destacados juristas en la defensa de los derechos civiles y en el papel protector del TS frente a los abusos contra las minorías⁴⁶¹. El mismo juez Black que redactó la opinión mayoritaria en *Korematsu* había escrito en 1940 las siguientes palabras sobre ese papel del poder judicial: “En nuestro sistema constitucional, los tribunales permanecen impasibles ante los vientos que soplan, como puertos donde se refugian aquellos que, de otro modo, sufrirían por ser vulnerables, débiles, minoría, o porque no se conforman con ser víctimas del prejuicio y de la excitación pública”⁴⁶². La disparidad de resultados deja pocas dudas sobre la facilidad con la que unos mismos términos (razonabilidad, discriminación, respeto por las minorías) pueden abordarse desde prismas que arrojen resultados marcadamente antitéticos.

Años más tarde, *Bolling v. Sharpe*⁴⁶³ retomaría la clasificación sospechosa como una categoría de evaluación constitucional de un modo mucho más rotundo que *Brown*, citando *Korematsu* como el precedente en el que se apoyaba. El Tribunal dijo que las clasificaciones basadas exclusivamente en la raza han de ser escrutadas con un celo especial porque son contrarias a las tradiciones estadounidenses y eso las convierte en constitucionalmente sospechosas⁴⁶⁴. De todos modos, no sería correcto afirmar que ya en 1954, y mucho menos en 1944 con *Korematsu*, se dio el pistoletazo de salida a un especial recelo frente a clasificaciones raciales, ya que a lo sumo puede decirse que quedó enunciada esa preocupación⁴⁶⁵, pero sin un aparato doctrinal sólido, y menos aún con una aplicación homogénea y coherente⁴⁶⁶.

La cuestión de la raza, de la etnia o del origen nacional (más tarde intentaremos fijar las diferencias entre ambos) nos lleva a la segunda categoría de trato desigual: la sospechosa. Integrará este grupo todo trato desigual con base en motivos *selectos*: raza, etnicidad, origen nacional, religión, extranjería,

⁴⁵⁹ BARRETT, J.Q.: “The Nuremberg Roles OF Justice Robert H. Jackson”, *Washington University Global Studies Law Review*, pp. 511-512.

⁴⁶⁰ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 244-246 (1944). Para un estudio pormenorizado de su voto particular, vid. BARRETT, J.Q. (2005): “Commander's Power, a Civilian's Reason: Justice Jackson's 'Korematsu' Dissent”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, n.º 2, especialmente las pp. 59-66. Este magistrado acuñó, en *Terminiello v. City of Chicago*, 337 U.S. 1 (1949), la famosa frase de que la *Bill of Rights* no puede convertirse en un pacto suicida que ampare todo tipo de comportamientos con el pretexto de la libertad de expresión (ibid., 1, 37).

⁴⁶¹ DUNNE, G.T.: “Justice Hugo Black and the Brown Decision: A Speculative Inquiry”, *Missouri Law Review*, n.º 39, pp. 3-4.

⁴⁶² *Chambers v. Florida*, 309 U.S. 227, 241 (1940).

⁴⁶³ 347 U.S. 483 (1954).

⁴⁶⁴ 347 U.S. 483, 499.

⁴⁶⁵ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 351 (2003).

⁴⁶⁶ KLARMAN, M.J.: “An Interpretive History of Modern Equal Protection”, *Michigan Law Review*, vol. 90, n. 95, p. 316.

género e ilegitimidad⁴⁶⁷. Aunque no se trate de un *numerus clausus*, todas las causas que se puedan incardinar en esa mirada sospechosa han de integrar el concepto ya visto de una minoría concreta y aislada (*discrete and insular minority*⁴⁶⁸) como características necesarias para su apreciación, lo que tiene como efecto que, en lugar de la base racional para diferenciar que hemos visto para los casos de razonabilidad, se aplique un escrutinio reforzado (*heightened scrutiny*). Este a su vez, puede ser un escrutinio intermedio (*intermediate scrutiny*) y puede llegar al escrutinio estricto (*strict scrutiny*) si se aprecian razones imperiosas para valerse del rasero más exigente⁴⁶⁹.

El *strict scrutiny*, en lo que a la *Equal Protection Clause* interesa⁴⁷⁰, es aquel estándar empleado por el TS para enjuiciar la constitucionalidad de las discriminaciones en las que se aprecian motivaciones raciales, étnicas, de origen nacional, religiosas o de extranjería para explicar el trato diferencial⁴⁷¹. La primera operación consiste en identificar el derecho potencialmente vulnerado⁴⁷² para, a continuación, y como detalla *Palmore v. Sidoti*⁴⁷³, exigir del gobierno que acredite un interés de convincente (*compelling governmental interest*) relacionado directamente con un fin legítimo (*legitimate purpose*) y que la ley sea precisa en sus términos (*narrowly tailored*)⁴⁷⁴ para evitar una excesiva amplitud que afecte a lo protegido y a lo desprotegido por un igual (*overbreadth*)⁴⁷⁵. Aunque pudiera parecer un test secuencial, lo cierto es que no siempre es así porque, por ejemplo, en casos sobre la creación de distritos electorales, el Tribunal aborda en primer lugar si el motivo principal del poder legislativo para esa división está relacionado con la raza, y solo después entra en consideraciones acerca del *strict scrutiny*⁴⁷⁶. Si fuera verdaderamente secuencial, tras advertir esa motivación racial detendría el análisis y declararía la ley inconstitucional, pero al seguir estudiando la ley a partir de los criterios del test muestra cómo se usa en ocasiones para justificar la ley si se dan esos requisitos.

Salta a la vista que cada parte del escrutinio contiene una serie de elementos valorativos que complican saber cuál será el resultado, lo que ha conducido a un inevitable casuismo donde en

⁴⁶⁷ TUSSMAN, J. / TENBOEK, J.: “The Equal Protection...”, cit., p. 360; GALLOWAY, JR., R.W.: “Basic Equal...”, cit., pp. 121, 125 y 130.

⁴⁶⁸ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 (1938).

⁴⁶⁹ MAJOR, R.: “Discrete...”, cit., p. 174.

⁴⁷⁰ El TS emplea el *strict scrutiny* en otras circunstancias como las relacionadas con la Primera Enmienda, cuestión que abordaremos al tratar la regulación del *hate speech* en EE. UU.

⁴⁷¹ GALLOWAY, JR., R.W.: “Basic Equal...”, cit., p. 130.

⁴⁷² FALLON JR., R.H.: “Strict Judicial Scrutiny”, *University of California Law Review*, vol. 54, pp. 1316-1321.

⁴⁷³ 466 U.S. 429 (1984). En *McLaughlin v. Florida* (379 U.S. 184 (1964)), el Tribunal había sido mucho más explícito que en *Korematsu* o en *Bolling* ya había exigido el escrutinio más rígido (*most rigid scrutiny*) para analizar clasificaciones raciales. Asimismo, exigió que, para sobrevivir, la ley debería ser necesaria para dar cumplimiento a una política estatal admisible (*permissible state policy*), por lo que a la moderna formulación del *strict scrutiny* solo le faltaba el *compelling governmental interest*.

⁴⁷⁴ 466 U.S. 429, 432-433 (1984).

⁴⁷⁵ La doctrina del *overbreadth* será de capital importancia cuando pasemos al *hate speech* porque ha sido un argumento usado recurrentemente por el Tribunal para admitir o rechazar la constitucionalidad de restricciones a la libertad de expresión ex Primera Enmienda. Para casos fuera de esa Primera Enmienda, vid. *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012).

⁴⁷⁶ *Bush v. Vera*, 517 U.S. 952, 958-59 (1996); *Miller v. Johnson*, 515 U.S. 900, 920 (1995).

ocasiones la disparidad de decisiones es difícilmente reconducible a parámetros estables⁴⁷⁷. Si reparamos en el *compelling governmental interest*, el adjetivo *compelling* es el que más obstáculos puede ofrecer para discernir lo que es convincente de lo que no lo es, máxime cuando la propensión a escuchar con más favor un argumento es una cualidad que ayuda a considerar algo más convincente que si se presenta un argumento que nos genera un rechazo inicial. Para intentar dotar al sistema de algo más objetividad, se ha propuesto que esos intereses convincentes pueden derivarse de la propia Constitución, como cuando se dice que los valores subyacentes a la *Equal Protection Clause* cargan *prima facie* de razones al gobierno para implementar una determinada política que cercene la discriminación por razón de raza o género⁴⁷⁸. Lo mismo cabría decir de la presunción de justicia del proceso electoral, que justificaría limitar la libertad de expresión y el derecho a asociarse siempre que sea imprescindible para ese objetivo⁴⁷⁹.

La vía textual es, no obstante, una de las empleadas por el TS, ya que en otras tantas ocasiones ha optado por dar por buenas motivaciones sin ningún refrendo constitucional explícito, según ha acontecido, a título ejemplificativo, con la admisión de la protección de la infancia y la juventud frente a supuestos riesgos⁴⁸⁰, con la salud de las mujeres embarazadas⁴⁸¹, con la diversidad en las universidades públicas⁴⁸² o con la limitación de la influencia de empresas privadas en el proceso electoral⁴⁸³. Se puede percibir en muchas de las resoluciones citadas una adscripción liberal o conservadora en función de cuál es el interés subyacente que se declara suficiente a los efectos del *strict scrutiny*, lo que refuerza lo dicho antes sobre la predisposición⁴⁸⁴, si bien no es un criterio determinante porque a veces se desacoplan los intereses predicables *ex ante* en función de esa dicotomía liberal-conservador⁴⁸⁵.

El modo en el que el gobierno plantee el interés convincente que busca proteger será de gran importancia no solo por la temática, sino por el grado de concreción que sea capaz de establecer, lo

⁴⁷⁷ GOTTLIEB, S.: “Tears for Tiers on the Rehnquist Court”, *Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 4, n.º 2 p. 367; EL MISMO: “Compelling Governmental Interests”: An Essential but Unanalyzed Term in Constitutional Adjudication, *Boston University Law Review*, vol. 68, n.º 917, pp. 932-37.

⁴⁷⁸ FAIGMAN, D.L.: “Measuring Constitutionality Transactionally”, *Hastings Law Journal*, vol. 45, n.º 4, pp. 755-764.

⁴⁷⁹ BREYER, S.: *Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution*, The Tanner Lectures on Human Values, Harvard University, 2004, p. 29.

⁴⁸⁰ *Denver Area Education Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC*, 518 U.S. 727 (1996).

⁴⁸¹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁴⁸² *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

⁴⁸³ *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 652 (1990).

⁴⁸⁴ Bruce Ackerman considera que hay una mayoría de conservadores que encuentran implícitamente en la Constitución motivos convincentes en lugar de encontrar derechos fundamentales implícitos (vid. *Liberating Abstraction*, *Chicago Law Review*, vol. 59, pp. 317-318.). Aunque haya ejemplos de ello, no podemos dejar de considerar que los liberales también han recurrido a ello tal y como hemos visto (vid. FALLON JR.R.H.: *Strict Judicial Scrutiny*, cit., p. 1322).

⁴⁸⁵ Uno de los mejores ejemplos lo proporciona *Texas v. Johnson*, 491 US 397 (1989), donde el juez Scalia votó junto con el sector más liberal del Tribunal para amparar la quema de la bandera americana bajo la Primera Enmienda. Es cierto que el juez Kennedy votó a favor de ese pronunciamiento y no podríamos considerarlo como liberal *stricto sensu*, pero siempre hizo gala de una mayor facilidad para votar junto con ellos, como demuestra que fuera el ponente de *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015), donde se declaró que la Constitución garantiza el derecho de los homosexuales a casarse en pie de igualdad con los heterosexuales. En cambio, Scalia nunca escondió su visión conservadora, que no le impidió asociarse con ese sector liberal en el caso de la *burning flag*.

que también será predicable de la finalidad. Sería muy sencillo, y dejaría en papel mojado este requisito, superar el umbral constitucional si se permitieran formulaciones amplias de bienes jurídicos que las autoridades buscan proteger con una determinada regulación. Pocos – quizá algún Herodes – discutirían que proteger la infancia y la adolescencia es loable, y que todo gobierno que se precie de salvaguardar a las futuras generaciones tiene un evidente interés – casi obligación – en actuar en este sentido. Lo mismo podríamos decir para la preservación de la salud, el medioambiente o un sistema electoral sin abusos de poder. A mayor abstracción, mayor facilidad en los consensos.

A fin de no quedarnos con intereses tan convincentes como ilegítimos, es preciso que la finalidad de la norma cumpla con esa teleología permisiva, ya que de lo contrario el filtro de constitucionalidad se detendría en ofrecer suficientes razones sobre un asunto sin considerar las aristas jurídicas que sobrevinieran de darlas por buenas. Toda acción en la arena política persigue, como es natural, una finalidad primaria que es la de contentar a los electores y, por qué no, atraer a otros electores indecisos sobre el voto en las siguientes elecciones. Más allá de este objetivo loable desde una óptica de coherencia política, es imprescindible que se explicita hacia dónde se pretende dirigir la sociedad con una cierta norma, ya que ese punto de destino marcará también si los intereses convincentes tienden a un resultado amparable por la Constitución.

Por último, el requisito de la precisión legislativa (*narrow-tailoring*) entronca con las ideas de proporcionalidad y necesidad específica. Decimos específica porque creemos que ya en la definición del interés convincente se expresa la necesidad de proteger un determinado bien jurídico y el Tribunal ha de realizar un juicio de suficiencia de esa necesidad general. Es específica en el caso del *narrow-tailoring* porque en esta sede se evalúa si los medios concretos empleados que prevé la ley son necesarios en relación con los otros dos elementos del *strict scrutiny*. Además, la proporcionalidad impone que esas herramientas sean las menos lesivas para el derecho fundamental en juego⁴⁸⁶.

La necesidad específica y la proporcionalidad explican que el TS haya invalidado algunas normas sobre *affirmative action* si percibe que se podría alcanzar un resultado análogo recurriendo a leyes racialmente neutrales. No es que el Tribunal diga que solo se puede lograr ese objetivo con este segundo bloque de leyes, pero sí exige que al menos se intente lograr de este modo y, de advertirse la imposibilidad de conseguirlo, entonces sí podrían considerarse otras alternativas que *prima facie* generan rechazo en la jurisprudencia. Esta postura ha generado críticas doctrinales porque si se *prima facie* alcanza una mayor presencia de minorías con regulaciones que no distingan entre quienes tienen más y menos presencia hará, necesariamente, que la ley no sea precisa al sobreincluir a quienes no lo precisan⁴⁸⁷. Asimismo, si el bien jurídico protegido es la igual participación de todos los ciudadanos

⁴⁸⁶ VOLOKH, E.: “Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny”; *Pennsylvania Law Review*, vol. 144, p. 2422.

⁴⁸⁷ AYRES, I.: “Narrow Tailoring”, *University of California Law Review*, vol. 43, p. 1784.

en la vida pública y la finalidad es incrementar la de los grupos menos favorecidos, a la fuerza habrá de existir una descoordinación con una norma a la que se exige que no considere ese grado de participación para amparar más a unos que a otros.

Un punto sobre el que el Tribunal se detiene al valorar este requisito es el de la infrarrepresentación y el de la sobrerrepresentación, dos caras de la misma moneda que ya hemos visto al hablar sobre la razonabilidad de las clasificaciones. Es comprensible que así sea porque la interrelación entre interés convincente, finalidad y medios ha de permitir que la aplicación de estos últimos lo sea para dar respuesta a quienes se habrían de ver beneficiados por los dos primeros. Cualquier desviación de ese recto camino no supondrá una anulación de la ley, pero sí al menos obligará a diseccionar las razones subyacentes. Podemos trasladar, *mutatis mutandis*, todo lo dicho en los párrafos concernientes a la razonabilidad, sin perjuicio de que realicemos algunas puntualizaciones a la luz de lo dicho para el *strict scrutiny*.

Al vislumbrar los contornos de la precisión legislativa, el TS tarde o temprano trae a colación que la limitación de derechos fundamentales no puede excluir a parte de quienes se han de beneficiar de las mieles de la reforma normativa, esto es, no puede ser infrarrepresentativa⁴⁸⁸. En teoría, una ley no puede satisfacer el *strict scrutiny* si se obvian amenazas tan relevantes para los intereses convincentes como las prohibidas o restringidas explícitamente, ya que de lo contrario el ordenamiento jurídico caería en el descrédito al minarse la confianza en la completitud de la acción gubernamental o, peor aún, al generar desconfianza en esa acción gubernamental por ser incongruentemente selectiva⁴⁸⁹. Incluso si esa preterición de algunas conductas no obedece a un plan preconcebido y oculto, es indudable que *ex ante* no pasarían el filtro aquellas infrarrepresentaciones que no se motiven debidamente, y es que la integridad de los derechos fundamentales no habría de depender tanto de intenciones como de realidades.

Cometeríamos un craso error si pensáramos que con lo dicho ya queda zanjada la cuestión y que, por lo tanto, todo caso en el que puede detectarse infrarrepresentación ha de morir en la hoguera del *strict scrutiny*. La clave para entender los casos de éxito y de fracaso, de nuevo, no reside en ninguna fórmula preestablecida y que solo exija una aplicación automática, sino que reside por el contrario en cómo se articula la relación entre el interés convincente y la regulación que viene en su auxilio. Así, y por mencionar uno de los casos más emblemáticos del TS, nadie discutió en *Roe v. Wade*⁴⁹⁰ que ciertas regulaciones del aborto con la finalidad de proteger la salud materna fueran infrainclusivas por no prever otros riesgos como la toxicomanía u otras conductas de riesgo que incidieran en ese amplio

⁴⁸⁸ Vid. *City of Ladue v. Gilleo*, 512 U.S. 43, 52 (1994).

⁴⁸⁹ FALLON JR., R.H: "Strict...", cit., p. 1327.

⁴⁹⁰ 410 U.S. 113 (1973). Este pronunciamiento ha sido revocado por *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022), aunque ya había sido superado parcialmente en *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

bien jurídico. Tampoco se ha puesto en tela de juicio que sea preciso proteger de manera integral en una sola ley todos los factores de riesgo para la infancia como requisito indispensable a fin de proscribir la desnutrición infantil causada por sus padres⁴⁹¹.

De los ejemplos anteriores extraemos que los poderes legislativo y ejecutivo tienen a su disposición un cierto margen de discrecionalidad para focalizarse en unos aspectos del interés convincente, mientras que otros queden para otro momento o para nunca. La exhaustividad de la ley no se predica, en consecuencia, de todo el espectro imaginable de amenazas que se pretenden conjurar, sino de aquellas que guardan una estrecha relación con el bien jurídico a proteger. Se asume que siempre quedarán algunas aristas por pulir; en caso contrario, la actividad legislativa y administrativa entraría en una parálisis ante el previsible surgimiento de circunstancias no contempladas. De ahí que la clara fijación del bien jurídico sea un muelle más en el trampolín que permita superar el *strict scrutiny*, ya que una excesiva abstracción del interés convincente genera como contrapartida un universo poblacional de tuición amplio.

Por su parte, la sobrerrepresentación adolece conceptualmente del mismo problema de adecuación subjetiva u objetiva (según aquello llamado a subsumirse), aunque se sitúa en el otro extremo de la infrarrepresentación. La pregunta que, con ánimo inquisitivo, hemos de formularle a una ley que incurra en ella es por qué ha de incluir más contenido del necesario para lograr que bien jurídico y finalidad se den la mano⁴⁹². Se observa la proporcionalidad con mayor intensidad que en la infrarrepresentación, ya que estamos prohibiendo más de lo imprescindible para lograr los objetivos explicitados, con lo que no estamos empleando el medio menos restrictivo posible. En la infrarrepresentación, por su parte, observamos con mayor intensidad la necesidad, en el sentido de preguntarnos por qué dejamos lagunas si su inclusión se tiene por directamente conectada con las otras partes del test.

Al igual que sucede con la infrarrepresentación, la solución a los casos de sobrerrepresentación no muestra una misma faz. Uno de los puntos críticos radica en que la interacción entre la opción menos restrictiva y la sobrerrepresentación ha tenido el TS tratamientos dispares que impiden saber si se debe recurrir a ese baremo de la menor restricción siempre y en todo caso, o bien se puede anular la ley sin siquiera preguntarse por el coste de oportunidad. Así, en algunas de sus sentencias, el Tribunal ha desterrado normas sin siquiera preguntarse si existían alternativas menos lesivas para lograr los fines pretendidos⁴⁹³, lo que parece indicar que, detectada la desproporcionalidad, no importa si era el único medio para conjurar amenaza alguna⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ FALLON JR., R.H.: "Strict...", cit., p. 1327.

⁴⁹² Ibid., p. 1328.

⁴⁹³ Dunn v. Blumstein, 405 U.S. 330, 359-60 (1972).

⁴⁹⁴ VOLOKH, E.: "Crime-Facilitating Speech", *Stanford Law Review*, n.º 57, p. 1136.

FALLON propone una variante del caso *Korematsu* en la que se hubiera producido al menos un acto de sabotaje de los que la norma quería evitar y que se llegara a la conclusión de que no existía otro remedio para conjurar ese riesgo que adoptando una norma como la *Executive Order*. Si entendiéramos que no hay sobrerrepresentación cuando no hay a nuestra disposición ninguna otra manera de proteger ciertos bienes jurídicos, la decisión debería caer del lado de la permisibilidad de una regulación de ese tenor. En cambio, si lo vemos solo desde la óptica de la sobrerrepresentación, es decir, de que siempre va a haber personas completamente inocentes que verán laminados sus derechos, no importa si carecemos de medidas alternativas porque lo cierto y verdad es que no existiría justificación alguna para sospechar sistemáticamente por razón de la ascendencia japonesa⁴⁹⁵.

La conclusión de FALLON es que, con la jurisprudencia del TS en mano, es imposible saber cómo se resolvería hoy este tipo de controversias⁴⁹⁶, y para apoyar esta postura expone dos casos en los que la *ratio decidendi* apunta presumiblemente en dos direcciones opuestas. En el primero, *Johnson v. California*⁴⁹⁷, el Tribunal adujo que un programa basado en distinciones raciales es perfectamente constitucional solo si se aúnan el interés convincente y la precisión legislativa⁴⁹⁸. En el segundo, *Sable Communications v. FCC*⁴⁹⁹, el órgano judicial parece transitar veredas que están en las antípodas de la sentencia que acabamos de ver, ya que se afirma la constitucionalidad de restricciones a la libertad de expresión siempre que se acredite un interés convincente y que se haya elegido el medio restrictivo menos gravoso posible⁵⁰⁰. Mientras que en *Johnson* se alude de una manera global al *narrow-tailoring*, lo que hace razonable incluir la interdicción general de la sobrerrepresentación y de la infrarrepresentación, en *Sable Communications* se pone el foco en que la inexistencia de vías menos restrictivas actuaría como cláusula de escape, sin distinguir entre ambas representaciones problemáticas.

Aunque en el caso de *Korematsu* podamos imaginar formulaciones menos invasivas de derechos fundamentales (por ejemplo, solo obligar al desplazamiento forzoso a quienes, al tiempo de los hechos en Pearl Harbor, tuvieran vínculos con funcionarios japoneses distintos a compartir nacionalidad o ascendencia japonesa, o incluso de manera más estricta, a quienes tuvieran esos vínculos con personal militar japonés), es innegable que habrá otras tesituras en las que precisar aún más será harto complicado. Ello puede darse no solo porque una limitación excesiva puede hacernos caer en la infrarrepresentación, sino también porque hay bienes jurídicos cuya tuición solo podrá hacerse en términos lo suficientemente amplios como para alterar los derechos de quienes solo tangencialmente se ven involucrados en el conflicto. Oímos una vez más el redoble de tambores de la precisión

⁴⁹⁵ FALLON JR., R.H.: "Strict...", cit., p. 1328.

⁴⁹⁶ Ibid., p. 1329.

⁴⁹⁷ 543 U.S. 499 (2005).

⁴⁹⁸ 543 U.S. 499, 514 (2005).

⁴⁹⁹ 492 U.S. 115 (1989).

⁵⁰⁰ 492 U.S. 115, 126 (1989).

quirúrgica con la que debe alumbrarse el interés convincente, puesto que si pretendemos evitar todos los riesgos a todas las personas siempre y en todo momento lo mejor será que dejemos de existir⁵⁰¹.

El riesgo es inherente al vivir y, si nos lo proponemos, podemos detectarlo por doquier, así que su constatación es manifiestamente insuficiente para motivar restricciones de derechos. Por ello, cuando la carga de evitar ciertos peligros se asienta desproporcionadamente sobre los hombros de colectivos socialmente débiles, alguna señal de alarma ha de sonar en nuestra cabeza. Quizá no haya ninguna voluntad y conciencia directas de discriminar, quizá solo sea que quienes elaboran las leyes o las aplican sientan indiferencia por un determinado grupo y crean que nadie fuera de él llorará lo que les ha tocado en suerte. Quizá sea, a la postre, que la sensación de seguridad de unos muchos bien vale el peaje que unos pocos han de pagar.

Si de algo ha de servir el *strict scrutiny test* es precisamente para dotar de legitimidad a un Tribunal Supremo que, en materia de derechos civiles, ha de actuar como una fuerza contramayoritaria siendo inflexible en este punto⁵⁰². Los Tribunales, en una visión moderna, no pueden estar hechos para los fuertes porque para eso disponen de la fuerza bruta, en la que el peso de los números sí juega un papel determinante. La *Bill of Rights* es una colección de derechos inaccesibles a mayorías ordinarias porque se entiende que se dirigen al corazón inalienable de lo que significa ser humano, donde el TS actúa en beneficio de algunos grupos o minorías que también han venido a llamarse "grupos potenciales"⁵⁰³.

Dichos "grupos potenciales" son un conglomerado de personas que, aun compartiendo una serie de valores y creencias, no han constituido un grupo organizado y definido, sino más bien difuso e informal y sin que ninguna norma refleje exactamente sus posiciones. No se trataría tanto de la especial naturaleza de esos grupos lo que interesa al TS, sino la debilidad de su representatividad legislativa⁵⁰⁴. Un ejemplo podría ser el de la población negra a mediados del siglo pasado, ya que se encontraban en una clara situación de invisibilidad en el Congreso, por lo que acudieron al TS en especial por la legislación de los estados sureños. El TS puede actuar como un refuerzo de ciertas garantías y libertades públicas cuando las mayorías parlamentarias no son suficientemente fuertes para lograrlas por la vía legislativa. De nuevo, se trae a colación el ejemplo de los derechos civiles en la medida en la que las convicciones de los norteamericanos sobre la materia no eran tan fuertes como para enfrentarse directamente a los sureños y poner en riesgo otras reclamaciones que sí les resultaban más críticas.

⁵⁰¹ Sobre la cuestión de los riesgos en las sociedades contemporáneas, constituye un referente inexcusable la obra de BECK, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998, *passim*, pp. 27-28, 35 u 81.

⁵⁰² Gunther diría que el *strict scrutiny* es estricto en su aspecto formal y fatal en su aspecto material en el sentido de que apenas ninguna norma puede sobrevivir (vid. GUNTHER, G.: "The Supreme Court, 1971 Term – Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection", *Harvard Law Review*, vol. 86, n.º 1, p. 8).

⁵⁰³ SHAPIRO, M.: *Freedom...*, cit., p. 33.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, pp. 33-34.

La aparente ineficacia e inoperatividad del *strict scrutiny* para mejorar las condiciones sociales, económicas y políticas de las minorías ha llevado a algunos autores a proponer alternativas en materia de la *Equal Protection Clause*. Una aproximación consiste en mantener intacta la estructura básica del estándar actual, a la par que se incorpora la evaluación sobre el impacto que las medidas explícitamente basadas en la raza y el sexo pueden tener para reducir la desigualdad de esas minorías⁵⁰⁵. Otros, también en la línea de conservar el *strict scrutiny test*, propugnan atender a las condiciones de vida dispares producidas por las diferencias en la identidad social a fin de justificar algunas medidas racialmente motivadas⁵⁰⁶. Otros, en cambio, optan por abandonar por completo la estructura del *strict scrutiny* para adoptar un test que pondera el propósito de imponer una carga a un grupo, la relación entre ese propósito y la clasificación, y los potenciales estereotipos o animadversiones en juego, sin descuidar en ningún momento la subordinación a la que se ven sometidos algunos grupos⁵⁰⁷.

Lo que tienen todos esos modelos paralelos u oblicuos es su preocupación por poner la subordinación en el centro de atención del debate y examen judicial. Sobre si es verdaderamente imprescindible bascular hacia el principio antisubordinatorio para evitar los aspectos mejorables del antidiscriminatorio, nos remitimos a lo ya dicho *ut supra*. Aquí solo diremos que, más allá de nomenclaturas, requisitos y fases de estándares, lo único que verdaderamente asegura o potencia la función contramayoritaria que atribuimos al TS es tomar conciencia de que la discriminación es un vocablo que toma su sentido de la situación inferior de unos sujetos en relación con otros, y que por lo tanto ningún reconocimiento formal de igualdad cambia esas situaciones precedentes.

3.3.3. Consideraciones comunes

En la tierra de las personas libres y valientes, una mezcla de espíritu individualista y aguerrido ha generado durante siglos un caldo de cultivo en el que se ha primado la idea de que cada cual es amo y dueño de su propio destino, y de que, de acuerdo con el sueño de los Padres Fundadores, quien se esfuerza logra aquello que se propone. En esa visión, el fracaso, por lo tanto, es fruto de las decisiones erradas que uno ha tomado o bien es producto de algún designio providencial, ya que no hemos de olvidar la importancia histórica que la religión ha tenido en Estados Unidos. La combinación, si se eleva a categoría de norma social, es gloriosa para los victoriosos y fatal para los perdedores, ya que catapultas todavía más a los primeros y hunde todavía más a los segundos.

⁵⁰⁵ HENDRICKS, J.S.: "Contingent Equal Protection: Reaching for Equality After Ricci and Pies", *Michigan Journal of Gender & Law*, vol. 16, pp. 397-399.

⁵⁰⁶ BARNES, M.L. / CHEMERINSKY, E.: "The Once...", cit., p. 1066.

⁵⁰⁷ GOLDBERG, S.B.: "Equality Without Tiers", *South California Law Review*, vol. 77, p. 533.

Reservada la compasión para el ámbito estrictamente privado de la caridad y las buenas obras, los mecanismos públicos para acoger a los cansados, a los pobres, a los desamparados sacudidos por la tempestad no abundan y son vistos con el recelo de quien se pregunte por qué los ciudadanos han de responsabilizarse de esa manera los unos de los otros. El *self-made man* es una creencia que anima a las menores intervenciones posibles en la esfera privada porque ello impediría desarrollar el máximo potencial de cada persona y generaría un cuerpo social adormecido en lugar de dispuesto a conquistar la siguiente cima. Echarse en brazos del Estado sería poner al lobo a cuidar de las ovejas y generaría la obligación de darle algo a cambio de esa generosidad, algo que se teme sea el reducto de miseria al que uno no quiere renunciar.

La desigualdad, la opresión, la perpetuación de minorías... no son patrimonio exclusivo estadounidense (solo hay que pensar en los países donde esos fenómenos son mucho más hirientes por carecer los desfavorecidos de toda voz en el espacio público), pero ya sea por la cobertura mediática de lo que allí acontece, ya sea por la influencia cultural que ha ejercido y ejerce, o sea el resultado de esa especie de tendencia a que allí todo ha de elevarse a la máxima potencia, no cabe duda de que ha calado en el imaginario colectivo esa idea de que Estados Unidos es el país de las grandes oportunidades y de las grandes desigualdades.

Pero ello también pasa porque las minorías tomen conciencia de las herramientas de las que disponen, aunque no sean todas las que desearían, para hacer valer sus derechos, ya que no se puede esperar permanentemente que venga el Edén para trabajar por mejorar las condiciones del ahora. Lo que el principio antilibertario pasa por alto es la perspectiva de que la cualidad de *discrete and insular minority* es un poderoso acicate desde la perspectiva de un compromiso político coordinado y eficaz⁵⁰⁸, tal y como nos enseñó el periodo entre *Thornburg* y *Shelby*. Por más que con esta última sentencia, y en menor medida con *Shaw* por no haber resuelto la controversia en sí, dieran al traste con muchos de los avances logrados, ello no le resta importancia a la demostración de fuerza de ese periodo.

La importancia de lo jurídico no puede infraestimarse, pero del mismo modo no puede descontarse el éxito político de quienes se unen por una misma causa. El éxito del movimiento por los derechos civiles no estribó únicamente en su capacidad para movilizar a la población negra o, en general, a todos los grupos minoritarios perjudicados por décadas de discriminación. Fue, en parte, gracias a la capacidad de sus líderes para concitar el apoyo de parte de la población blanca que se lograron hitos impensables unos años atrás. Tuvo que ser un presidente blanco nacido en el Sur quien estampara su firma en la *Civil Rights Act* y en la *Voting Rights Act*, lo que es una buena muestra de esa mutua necesidad de que a unos se les oía y de que los otros oigan.

⁵⁰⁸ FISS, O.: "Groups...", cit., p. 177; *Johnson v. De Grandy*, 512 U.S. 997, 1020 (1994).

Si la sociedad ha de avanzar hacia una configuración más igualitaria, que no homogénea, solo podrá hacerlo cogiendo lo mejor de cada orilla. Tanto en quienes defienden el *color-blindness* – más asociados con el principio antidiscriminatorio – como en quienes no – más asociados con el principio antisubordinatorio – podemos encontrar algo de verdad y algo profundamente provechoso para ese noble propósito. Sería un error, a nuestro entender, atribuir solo a los segundos la intención de alcanzarlo y la sinceridad al expresar esa intención⁵⁰⁹ porque no puede tomarse el todo por la parte y hay personas en esas filas con auténticas preocupaciones por la igualdad. A veces no ayuda describir a los unos como conservadores y a los otros como liberales o progresistas puesto que, aunque sean epítetos casi inevitables, tienden a proyectar en bloque una serie de prejuicios ideológicos injustos por irreales⁵¹⁰.

De los defensores del principio antidiscriminatorio, podemos aprender la insistencia primordial en tratar jurídicamente a todos por un igual y el recelo ante discriminaciones cuya intención o cuyos resultados se vendan como óptimos para la sociedad. Nunca volver una y otra vez a esta idea será excesivo, ya que jamás habrá de bajarse la guardia ante proyectos que pretendan injustificadamente privilegiar a ciertos grupos, aunque se presente con bellos envoltorios. El hijo primogénito que cualquier movimiento por la igualdad quiere concebir y alumbrar es la expulsión del ordenamiento jurídico de cualquier impedimento normativo para que, al menos desde el plano formal, todos puedan ejercer los mismos derechos. Aunque para algunos esta no sea la meta y pretendan abrir más puertas, si esta permanece cerrada es ilusorio que nos preguntemos por la viabilidad de desbloquear las restantes.

De los defensores del principio antisubordinario, podemos aprender a tener una mirada más amplia sobre las causas de las discriminaciones, precondition para intentar eliminarlas o atemperarlas. Por más que algunos puedan ver en esta búsqueda un caballo de Troya para menguar la igualdad formal y un retorno a oscuras épocas donde los ciudadanos no eran tratados por un igual, la igualdad no solo se declara, sino que se debe trabajar para que, una vez declarada, se pueda materializar a fin de no dejarla en una bonita frase lanzada al viento. Apelar a mantener un ojo en el Congreso y otro en la calle es una combinación que facilita no quedarse en la atalaya de los casi siempre bellos cimientos escritos de toda sociedad. Quizá en el fondo todo responda a que, cuanto más altas son las expectativas – a veces, inducidas por uno mismo –, más sencillo es no alcanzarlas nunca. Estados Unidos no puede seguir

⁵⁰⁹ Remitimos al lector al revelador estudio que Kennedy hace de la postura del *Chief Justice* Rehnquist al respecto de la segregación y la legislación antidiscriminatoria en KENNEDY, R.: *Colorblind Constitutionalism*, cit., pp. 9-10.

⁵¹⁰ En los últimos años, uno de los casos más sonados es el voto del juez Gorsuch en *Bostock v. Clayton County*, 590 US (2020). La pregunta que debía responder el TS era si el Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964, que prohíbe la discriminación por razón de sexo, incorpora la discriminación basada en la orientación sexual. Para sorpresa de propios y extraños, el juez Gorsuch, tildado de “conservador” fue el ponente de una decisión que por 6 a 3, respondió afirmativamente a esa pregunta. Su razonamiento fue que, si se despedía a alguien por ser homosexual o transexual, se estaba vulnerando la igualdad sexual porque no se le hubiera despedido si esa persona hubiera sido de otro sexo. Junto con la mayoría también votó el *Chief Justice* Roberts, también tenido por “conservador”, pero a quien se considera en algunos casos el voto bisagra o *swing vote*.

permitiéndose vivir de espaldas a que alberga una diversidad como pocos países pueden exhibir, y que ello ha de preservarse no solo para que cada cual pueda hacer de su capa un sayo y vivir como le plazca, sino para que todos sean igualmente libres. Sin renunciar a la propia idiosincrasia, no basta con sentirse satisfecho promulgando leyes; es necesario extender el manto protector de la ley para que llegue hasta a los recovecos más recónditos, y haya libertad y justicia para todos.

3.4. La experiencia europea y española

3.4.1. Contextualización y marco teórico

a) Cuestiones generales

En Europa, y por lógica extensión en España, la lucha por la igualdad como preocupación de primer orden surge en el marco de las reivindicaciones obreras durante el siglo XIX y principios del siglo XX. Por su propia naturaleza, se centra en cuestiones económicas y, aunque detrás de ella hubiera evidentes implicaciones de raza, etnia, sexo o religión, estas categorías no alcanzarían una sustantividad propia sino a partir de la destrucción física y moral causada por la Segunda Guerra Mundial. Si bien los objetivos sean en gran medida convergentes con los que inspiraron el movimiento por los derechos civiles en Estados Unidos, la nomenclatura que aquí hemos empleado ha diferido parcialmente de la desplegada en suelo estadounidense. Veamos a continuación cómo se ha desenvuelto esa lucha por la igualdad en nuestro continente y en nuestro país.

Las décadas que van desde 1950 hasta 1970 vieron nacer una serie de tratados internacionales y de instrumentos normativos europeos en los que latía, junto con otros propósitos, un perceptible objetivo de asentar jurídicamente el derecho a la igualdad, a cuyo fin se dispusieron artículos que aseguraban de manera integral el derecho a ser tratado en igualdad formal de condiciones⁵¹¹. La igualdad se alza como un principio que se abre a la conciencia de la comunidad política y a la determinación del orden social porque en esa fijación está llamada a participar la mayoría de la población.⁵¹² El concreto juicio de la realidad será el que marcará el paso sobre aquellas circunstancias permisibles e impermisibles para excluir a sujetos de ese proceso de participación, ya que en nuestro sistema existe no solo un mandato general de igualdad⁵¹³, sino uno concreto basado en causas ya vistas para Estados Unidos y cuyo elenco veremos *ad casum* europeo y español.

⁵¹¹ BARRANCO AVILÉS, M.C.: *El Derecho frente a la exclusión. Los límites del Derecho antidiscriminatorio*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 21-22.

⁵¹² NIETO GARCÍA, A.: *El arbitrio judicial*, COLEX, A Coruña, 2021, pp. 305, 307 y 398.

⁵¹³ GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 159.

Nótese que hemos adjetivado la igualdad para que, en esos inicios, sea formal (también recibe el nombre de indiferenciadora⁵¹⁴, abstracta o amplia⁵¹⁵). Esta sería una de las acepciones sobre la igualdad y vendría a implicar el dispensar un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales⁵¹⁶, y habitualmente se ha contrapuesto a la igualdad material en los términos que veremos más abajo, ya que lo contrario constituye una discriminación. Por un lado, la ley según se aprueba por el poder legislativo no puede tratar de manera desigual a quienes pertenecen a un mismo grupo, en lo que constituye una visión intragrupal del derecho a la igualdad⁵¹⁷; por otro lado, cuando interpela al poder judicial por mor del principio de legalidad, impone la aplicación de la norma en sus estrictos términos de ámbito subjetivo (claro está que el diseño teórico presupone que una ley que no discrimina)⁵¹⁸.

En nuestro ordenamiento jurídico-constitucional, encontramos la igualdad en diversos artículos, algunos con mayor importancia que otros por la localización conferida. No hemos de avanzar mucho en la lectura de la Constitución para encontrarnos, ya en su artículo 1.1, la igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, junto con la libertad, la justicia y el pluralismo político. Si proseguimos un poco más, veremos que la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra es uno de los objetivos que los poderes públicos han de promover a fin de alcanzar su realidad y eficacia (artículo 9.2 CE). Unos cuantos preceptos después encontramos el artículo 14 CE, seguramente la concreción más conocida de la igualdad en nuestro ordenamiento jurídico: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.” En artículos ulteriores (23.2, 31.1, 32.1, y 39.2, entre otros), también hallaremos el vocablo “igualdad” o el adjetivo “iguales”, pero nos detendremos aquí a los efectos de nuestro trabajo.

Con independencia de inspiraciones procedentes de otros ordenamientos jurídicos, el antecedente democrático inmediatamente previo⁵¹⁹ lo hallamos en el artículo 2 de la Constitución de la República española de 1931, casi coincidente con la primera parte del actual 14 CE: “Todos los españoles son iguales ante la ley”. Ese precepto hay que conectarlo con el primer párrafo del artículo 25 de la

⁵¹⁴ Este calificativo puede resultar confuso si se tiene en cuenta que existe un tipo de discriminación llamada por indiferenciación, que consistiría en tratar igual a los desiguales (vid. REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., pp. 47-49).

⁵¹⁵ BARRÈRE UNZUETA, M.A.: “Problemas del Derecho antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acciones positiva *versus* igualdad de oportunidades”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 9, p. 3. Estamos ante el concepto liberal-individualista, y por ello tradicional, de igualdad por suponer una quiebra en sentido amplio del principio de igualdad (recuérdese la tríada revolucionaria francesa de *liberté, égalité et fraternité*).

⁵¹⁶ Ibid., p. 22; ARISTÓTELES: *Política*, cit., II-1280a; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *Curso de Derechos Fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, 1995, p. 285; NUEVO LÓPEZ, P.: “Interpretación constitucional y Derecho antidiscriminatorio. A propósito del caso Bostock y el futuro del originalismo”, *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, vol. 24, n.º 2, p. 454.

⁵¹⁷ PÉREZ LUÑO, A.E.: *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 19-36.

⁵¹⁸ BARRANCO AVILÉS, M.C.: *El Derecho frente...*, cit., p. 23; Rey Martínez, por su parte, también emplea en ocasiones el término “estricto” para referirse a la exigencia de igualdad por parte del poder judicial y ejecutivo, a la par que lo usa para aludir al sentido estricto que se contrapone al amplio (vid. REY MARTÍNEZ, F.: *El derecho fundamental...*, cit., p. 22); Díez PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 181; FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “El principio de igualdad...”, cit., pp. 89-90.

⁵¹⁹ El Fuero de los españoles reconocía en su artículo 2 que “La Ley ampara por igual el derecho de todos los españoles, sin preferencias de clases ni acepción de personas.”

Constitución republicana, según el que “No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas.” Este segundo precepto contendría alguna de las causas especialmente consideradas en la segunda parte del artículo 14 CE.

Así como el artículo 1.1 tiene valor interpretativo⁵²⁰, el artículo 14 otorga un verdadero derecho subjetivo de carácter iusfundamental con acceso al recurso de amparo, es decir, la máxima protección posible dispensada por la Constitución junto con el resto de los derechos cubiertos por el artículo 53.2 CE⁵²¹. Con ello, se superan antiguas posiciones dogmáticas que negaban su carácter de derecho subjetivo, autores para quienes la igualdad era un derecho objetivo que tiene efectos reflejos en las situaciones individuales; había de ser la norma concreta la que reconociera la igualdad en tanto que concreción de un principio del ordenamiento⁵²². La posición de la Constitución como norma de normas hace inviable un planteamiento de esta naturaleza porque el texto constitucional reconoce directa y estructuralmente ese derecho⁵²³.

El reconocimiento de la igualdad como derecho fundamental se ha hecho paradójicamente a pesar de constatar su menor independencia del resto de los derechos. En cierta medida, el derecho a la igualdad acaba dependiendo de los concretos derechos – fundamentales o no – sobre los que está llamada a aplicar su rasero nivelador, lo que lo convierte en un derecho fundamental *sui generis*. O quizá no tanto. Al hablar sobre la libertad de expresión, ya vimos que su contenido se definía en el cruce de caminos con el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen propia, de tal suerte que hay vasos comunicantes donde la mayor importancia dada a uno de los dos bloques de derechos resta contenido al otro bloque. De todos modos, es cierto que la igualdad necesita siempre saber a qué derecho se va a aplicar, sin que podamos decir que exista su vulneración completamente autónoma.

Sea como fuere, existe un reino autóctono de contenido para el derecho a la igualdad determinado por las desigualdades permisibles, las impermisibles y las categorías especialmente sospechosas que integran la discriminación. No podemos afirmar que, ausente la igualdad en artículos como el 14 CE, se entendiera implícita en cada derecho fundamental o no fundamental. La consagración de la igualdad es, en este sentido, imprescindible para que todo derecho sea reconocido sobre el papel y respetado en la práctica en condiciones justas para todos sus titulares en abstracto. Este punto es un argumento que

⁵²⁰ OLIVERAS JANÉ, N.: “La ley de igualdad en perspectiva constitucional”, en PASTOR GOSÁLBEZ, I. (Coord.): *Una ley para la igualdad. Avances y desafíos 15 años después de la aprobación de la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Publicacions de la Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, 2023, p. 41; FREIXES SANJUÁN, T. y REMOTTI CARBONELL, J.C.: “Los valores y principios en la interpretación constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, n.º 35, pp. 99-101 y 107.

⁵²¹ Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 183; FREIXES SANJUÁN, T. Y REMOTTI CARBONELL, J.C.: “Los valores...”, cit., p. 108.

⁵²² DE CASTRO, F.: *Derecho Civil de España, vol. I*, Civitas, Madrid, 2008, p. 400.

⁵²³ BAÑO LEÓN, J.M.: “La igualdad como derecho...”, cit., p. 181. En las pp. 181-182 puede encontrarse un resumen de la cuestión en Alemania y en Italia.

refuta la redundancia o la especial vaguedad que WESTEN vimos que le atribuía a la igualdad, y que ahonda en su condición de derecho subjetivo incluso si seguimos la clásica fórmula articulada por DE CASTRO⁵²⁴.

Para algunos, la caracterización de la igualdad como un enunciado de derecho fundamental necesitado de criterios exógenos al precepto exige redoblar esfuerzos para garantizar su juridicidad⁵²⁵, afirmaciones de las que discrepamos por lo dicho al respecto de la presunta autosuficiencia del ordenamiento jurídico, a lo que añadimos la constatación por ZAGREBELSKY sobre la influencia del ambiente cultural en el Derecho⁵²⁶ y por DíEZ-PICAZO sobre la relevancia del “conjunto de creencias, convicciones, sentimientos y prejuicios, en los que el material normativo se inscribe”⁵²⁷. Es cierto que, en la Constitución, encontramos enunciados con una carga valorativa mucho más explícita, configurándose con toda razón como un orden abierto de la vida en común⁵²⁸, pero no es menos cierto que en tantas otras normas existe una carga valorativa que, no por implícita en ocasiones, es menos real. Lo que ocurre es que la Constitución condensa esas valoraciones en un solo texto, mientras que el resto del ordenamiento jurídico las tiene dispersas en múltiples disposiciones normativas.

Para superar esa difícil clasificación del derecho a la igualdad, se ha propuesto considerarlo un *tertium genus* en forma de derecho de protección modal⁵²⁹. Esta expresión viene a significar que la igualdad como derecho es un condicionante que obliga a que las actuaciones de los poderes públicos adopten un modo o forma concreta. Se exige que esos poderes públicos se pongan en movimiento, lo que lo aleja de las libertades negativas⁵³⁰, y marca el paso a lo que el Estado y las instituciones *no* puede hacer a fin de respetar ese derecho, lo que lo aleja de las libertades positivas. La igualdad no presupone inacción, pero tampoco presupone acción necesaria: presupone una acción constreñida.

Esta es la línea a la que entendemos que apunta OLLERO TASSARA cuando explica que, incluso si la igualdad se acercara, por mor de su contenido altamente abierto, más a un valor que a un derecho subjetivo, no habría en ello demérito alguno. Para el jurista, esos rasgos mayormente valorativos le permiten expandirse sobre todos los derechos constitucionales, sin confinarlo en los lindes de los derechos civiles y políticos. Como quiera que algunos de esos derechos constitucionales no fundamentales pertenecen a los ámbitos económicos, sociales y culturales, la igualdad podrá desplegar allí su función prestacional al superar la idea de ser solo un freno a la acción de los poderes públicos

⁵²⁴ DE CASTRO, F.: *Derecho Civil Español*, cit., p. 572.

⁵²⁵ BARRANCO AVILÉS, M.C.: *El Derecho frente a la exclusión...*, cit., p. 26.

⁵²⁶ ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 2016, p. 138; EL MISMO: *Historia y Constitución*, Trotta, Madrid, 2005, p. 81.

⁵²⁷ DíEZ-PICAZO, L.: *Experiencia jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1993, p. 190.

⁵²⁸ BÖCKENFÖRDE, E.W.: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 40-41.

⁵²⁹ BAÑO LEÓN, J.M.: “La igualdad como derecho...”, cit., p. 187.

⁵³⁰ BERLIN, I.: *Dos conceptos de libertad. El fin justifica los medios. Mi trayectoria intelectual*, Alianza Editorial, Madrid, 2014, *passim*, pp. 62-68.

en el aseguramiento de la autonomía individual⁵³¹. Por lo tanto, la igualdad variará su rostro de libertad negativa o positiva según el contexto.

b) Titularidad

Si ya hemos dicho que la igualdad es, junto con un valor y un principio, un derecho fundamental, cabe que nos preguntemos por su titularidad, cuestión que ha levantado una considerable polvareda habida cuenta de la literalidad *ex* artículo 14 CE. La titularidad de este derecho se predica en el artículo 14 CE de los españoles, tanto personas físicas como jurídicas⁵³²; por exclusión, el criterio de la nacionalidad debiera hacernos pensar que todo no español no ostenta el derecho fundamental a la igualdad. *Prima facie*, y con la dicción del precepto en la mano, cabría una primera objeción consistente en que, si solo fueran los españoles los titulares de ese derecho, perdería virtualidad la causa discriminatoria de nacimiento. No obstante, dado que la nacionalidad española tanto se adquiere originaria (artículo 17 CC) como derivativamente (artículos 18 a 23 CC), esa causa seguiría en pie aun excluyendo de la titularidad a los extranjeros. Tampoco podrá introducirse esa titularidad por vía de la cláusula abierta *in fine* del artículo 14 CE porque, insistimos, el precepto inicia con un muy rotundo “Los españoles...”.

Dicho lo anterior, el artículo 13 CE prevé que “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”, lo que incluye en potencia el artículo 14 CE por ubicarse en ese Título, que es el Primero. La única restricción que tienen los extranjeros residentes en España lo es para los derechos políticos del artículo 23, pero incluso ahí se excepcionan los casos en los que “atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales” (artículo 13.2 CE). La inicial salvedad – a su vez con una salvedad que la mitiga – responde a la lógica de que solo los ciudadanos pueden tener la plenitud de los derechos políticos porque también son los sujetos que dan sentido al ente político que es España (o el país que sea) y sobre los que recae el deber de defender el país (artículo 30 CE). Todos los derechos que no se circunscriban a ese estrecho ámbito político pueden ser reconocidos sin problemas conceptuales a los extranjeros⁵³³.

El resultado es, para algunos autores, que los poderes públicos gocen de un mayor margen de discrecionalidad para regular el acceso de los extranjeros a ciertos derechos en pie de igualdad con los españoles porque se ensancharán los contornos de la razonabilidad en el trato dispar. El único límite

⁵³¹ OLLERO TASSARA, A.: “Relevancia constitucional...”, cit., p. 551.

⁵³² Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 184.

⁵³³ LLORENS Y CLARIANA, E.L.: *La igualdad ante la ley...*, cit., pp. 62-64.

será que, en el reconocimiento de derechos y deberes a extranjeros, no cabrá discriminación alguna⁵³⁴. Sin embargo, creemos que esa posición ha de matizarse muy mucho, tanto a la vista de ese Protocolo n.º 12 como de la redacción primigenia del artículo 14 CEDH. El artículo 14 CEDH tiene una vocación subjetiva más universal que el artículo 14 CE porque, partiendo de que reconoce la igualdad para el goce de los derechos y libertades contemplados en el Convenio, observamos que en los diversos artículos donde se reconocen esos derechos se emplean las fórmulas “toda persona” (v.gr. artículos 2.1, 5, 6, 8, 9, 10.1, 11.1 o 13), “nadie” (v.gr. 3, 4, o 7.1) y, excepcionalmente, “el hombre y la mujer” para el matrimonio. Esta fórmula, que guarda ciertos parecidos con la Decimocuarta Enmienda por aludir a la igualdad sobre derechos y no ante la ley, hace que la igualdad sea un derecho accesible al común de los humanos.

Siendo esto así, por mor del artículo 10.2 CE hemos de integrar esa *vis expansiva* subjetiva de la igualdad en los términos previstos por el CEDH en tanto que un tratado sobre derechos fundamentales, lo que obliga, a nuestro entender, a equiparar la posición de los extranjeros a la de los nacionales en los términos del artículo 14 CE. La remisión del artículo 13.1 CE a los tratados no hace sino apuntalar esa conclusión. No hay antinomia, por ende, entre los artículos 14 de la CE y del CEDH por cuanto el primer artículo no excluye a los extranjeros y ofrece una cláusula inclusiva que está en plena consonancia con ese artículo 13.1 CE. Hemos de considerar, además, que el artículo 21.2 CDFUE veta expresamente cualquier discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea. Aunque el alcance sea inferior que la del CEDH al referirse esos tratados a las libertades para los ciudadanos comunitarios, lo vemos como un argumento adicional para superar, gracias a la propia Constitución, cualquier escollo a trascender de “Los españoles...”. Por lo tanto, con todos esos mimbres no concebimos que se pueda otorgar estructuralmente un peor estatus a los extranjeros, siquiera en forma de mayor deferencia hacia la razonabilidad alegada por los poderes públicos en el acceso a derechos o en sus condiciones de disfrute.

c) La igualdad como valor, principio y derecho

Visto lo anterior, es posible, por lo tanto, pasar a definir el objeto de la igualdad en su vertiente de valor, principio y de derecho. Nos centraremos sobre todo en segunda y la tercera, pero no podemos dejar de apuntar que la fórmula de valor *ex* artículo 1.1 CE es la más general de la igualdad porque ya hemos dicho que tiene un carácter informador e interpretativo del ordenamiento jurídico en su totalidad. La función sintética e integradora no desmerece en nada su relevancia⁵³⁵, máxime si consideramos que es de las primeras palabras que encontraremos al leer la Constitución.

⁵³⁴ Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 184.

⁵³⁵ DÍAZ REVORIO, F.J.: *Discriminación en las relaciones entre particulares*, Tirant lo Blanch, México DF, 2015, p. 48.

En términos generales y con los matices que desgranaremos, la igualdad como principio y derecho impide el tratamiento legal diferenciado irrazonable⁵³⁶, y se divide inicialmente en dos ámbitos donde se aplica esa igualdad: ante la ley y en la ley, entendiendo la ley en términos de cualquier disposición normativa⁵³⁷. La primera vincula a quienes aplican la ley porque ya se la encuentran dada, que serán el poder judicial y el poder ejecutivo. Estos dos poderes están, por mor del principio de legalidad (artículos 117 y 103 CE, respectivamente), llamados a realizar correctamente el juicio de subsunción subjetivo y objetivo, es decir, no pueden aplicarla a menos o más de los previstos ni a menos o más personas cubiertas a quienes la norma afecta. Por su lado, la igualdad en la ley vincula exclusivamente al poder legislativo porque él es quien la elabora y ha de asegurarse que su contenido respeta el trato igual que ha de dispensar⁵³⁸ a los ciudadanos y, como veremos, también a los extranjeros.

Así como la igualdad en términos aplicativos de la ley (lo que también incluye su aplicación administrativa) es cuasi consustancial al principio de legalidad en sus formulaciones decimoctavas tardías y decimonónicas, la vinculación del legislador para con esa igualdad es mucho más reciente⁵³⁹. Podría pensarse al revés, es decir, lo verdaderamente consustancial es la igualdad en la ley porque, mientras que un sistema normativo no contenga en sus leyes ningún trato desigual injustificado, será suficiente para afirmar que se respeta en su plenitud la igualdad *ante* la ley y *en* la ley. No obstante, la igualdad también ha de serlo *en la aplicación* de la ley, lo que exige controlar la actividad de los tres poderes, especialmente el judicial y el ejecutivo porque el legislativo solo podrá incurrir en ella en sus capacidades de autogobierno, a fin de que no conculque la igualdad en su quehacer diario⁵⁴⁰. Lo mismo acontece para el poder legislativo, donde no es suficiente la vinculación de la generalidad o abstracción de la ley (interdicción de las leyes singulares, lo que incluye las *bill of attainder*), sino que es preciso poner mayores límites al poder legislativo⁵⁴¹.

En el marco del aspecto relacional inherente a la igualdad, el *tertium comparationis* juega un papel decisivo para enjuiciar la similitud o disimilitud entre los elementos en liza⁵⁴². La igualdad presupone que no toda la realidad es igual porque, de lo contrario, sería ontológicamente imposible la desigualdad y carecería de sentido obligar jurídicamente a mantener lo que por naturaleza viene dado. El juicio de comparación, cuya existencia es solo posible gracias a ese axioma, presupone la existencia

⁵³⁶ Ibid., pp. 49, 55, 66-67.

⁵³⁷ Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 185.

⁵³⁸ BILBAO UBILLOS, J.M.: "Discriminación en las relaciones entre particulares", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 105, p. 397.

⁵³⁹ REY MARTÍNEZ, F.: "¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 45, pp. 169-170; EL MISMO: *El derecho fundamental...*, cit., p. 23; Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 181.

⁵⁴⁰ OLLERO TASSARA, A.: "Relevancia constitucional de la igualdad", en VVAA: *Funciones y fines del derecho: estudios en homenaje al profesor Mariano Hurtado Bautista*, Universidad de Murcia, Murcia, 1992, pp. 548-551. Nos remitimos a su análisis sobre las implicaciones que tiene la igualdad en el poder judicial, ya que ello excede con creces el objeto de este trabajo. Vid también el desarrollo en Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., pp. 200-203.

⁵⁴¹ RUBIO LLORENTE, F.: "La igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional. Introducción", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11, n.º 31, p. 24; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. / FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 19.

⁵⁴² Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 183; DIDIER, M.M.: "El principio de igualdad...", cit., p. 21.

de diferentes objetos cuyas características son las que hemos de comparar para comprobar si hay suficiente semejanza. Incluso reconociendo como reconocemos la plena igualdad entre las personas, existen particularidades existenciales en cada una de esas personas⁵⁴³ que nos hacen iguales, pero no idénticos.

Sentadas esas premisas, cabe puntualizar que, para ese *tertium comparationis*, el diagnóstico diferencial no se predica de *todas* las características de los objetos comparadas, sino solo de *algunas*, que deberán ser las más importantes. De lo contrario, en lugar de igualdad exigiríamos identidad⁵⁴⁴ y el resultado sería siempre una constatación de que ambos objetos son diferentes. La igualdad presupone, por lo tanto, el discernimiento entre rasgos, conformando la igualdad la comunión con los bastantes y razonables. El *tertium comparationis* es el que permite, así, evitar la pregunta genérica y abstracta acerca de si dos personas son tratadas igual para introducir en ese interrogante las concretas circunstancias que han de considerarse⁵⁴⁵. El *tertium comparationis* es un concepto con varias acepciones que han complicado en cierta medida una comprensión única y unitaria de su significado y aplicación⁵⁴⁶. En ocasiones, se ha empleado para designar las cualidades o aspectos desde los que comparamos los objetos, mientras que, en otras ocasiones, se ha empleado para aludir al régimen jurídico que ha de considerarse para seleccionar los objetos y compararlos, lo que incluye los criterios comparadores.

Volviendo al ámbito legislativo, es decir, la igualdad en la ley, si bien no puede decirse que categóricamente el derecho a la igualdad no es de preceptivo seguimiento por las cámaras legislativas, la intensidad con la que se juzga la razonabilidad del trato desigual es menor para ellas, siempre y cuando no hablemos de que esa desigualdad se proyecta en algún motivo discriminatorio singularizado⁵⁴⁷. Es aquí donde entra en juego el sentido estricto de discriminación ya adelantado, que ahora veremos y que en las últimas décadas ha dotado al artículo 14 CE de un *breathing space* inusitado que ha eclipsado en gran medida la clásica igualdad. El artículo 14 CE quedaría, así, partido en dos según el tipo de desigualdad sobre la que nos habla: igualdad, en su primera parte, y discriminación en sentido estricto (en algunos casos, apodada simplemente discriminación), en su segunda parte⁵⁴⁸.

⁵⁴³ COTTA, S.: *El Derecho en la existencia humana*, cit., p. 155.

⁵⁴⁴ DIDIER, M.M.: “El principio de igualdad...”, cit., p. 22.

⁵⁴⁵ Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 187.

⁵⁴⁶ GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: *Tribunal Constitucional...*, cit., p. 18.

⁵⁴⁷ Ibid., p. 24. Para el autor, la separación de poderes comporta una mayor mesura por parte del TC a la hora de sustituir de manera ordinaria el criterio de esas cámaras legislativas por el suyo en cuestiones donde pueda concederse un mayor margen de discrecionalidad en la configuración de la ley. La posibilidad de que el poder judicial (entendámoslo en términos amplios porque, *stricto sensu*, el TC no forma parte de él) venga a enmendar la plana al legislativo ha sido tratado profusamente en la doctrina y la jurisprudencia estadounidenses desde el siglo XIX. A este respecto, podemos reseñar THAYER, J.B.: *The Origin and Scope of American Doctrine of Constitutional Law*, Wentworth Press, Londres, 2019, *passim*, p. 9; DIDIER, M.M.: “El principio de igualdad...”, cit., pp. 20-21.

⁵⁴⁸ LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 8, p. 1; APARISI MIRALLES, A.: “Notas sobre el concepto de discriminación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 9, p. 191.

d) Discriminación en sentido estricto

El sentido estricto de la discriminación vendría determinado por la interdicción de trato desigual injustificado por unas razones tasadas normativamente concernientes a la pertenencia a cierto colectivo, lo que genera una discriminación intergrupala al compararse el trato dado a la categoría de colectivos, y que se encuentran en la segunda parte del artículo 14 CE⁵⁴⁹ (no en vano, REY MARTÍNEZ distingue entre el artículo “14a” y el “14b”, donde ese último sería la cláusula antidiscriminatoria⁵⁵⁰). Si bien no existe ninguna formulación canónica que sirva como referente *urbi et orbi*, es frecuente encontrarse con algunos elementos mínimos que conforman el listado de esas razones tasadas especialmente odiosas⁵⁵¹: raza, etnia, nación, religión, sexo e ideología. A estos términos, algunos textos – sobre todo los más recientes – añadirán otros que, en ocasiones, son variantes de los ya vistos, mientras que en otros casos se perseguirá una mayor especificidad para intentar ser lo más omnicomprendivos posibles, pero en esencia se trata de realidades parejas. Así, se mencionan las creencias, la xenofobia, el antisemitismo, el antigitanismo, el antislamismo, el género, y la orientación e identidad sexuales⁵⁵².

Aunque las dos acepciones de discriminación que acabamos de ver parezcan no seguir un criterio jerárquico, algunos autores sí han visto en esa dupla de sentidos discriminatorios una jerarquización implícita, lo que les merece un juicio negativo. Desde ese prisma, el sentido amplio sería la norma general y el sentido estricto la excepción, donde la primera alude al individuo que la sufre, en tanto que la segunda alude al grupo, siendo la condición personal de quien la sufre en concreto el resorte que permite identificar el impacto sobre el colectivo al que se adscribe⁵⁵³. Siguiendo con esta visión, anudar el vocablo discriminación a ambos sentidos es inadecuado por cuanto estaríamos hablando de fenómenos suficientemente distintos, y ello lleva a preferir el empleo de la *subordiscriminación*⁵⁵⁴ como concepto alternativo al ya visto de subordinación que ayuda a hacer patente la desigualdad estructural de algunos grupos⁵⁵⁵. Es aquí donde vemos los ecos de la nomenclatura estadounidense a la que aludimos *ut supra*.

⁵⁴⁹ REY MARTÍNEZ, F.: “La discriminación positiva de mujeres”, *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 47, p. 319; EL MISMO: *El derecho fundamental...*, cit., p. 28; BARRÈRE UNZUETA, M.A.: “Problemas...”, cit., p. 3, especialmente la nota 4; FREIXES SANJUÁN, T. Y REMOTTI CARBONELL, J.C.: Los valores..., cit., p. 108; RUIZ MIGUEL, A.: *La igualdad...*, cit., p. 53.

⁵⁵⁰ REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., p. 29.

⁵⁵¹ Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 192; RUIZ MIGUEL, A.: *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Universidad de Alicante, Alicante, 1996, p. 53; RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: “Los contornos de la discriminación”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n.º 5, p. 20.

⁵⁵² Vid. la página cuarta de la RPG n.º 15 de la ECRI, donde se observa ese esfuerzo abarcador.

⁵⁵³ BARRÈRE UNZUETA, M.A.: “Problemas...”, cit., p. 3, nota 4.

⁵⁵⁴ BARRÈRE UNZUETA, M.A.: “Filosofías del Derecho antidiscriminatorio ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXIV, 2018, p. 13. La autora retoma la idea ya vista en Fiss de subordinación y le añade el lexema “discriminación” para reforzar la idea de desigualdad antinormativa.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 4, nota 6, y pp. 10-11. La autora propone el siguiente ejemplo: el ordenamiento jurídico solo actúa cuando detecta que, en la Asesoría Jurídica una empresa dada, hay una infrarrepresentación sistemática de abogadas a pesar de que el número de matriculadas y egresadas superada al de matriculados y egresados, y a pesar de que en el curso de posgrado de “Asesoría jurídica empresarial” la representación por sexos es paritaria. El ordenamiento jurídico no entendería discriminatoria la sobrerepresentación femenina universitaria ni actuaría para analizar por qué se produce un descenso del número de egresadas en el citado curso de posgrado.

Abordar esta aparente discriminación dentro de las categorías de discriminación requiere, a nuestro entender, separar dos cuestiones. La primera es la relativa a las desigualdades estructurales, sistemáticas o institucionales⁵⁵⁶, cuya realidad y pervivencia a lo largo de la historia es difícilmente rebatible habida cuenta de la endémica subordinación de algunos grupos⁵⁵⁷. La segunda es que haya un cierto nexo entre esas desigualdades patológicas y la jerarquización de los motivos discriminatorios. Consideramos que afirmar las primeras no ha de llevarnos irremisiblemente a afirmar las segundas porque no vemos que haya una relación de causa-efecto o de semejanza categórica entre ambas desde la perspectiva de la configuración del ordenamiento jurídico.

En la medida en la que estamos hablando de criterios legales, es conveniente recurrir de nuevo al artículo 14 CE para ver cómo interactúan esos dos planos de discriminación en nuestra Norma Fundamental de acuerdo con la división anunciada más arriba. La primera parte del precepto (“Los españoles son iguales ante la ley...”) recoge la interdicción general de la desigualdad, lo que podríamos subsumir en el sentido amplio de discriminación porque no hay adjetivación alguna. La segunda parte del precepto recoge, por su parte, el sentido estricto de discriminación al contener una serie de motivados tasados (“[...], sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”), con una cláusula de cierre que más es de apertura a cualesquiera otros motivos reconducibles a ese ámbito personal o social⁵⁵⁸. Algunos autores han apuntado a la idea de vulnerabilidad como uno de los mejores candidatos para incluir nuevas condiciones y circunstancias personales y sociales⁵⁵⁹, en consonancia con las *discrete and insular minorities* vistas en el ámbito estadounidense.

Pues bien, a nuestro juicio la interdicción constitucional de la discriminación es precisamente más intensa (que no absoluta, y es que hemos de recalcar que solo se prohíbe discriminar, no tratar de manera desigual justificadamente) si detectamos *ad casum* alguna situación de las previstas en esa segunda parte porque rotundamente se impide que exista ningún trato diferenciado injustificado fundado en alguna de las circunstancias o condiciones explicitadas, aplicándosele un canon mucho más exigente⁵⁶⁰ en términos de proporcionalidad estricta⁵⁶¹. Es más, la cláusula de cierre es de una

⁵⁵⁶ FRAZER, E. / LACEY, N.: *The Politics of Community. A Feminist Critique of the Liberal-Communitarian Debate*, Harvest Wheatsheaf, Londres, 1993, p. 82; CLÉRICO, L.: “Análisis integral de estereotipos: desafiando a la garantía de imparcialidad estándar”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 41, pp. 74-80; HANEY LÓPEZ, I. F.: “A Nation Of Minorities: Race, Ethnicity, And Reactionary Colorblindness”, *Stanford Law Review*, vol. 59, pp. 1005-1006.

⁵⁵⁷ BODELÓN GONZÁLEZ, E.: “Las leyes de igualdad de género en España y Europa ¿Hacia una nueva ciudadanía?”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 268, p. 88.

⁵⁵⁸ Para Jiménez Campo, esa apertura no se corresponde con una igual protección de todos los motivos contenidos predicables de esas circunstancias o condiciones. Solo las explícitas merecerían el máximo recelo por los tribunales, mientras que el resto estarían un peldaño por debajo (vid. JIMÉNEZ CAMPO, J.: “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 3, n.º 9, p. 85). También es de considerar que el TC, en sentencias como la n.º 62/2008, de 26 de mayo, se ha esforzado por evitar asimilar todo trato diferenciado con una discriminación en potencia porque, en tal caso, se vaciaría de contenido la primera parte del artículo 14 CE. Vid. a este respecto DÍAZ-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 189.

⁵⁵⁹ DÍAZ REVORIO, F.J.: *Discriminación...*, cit., pp. 90-92.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 88; DÍEZ-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 192. Los contornos de esa superior exigencia no han acabado de definirse por la doctrina del TC, concreción que sin lugar a duda es necesaria.

flexibilidad léxica tal que permite que en el futuro granen causas inicialmente no contempladas expresamente, pero que tengan suficiente entidad como para incluirlas sin violentar la literalidad del precepto⁵⁶², ya que de lo contrario sería imposible lo propio de la práctica legislativa, que es regular con base en ciertos criterios que incluyen y excluyen a la par⁵⁶³. Si acaso el sentido estricto de la discriminación es la excepción, lo será por una excepcional fuerza que interpela a los operadores jurídicos para exhibir una particular sensibilidad a esos supuestos a fin de detectarlos con rapidez en lugar de tenerlos por residuales, supuestos que por otro lado y de manera muy elocuente han recibido el epíteto de *sospechosos* en la doctrina española siguiendo la nomenclatura estadounidense⁵⁶⁴.

Del ámbito europeo, podemos rescatar la fórmula empleada por el artículo 14 CEDH al ser paradigmática del aunamiento de ambas posturas, la amplia y la estricta. Por un lado, su inicio (“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna...”) representa la *voluntas legislatoris* de asegurar un trato homogéneo cuando el heterogéneo carezca de justificación. Pero esa nivelación no se encuentra desnuda de detalles, sino que anudada a ella encontramos una retahíla de motivos o causas que los tratados aborrecen muy por encima de otros, y, de nuevo, el artículo 14 CEDH (ahora, *in fine*) es un muy buen ejemplo de ello (“[...] especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”). Es esta segunda parte del precepto la que respondería a una concepción estricta de la discriminación por cuanto esta se fija en razones concretas⁵⁶⁵.

Es cierto que, con esa dicción en la mano, el CEDH inicialmente sigue un camino distinto al 14 CE porque no proyecta la igualdad sobre toda relación jurídica, sino tan solo sobre los derechos y libertades reconocidos en el Convenio. No obstante, con la aprobación del Protocolo n.º 12, en vigor en nuestro país desde el 1 de junio de 2008, su artículo 1.1 ha venido a ampliar el elenco de vínculos jurídicos a todos los establecidos en general por la ley⁵⁶⁶. Ahora sí podemos hablar de una verdadera equiparación entre sendos artículos 14⁵⁶⁷ – sin que por su parte el CEDH haya perdido su especial hincapié en las causas discriminatorias antedichas – y que también es tal con los artículos 20 y 21 de la

⁵⁶¹ REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., p. 241. Lascuraín Sánchez lo califica de doble garantía, consistente en una ventaja real (beneficio superior a coste) y en una hipotética (beneficio superior al de cualquier otra norma imaginable), distinción muy relacionada con la coherencia y la necesidad en la jurisprudencia estadounidense (vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “¿Son discriminatorios los tipos penales de violencia de género? Comentario a las SSTC 59/2008, 45/2009, 127/2009 y 41/2010”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 99, p. 353).

⁵⁶² FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “El principio de igualdad...”, cit., p. 104, con cita de la pionera sentencia del Tribunal Constitucional n.º 75/1983, de 3 de agosto.

⁵⁶³ Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema de derechos fundamentales*, cit., p. 189.

⁵⁶⁴ REY MARTÍNEZ, F.: *El derecho fundamental...*, cit., p. 27; EL MISMO: “¿De qué hablamos...?”, cit., p. 170.

⁵⁶⁵ BARRÈRE UNZUETA, M.A.: “Filosofías...”, cit., pp. 3-4.

⁵⁶⁶ “1. El goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”; DÍAZ REVORIO, F.J.: *Discriminación...*, cit., p. 35.

⁵⁶⁷ Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 183.

CDFUE⁵⁶⁸. Cosa distinta es definir *cuándo* ha de actuar el Derecho antidiscriminatorio para reconducir aquellas situaciones en las que se adviere una discriminación, tanto en sentido amplio como estricto. Volviendo al ejemplo sobre las abogadas de empresa⁵⁶⁹, podemos poner el foco en cualquiera de los estadios expuestos, pero cuanto más nos alejemos de una decisión, o una serie de decisiones, atribuible a un sujeto determinado, o a un conjunto de sujetos fácilmente determinables, más complicado será remendar el descosido jurídico. Esa mayor complejidad solucionadora no provendrá tanto de la imposibilidad de individualizar conductas o de probar la discriminación⁵⁷⁰, sino que a nuestro modo de ver traerá causa de un carácter difuso que dificulta – pero no imposibilita – trazar una única línea de causas y efectos.

Estaremos más bien ante una estructura en forma de grafo con múltiples nodos interconectados donde la responsabilidad de cada interviniente será más difusa que la atribuible a quien, desde un departamento de Recursos Humanos, sistemáticamente relega las candidaturas de abogadas. Exigir, para actuar sobre ellas, una prueba discriminatoria directa o inmediata sobre cada contribución a problemas estructurales, en los que la acumulación de estratos es imprescindible porque cada nodo con su naturaleza causal mediata es incapaz *per se* de producir el efecto antijurídico, restringe en exceso las posibilidades que confiere la lucha contra el sentido estricto de discriminación. La prueba directa será siempre el resultado de una operación matemática que nos conminará a analizar sus componentes para averiguar qué factores han contribuido indirecta, pero decisivamente, a ello. Reproducimos aquí todo lo dicho en la discusión sobre la exigencia de intención discriminatoria en la regulación antidiscriminatoria estadounidense.

Sea como fuere, es innegable el mérito de poner encima de la mesa que la discriminación por razones grupales refleja una cara de la moneda de la desigualdad injustificada que merece una atención pormenorizada porque el alcance de esa discriminación es mayor al menos desde una vertiente cuantitativa. La fusión de los principios antidiscriminatorio y antisubordinatorio en el ya visto subordiscriminatorio, más allá de crear una palabra algo aparatosa, refleja una manera de superar los inconvenientes de escindir ambos principios. Nos engañaríamos, sin embargo, si tras esa cantidad no viéramos una vertiente cualitativa dimanante del desvalor de resultado que para nuestra democracia tiene desde una óptica axiológica la defenestración total o parcial de ciertos colectivos *qua* tales. Qué duda cabe si esos grupos resulta que han sufrido ese mismo trato degradante en épocas pretéritas en las que la indiferencia, o directamente el jalonamiento, frente a ese arrinconamiento social eran la norma.

Llegados a este punto, nos vemos en la obligación de explicitar nuestra posición sobre un punto crucial para este asunto y para nuestro trabajo. Parte de la doctrina ha defendido que la discriminación *stricto*

⁵⁶⁸ DÍAZ REVORIO, F.J.: *Discriminación...*, cit., p. 37.

⁵⁶⁹ Vid. Nota 555 del presente capítulo.

⁵⁷⁰ BARRÈRE UNZUETA, M.A.: “Filosofías...”, cit., p. 11.

sensu solo es predicable de grupos tradicionalmente desfavorecidos o preteridos, por lo que nunca podría aplicarse a grupos que no ostenten esa condición, lo que también se ha llamado sentido unidireccional del precepto⁵⁷¹. Ello entronca claramente con el principio antisubordinatorio en la medida en la que ciñe el trato discriminatorio no a todo el universo poblacional predicable de cada categoría (raza, sexo, religión...), sino solo a quienes exhiben esos rasgos y han sido históricamente objeto de discriminación. Esa cláusula actuaría, pues a modo de desagravio por años, décadas o incluso siglos de postergación social. A nuestro entender, tal posición es inasumible en nuestro ordenamiento constitucional.

El artículo 14 consagra dos derechos fundamentales extensible ambos a todos los españoles – y a los extranjeros, según hemos argumentado – y no a un grupo de ellos o fracción que precisamente se predicaría de los criterios que la Constitución fija como *sospechosos* para distinguir ante la ley y en la ley. Nada del texto constitucional permite excluir apriorísticamente a personas que no han sido tradicionalmente relegadas en nuestro país y en nuestro entorno solo porque haya personas que pertenezcan a colectivos que sí han sufrido ese infortunio histórico. El segundo inciso es una garantía para toda persona de que ni su raza, ni su sexo, ni su religión ni ningún otro motivo de los contenidos en el artículo 14 CE serán jamás criterio bastante y suficiente para ser tratados de peor modo, y eso con completa independencia de si esa persona es blanca, negra, hombre, mujer, cristiana, judía, musulmana...

La cuestión no radica en el quién, sino en el qué, y en ello es igualmente odioso distinguir por criterios completamente irrelevantes. La lacra histórica de la discriminación lo ha sido porque ha distinguido en función de una serie de variables que hoy, afortunadamente, consideramos inapropiadas, y no porque nominalmente se haya centrado en tales o cuales grupos; si históricamente las personas blancas y no las negras, o los hombres en lugar de las mujeres hubieran sufrido discriminación a espaldas, el problema de la discriminación no cambiaría en absoluto y sería la misma lacra. Si alguna teleología hemos de buscar en las cláusulas antidiscriminatorias es que nadie sufra en sus carnes el oprobio de sentirse desplazado por ciertas circunstancias, con independencia de cómo las adjetivemos. Asimismo, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales reconocida por el TC, un entendimiento así del artículo 14 CE es doblemente perjudicial porque no solo pone en manos de los poderes públicos herramientas para ser menos rigurosos cuando se trata desigualmente en función de qué razas se vean perjudicadas, sino que prácticamente deja las manos desatadas en este punto a los particulares por concurrir límites como la arbitrariedad.

⁵⁷¹PÉREZ DEL RÍO, T.: *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1993, p. 73; LAURENZO COPELLO, P.: "La violencia...", cit., pp. 12-13.

Por otro lado, hacer depender la falta titularidad de un derecho fundamental de haber sido el grupo mayoritario durante cierto tiempo plantea problemas de seguridad jurídica completamente innecesarios. De aceptarse la exégesis unidireccional, habremos de preguntarnos durante cuánto tiempo ha de haberse discriminado a cada grupo y durante cuánto tiempo se debe mantener esa especial protección antidiscriminatoria a pesar de haber cesado ya esa circunstancia de irrelevancia social. Y, lo que es todavía peor, habremos de aceptar que el ordenamiento jurídico discrimine durante un cierto tiempo (para ser coherentes, el mismo que hemos exigido para los grupos amparados por el artículo 14 CE) a grupos tradicionalmente aventajados, pero que actualmente ya no lo son, a fin de que se les pueda considerar dignos merecedores de la protección dispensada por ese precepto.

Una interpretación de esas características, adicionalmente, convierte en completamente irrelevante el artículo 9.2 CE, que precisamente – y como luego veremos – está previsto como estímulo a los poderes públicos para fomentar las condiciones de vida de quienes tienen un menor acceso a los recursos económicos, políticos y culturales. Serán estos quienes más necesitados estén de una constante vigilancia pública sobre las desigualdades que se generen, acrecienten o perpetúen por razón de esos parámetros impermisibles, y de ahí que el constituyente previera un precepto tal. Sistemáticamente, carece de sentido interpretar este precepto – en el mejor de los casos – como un matiz en su vertiente de acción positiva al segundo inciso del artículo 14 CE porque convertiría un criterio de especial atención en el único criterio de protección. Todo ello, sin contar con lo contraintuitivo que resulta que el grupo mayoritario acepte considerar que su propia protección jurídica es de menor entidad.

Finalmente, esa postura parece partir de una premisa falsa, a saber, que ningún rasgo de los grupos tradicionalmente relegados puede pertenecer a nadie del colectivo mayoritario. Definimos los grupos minoritarios como la colección de atributos que no percibimos en los grupos mayoritarios, desconociendo que la realidad social no funciona a partir de compartimentos estancos y que las categorías existen aisladas en lo mental, pero no necesariamente en lo fáctico. Así, y más en los tiempos que vivimos, puede que haya personas blancas que profesen una religión minoritaria (o que no profesen ninguna), o que estén casadas con personas de razas minoritarias, o que se destaquen por la defensa de los derechos de colectivos minoritarios. Una inteligencia del artículo 14 CE como la vista no tiene cabida en nuestra Constitución cuando de ella se predica la mayor laxitud al estudiar una legislación que impide a las personas blancas casarse con las negras, en comparación con una que impida a las personas negras casarse con las blancas. Incluso ha de cortocircuitar con base en sus propias premisas si ese tipo de legislaciones se adoptan en un país con población blanca mayoritaria para impedir, por la sola razón de ser blanco, mezclarse con personas de otras razas, ya que aquí la pertenencia a ese colectivo mayoritario es precisamente el factor discriminatorio perseguido por la ley.

Nadie puede negar que hay grupos que han sufrido largo tiempo el flagelo de la defenestración en todas las facetas posibles, y tampoco nadie puede negar que en un país como el nuestro esa dinámica no tiene cabida, pero no podemos aceptar que la cantidad haga la calidad. Nuestro ordenamiento jurídico dispone de suficientes herramientas para exhibir una sensibilidad social que no se centre y se concentre solo en la igualdad formal, y es ahí donde los poderes públicos han de acudir para corregir desigualdades estructurales. Flaco favor le hacemos a la libertad, la justicia, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad si creamos de la nada, o en nombre de un castigo colectivo, una igualdad de dos velocidades en función de parámetros inaceptables.

El matiz que acabamos de introducir sobre grupos históricamente discriminados nos lleva a preguntarnos si el mandato constitucional de igualdad impone un tratamiento uniforme a los colectivos pertenecientes a una misma categoría, así como si toda discriminación fundada en rasgos grupales ha de ser tratado por un igual. Piénsese en la categoría de la raza, que integra – por ejemplo – tanto la raza blanca como la raza negra, sin que ambas hayan sufrido por un igual el yugo del ostracismo social. Esa visión más profunda sobre los colectivos nos permite, también, percatarnos de que la dicotomía intragrupal-intergrupala no es rígida, como demostraría que incluso dentro de los grupos tradicionalmente privilegiados hay subgrupos igualmente discriminados desde tiempo inmemorial. Piénsese en la población blanca homosexual, que por blanca tenía más derechos que la de otras razas, pero por homosexual tenía más limitaciones que el resto de los integrantes de su colectivo (si es que acaso la taxonomía racial es correcta); piénsese también o en la población blanca no propietaria, que ha tenido restringido durante siglos el acceso al sufragio por más blanca que fuera⁵⁷², o en la población también blanca que, por razón de religión, carecía de la plenitud de los derechos civiles⁵⁷³.

Sendas preguntas nos conducen de manera natural hacia otra de las grandes clasificaciones propuestas para la igualdad, quizá la de corte más clásica y para algunas superada⁵⁷⁴, que es la que distingue entre la igualdad formal (también calificada *de iure*⁵⁷⁵) y la igualdad material (también calificada de real o

⁵⁷² Kant distinguió entre ciudadanos activos y ciudadanos pasivos. Estos eran los que carecían de la necesaria independencia civil, que el filósofo relacionaba con su condición de propietario, ya que al carecer de autonomía material bastante no podían ejercer la ciudadanía en plenitud e independencia del poder de otros (vid. KANT, I.: *Metafísica de las costumbres*, cit., pp. 143-144; CUBO UGARTE, O.: “Ciudadanía e “independencia civil” en Kant”, *Revista de Teoría y Filosofía Política Clásica y Moderna*, vol. 1, n.º 1, pp. 155-156).

⁵⁷³ En la historia española reciente, vemos el ejemplo de los protestantes durante una buena parte de la dictadura franquista. Si bien nunca se practicó una discriminación explícita, la apertura de sus lugares de culto se retrasaba *sine die* sin razón alguna o bajo cualquier pretexto, y era frecuente que su condición de protestantes les granjeara calificativos de comunistas y masones, epíteto que sí permitía que cayera sobre ellos todo el peso de la ley (vid. VILLAR JIMÉNEZ, J.B.: “Los protestantes españoles: La doble lucha por la libertad durante el primer franquismo”, *Anales de Historia Contemporánea*, n.º 17, *passim*, pp. 263-266). En Inglaterra y en Escocia, no así en Irlanda, no fue hasta la *Roman Catholic Relief Act* de 1829 que se reconoció a los católicos el derecho de sufragio activo y pasivo (vid. DAVIS, R.W.: “The House of Lords, the Whigs and Catholic Emancipation”, *Parliamentary History*, vol. 18, pp. 23-43; <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo4/10/7/data.pdf>).

⁵⁷⁴ REY MARTÍNEZ, F.: *El derecho fundamental...*, cit., p. 25; FERNÁNDEZ SEGAGO, F.: “El principio de igualdad...”, cit., pp. 90-92; BAÑO LEÓN, J.M.: “La igualdad como derecho...”, cit., p. 190.

⁵⁷⁵ DIDIER, M.M.: *El principio de igualdad...*, cit., p. 20.

de oportunidades⁵⁷⁶). A su vez, esta división servirá de engarce para sacar a escena otras palabras clave en materia antidiscriminatoria, como son acción positiva, discriminación positiva, discriminación inversa o discriminación indirecta. Tratar de dar respuesta a los interrogantes que todos esos términos plantean es tarea indispensable en el desbrozamiento que nos conduce hacia el terreno donde se encuentran los delitos de odio, ya que estos tienen una íntima conexión con todos ellos.

La igualdad formal comparte algunos rasgos con la homónima que hemos visto en la taxonomía anterior, pero del mismo modo existen rasgos disímiles como para afirmar que no podemos trasladar aquí todo lo dicho allí. Por “formal”, hemos dicho que se entiende aquella igualdad frente a la ley y su aplicación, de tal suerte que no se pueda ni privilegiar ni relegar injustificadamente a ninguna persona y, con especial énfasis, a colectivos con nombres y apellidos. Véase que la primera parte de la definición es coincidente con la antedicha, pero la segunda parte cambia ostensiblemente porque esta igualdad formal no distingue de sentidos amplios o estrictos y es omnicomprensiva de toda desigualdad desprovista de motivación *secundum legem* (en la mayoría de los ordenamientos actuales, *secundum Constitutionem*).

Por su parte, la igualdad material, real o de oportunidades tiene un contenido más jurídico que fáctico por cuanto se predica, como su primera y tercera nomenclatura indican a las claras, de las situaciones *de facto* en las que las personas se desenvuelven. Esta idea surge principalmente durante el siglo XIX como una reacción del movimiento obrero frente al reconocimiento formal de la igualdad en el proceso codificador para todos los ciudadanos sin distinciones en la estricta formulación legal⁵⁷⁷. Tras esa literalidad normativa, que *prima facie*, no distinguía en la capacidad para contratar, en la idéntica aplicación de las penas para todo delito o en la educación, se escondían situaciones económicas y sociales que revelaban abismos en las posibilidades efectivas de que todos partieran de la misma posición para contratar, criminalizaciones sistémicas de ciertos grupos o deficiencias de calado en el acceso a la educación.

A nivel del articulado constitucional, la igualdad formal se ubicaría en la ya vista literalidad del artículo 14 CE, en tanto que la igualdad material lo haría en el artículo 9.2 CE. Este precepto tiene una clara influencia italiana a partir del segundo apartado de su artículo 3.1, que afirma “Corresponde a la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad del ciudadano, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”⁵⁷⁸. En el país transalpino, esta previsión siempre se ha reputado de pleno valor normativo y así se considera que

⁵⁷⁶ REY MARTÍNEZ, F. *Derecho antidiscriminatorio*, cit., p. 35. Quizá el término “real” conduzca a equívocos porque cabría interpretar que apunta a una igualdad jurídicamente (formalmente) irreal cuando, para serlo real, simplemente habría que comprobar su reconocimiento en algún texto de *ius cogens*. Vid. también PÉREZ LUÑO, A.E.: *Dimensiones...*, cit., p. 36.

⁵⁷⁷ Ibid., p. 35.

⁵⁷⁸ <https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione/principi-fondamentali/articolo-3>.

debería ser en España por contribuir al entendimiento unitario de lo que ha de ser la igualdad⁵⁷⁹, si bien es cierto que en Italia la igualdad se encuentra integralmente en el artículo 3 de su Constitución⁵⁸⁰.

La principal diferencia con el precedente italiano es que, en él, se entiende que su artículo 3.1 solo interpela al poder legislativo⁵⁸¹. En cambio, en España, y al igual que sucedía con la igualdad *ex* artículo 14 CE, se plantea si el artículo 9.2 CE vincula solo a uno de los tres poderes, a dos o solo a uno de ellos. Estructuralmente, y habida cuenta de su amplia dicción (“Corresponde a los poderes públicos”), se considera que no se circunscribe al ámbito legislativo, sino que afecta también a los otros dos poderes.

La igualdad plena se encontraría, por lo tanto, en la intersección entre el reconocimiento de la igualdad formal y la puesta a disposición de la ciudadanía de herramientas suficientes para facilitar la conversión de la potencia normativa en acto fáctico. Ello requeriría una involucración determinante por los poderes públicos, en la mayoría de las ocasiones sostenida en el tiempo, que asegurara la elevación de ciertos grupos por encima de sus limitaciones estructurales para lograr esa nivelación que dotara de pleno sentido al derecho a la igualdad.

La igualdad se configura, así, también como un mandato para esos poderes públicos en tanto que legítima aspiración de los colectivos para quienes el derecho a la igualdad sea una Ítaca siempre esquiva, en franco contraste para quienes llevan años viviendo entre sus muros y disfrutando de las comodidades del palacio real. Esta vertiente del derecho a la igualdad es, lógicamente, más exigente para quienes se obligan a ella que una colección de palabras que, cual acto performativo, parecieran tener efectos mágicos sobre la parcela de realidad que están llamadas a tratar. La sistemática a la que apunta la existencia de dos preceptos distintos es la que distingue entre un derecho fundamental y un principio. El primero sería exclusivamente el consagrado por el artículo 14 CE, esto es, la igualdad formal mientras que el segundo sería exclusivamente el consagrado por el artículo 9.2 CE, esto es, la igualdad material: la aplicación del artículo 53 CE no dejaría margen aparente para otra solución. En esta tesitura, este principio solo resultaría de aplicación a los poderes públicos a fin de que el resultado fuera un ordenamiento jurídico orientado a ese objetivo, pero no integraría parte del contenido esencial del derecho subjetivo a la igualdad *ex* artículo 14 CE⁵⁸².

⁵⁷⁹ GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como estado social y democrático de derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 64.

⁵⁸⁰ La primera parte del mencionado artículo 3.1 afirma que: “Todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales.” (vid. <https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione/principi-fondamentali/articolo-3>). La similitud de ese primer párrafo con nuestro artículo 14 CE es reseñable.

⁵⁸¹ ALONSO GARCÍA, E.: “El principio de igualdad...”, cit., p. 79.

⁵⁸² BAÑO LEÓN, J.M.: “La igualdad como derecho...”, cit., pp. 190-192; GARRORENA MORALES, A.L.: *El Estado español...*, cit., p. 48.

Algunos autores, sin embargo, se han decantado por admitir la posibilidad de que el artículo 9.2 CE articule un derecho que se conecte con el del artículo 14 CE en el sentido de no recibir un trato que impida la igualdad real⁵⁸³. Se anudaría, de algún modo que todavía no se ha concretado por quienes abogan por esa postura, un sistema sancionador para sus incumplimientos, que se darían tanto por la inexistencia total o parcial medidas tendentes a lograrlo como por la notoria insuficiencia o inadecuación de las adoptadas⁵⁸⁴. Frente a esta visión se alzan quienes niegan tal derecho a un trato diferenciado compensatorio (aunque lo permite en línea de principio)⁵⁸⁵ porque tendría una correlativa obligación de exigir a los poderes públicos corregir situaciones de discriminación por indiferenciación⁵⁸⁶. Lo anterior no negaría, claro está, que ese artículo 9.2 CE se erija en fuente justificadora de las distinciones en su juicio de razonabilidad, pero sin llegar a tornarse en un deber para los poderes públicos⁵⁸⁷ en el marco de una relación compleja entre ambos preceptos⁵⁸⁸.

Decíamos unas líneas más arriba que algunos tienen por superada la división categórica entre igualdad formal e igualdad material a la que apuntaría esa dicotomía derecho fundamental-principio. El principal flanco por el que esta separación y contraposición se ven desbordadas es el de la juridicidad con el que se aborda, ya que es indudable que entre el dicho y el hecho siempre mediará algún que otro trecho. En efecto, lo que se discute en Estados sociales y democráticos de Derecho como el nuestro⁵⁸⁹ es que lo jurídico no pueda inmiscuirse en las dinámicas relacionales a fin de lograr precisamente que ese dicho se acerque lo máximo posible al hecho. Es más, según apuntábamos *ut supra*, un Estado social no puede descuidar el telón de fondo en el que se van a desarrollar todos los derechos y principios que rigen la vida social, política y económica, y de ahí que esté llamado a implementar cuantos mecanismos estén a su alcance para salvar las brechas sociales.

Además, la realidad de las cosas nos demuestra que ambas igualdades no representan compartimentos estancos ni alcanzan las consecuencias esperables con base en sus presupuestos. La igualdad formal no está reñida con discriminaciones no tan pasadas que hoy son inasumibles, mientras que los criterios que integran la igualdad material pueden tenerse en cuenta en el canon sobre la igualdad formal. Solo así se explica, en el primer caso, que durante un siglo la Constitución belga consagrara la igualdad

⁵⁸³ ESPARZA REYES, E.: *La igualdad como no subordinación*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2017, pp. 144, 149, 152; COBREROS MENDAZONA, E.: “Discriminación por indiferenciación. Estudio y propuesta”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 81, p. 108; SUAY RINCÓN, J.: *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, pp. 32-33.

⁵⁸⁴ DÍAZ REVORIO, F.J.: *Discriminación...*, cit., pp. 50-59 y 79. El autor asume que, tanto en la doctrina como en los pronunciamientos del TC, esta postura no está asentada.

⁵⁸⁵ BALAGUER CALLEJÓN, M.L.: *Igualdad y Constitución española*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 33.

⁵⁸⁶ Precisamente Díaz Revorio considera que esta indiferenciación es la que justifica la fusión entre sendos preceptos, ya que para asegurar la igualdad del artículo 14 CE es necesario atacar los desiguales puntos de partida de ciertos colectivos gracias al 9.2 CE (vid. DÍAZ REVORIO, F.J.: *Discriminación...*, cit., pp. 58-59). En sentido opuesto a un deber de corregir la desigualdad por indiferenciación, vid. Díez-Picazo, L.M.: *Sistema de derechos fundamentales*, cit., p. 188, así como REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., p. 47.

⁵⁸⁷ BILBAO UBILLOS, J.M.: “Discriminación...”, cit., p. 396.

⁵⁸⁸ RUIZ MIGUEL, A.: *La igualdad...*, cit., p. 40.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 37.

formal de todos los ciudadanos y las mujeres no pudieran acceder ni a la magistratura ni al voto⁵⁹⁰; en el segundo caso, el establecimiento de los puntos en común o las diferencias con el *tertium comparationis* pasará necesariamente por observar las condiciones sociales en las que se desenvuelven las muestras de la comparación lo que inevitablemente supone fijarse en la materialidad de sus circunstancias vitales⁵⁹¹. El artículo 9.2 CE vendría a integrar, también, el canon de razonabilidad en relación con el artículo 14 CE en el sentido de que una diferenciación facial que tenga como objetivo alcanzar los propósitos contemplados en aquel artículo ha de modular la respuesta que dar a un derecho subjetivo ejercido con base en este artículo: se trata de la *affirmative action* que ha aparecido al hablar del Derecho estadounidense, también conocida en la doctrina anglosajona como *benign discrimination* o *reverse discrimination*⁵⁹².

La igualdad formal y material representan, a mayor abundamiento, dos de los componentes que se encuentran insertos en el corazón de nuestro sistema normativo. En lo que atañe a la formal, es tributaria del Estado liberal, del que hemos heredado una panoplia de derechos considerados garantías imprescindibles para controlar la tendencia de los poderes estatales a expandirse por doquier. En lo que atañe a la material, es una igualdad hija del Estado social⁵⁹³, que surge como respuesta a una visión excesivamente burguesa del poder político, que se preocupaba por mantener apenas unos pocos derechos predilectos para las capas gobernantes. De los dos tipos de Estado, nuestra Constitución solo alude nominalmente al segundo, pero no es menos cierto que con el Estado de Derecho incorpora esa alusión a un garantismo que suele considerarse inseparable de esa expresión.

Sin embargo, hay propuestas que trasladan al caso español el principio antisubordinatorio visto al hablar de Estados Unidos y entienden no ya que es compatible por mor de la unión entre los artículos 9.2 y 14 CE, sino que consideran que el artículo 14 CE puede interpretarse en clave antisubordinatoria sin recurrir a ese artículo 9.2 CE⁵⁹⁴. Con esta aproximación es que se entiende que el artículo 14 CE solo acoge el principio antisubordinatorio y no el antidiscriminatorio, lo que significa que la igualdad en esos términos no cubriría el trato desigual irrazonable cuando los afectados no pertenecen a colectivos subordinados⁵⁹⁵.

Desde un punto de vista textual y sistemático, una propuesta de ese tenor es inasumible porque ignora lo uno y lo otro. El artículo 14 CE habla claramente del colectivo constituido por todos los españoles, sin distinguir entre los subordinados y los no subordinados, distinción que está también palmariamente

⁵⁹⁰ BAÑO LEÓN, J.M.: “La igualdad como derecho...”, cit., p. 189.

⁵⁹¹ DÍAZ REVORIO, F.J.: *Discriminación...*, cit., p. 50; GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español...*, cit., p. 64; AROZAMENA SIERRA, J.: “Principio de igualdad y derechos fundamentales”, en MINISTERIO DE JUSTICIA: *XI Jornadas de estudio: El principio de igualdad en la Constitución española*, vol. I, 1991, pp. 424-426.

⁵⁹² ALONSO GARCÍA, E.: “El principio de igualdad...”, cit., pp. 78-82.

⁵⁹³ BAÑO LEÓN, J.M.: “La igualdad como derecho...”, cit., p. 189.

⁵⁹⁴ ESPARZA REYES, E.: *La igualdad...*, *passim*, pp. 111-142.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 224.

ausente en el segundo inciso al hablar de la discriminación por motivos tasados. Por otro lado, el artículo 9.2 CE atribuye a los poderes públicos la responsabilidad de promover las condiciones de libertad y de igualdad, precepto que carecería de todo sentido por reiterativo si es que acaso el artículo 14 CE ya contuviera esa igualdad como priorización de colectivos desaventajados. Es semánticamente contradictorio entender que se debe promover lo que se tiene la obligación de cumplir por un mandato constitucional que confiere un derecho subjetivo.

Puesto que la igualdad tiene carácter transversal, seguir un planteamiento de este tipo es doblemente perjudicial porque permitiría tratos diferenciales con base en la idea de subordinación para los más variados derechos. Todo derecho fundamental podría reinterpretarse con base en esta concepción de la igualdad para priorizar a esos colectivos minoritarios. La presunción de inocencia podría ser más intensa cuando el investigado o acusado pertenece a esos colectivos para compensar los sesgos con los que el Juzgado actúe, el sistema público de salud podría ofrecer mejores prestaciones a colectivos minoritarios porque su capacidad económica es inferior y pueden recurrir con menor facilidad a la sanidad privada, o el derecho a voto de esos colectivos minoritarios podría privilegiarse para romper la regla de un voto, una persona. Cualquiera de esas políticas sería consecuencia lógica de igualdad como solo antisubordinación.

Evidentemente, las propuestas destinadas a mejorar las condiciones de igualdad de los colectivos subordinados son admisibles en nuestro ordenamiento jurídico, pero no se puede convertir en algo estructural que acaba limitando de una manera tan desorbitada el derecho a la igualdad de quienes se cuentan entre las filas de grupos no subordinados. No es posible que el mecanismo predeterminado que el ordenamiento jurídico articule sea la desprotección *sine die* de esos grupos no subordinados frente a la discriminación para lograr elevar la posición social, económica y política de los subordinados. Y todo ello sin considerar los patentes problemas prácticos de mantener un estatus quo que exige que los grupos mayoritarios, que son los que copan las instancias de gobierno, actúen sistemáticamente en detrimento propio.

Una vuelta de tuerca a lo anterior, y que no deja de ser un corolario de entender la igualdad como no subordinación, es predicar el principio antisubordinatorio de la eficacia horizontal de la igualdad⁵⁹⁶, lo que nos daría que los particulares *únicamente* no podrían discriminar si los perjudicados pertenecen a esos colectivos subordinados, propuesta que también han formulado otros autores que no parten en abstracto de la igualdad como no subordinación⁵⁹⁷. Por lo tanto, los particulares solo discriminarían improcedentemente frente a otros particulares si su actuación fuera desproporcionada, pero difícilmente podría achacárseles una arbitrariedad cuya interdicción está reservada en exclusiva a los

⁵⁹⁶ Ibid., p. 145.

⁵⁹⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: "Autonomía privada y derechos fundamentales", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, n.º1, p. 113.

poderes públicos *ex* artículo 9.3 CE. En sede de particulares, algunos autores prefieren emplear la dicotomía simetría-asimetría⁵⁹⁸.

Esta propuesta es acreedora, a nuestro entender, de más críticas que las formuladas para el entendimiento general de la igualdad como antisuordinación. Dados los menores corsés con los que esos particulares actúan en materia de arbitrariedad, cuesta ver cómo cabría conjurar en la práctica los lindes a su capacidad discriminadora frente a colectivos no subordinados. Por otro lado, ni siquiera la proporcionalidad parecería predicable de unos particulares cuya acción no se inserta en un programa más amplio, como en el caso de los poderes públicos, de revertir el sometimiento de ciertos grupos, sino que es realmente fruto de un reconocimiento de una libertad para discriminar siempre que se advierta que los destinatarios no están sometidos a ese yugo social. La simetría o asimetría no es un requisito suficiente porque no podemos prescindir de la construcción hecha en el ámbito laboral y, más en general, contractual cuando se den los requisitos que dedujimos.

La capacidad diferencial para discriminar reconocida a los particulares trasciende con creces la legítima aspiración de lograr una sociedad más igualitaria e institucionaliza la discriminación por los motivos más abominables solo porque el sujeto pasivo pertenece a un colectivo discriminado. Pagando mal por mal se legaliza también la venganza por un, por otro lado, más que comprensible resentimiento de quienes se integran en grupos que históricamente han pertenecido a los márgenes del sistema. Se subvierte de un modo tal que la discriminación que criterios como la raza, el sexo, la religión o las creencias son, en ese escenario, argumentos válidos para diferenciar ante el beneplácito del ordenamiento jurídico, y es que se mire como se mire, cuando una persona perteneciente a un colectivo subordinado se niega en un restaurante a servir a alguien perteneciente a un colectivo no subordinado, actúa movido por uno de los criterios expresamente vedados por el artículo 14 CE. Los buenos fines no comunican su bondad a cualesquiera medios queramos emplear y creemos que este es uno de esos casos.

La única solución que concebimos para la eficacia horizontal de la igualdad radica en la obligación de respetar su vertiente *ante y en* la ley. Puesto que el poder legislativo, en su conformación de la ley, no está habilitado para incurrir en desigualdades ni en discriminaciones basadas en motivos tasados, incurriría en ellas si permitiera por ausencia legislativa que los particulares estuvieran capacitados para discriminar. Sería este un caso distinto al de situar en el poder judicial la tarea de corregir discriminaciones entre particulares, ya que este poder se debe a la legalidad, mientras que el poder legislativo está también vinculado por esa legalidad – sobre todo constitucional –, pero tiene la potestad para desarrollar los derechos fundamentales. La igualdad entre los particulares sería, pues,

⁵⁹⁸ SABA, R.P.: “Igualdad de trato entre particulares”, *Lecciones y Ensayos*, n.º 89, pp. 274-276.

uno de esos contenidos que es necesario que cuenten con desarrollo legislativo, lo que solo está en manos del poder legislativo⁵⁹⁹.

Se nos podría decir que la posibilidad de discriminar entre los particulares no sería, *prima facie*, discriminatoria porque todos podrían hacerlo por un igual. No obstante, no podemos desconocer que el poder no está repartido homogéneamente en la sociedad y algunos sufrirían mayor discriminación que otros, lo que exige una actuación de los poderes públicos conforme al artículo 9.2 CE. En ese marco constitucional, la actuación del poder legislativo pasaría por impedir todo tipo de discriminaciones con independencia de si su destinatario es un grupo subordinado o no, ya que todos tienen por un igual derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación *stricto sensu*.

De este modo, los particulares deberían acreditar una razón suficiente para distinguir por los motivos constitucionalmente vetados. La exigencia aquí debería ser menor que para los poderes públicos por cuanto no es una exigencia directa del precepto constitucional, y bien podría aducirse para esa razonabilidad el ejercicio de derechos fundamentales *stricto sensu*. De lo contrario, algunos de esos derechos fundamentales prácticamente quedarían sin espacio en el que desenvolverse porque una parte sustancial de su contenido viene determinado por la elección entre los criterios explícitos del artículo 14 CE. Es de ver que este posicionamiento tendrá un efecto directo en la consideración del bien jurídico adscrito a artículos como el 510 CP.

Antes de finalizar esta reflexión, es conveniente que nos detengamos en las diferentes modalidades discriminatorias; aunque la discriminación sea una sola conceptualmente, puede mostrar varios rostros y es necesario conocerlos. Hay autores que atribuyen esta panoplia de formas a la evolución de la discriminación⁶⁰⁰ y seguramente no les falte razón, pero junto a ello hay que considerar la especial atención que diversas áreas del saber han puesto en ello, lo que ha ayudado a sistematizarlas. El artículo 6 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, contiene todas las categorías que vamos a ver y también incluye otras definiciones que son más actos que formas discriminatorias como muy atinadamente se ha señalado⁶⁰¹, por lo que siempre incorporaremos su definición legal. Empezaremos por la dupla discriminación directa-discriminación indirecta. La primera se define en el artículo 6.1a) de la Ley 15/2022 como “la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2”⁶⁰². Viene definida por la afectación al derecho a la igualdad en virtud de una

⁵⁹⁹ REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., p. 39.

⁶⁰⁰ GARCÍA MURCIA, J.: “La Ley 15/2022...”, cit., p. 16.

⁶⁰¹ Ibid., p. 17. Esos actos son la inducción, orden o instrucción de discriminar y las represalias.

⁶⁰² Ese artículo 2.1 dice que “Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad,

norma o práctica que trata injustificadamente de manera desigual a una persona por alguno de los motivos del artículo 14 CE, debiendo concurrir tres requisitos: trato menos favorable, referencia comparativa y característica protegida⁶⁰³.

Por su parte, la discriminación indirecta se produce, por mor del artículo 6.1b, cuando “una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2. No exhibe formalmente criterios prohibidos para distinguir entre las personas, lo que haría de ella en apariencia una norma o práctica neutra desde esa perspectiva, pero que tiene un impacto en forma de desventaja para una persona de esos colectivos”⁶⁰⁴. La necesidad de crear esta segunda categoría se explica por lo visto en Estados Unidos sobre las discriminaciones faciales y las facialmente neutras, es decir, no atender solo a lo que formalmente el papel diga – intenciones discriminatorias encubiertas – ni tampoco a la verdadera intención de los poderes públicos – intenciones no discriminatorias, pero efectos que sí lo son – ⁶⁰⁵.

Por otro lado, tenemos la discriminación por asociación, que según el artículo 6.2a) de la Ley 15/2022 se produce “cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo 2 de esta ley, es objeto de un trato discriminatorio”. Recae no sobre personas de los colectivos especialmente protegidos, sino sobre quienes se relacionan con ellos aun no perteneciendo a ellos⁶⁰⁶. Huelga decir que ese tipo de relación lo es siempre en términos favorables, lo que genera ser el blanco de discriminaciones por quienes quieren cortar las alas a cualquier conato de normalización o integración social al perseguir no solo a sus miembros, sino a quienes les apoyan. No hemos de confundir este tipo con la discriminación por error, en la que el sujeto activo actúa movido por la falsa creencia de que el sujeto pasivo de la discriminación integra el grupo diana⁶⁰⁷ (según el artículo 6.2b de la Ley 15/2022: “es aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas

discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.” Tras el elenco de motivos discriminatorios, algunos tan amplios como la “situación socioeconómica”, mantener la cláusula de cierre del artículo 14 CE para indicar que se puede discriminar prácticamente por cualquier diferencia interpersonal.

⁶⁰³ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 31; VVAA: *Manual pràctic...*, cit., pp. 24-25; REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., pp. 70-71; MAKKONEN, T.: *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination*, Institute For Human Rights – Åbo Akademi University, Turku, 2002, p. 4.

⁶⁰⁴ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 31; VVAA: *Manual pràctic...*, cit., pp. 24-25; MAKKONEN, T.: *Multiple...*, cit., p. 4; REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., pp. 100-107. Este último autor distingue la discriminación indirecta de la oculta, categoría esta última que estaría pensada para discriminaciones encubiertas o disfrazadas deliberadamente por el sujeto activo (vid. REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., pp. 132-133). A nuestro entender, la indirecta también la cubriría y se podría plantear como una subespecie de tal suerte que las indirectas se dividan según la intención en discriminación advertida indirecta (u oculta) y discriminación inadvertida indirecta.

⁶⁰⁵ REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., p. 101.

⁶⁰⁶ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., pp. 30-31. El autor lo ejemplifica con la discriminación sufrida por miembros de ONG dedicada a la integración de inmigrantes africanos, sin que esos miembros conformen el grupo auxiliado. Vid. también VVAA: *Manual pràctic...*, cit., pp. 25-26 y REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., pp. 133-134.

⁶⁰⁷ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 31; VVAA: *Manual pràctic...*, cit., pp. 26-27; REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., p. 132.

discriminadas.”) A diferencia de en su modalidad asociativa, la errónea no parte de la base de que, al ayudar a esos grupos se pertenece a él, sino que prescinde de ello para creer en esa pertenencia, aunque evidentemente el sujeto activo pueda tomar en consideración datos fácticos como esa ayuda para formarse su juicio errado.

El último tipo de discriminación es la múltiple, que como su nombre indica se basa en la concurrencia en un mismo sujeto de diferentes características de los grupos aludidos en el artículo 14 CE. En función de cómo interactúan esos rasgos diversos suele distinguirse entre discriminación aditiva (o múltiple *stricto sensu*) e interseccional, donde en el primer caso somos capaces de separar nítidamente los diferentes motivos discriminatorios por darse en momentos diferentes, mientras que en el segundo caso se dan en unidad de acto y como causas concomitantes⁶⁰⁸. La ley, en su artículo 6.3a), de todos modos, admite simultaneidad temporal en la múltiple *stricto sensu* al decir que: “Se produce discriminación múltiple cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas en esta ley”⁶⁰⁹. Aunque no se explicita, es evidente que si existe la discriminación múltiple es porque existe la discriminación que podríamos llamar singular o monocausa.

La discriminación múltiple o interseccional nos permite poner encima de la mesa un fenómeno que bien podría calificarse de invisibilización discriminatoria dentro de los propios grupos discriminados. Así, los primeros movimientos feministas buscaron unificar alrededor del sexo o género (luego veremos los matices de cada concepto) todas las discriminaciones que sufrían las mujeres, sin reparar en que las mujeres no constituyen un grupo monolítico. Por el contrario, se trata de un conjunto de personas que, aunque compartan ese sexo o género, pueden ostentar otras características diferentes entre sí que no son precisamente residuales, como puede ser la raza o la orientación sexual⁶¹⁰. Algo similar ocurre si seleccionamos cualquier otro criterio, véase la raza, y consideramos monolítico todo el conjunto de personas que la comparten, obviando las otras características que pueden exhibir esas personas⁶¹¹.

A partir de aquí, las combinaciones que pueden sucederse son variopintas y, salvo la dupla directa-indirecta y singular/monocausa-múltiple, no parece haber problema para esa mezcla.

Mención aparte merece el acoso discriminatorio, que la Ley 15/2022 individualiza en su artículo 6.4 con la siguiente definición: “Constituye acoso, a los efectos de esta ley, cualquier conducta realizada

⁶⁰⁸ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., pp. 31-32; VVAA: *Manual pràctic...*, cit., pp. 29-31; REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., pp. 142-143; MAKONEN, T.: *Multiple...*, cit., p. 10.

⁶⁰⁹ Por otro lado, la interseccional se define así en el artículo 6.3b de la misma norma: “b) Se produce discriminación interseccional cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación.”

⁶¹⁰ MAKONEN, T.: *Multiple...*, cit., p. 19.

⁶¹¹ *Ibid.*, p. 20.

por razón de alguna de las causas de discriminación previstas en la misma, con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona o grupo en que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.” Para la ley, el acoso siempre será discriminatorio y por ello parece prescindir de ese epíteto por redundante, pero no es menos cierto que en el articulado se intercalan la palabra acoso y la expresión acoso discriminatorio. Es poco sistemático, además, definir un concepto prescindiendo del adjetivo que lo conforma cuando se pasa a definir ese concepto.

Esa falta de sistemática se observa, asimismo, en su comparativa con otras normas que definen el mismo concepto, por más que lo hagan desde materias concretas como el género o la discapacidad. Así, el artículo 28.1d) de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, leemos que, en materia de igualdad de trato, el acoso (presumimos que es un acoso discriminatorio) es “toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo.” Otra norma que regula el acoso es el artículo 2.f) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que lo define como “toda conducta no deseada relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.” Finalmente, el artículo 172 ter CP exige en el acoso, susceptible de agravarse por las causas discriminatorias *ex* artículo 22.d CP, actuar “de forma insistente y reiterada”, lo que es incompatible con que la Ley 15/2022 predica el acoso también de un acto aislado.

Por otro lado, el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, define el acoso por razón de sexo como “cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.” En este caso, la falta de correspondencia integral entre uno y otro precepto hace que nos preguntemos si una ley ordinaria puede modificar el contenido de una ley orgánica – en lo tocante a la discriminación por razón de género – al introducir la hostilidad. Más adelante volveremos sobre ello.

e) Acción positiva y discriminación positiva

Acabaremos esta exposición con las que son, seguramente, las categorías que más juego han dado en las últimas décadas. La primera categoría sobre la que hablaremos es la acción positiva, cuyo origen

suele encontrarse en la India como medidas para superar las desigualdades por castas⁶¹². Empezaremos por su definición legal conforme al artículo 6.7 de la Ley 15/2022: “Se consideran acciones positivas las diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social. Tales medidas serán aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican y habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan.” La dicción de la ley es tan omnímoda que ha dado lugar a variedad de interpretaciones, con definiciones doctrinales tan amplias como que la acción positiva es toda medida o plan normativizado en términos amplios que busca eliminar las desigualdades o discriminaciones intergrupales⁶¹³.

Para algunos, la acción positiva apela a la igualdad de oportunidades como complemento necesario a la igualdad de trato y se basan en la idea de que no todos partimos desde el mismo punto en la carrera social, por lo que deben buscarse mecanismos niveladores en atención a ese momento inicial⁶¹⁴. Para otros, la acción positiva designa un conjunto de medidas de muy variada índole dirigidas a favorecer a personas que sufren o han sufrido discriminación por poseer algún rasgo inmutable ligado a su dignidad como ser humano, de tal suerte que se persiga reducir la desventaja estructural, la desigualdad entre colectivos y alcanzar mayores cuotas de igualdad real⁶¹⁵. Para otros, la acción positiva es todo trato formalmente desigual cuya finalidad es avanzar hacia la igualdad sustancial – o material – incidiendo en la igualdad de oportunidades, sobre todo si los beneficiados forman parte de grupos tradicionalmente relegados prefiriendo evitar la connotación de discriminación inversa como sinónimo de acción positiva por las connotaciones peyorativas que tiene ese término⁶¹⁶.

Para otros, la acción positiva tendría a fijarse más en las desigualdades *de facto* para perseguir tendencialmente – sea directa o indirectamente – la igualdad de resultados en una justicia diferencia por razón de los grupos de pertenencia⁶¹⁷. Mediante esta acción positiva, se persigue redistribuir mejor los bienes sociales⁶¹⁸ a partir de situaciones de asimetría y lograr así la transformación social⁶¹⁹. Esta última acepción bebería del primer apartado de la Recomendación 84/635/CEE, de 13 de diciembre de

⁶¹² ESPARZA REYES, E.: *La igualdad...*, cit., p. 27; MARTÍN VIDA, M.A.: *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid, 2003, p. 35.

⁶¹³ BARRÈRE UNZUETA, M.A.: “Igualdad y discriminación positiva: un esbozo de análisis teórico-conceptual”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 9, pp. 18-19. La autora, consciente de la generalidad de la definición, expone que las diferentes opciones políticas hacen imposible una definición neutral. Vid. también ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I.: “Las acciones positivas en favor de la mujer en España: pasado, presente y futuro”, *Derecho y Cambio Social*, n.º 64, p. 55.

⁶¹⁴ REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., p. 107; RUIZ MIGUEL, A.: *La igualdad...*, cit., p. 59; MAKONEN, T.: *Multiple...*, cit., p. 5.

⁶¹⁵ MARTÍN VIDA, M.A.: *Fundamentos...*, cit., p. 35.

⁶¹⁶ Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 197.

⁶¹⁷ RODRÍGUEZ-PINERO BRAVO-FERRER, M.: “Los contornos...”, cit., p. 25.

⁶¹⁸ XENIDIS, R. y MASSE-DESSEN, H.: “Positive action in practice: some dos and don’ts in the field of EU gender equality law”, *European Equality Law Review*, n.º 2, pp. 36-37; MCCOLGAN, A.: “Discrimination, equality and the law”, *Human Rights Law in Perspective*, vol. 19, p. 89.

⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 70.

1984⁶²⁰, así como del artículo 141.4 del Tratado de Ámsterdam⁶²¹, cuya literalidad es la siguiente: “Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.”

La discriminación positiva, también conocida en ocasiones como discriminación inversa⁶²², se parecería a la acción positiva, pero se centraría más en una priorización directa concedida a ciertos grupos en función de su posición social⁶²³; sin embargo, dado que la acción positiva admitiría también su modalidad directa, existe algo de confusión por solapamiento. Para añadir más leña al fuego, hemos de considerar que la expresión “discriminación positiva” ha sido puesta en cuestión por autoras como BARRÈRE UNZUETA, quien discrepa de que el sustantivo discriminación sea correcto por la carga negativa que comporta y que sus detractores quieren poner así de manifiesto. Además, resultaría una *contradictio in terminis* porque su propósito es el de nivelar condiciones sociales de quienes no parten de la misma posición, por lo que no se trataría de convertir en positivo lo que es inicialmente negativo, sino en revertir discriminaciones intergrupales⁶²⁴. En ello, la jurista no ve una confusión inocente, sino un intento de desacreditar medidas que considera legítimas desde esa óptica de la igualación de grupos relegados, como el de las mujeres⁶²⁵.

Para distinguir ambas figuras, podemos recurrir a los criterios fijados por REY MARTÍNEZ: la acción positiva abarca todas las facetas de la vida social, atacan cualquier forma de discriminación social y no provocan daños colaterales en personas de grupos sociales mayoritarios; la discriminación positiva, en cambio, abarca aspectos concretos de la vida social, ataca discriminaciones muy específicas (principalmente, raza, género y discapacidad) y ocasiona esos daños colaterales que hemos hablado por la afectación directa a derechos de personas integrantes del grupo social predominante⁶²⁶.

⁶²⁰ El texto recomienda a los Estados que: adopten una política de acción positiva, destinada a eliminar las desigualdades de hecho de las que son objeto las mujeres en la vida profesional, así como a promover la participación de ambos sexos en el empleo, y que incluya medidas generales y específicas apropiadas, en el marco de las políticas y prácticas nacionales y que respeten plenamente las competencias de las partes sociales, al objeto de:

a) eliminar o compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres que trabajan o que buscan un empleo, de actitudes, comportamientos y estructuras basadas en la idea de una distribución tradicional de funciones entre hombres y mujeres, en la sociedad;

b) estimular la participación de la mujer en las distintas actividades de los sectores de la vida profesional en los que actualmente se encuentran infrarrepresentadas, en particular, los sectores de futuro, y en los niveles superiores de responsabilidad, con el fin de lograr una mejor utilización de todos los recursos humanos.”

⁶²¹ BARRÈRE UNZUETA, M.A.: “La acción positiva: análisis del concepto y propuesta de revisión”, *Jornadas sobre “Políticas locales para la igualdad entre hombres y mujeres”*, 11, 12 y 13 de diciembre de 2002, pp. 9 y 11. La autora se muestra muy crítica con que inicialmente fuera muy confuso si la acción positiva serviría como un instrumento para la consecución de la igualdad de trato o como algo más, que es por lo que ella aboga (vid. *ibid.*, pp. 8-9).

⁶²² En sus orígenes, la discriminación inversa era el término que acuñaron quienes se opusieron estructuralmente a la acción positiva por considerarla inconstitucional, o bien a cierto tipo de acciones positivas por ese mismo motivo (vid. BARRÈRE UNZUETA, M.A.: “Igualdad...”, cit., pp. 20-21).

⁶²³ XENIDIS, R. Y MASSE-DESSEN, H.: “Positive action...”, cit. p. 38.

⁶²⁴ BARRÈRE UNZUETA, M.A.: “Igualdad...”, cit., p. 23.

⁶²⁵ *Ibid.*, p. 24.

⁶²⁶ REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., pp. 113-114.

En conjunción con esos parámetros, también resulta útil la sistematización acometida por ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, que distingue entre medidas de igualdad en general y de igualdad específicas. Las primeras aludirían a decisiones destinadas a colectivos no discriminados tradicionalmente a fin de procurarles un acceso más fácil a bienes y servicios en cumplimiento de preceptos constitucionales (pone como ejemplo la fiscalidad progresiva y el abastecimiento de recursos básicos en todo el territorio nacional; las segundas, por exclusión, integrarían las acciones positivas e incidirían en esos grupos históricamente arrinconados con base en una combinación de los artículos 14 y 9.2 CE. Solo aquí hablaríamos en puridad de conceder derechos a favor de unos y en detrimento de otros. Ejemplos de políticas de este segundo tenor serían planes femeninos de conciliación laboral, acceso preferente a un puesto determinado a igualdad de méritos, o la reserva de puestos e incluso cuotas a favor de los discapacitados⁶²⁷.

Sobre el canon de igualdad que habría de aplicarse a estas medidas, algunos autores han defendido que tanto la acción como la discriminación positiva han de medirse conforme a un rasero distinto al juicio de igualdad de las discriminaciones más tradicionales porque, de someterse a él, difícilmente lo superarían⁶²⁸. Subyace en este planteamiento la idea de que la discriminación positiva puede resultar patológica si consideramos que tenderá a beneficiar a colectivos de los que cabe predicar algunas de las características *ex* artículo 14 CE. Esa finalidad potenciadora de la posición social que ostentan los grupos minoritarios sería el mecanismo justificador que permitiría salvar la inconstitucionalidad de este tipo de medidas por primera el fin al objetivo, ya que de otro modo no se entiende cómo se pretende que sobrevivan a los cánones de la igualdad.

En cambio, otros autores se han mostrado escépticos acerca de la constitucionalidad generalizada de este tipo de medidas auspiciadas por los poderes públicos. DÍEZ PICAZO cuestiona que, en la distribución de recursos escasos, se tengan en cuenta criterios de pertenencia a ciertos colectivos en lugar de una meritocracia vinculada al individualismo, que tiene por uno de los postulados básicos del Estado democrático de Derecho⁶²⁹. En tanto que con decisiones de ese tipo pueden afectarse a derechos de personas que, personalmente, no han contribuido a la situación de sojuzgamiento de colectivos, esas medidas deberían superar el juicio de proporcionalidad⁶³⁰ y en ningún caso deberían darse automáticamente por buenas solo porque persigan el objetivo de la igualdad sustancial⁶³¹.

Una variante de la relativización en la posición que ocupa esa acción positiva estriba en afirmar su compatibilidad con la Constitución, pero sin que resulte obligatoria su adopción, lo que también se

⁶²⁷ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I.: “Las acciones positivas...”, cit., p. 57.

⁶²⁸ SUAY RINCÓN, J.: *El principio de igualdad...*, cit., p. 54.

⁶²⁹ DÍEZ-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., pp. 197-198.

⁶³⁰ En estos mismos términos se ha expresado ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I.: “Las acciones positivas...”, cit., p. 54.

⁶³¹ DÍEZ-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 199.

predica de la discriminación inversa⁶³². En parte, esa opinión trae causa de no considerar esas medidas como imprescindibles ni necesarias para conseguir el fin de asignar bienes escasos a grupos especialmente desprotegidos⁶³³. El poder legislativo dispone de libertad en esta materia para elegir si implementar acciones positivas y, en caso de hacerlo, dispone de idéntica libertad en su configuración siempre que se mueva en los lindes constitucionales.

No es sencillo separar el grano de la paja en las construcciones vistas sobre la acción positiva, la discriminación positiva y la discriminación inversa. Parte del problema estriba en que estamos utilizando en ocasiones nomenclaturas procedentes no solo de otras lenguas, sino de otros ordenamientos jurídicos, cuya historia y sensibilidad jurídico-social no tienen por qué coincidir con la nuestra. Pero no todo es cuestión de semántica o de traducciones, sino que a ello se une la enorme dificultad de entender la igualdad tanto como igual trato a los iguales y desigual trato a los desiguales, es decir, de conjugar bajo un mismo paraguas la discriminación por diferenciación y la discriminación por indiferenciación.

Uno de los factores que más ha contribuido a ello ha sido la irrupción de la igualdad de oportunidades en nuestro panorama jurídico-constitucional en las últimas décadas como un mantra que incluso algunos ya creen superado a favor del siguiente estadio, la igualdad de resultados, en una evolución meteórica desde una posición muy criticada y residual hasta la posición que ocupa actualmente. La eliminación de barreras o privilegios sociales se ha convertido con el tiempo en una exigencia frente a los poderes públicos para permitir que las personas estén en idénticas condiciones de desarrollar todo su potencial, sin que hayan de claudicar frente a diferencias que imposibilitan ese análogo punto de partida⁶³⁴. Para ello, es indispensable un reparto de la riqueza, de los recursos naturales y de los sociales, con especial énfasis en la educación o la salud⁶³⁵.

Sin embargo, bajo la superficie de una igualdad de oportunidades puede esconderse una voluntad de alcanzar una igualdad de resultados o de éxito, cosa muy distinta a la igualdad de oportunidades. Incluso sin esa voluntad, al privar a los contendientes de las diferencias *ab initio*, es más sencillo que el resultado final sea más parejo por la igualación de sus presupuestos⁶³⁶. La pregunta que flota en el ambiente tanto en el caso de la igualdad de oportunidades como la igualdad de resultados es si conculca derechos de los particulares y, en caso de hacerlo, si es admisible o no su existencia en nuestro ordenamiento constitucional. Dicho esto, hemos de preguntarnos si es constitucional legislar directa o indirectamente para mejorar en términos generales o específicos las condiciones de ciertos

⁶³² RUIZ MIGUEL, A.: *La igualdad...*, cit., p. 63, nota 45.

⁶³³ La cuestión de los bienes escasos también se trata por Barrère Unzueta y le sirve para destacar que en su distribución siempre concurrirá una opción que descarta otras, lo que exige sacrificios para los menos beneficiados (vid. BARRÈRE UNZUETA, M.A.: "Igualdad...", cit., p. 19).

⁶³⁴ TAWNEY, R.H.: *Equality...*, cit., pp. 102-104.

⁶³⁵ Ibid., p. 112.

⁶³⁶ SARTORI, G.: *Democrazia: cosa è*, Rizzoli, Milano, 1993, p. 187.

grupos. Ese último sustantivo nos permite decir que, de la Constitución, no podemos inferir un derecho grupal a la igualdad porque, en línea de máxima, nuestro orden constitucional tiende más al individuo que al colectivo en sus garantías⁶³⁷. Cuando la Constitución pretende aludirse a colectivos, lo hace de manera explícita como ocurre en el artículo 2 CE, e incluso entonces no puede desgajarse de que esas autonomías y regiones son construcciones geográficas y no personales. En materia de igualdad, el primer inciso del artículo 14 CE no reconoce la igualdad al grupo de los españoles, sino que lo confiere a cada uno de los españoles porque sería absurdo sostener que el precepto piensa en no discriminar a quienes comparten esa españolidad frente a quienes no la posee; el precepto piensa, en cambio, en que los españoles entre sí y frente a sí son iguales.

Lo mismo podemos decir de todas y cada una de las causas de discriminación del segundo inciso del artículo 14 CE. Las personas que pertenecen a una misma raza (si acaso existe algo así), a un sexo, a un mismo credo o a una misma ideología son las titulares de ese derecho subjetivo a no ser discriminadas y no es el grupo definido por alguna de esas características. Las consecuencias de esa adscripción individual de derechos son beneficiosas para el individuo y, paradójicamente, también para el colectivo porque permiten inmediatamente proteger a aquel y, mediatamente, proteger a este por efecto reflejo. El caso de Violeta Friedman nos mostró cómo atacar la memoria de todos ataca la de cada uno⁶³⁸, portadores en su piel de la marca que recuerda lo que es imposible olvidar y a quienes está prohibido olvidar.

Someter la titularidad o el ejercicio de derechos tan esenciales como la igualdad al colectivo impone al individuo un segundo filtro que se suma al primero, consistente en obligarle a que sus derechos queden determinados por lo que la mayoría ha decidido en el proceso democrático. El hecho de que el grupo que ejerza ese control sobre derechos reconocidos sea menor y, en principio, resulte más accesible, no quita un ápice a la carga abusiva que ello genera. Si esa igualdad se proyecta sobre rasgos que a veces no se pueden cambiar y que, en cualquier caso, jamás se pueden obligar a cambiar, el agravio es doble, ya que sería un acto de cinismo que solo el hombre blanco heterosexual y de clase media tuviera sustantividad jurídica propia, mientras que el resto de las personas tuviera que conformarse con integrarse en una masa que le hemos predispuesto. Si las personas han de coaligarse, que sea porque así lo han decidido y no porque otros lo han decidido por ellas. Por último, la existencia de discriminaciones múltiples o interseccionales es otro argumento que pone en tela de juicio el papel de los grupos monolíticos y vuelve a situar al individuo en el epicentro del debate y de la atención última dispensada por la ley.

⁶³⁷ ELÓSEGUI ITXASO, M.: “Las recomendaciones...”, cit., p. 13; LA MISMA: “El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 30, p. 73; CISNEROS ÁVILA, F.: *Derecho Penal y diversidad cultural. Bases para un diálogo intercultural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 172-173.

⁶³⁸ CUEVA FERNÁNDEZ, R.: “A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 259/2011”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 2, p. 108.

Todas estas afirmaciones no empecen lo más mínimo a considerar que los poderes públicos pueden actuar a favor de quienes pertenecen a ciertos colectivos en atención a esa circunstancia. Olvidémonos por un momento de si a ello le llamamos acción positiva, acción afirmativa, discriminación positiva o discriminación inversa porque no podemos permitirnos el lujo de caer en la trampa de que, sin un sintagma de dos, tres o a lo sumo cuatro palabras, no es posible avanzar más en la discusión jurídica. Partamos de la base de que hay personas que, por razón de exhibir ciertas características, portarán consigo la huella de la diferencia y que ello les dificultará participar en ciertos ámbitos de la vida en términos análogos a las personas que carecen de esas señas de identidad. Partamos, asimismo, de que no vivimos en un Estado liberal del siglo XIX en el que el *laissez-faire* económico pueda trasladarse sin más al ámbito social porque incluso en el ámbito económico ya ha quedado superado por una economía más social. Y partamos, por último y sin perjuicio del desarrollo que luego hagamos de ello, de que tampoco vivimos en una sociedad cuasi monolítica en lo tocante a la raza, la religión, la ideología o el origen nacional.

Hechas todas estas precisiones, que el Estado asegure la igualdad formal y una actuación abstencionista o reactiva frente a discriminaciones por motivos detestables es necesario, pero no suficiente. Ese papel de los poderes públicos no es compatible con el carácter social del Estado democrático y de Derecho por cuanto esa vocación social no solo está presente en el artículo 1.1 CE, sino que atraviesa el texto constitucional ya desde su Preámbulo (“orden social justo”) e impregnando preceptos como el reconocimiento a la propiedad, cuya utilidad social ha de tenerse en cuenta por el legislador ordinario en su regulación (artículo 33.2 CE). Incluso dispone la Constitución en su artículo 40.1 que “Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico...”. Ni qué decir tiene la importancia del artículo 9.2 CE, tanto si lo consideramos un principio informador del 14 CE o una verdadera modulación del derecho *ex* artículo 14 CE.

Toda esa arquitectura institucional y mandatos constitucionales presuponen a la fuerza una asignación diferencial de recursos⁶³⁹ en la medida en la que siempre estos serán limitados, e incluso en economías neta o parcialmente igualitaristas se impone una selección porque no todos tendrán las mismas necesidades. Imaginemos a personas que han nacido con alguna discapacidad, o que les resulte sobrevenida, que requiere de cuidados médicos especializados y de una asistencia social sostenida a lo largo de su vida. Ese reparto diferencial supondrá irremediabilmente dar más a unos que a otros, lo que no puede reputarse siempre y en todo lugar discriminatorio; si pretendemos seleccionar sin distinguir, la frustración será nuestra compañera de viaje.

⁶³⁹ Por recursos no entendemos solo los productivos, sino todas aquellas magnitudes limitadas. Así, el caso de las cuotas electorales o en consejos de administración caerían dentro de esos recursos limitados porque los escaños o cargos están acotados cuantitativamente. Lo mismo cabe decir de los porcentajes reservados para personas con discapacidad en concursos públicos o en empresas privadas a partir de cierto volumen de personas trabajadoras.

La constitucionalidad de medidas selectivas en casos de recursos escasos no puede obedecer, pues, a la simple existencia de criterios selectivos porque ello incurriría en una petición de principio, sino a su razonabilidad y proporcionalidad, aunque sin llegar al astringente juicio de no existir esa escasez de recursos. Por razonabilidad, entendemos que esos criterios descansen en la menor facilidad de algunas personas para acceder a ciertos bienes o servicios. Así se explican las becas, por ejemplo, basadas en la capacidad económica de los solicitantes para costearse aquello que las ayudas públicas pretenden financiar. Por proporcionalidad, concebimos la correspondencia entre medios y fines, de tal suerte que se adopte el medio más idóneo para alcanzar un objetivo constitucionalmente permisible; esa proporcionalidad no se vulnera con las becas por dejar fuera a ciertos colectivos especialmente privilegiados, y es que en la mayoría de los casos el monto total asignado ni siquiera llega para los menos privilegiados.

Pasemos ahora al escenario en el que esa limitación de recursos no existe, o al menos no directamente, y aun así los poderes públicos brindan un trato diferencial por las causas tasadas en el artículo 14 CE a fin de proteger especialmente a personas de colectivos o grupos vulnerables⁶⁴⁰. Ese trato desigual solo podrá despegar y salvar el efecto de la gravedad constitucional si no se desprotege por completo a colectivos enteros frente a las situaciones consideradas por la ley o la actuación pública, lo que entendemos que es una derivada de esa mayor astringencia en el juicio de proporcionalidad (idoneidad, intervención mínima y proporcionalidad en sentido estricto). Ello parte, claro está, de que el riesgo conjurado sea replicable en colectivos no considerados por los poderes públicos, ya que de lo contrario no habrá caso por no haber verdadera desigualdad. Si la desprotección es asimétrica⁶⁴¹ sin incurrir caer en la desprotección absoluta, solo será constitucional si esa asimetría responde, a su vez a una desproporción entre los actos contra personas de unos y otros colectivos o grupos. De ello extraeremos consecuencias directas para los delitos de odio, y sobre todo los discursos de odio.

Podemos ver ese canon en acción a partir de cuatro ejemplos. Si en el comedor de un colegio público se incorpora un menú kosher o halal en atención al alumnado judío o musulmán, no existirá conculcación alguna de la igualdad porque, si bien la decisión está motivada por razones religiosas, los alumnos de religiones sin preceptos alimentarios no estarán en la misma posición. Lo mismo valdría para quienes adujeran discriminación porque no se atiende sus simples preferencias gastronómicas desconectadas de su condición religiosa. Se nos podría decir que aquí también concurre una escasez de recursos porque si hubiera suficiente personal y dotación presupuestaria para atender a todos los

⁶⁴⁰ Por grupos, entendemos aquí los designados por el artículo 14 CE y, por colectivos, los subgrupos dentro de esos grupos constitucionalmente considerados.

⁶⁴¹ La doctrina y la jurisprudencia constitucional italiana han desarrollado esta vinculación entre igualdad y proporcionalidad, que consideramos plenamente aplicable a nuestra reflexión si consideramos que esa igualdad deriva de rasgos *ex* artículo 14 CE. Vid. DE LIA, A.: “Il principio di uguaglianza ed il diritto penale sostanziale: una sintetica analisi del rapporto”, *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, 6 de dicembre 2017, pp. 10-12; CATERINI, M.: “La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico”, *Giustizia Penale*, n.º 2/2012, pp. 99-102.

paladares, se podrían satisfacer todas las apetencias, pero aquí claramente la decisión sobre el menú kosher o halal está desconectada de ese reparto de recursos limitados.

El segundo ejemplo es el de una normativa que agrava la sanción jurídica frente a ilícitos cometidos por los motivos tasados en el artículo 14 CE, o bien crea ilícitos específicos para todos ellos. Aquí, se produce una total nivelación en la respuesta jurídica por cuanto no se excluye ninguno de esos motivos ni se castiga con menor o mayor dureza en función de unos u otros motivos. De nuevo, se nos podría decir que los recursos no son ilimitados porque castigar más o menos tiene consecuencias, o debería tenerlas, en la dotación presupuestaria de los cuerpos encargados de velar por su cumplimiento, pero, de nuevo, la normativa no se adopta desde ese prisma.

El tercer ejemplo se asemeja al anterior, pero no es idéntico: se agrava la respuesta frente a todo acto fundado en las causas *ex* artículo 14 CE, pero el agravamiento es superior según estemos ante una u otra causa, o bien ante unos u otros colectivos que conforman esos grupos. Lo mismo valdría para la creación de ilícitos específicos con ese tratamiento diferencial. Aquí, y salvo que observemos una desproporción patente en ese tono diferencial, no se producirá una conculcación del derecho a la igualdad siempre y cuando venga motivado por una única causa razonable, que será la dispar afectación entre los actos cometidos en función de esos colectivos afectados. El criterio cuantitativo es el resorte que permite actuar asimétricamente al ordenamiento jurídico, pero no es determinante de la proporción en la mayor o menor pena agravada porque en ello el legislador tiene cierto margen de maniobra. La normativa en cuestión solo podrá mantener su constitucionalidad en la medida en la que subsista la situación de disparidad, si bien no lo concebimos como una cuestión automática y es necesario en ocasiones mantener esa diferencia un tiempo después para evitar cambios prematuros.

El cuarto y último ejemplo es el de una legislación que solo sanciona una respuesta agravada frente a ciertos motivos conforme al artículo 14 CE, ignorando absolutamente el resto de los motivos, o bien crea tipos específicos que no engloban a todos los grupos o colectivos protegidos por ese artículo. Recordemos que partimos de que la situación protegida es replicable en quienes integran colectivos no protegidos por la norma, por lo que aquí la diferencia de trato será impermisible al darse una carencia manifiesta de proporcionalidad en la inclusión de unos y la exclusión del resto. Lo mismo valdrá, claro está, si esa distinción es intragrupal o intergrupala porque no hay razón alguna para considerar menos relevante constitucionalmente la protección de colectivos que integran grupos que la de estos.

Como sea que llamemos a las posibilidades que concebimos permitidas es, hemos dicho antes, secundario. Pero precisamente para que sea secundario, sí que creemos que su formulación ha de prescindir de connotaciones que distorsionen la primera impresión que nos llevemos y que condicionen la aproximación a su contenido. Nos hemos hecho eco de una parte de la doctrina que

rehúsa incorporar “discriminación” a ese nombre, lo que suscribimos íntegramente porque no se trata de un trato desigual impermisible, y por más que le añadamos epítetos como “positiva” no hacemos sino incrementar la confusión. Es más, discriminación positiva debería reservarse para aquellos supuestos que hemos tenido por inconstitucionales, lo mismo que discriminación inversa por denotar todavía una mayor carga contradictoria e incluso negativa. La ya existente fórmula de acción positiva parece preferible, con sinónimos como acción niveladora o acción igualatoria como alternativas.

Según decíamos al hablar de la dicotomía antidiscriminación-antisubordinación, lo importante a nuestros ojos es que el ordenamiento jurídico cuente con herramientas suficientes para mejorar las vidas de las personas que el destino le ha encomendado, actuando no *a pesar* de las personas, sino *a favor* de esas personas. Ello requerirá, a veces, una actitud abstencionista o reactiva y, a veces, una proactiva e intervencionista. No siempre que advirtamos situaciones de desigualdad habremos de actuar porque bien podría suceder que solo los individuos sean culpables por indolencia o por acomodamiento, pero no podemos presuponer que ello siempre es así y la sensibilidad social es una exigencia de la legitimidad del poder político., al menos en nuestros días.

Se advertirá que nos hemos detenido mucho más en la acción positiva y en la discriminación positiva en comparación con las otras categorías. Además de por esa relevancia que han tenido en tiempos recientes, esa atención diferencial obedece a que creemos que es el terreno de juego en el que se juega el partido por el carácter social y democrático de nuestro Estado constitucional. Esos tres atributos (social, democrático y constitucional) no pueden vivir vidas paralelas ni mucho menos opuestas, ya que no podemos hablar de construcción democrática de un colectivo humano si una parte de sus integrantes viven de papeles y no de realidades, del mismo modo que no podemos ensuciar las buenas causas con sobrerreacciones.

La Constitución es el paradigma de lo que somos y de lo que queremos llegar a ser, el reflejo de una sociedad que se ha hecho a la mar en busca de los más nobles ideales: libertad, justicia e igualdad. Si queremos ver algo más que sombras de esos propósitos, si queremos ver en el espejo su verdadero rostro, hemos de ser capaces de aceptar el desafío del rostro ajeno. Solo estando cara a cara con quien no es como nosotros, con quien nos reta con una mirada que quizá nunca comprenderemos del todo por la insondable singularidad de cada persona, podremos ver en sus ojos esa libertad, esa justicia y esa igualdad cuando aprendamos a ver en él a un tú y no a un él o a un otro.

3.4.2. *Recorrido jurisprudencial*

a) Los inicios

En España, la primera sentencia dictada por el Tribunal Constitucional donde se analizaba el alcance de la igualdad *ex* artículo 14 CE es la n.º 38/1981, de 23 de noviembre, en materia laboral por despido, sin que sea casualidad porque el ámbito laboral ha sido prolijo en sentencias que versan sobre ese derecho fundamental. El caso versaba sobre un despido cuya calificación nula se impetraba por los demandantes en su escrito rector ante la Magistratura de lo Social, ya que se alegaba que la terminación contractual venía motivada por haber anunciado esos demandantes su candidatura a las elecciones de representantes de personas mediante una lista sindical. El caso, por lo tanto, también tenía una íntima conexión con el derecho a la libertad sindical *ex* artículo 28.1 CE.

Si bien inicialmente se consideró nulo el despido, no lo fue por razón de discriminación alguna, sino por cuestiones formales, sin considerarse probada la finalidad contraria a la igualdad. El TC revocó esa decisión y fijó dos criterios estructurales en la resolución de casos similares en materia discriminatoria: el primero, consiste en la inversión de la carga de la prueba sobre la justificación del despido, *onus probandi* que se traslada al empresario y que le exige probar que la decisión obedece a motivos razonables ajenos a toda voluntad de trato discriminatorio; el segundo, consiste en el aseguramiento de la indemnidad en lo tocante a los efectos de la discriminación, lo que obliga a restablecer al demandante en la integridad de su derecho. En este caso, esta indemnidad exigía la readmisión obligatoria de los trabajadores, sin admitirse la indemnización sustitutoria como *ius eligendi* del empresario, lo que aplicado a casos distintos de un despido obligaría a indemnizar al perjudicado en cuantía suficiente para resarcirlo; lo mismo cabe predicar de la aplicación analógica de la inversión de la carga de la prueba sobre el despido, que en casos distintos de este supuesto se aplicaría a la decisión perjudicial presuntamente discriminatoria.

Como la doctrina destaca, esta decisión del TC se enmarca en la lógica individual del derecho a la igualdad – tanto en sentido amplio como antidiscriminatorio – porque tiene en cuenta el trato ofrecido por un particular a otros particulares. Dentro de esta lógica individualista, lo determinante es la interdicción constitucional de tomar en consideración algunas características o elecciones personales para establecer diferencias con quienes diferían de ellas⁶⁴², lo que vicia de nulidad tenerlas efectivamente en cuenta como en el caso analizado. Siguiendo con ese paradigma, la decisión discriminatoria debe poder atribuirse a un sujeto concreto por vía de la intención con la que actúa⁶⁴³, si bien el Tribunal dulcifica algo ese requisito al invertir la carga de la prueba, con lo que toda

⁶⁴² RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: “Los contornos...”, cit., p. 22.

⁶⁴³ Ibid., p. 22.

explicación irrazonable, y todavía más claramente la ausencia de ella, dará lugar a una presunción o asunción de voluntad discriminatoria.

En este mismo plano se ubica la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 103/1983, de 22 de noviembre, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad relativa al artículo 160.2 de la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo. Por aquel entonces, este precepto de origen preconstitucional solo reconocía la pensión de viudedad a los viudos (en sentido estrictamente masculino) si se hallaban en situación de necesidad al fallecer su cónyuge⁶⁴⁴, mientras que a las viudas se les reconocía en el artículo 160.1 la prestación sin haber de acreditar esa necesidad. El caso que debía resolver el Magistrado de Trabajo n.º 1 de Madrid versaba sobre un viudo al que se le había negado la prestación precisamente por no cumplir con esos requisitos adicionales, ya que se entendía que disponía de medios suficientes para subsistir. A dicho Magistrado, por lo tanto, le asaltaban las dudas sobre la constitucionalidad de la norma en relación con el artículo 14 y 41 CE.

La mayoría del TC se inclinó por la inconstitucionalidad del artículo en cuestión por conculcar el derecho a la igualdad por razón del sexo, al brindar un trato inferior a los hombres en comparación con el ofrecido a las mujeres en el acceso a la pensión de viudedad. El Tribunal otorga una doble vertiente al artículo 14 CE, a saber, como límite a la potestad del legislador y como derecho subjetivo. Por su parte, el límite impide que existan disposiciones normativas que creen situaciones discriminatorias, mientras que, por su parte, el segundo consiste en el mecanismo procesal que el ordenamiento reconoce para deshacer la situación impermissible.

Insistiendo en la primera faceta del precepto, el TC sostiene que exige iguales consecuencias jurídicas ante iguales situaciones de hecho de las que parta o debiera partir la ley. La igualdad fáctica se predica *a sensu contrario* en el sentido de que, advertida la consideración ilegítima por la norma de algún criterio diferenciador, se colige que se ha alterado artificialmente desde – una óptica jurídica – la situación de hecho y así aparentar que no se parte de los mismos supuestos. La ilegitimidad de la distinción vendrá determinada por la falta de fundamento razonable en la desigualdad al no ser el factor que la motiva necesario en la protección de bienes y derechos querida por el legislador. Como dirá el Tribunal en sentencias posteriores⁶⁴⁵, la razonabilidad se mide conforme a juicios de valor generalmente aceptados, expresión en la que vemos lo que algún autor ha considerado el abandono de la verdad apodíctica a favor de una dilemática de matriz axiológicovalorativa y fuertemente argumentativa⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ El viudo debía acreditar, además de los mismos requisitos exigidos para la viuda, hallarse incapacitado para el trabajo y vivir a su cargo.

⁶⁴⁵ Vid. la STC n.º 49/1982, de 14 de julio.

⁶⁴⁶ VILLACORTA MANCEBO, L.: “El derecho de igualdad y el reconocimiento de la obligación a la dogmática”, *Revista de Derecho Político – UNED*, n.º 67, pp. 65-66.

De todos modos, nuestro Tribunal ha buscado restringir esta potencial infinidad de significados para un solo significante. En sentencias como la n.º 34/1981, de 10 de noviembre, ha sujetado esas valoraciones al respeto a los derechos y libertades constitucionales en el marco de su artículo 53.2 por no admitirse, lógicamente, interpretaciones contrarias a ellos. También ha establecido que ninguna valoración puede suprimir la sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución, lo que se relaciona con la interdicción de la arbitrariedad. Por último, y como cabría esperar, no habrá valoración admisible sobre la igualdad que permita mantener en nuestro ordenamiento diferencias irrazonables, esto es, discriminatorias.

Hechas estas consideraciones teóricas, el Tribunal advierte que, si bien existen requisitos comunes entre viudos y viudas que sitúan el disfrute de la prestación en un plano de “práctica igualdad” (sic), en el caso de aquellos ese disfrute se somete a la consabida circunstancia de necesidad de acuerdo con los parámetros legales que la constatan. Se limita, así, el derecho a la pensión de viudedad del viudo por la sola razón de su sexo porque esa exigencia no se da en las viudas. Tanto si la doble vía responde a prescindir de la necesidad para las viudas como si obedece a que se presupone *iuris et de iure* su necesidad por el perfil económico abrumadoramente mayoritario que exhibían las mujeres por aquel entonces, para la mayoría del TC esa doble vía es inadmisibles porque conculca el derecho de todo viudo a la pensión en igualdad de condiciones que toda viuda.

La cuestión de si la presunción *iuris et de iure* sería un motivo admisible de desigualdad se aborda en términos negativos porque fundarla “en datos sociológicos y en la realidad histórica tampoco ofrece por sí sólo un fundamento suficiente y es además justamente lo contrario de la igualdad preconizada por el art. 14 [CE]” (sic). Nótese que no solo se niega esa justificación a partir de argumentos próximos al principio antisubordinatorio, sino que incluso se declara que esa vía de razonamiento rema en franco sentido opuesto al previsto por el artículo 14 CE. A pesar de que la sentencia no desarrolla este argumento, podemos conjeturar con que ese “justamente lo contrario de la igualdad” se explica por el rechazo a que una supuesta discriminación histórica se solventa con otra discriminación, como si dos negativos dieran un positivo.

Los tres votos particulares precisamente discrepan del resultado mayoritario en parte por su aproximación inversa a la relevancia de esa realidad histórica y datos sociológicos. El primer voto particular lo formulan el Excmo. Sr. D. Jerónimo Arozamena Sierra y al que se adhiere el Excmo. Sr. D. Francisco Pera Verdaguer. En él la presencia del principio antisubordinatorio es menos palpable que en el siguiente por cuanto se centra más en la improcedencia de que el Tribunal Constitucional reconfigure un precepto añadiendo unas partes y prescindiendo de otras⁶⁴⁷, debiendo ser el legislador

⁶⁴⁷ Para que la sentencia del TC pueda ejecutarse, es necesario añadir por mor de esa sentencia la palabra “viudo” en el artículo 160.1 y suprimir el artículo 160.2. Esto último no parece problemático para esos dos magistrados, pero lo primero sí resulta improcedente porque rebasa los límites de una sentencia interpretativa. Es más, dado que es una disposición

quien reforme el sistema preconstitucional y solo entonces actuar el TC de mantenerse la dicción. De todos modos, *in fine* de su voto particular, ambos togados aluden al artículo 9.2 CE como uno de los referentes que deben informar la actuación de los poderes públicos en materia de Seguridad Social, lo que da a entender que no se opondrían tajantemente a un sistema como el existente en 1983.

El segundo voto particular lo formula el Excmo. Sr. D. Francisco Rubio Llorente, y en él sí podemos ver claramente cómo deja la estela del principio antisubordinatorio por más que no lo mencione expresamente. Su aproximación parte de las mismas premisas que la mayoría (“la ley no permite establecer distinción alguna entre los ciudadanos en cuanto tales”), pero a renglón seguido pone tierra de por medio con esa mayoría al circunscribir esa afirmación a los derechos de participación y los de libertad. Este movimiento inicial despeja el camino a lo que vendrá, que es su convicción de que no se puede predicar la igualdad con la misma intensidad cuando se considera al ciudadano en su “abstracta cualidad de tal, sino en su situación social concreta” (sic).

Acto seguido, transcribe parte del artículo 9.2 CE para apoyar su afirmación de que el legislador ha de tener presente las diferentes condiciones personales o sociales de los destinatarios de prestaciones como la cuestionada por el Juzgado *a quo*. A ojos del magistrado, toda prestación social lleva implícita cierta desigualdad, que solo será discriminatoria si incurre en tratamientos dados a distintos grupos sociales que carezcan de justificación razonable. Pero para él, los grupos a los que se dirige la norma son de condición lo suficientemente distinta porque, tradicionalmente, en la sociedad el marido y la mujer no han tenido una posición análoga, habiendo arrojado la división doméstica del trabajo sobre la mujer la parte más importante – sino toda – y habiendo ocasionado una limitada y mal remunerada incorporación al mercado de trabajo.

La desigualdad, pues, que existe entre ambos grupos ha de neutralizarse por el legislador a partir del mandato conferido en el artículo 9.2 CE, lo que difícilmente ocurre con medidas como el artículo 160.2 porque solo perpetúa el rol de la mujer en el ámbito doméstico. Pero aun siendo cierto esto, para el magistrado suprimir la diferencia en materia de pensiones no ayuda sino a agravar esa discriminación porque elimina una norma destinada a aliviar en algo esa diferencia. En la medida en la que esa diferencia estructural es algo vivo en el momento de dictar la sentencia, el magistrado considera que no es en absoluto es irrazonable distinguir entre ambos contingentes.

Centrándonos en la *ratio decidendi* de este último voto particular, en ella vemos luces y sombras. Las luces provienen de su visión amplia acerca del papel que la esposa jugaba en la vida familiar, por aquel entonces con una posición de abnegación mucho más acusada que en nuestros tiempos.

preconstitucional, la solución ideal en caso de advertir la inconstitucionalidad es la declaración de derogación normativa *ex* disposición derogatoria tercera de la Constitución.

Considerando los recursos limitados del sistema de prestaciones públicas, podría antojarse incluso discriminatorio nivelar judicialmente la posición de hombres y mujeres frente a la pensión de viudedad cuando ambos no parten del mismo punto de partida y no existen suficientes mecanismos. Los tres votos particulares son coincidentes en destacar el impacto que tendría la equiparación de las condiciones de acceso a la pensión de viudedad para las arcas de la Seguridad Social, temiendo que acabara teniendo para las mujeres como parte más débil.

Huelga decir que cuesta encontrar un momento en la historia occidental en el que la mujer haya alcanzado un grado de independencia como el actual en tantas facetas vitales, y no solo por una diferencia de grado, sino de orden. La norma sobre la pensión de viudedad, aprobada en los últimos estertores del franquismo, reflejaba la asunción colectiva de que ser esposa y madre equivalía a llevar la marca indeleble de la inferioridad que conducía a un estado de necesidad en cuanto fallecía el cónyuge, considerado el *breadwinner*. De él se presumía precisamente lo contrario cuando se convertía en el cónyuge supérstite, y de ahí que la ley le exigiera deshacer esa otra asunción colectiva avalada por siglos de historia.

Las sombras provienen, en parte, de la manifiesta contradicción en afirmar que, por un lado, la posición privilegiada de la viuda perpetúa ese papel más sumiso en el matrimonio y la familia en general, afirmando a la par que suprimir el trato diferenciado ahonda en esa discriminación. Conceptualmente parece complicado sostener que mantener algo perjudica y suprimirlo perjudica todavía más. Cosa distinta sería afirmar que, al igualar los requisitos de la prestación, desde un punto de vista económico *puede* llegar a afectarse el derecho de las viudas por una eventual reducción de esa prestación a fin de evitar un desfase patrimonial o de ahondar en él, pero no consideramos que cupiera darlo por hecho sin suficientes datos en la mano.

Otra sombra que advertimos en este voto particular radica en no haber reparado en la asimetría de las presunciones entre viudos y viudas. Mientras que los primeros podrán acceder a la pensión *solo si* rebaten con éxito la presunción *iuris tantum* de suficiencia económica, las segundas jamás podrán perder ese derecho *incluso si* no se encuentran en situación de necesidad. A nuestro juicio, la verdadera discriminación no estriba de manera principal en la existencia de un requisito adicional que pueda obedecer a una causa razonada y razonable, sino que habita en un aseguramiento universal de la pensión de viudedad para toda viuda que cumpla los mismos requisitos que los viudos, en tanto que los viudos únicamente dispondrán de esa prestación si refutan una presunción cuya formulación inversa no tiene ningún efecto en las viudas. Esta razón es la que viciaría de nulidad la norma por tratar desigualmente a los iguales, esto es, a los hombres y las mujeres libres de situaciones de necesidad según los estándares legales.

Se nos podrá recordar lo que nosotros mismos hemos dicho sobre la desigualdad estructural de la mujer en el ámbito doméstico y, por extensión, en el laboral. No entraremos a discutir esa proposición lo más mínimo, sobre todo cuando hablamos de 1974, que es cuando se aprobó la norma, y menos aún de 1967, momento en el que se dictó una instrucción que sirvió de base para la reforma siete años posterior. Pero una cosa es que la mayoría de los casos tengan un color determinado y otra es que todos los casos sean monocromos. La ley, con su vocación de generalidad, ha de pensar en las diversas casuísticas que pueden darse y ha de ser consciente de que, sin una vigencia expresamente limitada, está llamada a aplicarse en un futuro cuya tesitura se desconoce al aprobar el texto inicial.

Los artículos 160.1 y 160.2 carecían de la suficiente precisión legislativa porque, innecesariamente, sobrerrepresentaban el colectivo protegido al incluir a quienes no merecen protección alguna. Además, la capacidad económica se planteaba en términos de entrada y no de salida, esto es, bien podría ser que una viuda no llegara al mínimo de subsistencia y, con la pensión más lo que ella hubiera acumulado, rebasara los ingresos de un viudo al que se le hubiera negado por no estar *ab initio* en esa situación. No parece admisible que los datos solo se usen para crear presunciones diferenciales y luego se obvien para el resultado de las elecciones legislativas. Y la limitación de fondos públicos nunca puede ser un argumento para discriminaciones de este calado porque, de lo contrario, cabría argumentar que las dilaciones son menos indebidas si el partido judicial donde se producen carece de más medios que el partido judicial contiguo.

La noción de individualidad se relaciona estrechamente con la existencia de un derecho subjetivo a la igualdad, tema abordado más arriba desde un punto de vista más doctrinal y que, como era de esperar, ha recibido su tratamiento jurisprudencial. En la sentencia que acabamos de diseccionar, que la igualdad es un derecho se afirma por remisión a la sentencia del TC n.º 7/1982, de 26 de febrero de 1982, que abre su fundamento jurídico primero con un “En el ámbito del derecho a la igualdad, reconocido en el art. 14 de la Constitución Española...”. Esta misma idea la encontramos reiterada en el segundo párrafo del fundamento jurídico segundo en los siguientes términos: “En efecto, el referido art. 14 de la Constitución es el relativo al Derecho de igualdad jurídica que prohíbe la discriminación o, dicho de otro modo, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable.”

A fin de disparar toda duda acerca de qué tipo de derecho estamos hablando, el fundamento jurídico quinto sostiene que el artículo 14 CE “ha impuesto un límite a la potestad del legislador y ha otorgado un derecho subjetivo”. Para entender de qué tipo de derecho subjetivo estamos hablando, se remite a lo dicho en la sentencia n.º 76/1983, de 5 de agosto, que avala ese derecho subjetivo. Pero esta sentencia no se limita a adjetivar como subjetivo ese derecho, sino que se ve en la necesidad de precisar que no es un derecho subjetivo autónomo.

Para el Tribunal, y en línea con lo que comentamos en el marco teórico, la igualdad es un derecho que siempre nos habla sobre cómo se configura una relación jurídica en la que otro derecho está en juego, y recurrimos al rasero de la igualdad para determinar la justicia en el reparto de las posiciones jurídicas⁶⁴⁸. En concreto, el TC razona en el párrafo sexto del fundamento jurídico segundo que el artículo 14 CE “no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas. De aquí que pueda ser objeto de amparo en la medida en que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una concreta relación jurídica y, en cambio, no pueda ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general”⁶⁴⁹.

Cumple destacar que la diferencia que advertimos en el apartado teórico entre la CE y el CEDH – sin considerar el Protocolo n.º 12 – sobre las relaciones jurídicas cubiertas por la igualdad fue ampliamente superada por la jurisprudencia del TEDH mucho antes de la aprobación de ese Protocolo n.º 12 del Convenio. En la sentencia del *Caso Lingüístico Belga*, de 23 de julio de 1968, el TEDH resolvió que el artículo 14 CEDH impedía a los Estados discriminar en la apertura de centros educativos a pesar de que el artículo 9.1 CEDH no contempla expresamente esa facultad. Con ello, el TEDH independizaba el artículo 14 CEDH de los derechos concretamente infringidos.

Quizá la primera sentencia del TC que aborda una explicación más detallada sobre cómo interactúa la igualdad como principio y la igualdad como derecho subjetivo sea la n.º 104/1983, de 23 de noviembre, es decir dictada justo después de la que acabamos de ver. En su fundamento jurídico quinto, la igualdad se desdobra en dichas facetas de principio y de derecho subjetivo, remitiéndose de nuevo a la inmediatamente anterior sentencia n.º 103/1983. La primera cara de la moneda interpela al poder legislativo al limitar su capacidad como poder público, impidiendo que “se creen entre los ciudadanos situaciones desiguales o discriminatorias”; mientras, la segunda cara de la moneda interpela a los ciudadanos porque crea un derecho subjetivo que les permite “poner en marcha los mecanismos jurídicos idóneos para restablecer la igualdad rota.”

Trasladamos aquí, en aras de la economía textual, los matices necesarios que entendemos deben exponerse a un alcance excesivo de esa falta de autonomía propia del derecho a la igualdad. Únicamente añadiremos que la aparente interdicción de una regulación o desarrollo normativo que, con carácter general, aborde la igualdad se habría visto contradicha por la reciente aprobación de la mencionada *ut supra* Ley 15/2022⁶⁵⁰. Esta ley está directamente relacionada con el objeto de nuestro trabajo, más allá de por las cuestiones generales que regula como alguna definición ya vista, por haber

⁶⁴⁸ Vid. la STC 200/2001, de 4 de octubre, especialmente su FJ 5.

⁶⁴⁹ En esta misma línea, Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 183.

⁶⁵⁰ Esta posición no solo se sostuvo en sentencias del TC como la citada y transcrita, sino que, poco antes de aprobarse la Ley 15/2022, parte de la doctrina consideraba dudoso que una ley general en materia de igualdad fuera posible (vid. Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 182).

motivado la aprobación de la Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, complementaria precisamente de esa Ley 15/2022. Como veremos más adelante, en su artículo único se modifica la agravante discriminatoria (artículo 22.4º CP) y los apartados primero y segundo del artículo 510 CP.

Lo más novedoso de la Ley 15/2022 es que, a diferencia de lo que había ocurrido antes de su aprobación, donde las leyes se habían acercado al fenómeno de la igualdad y la discriminación se habían decantado por aproximaciones parciales⁶⁵¹, esta norma tiene una verdadera vocación universal sobre la igualdad y la discriminación. Es por ello por lo que la primera sorpresa viene del flanco del tipo de ley elegida para desplegar el potencial del artículo 14 CE en las variadas facetas que la ley tiene a bien considerar. Hemos dedicado ya suficiente espacio a hablar sobre la necesidad de que el desarrollo de los derechos fundamentales adopte la forma de ley orgánica por explícito mandato constitucional, derrotero que esta norma incumple abiertamente al tratarse de una ley ordinaria⁶⁵².

Podríamos pensar que esa heterodoxia en la tipología legislativa responde a que la norma no contiene preceptos que verdaderamente desarrollen el artículo 14 CE en su modalidad de derecho subjetivo, pero la ley pronto se encarga de cerrar el paso a esa presunción. En el primer párrafo del segundo apartado del Preámbulo (*Justificación de la ley*) leemos que “La ley que se presenta tiene la vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas”. Por si subsistiera alguna duda, el tercer párrafo de ese mismo apartado dice que “Por todo ello, resulta oportuno consolidar legislativamente la igualdad y establecer nuevas garantías para su disfrute, siguiendo la pauta normativa de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, culminando así un proceso de iniciativas legislativas a favor de la igualdad de trato y la no discriminación que se han venido desarrollando y que han situado a España en la vanguardia de los países más avanzados en políticas de igualdad.”

Pero incluso podríamos pensar que, dado que solo hemos transcrito partes del Preámbulo, el articulado realmente no es un fiel reflejo de lo que se considera un desarrollo de derechos fundamentales. Quizá el Preámbulo haya sido demasiado ambicioso en sus pretensiones y ampuloso en sus expresiones y la regulación vinculante diste muchas leguas de esas coordenadas. De nuevo, ya desde el primer artículo de la ley la imaginación se queda sin mucho recorrido cuando leemos que “1. La presente ley tiene por

⁶⁵¹ En las últimas décadas, destaca la LO n.º 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Este texto normativo se une al elenco de disposiciones normativas fragmentarias del principio y derecho a la igualdad, como son: la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, una especie de norma ómnibus que incorporaba la transposición de las directivas de la Unión Europea del año 2000 sobre igualdad y no discriminación; el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para las personas con discapacidad, y la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de «las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales. A ello hemos de sumar las aproximaciones sectoriales, que normalmente se han materializado en cambios puntuales de artículos de leyes ya existentes, como como el art. 4 de la Ley 39/2022 para el ámbito del deporte, el art. 6 de la Ley 12/2023 respecto del derecho a la vivienda o los arts. 4 y 17 del Estatuto de los Trabajadores y el art. 5 de la Ley de Empleo para el ámbito laboral.

⁶⁵² GARCÍA MURCIA, J.: “La Ley 15/2022...”, cit., pp. 12-13. Destacamos el recorrido de sentencias del TC en materia de igualdad que, en la línea que hemos seguido, recalcan el derecho subjetivo dimanante del artículo 14 CE.

objeto garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, respetar la igual dignidad de las personas en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución. / 2. A estos efectos, la ley regula derechos y obligaciones de las personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, establece principios de actuación de los poderes públicos y prevé medidas destinadas a prevenir, eliminar, y corregir toda forma de discriminación, directa o indirecta, en los sectores público y privado.” El resto de la ley sigue esos mismos vericuetos sustantivos de hondísimo calado constitucional al dotar, por ejemplo, en el Capítulo II del Título I de verdadero contenido a la igualdad en ámbitos como la política, la economía, la cultura y la vida social (esencialmente, todo).

Se nos podría decir que, cuando el Tribunal Constitucional habló de la igualdad en términos de derecho subjetivo y de la Constitución como una norma directamente creadora de derechos, estaba declarando lo que era evidente para toda la comunidad o la conciencia jurídica, concepto este último del que luego hablaremos. No podríamos andar más errados. Nada más y nada menos que el Tribunal Supremo concluyó en su sentencia de 8 de abril de 1982 que el artículo 14 CE solo tenía el alcance de una declaración de principio, lo que impedía considerar la inconstitucionalidad sobrevenida *ex* disposición derogatoria de la CE respecto de artículos como el 137 CC, que discriminaban en acciones de filiación por razón de nacimiento.

Con ello, daba por bueno el criterio de la ya extinguida (no por este motivo, claro está) Audiencia Territorial de Sevilla, que, en su sentencia de 31 de enero de 1980, confirmaba la sentencia de primera instancia. Sostenía el Tribunal de apelación que la Constitución podía equipararse a las leyes predemocráticas en el sentido de que no consagraba verdaderos derechos, sino a lo sumo principios y criterios rectores que debían informar la legislación que desarrollara la Constitución. Solo estas leyes ulteriores tendrían la consideración de *ius cogens* y serían el asidero para fundar derechos subjetivos⁶⁵³.

El Tribunal Constitucional oyó el caso en amparo y, en su sentencia n.º 80/1982, de 20 de diciembre, revocó la sentencia dictada por el Tribunal Supremo. El segundo párrafo del fundamento jurídico primero deja rotundamente clara la *ratio decidendi* para el Tribunal de Garantías: “Que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su art. 9.1 donde se dice que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución», sujeción o vinculatoriedad normativa que se predica en presente de indicativo, esto es, desde su entrada en vigor, que tuvo lugar, según la disposición final, el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».” Clara en grado sumo es también la siguiente frase contenida en el tercer párrafo de ese mismo fundamento jurídico: “Ahora bien, este valor normativo inmediato del art. 14 ha sido ignorado o abiertamente negado tanto por la Sentencia

⁶⁵³ OLLERO TASSARA, A.: “Relevancia constitucional...” cit., p. 547.

de 31 de enero de 1980 de la Audiencia Territorial de Sevilla como por la de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 8 de abril de 1982.”

A nadie puede extrañar la conclusión alcanzada en el último párrafo del fundamento jurídico primero: “Así, pues, como consecuencia de estos erróneos razonamientos las dos Sentencias impugnadas han aplicado, después de entrar en vigor la Constitución, el art. 137 del Código Civil en su redacción anterior, y como éste contenía un criterio discriminatorio por razón de nacimiento contrario a la igualdad en punto al régimen de las acciones de filiación, entre las pertenecientes a los hijos que pretendieran el reconocimiento de la filiación matrimonial o el de la extramatrimonial, tanto la Sentencia de apelación como la de casación contienen fallos contrarios al derecho de igualdad que perpetúan en el presente posconstitucional un trato discriminatorio nacido al amparo de la legislación preconstitucional, por todo lo cual deben ser anuladas por este Tribunal.”

b) Titularidad

El Tribunal Constitucional ha sorteado la literalidad del artículo 13 CE en cuanto a la titularidad condicionada de derechos a los extranjeros extendiéndola a todas las personas sin distinción de nacionalidad. Para ello no ha empleado ninguna fórmula explícitamente universal del elenco de derechos fundamentales afectados, ni tampoco ha elaborado el TC un listado cerrado de los que se ampliarían, sino que ha aludido a los que sean imprescindibles para la garantía de la dignidad, en íntima conexión con lo que hemos visto al hablar de este principio y valor. Este pronunciamiento se encuentra ya en la sentencia n.º 107/1984, de 23 de noviembre, en concreto en el cuarto párrafo de su fundamento jurídico tercero: “Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehúye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español.” En ese mismo apartado de la sentencia se abordaba una enumeración no exhaustiva de derechos cuya titularidad ostentan los extranjeros, y que incluye el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad o la libertad ideológica; no se incluía expresamente, todavía, la igualdad en términos amplios o la discriminación en términos estrictos.

Esta sentencia plantea algunas dudas interpretativas sobre si esos derechos derivados de la dignidad humana se reconocían con independencia de que el poder legislativo los desarrollara o si, por el contrario, ese desarrollo era imprescindible. De la literalidad de esa sentencia parecían crearse tres derechos: los que han de reconocerse en igualdad de condiciones a españoles y extranjeros, los que no

pueden reconocerse salvo en casos excepcionales y los que pueden reconocerse con diferencias por razón de la nacionalidad⁶⁵⁴. Pero incluso en la primera categoría, esa sentencia sembraba dudas sobre si el legislador estaba obligado a reconocerlos o si, en cambio, podía o no reconocerlos, pero al reconocerlos debía hacerlo en pie de igualdad. Nada se decía y la titularidad por los extranjeros de derechos como la igualdad, que en parte motivaba el amparo que la sentencia resolvió, quedaba en el aire.

Esta división y estas dudas se mantuvieron durante largo tiempo. Prácticamente un año después de esa primera sentencia, el TC insistía en esa extensión de derechos rechazando el argumento de que la Constitución fuera una obra de españoles destinada solo a españoles. Véase, a este respecto, el segundo párrafo del fundamento jurídico segundo de la sentencia n.º 99/1985, de 30 de septiembre. Remitiéndose al pronunciamiento antedicho, afirmaba que debemos distinguir entre derechos de toda persona y derechos de los ciudadanos y atribuir al artículo 13 el sentido de que solo estos últimos pueden operar con las categorías ciudadano-extranjero, pero no se clarificaba el panorama tripartito.

Una sentencia en la que se aborda negativamente la titularidad *ex* Constitución de un derecho para los extranjeros es la n.º 94/1993, de 22 de marzo. En su fundamento jurídico tercero, se rechaza la estrecha vinculación con la dignidad de la libre circulación de personas y la libertad para fijar la residencia en cualquier punto de la geografía española, por lo que cabe distinguir entre nacionales y extranjeros. Esa distinción, no obstante, está limitada por las leyes y tratados que regulan ese derecho y otros que no atañan a la dignidad de toda persona. Mientras que la alusión a los tratados es congruente con el artículo 10.2 CE, la alusión a las leyes no se acaba de comprender si es que esas leyes son las aprobadas en territorio nacional, ya que en tal caso no actuarían como un límite de límites, sino como una configuración que el legislador puede cambiar a placer si no hay tratado alguno que lo constriña. De nuevo, no se daban más pistas sobre el alcance de esa primera sentencia de 1984.

La sentencia n.º 137/2000, de 29 de mayo, superó esa indecisión otorgando claramente a los extranjeros (en el caso concreto, a un ciudadano francés) la titularidad del derecho a no ser discriminados por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social⁶⁵⁵. En efecto, el cuarto párrafo del fundamento jurídico primero dice que “no hay duda de que entre éstos debe inducirse el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.” La única duda que no despejó esa sentencia es si el derecho a la igualdad desconectado de las causas explicitadas en el artículo 14 CE también se extendía a los extranjeros. Tampoco se resolvía, y así

⁶⁵⁴ DÍAZ CREGO, M.: “El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad: ¿un derecho de los extranjeros?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 89, p. 121.

⁶⁵⁵ Las SSTC 86/1996, de 21 de mayo, y 91/2000, de 30 de marzo, parecían apuntar en esa línea de manera más diáfana que sus precedentes, pero no sería hasta esa STC 137/2000 que se afirmaría con rotundidad.

sigue siendo, a juicio de algunos autores si los extranjeros pueden hacer valer la nacionalidad como criterio impermisible de desigualdad al integrarlo en el cierre del artículo 14 CE⁶⁵⁶, aunque al haberse resuelto en la STC 5/2007, de 15 de enero, que discriminar a españoles por su nacionalidad no es admisible, no habría óbice para extenderlo a los extranjeros⁶⁵⁷.

c) Igualdad sustantiva e igualdad formal

La doctrina del TC no ha sido ajena al acalorado debate que ha generado la comprensión conjunta y diferencial de los artículos 9.2 y 14 CE. Con ocasión de un recurso de inconstitucionalidad (la materia sobre la que versaba es aquí irrelevante), en el duodécimo párrafo de su fundamento jurídico décimo, la sentencia n.º 27/1981, de 20 de julio, hacía este *excursus* tan interesante: “El acto del Legislativo se revela arbitrario, aunque respetara otros principios del 9.3, cuando engendra desigualdad. Y no ya desigualdad referida a la discriminación – que ésta concierne al art. 14 –, sino a las exigencias que el 9.2 conlleva, a fin de promover la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, finalidad que, en ocasiones, exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la Ley.” Más allá de esa declaración de principios, dista de ser pacífica la interacción entre ambos artículos y qué resultado hemos de extraer.

En la jurisprudencia, el principal foco de atención en esta materia se ha puesto en si el sexo, la raza y otros criterios *ex* artículo 14 CE pueden usarse, al amparo del artículo 9.2, como elementos a fin de distinguir por más que con ello se pretenda mejorar a colectivos desfavorecidos. Uno de los primeros ejemplos lo tenemos en la sentencia n.º 81/1982, de 21 de diciembre, donde el TC resolvió si diferencias en el modo de calcular y abonar horas extraordinarias en función del sexo atentaba contra la interdicción discriminatoria. Desde 1975, a la plantilla de un hospital barcelonés se le abonaba como horas extraordinarias el exceso sobre las nueve horas regulares de trabajo en los días laborables. Esta situación, igual para todas las personas trabajadoras, encontraba una excepción en el caso del personal femenino que trabajaba los domingos, al que la jornada de doce horas le es abonada en esos días íntegramente como horas extraordinarias, mientras que a los varones se les computaban las nueve primeras horas dentro del cupo de las cuarenta y dos horas semanales y solo las tres restantes se les cuenta extraordinarias.

La justificación que el INSS ofreció para este trato diferencial, que tenía un evidente impacto en el aspecto remuneratorio, fue que era prácticamente obligado otorgar a un mayor descanso entre jornada y jornada para las mujeres, por “equidad, naturaleza, derecho e historia”. También se afirmaba que “El hombre es diferente de la mujer. La mujer en general está destinada a procrear y el hombre no. Es

⁶⁵⁶ DÍAZ CREGO, M.: “El derecho...”, cit., p. 123.

⁶⁵⁷ En su FJ tercero, *in fine*, se resuelve que: “Y, en este caso, no ha quedado justificado con la motivación adecuada que el trato retributivo distinto deparado a las recurrentes tenga un fundamento racional y ajeno a la circunstancia de su nacionalidad española o, lo que es lo mismo, no coincidente con la de la empresa empleadora.”

natural, razonable y equitativo que a la mujer se le reduzcan los trabajos nocturnos.” No se discutía, pues, un verdadero trato diferenciado, sino que se cargaban las tintas en su justificación. Por su parte, el Ministerio Fiscal se oponía al amparo por motivos, que como reconoce la sentencia, son mucho más matizados que los del INSS; partiendo del carácter esencialmente protector que tuvo el régimen del trabajo de la mujer y haciendo referencia a los Convenios de la Oficina Internacional de Trabajo, llega a la conclusión de que no existe desigualdad jurídica, sino desigualdad material.

Con esa retahíla de argumentos – algunos más desafortunados que otros –, el Tribunal decidió acoger el amparo solicitado por los demandantes. Respecto de los argumentos del INSS, el tercer párrafo del segundo fundamento jurídico lo rebate diciendo que “se incurre en una evidente petición de principio, pues lo que se trata de determinar es precisamente la legitimidad constitucional de la protección y del privilegio. La protección de la mujer por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni es suficiente tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer en cuanto tal mujer, pues ello, en tales términos, es evidentemente contrario al art. 14.” Asimismo, no se admite que normas como la que daba cobertura a ese régimen sobrevivan solo si se siguen ajustando a las creencias o convicciones de cada época, ya que lo relevante es el acatamiento de la Constitución.

Sobre los argumentos del Ministerio Público, tampoco los comparte el Tribunal porque, en el párrafo quinto de ese fundamento jurídico quinto, atribuye esa desigualdad material que sufren las mujeres a desigualdades jurídicas que han de corregirse. Parece plantearse, aunque no se verbalice, que, a mayor igualdad jurídica o formal, mayor será la igualdad material o más fácil será alcanzarla. Para Alonso García, este tipo de planeamientos eran preocupantes porque corrían el riesgo de dejar inane el campo de acción del artículo 9.2 CE⁶⁵⁸.

Concluiremos el análisis de esta sentencia con la decisión del Tribunal sobre cómo restablecer la igualdad conculcada a los demandantes, que recordemos es uno de los requisitos cuando se advierte una discriminación *stricto sensu*. En su fundamento jurídico tercero, la sentencia se plantea dos vías: puede privarse a la mujer de la condición privilegiada que en un momento anterior se le concedió o puede ampliarse el contenido de los derechos del varón para que llegue a poseer el mismo alcance. La solución que finalmente adopta el Tribunal por unanimidad es la ampliación a los hombres de los derechos concedidos a las mujeres, ya que el TC razona que lo contrario supondría privar a estas de una conquista en materia laboral y, en consecuencia, ignorar el carácter social de nuestro Estado constitucional.

Por su parte, en la sentencia del TC n.º 10/1983, de 21 de febrero, el Tribunal afirma en el párrafo octavo del fundamento jurídico cuarto que “La desigualdad vetada por la Constitución sólo puede ser

⁶⁵⁸ ALONSO GARCÍA, E.: “El principio de igualdad...”, cit., p. 80.

apreciada, sin embargo, si las diferencias entre los supuestos de hecho a que se anudan consecuencias jurídicas distintas resulta de factores que, como los mencionados en el art. 14 de la C.E., no pueden ser tomados en cuenta por el legislador o, si aun siendo constitucionalmente legítima la distinción entre los supuestos, resultan irrazonables o arbitrarias las consecuencias que de ellas extrae el legislador.” Con independencia de si estamos o no ante un pronunciamiento *obiter dicta*⁶⁵⁹, se abre paso una vía predeterminada respecto de las causas del artículo 14 CE que impide su utilización por el legislador sin importar si ello beneficia a grupos desfavorecidos (la sentencia no distingue ese supuesto), pero también asoma una vía excepcional que viene definida por la razonabilidad y no arbitrariedad de las consecuencias que ese legislador use de esa diferenciación. De nuevo, el Tribunal no dice si con ello se puede beneficiar o perjudicar.

Con el devenir de los años, el TC ha virado hacia posiciones más flexibles en materia de acción y discriminación positiva. Esa modulación en su respuesta a esos fenómenos la veremos a partir de la legislación penal sobre violencia de género. Es el turno de fijar nuestra atención en los ríos de tinta que la constitucionalidad de la violencia de género ha derramado, sobre todo a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 59/2008, de 14 de mayo, que sirvió de base para pronunciamientos ulteriores sobre cuestiones de inconstitucionalidad de este y otros preceptos de esa LO 1/2004⁶⁶⁰. Todo empezó con la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, de 22 de junio. De entre todos sus preceptos, el que suscitó la controversia judicial inicial fue el 37, que modificaba el artículo 153.1 CP para diferenciar la respuesta penal en función del sexo del sujeto activo y pasivo. Con anterioridad, el artículo 153 solo singularizaba quiénes tenían que ser el sujeto pasivo por remisión al artículo 173.2 CP, que no distinguía por sexos, sino por vínculos familiares. La diferencia en la penalidad se traduce en que si el sujeto activo es hombre y el pasivo es una mujer, la pena privativa de libertad es de seis meses a un año; si el sujeto activo es una mujer y el sujeto pasivo es un hombre, la pena es de tres meses a un año. También hay un tratamiento diferencial en la duración de la pena accesoria de inhabilitación para la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, que en el primer caso puede durar hasta cinco años y, en el segundo, es de seis meses a tres años.

Esta nueva regulación motivó que el Juzgado de lo Penal n.º 4 de Murcia promoviera una cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 153.1 CP porque se le habían remitido para su enjuiciamiento unos autos en los que se acusaba a un hombre con base en ese artículo. De entre los argumentos que expone la magistrada del Juzgado *a quo* y que la sentencia incorpora con un detalle sumamente útil para contextualizar la problemática, rescataremos los que consideramos más relevantes a nuestros

⁶⁵⁹ Ibid., p. 79.

⁶⁶⁰ Vid. SSTC n.º 45/2009, de 19 de febrero, n.º 82/2008, de 17 de julio, n.º 127/2009, de 26 de mayo, n.º 151/2009, de 25 de junio, n.º 152/2009, de 25 de junio, n.º 153/2009, de 25 de junio, n.º 154/2009, de 25 de junio, n.º 164/2009, de 2 de julio de 2009, n.º 165/2009, de 2 de julio de 2009, n.º 167/2009, de 2 de julio, n.º 177/2009, de 21 de julio de 2009; n.º 178/2009, de 21 de julio de 2009, n.º 179/2009, de 21 de julio de 2009 y n.º 41/2010, de 22 de julio.

efectos. El primero, que estamos ante un trato desigual por razón del sexo sin que podamos concluir que obedece a una acción positiva, puesto que no estamos ante bienes escasos ni tampoco ante una tradicional falta de acceso de las mujeres a los bienes que se les pretenderían dispensar desigualmente. El segundo, que una eventual reparación o compensación como motivo de esa reforma legislativa no sería procedente porque se haría recaer una responsabilidad colectiva e histórica sobre individuos concretos del ahora. El tercero, y último, es que el artículo 37 introduce salto cualitativo fundamental en la fijación de la pena por razón del sexo, presente en reformas que pudieran parecer simbólicas en su aspecto cuantitativo o en su aplicación práctica, que no se justifica solo por las estadísticas; para ser coherentes, debería agravarse todo delito cometido por varones por su mayor prevalencia como sujeto activo. Por su parte, el Ministerio Fiscal se opuso por cuestiones de forma a la cuestión de inconstitucionalidad y, en cuanto al fondo, discrepó de los argumentos exhibidos por el Juzgado remitente.

A su juicio, no podemos predicar la neutralidad que en las relaciones de pareja tiene el sexo de sus miembros, de tal suerte que hay condicionantes socioeconómicos relevantes en juego y se constata una desproporción manifiesta entre el número de agredidas y de agredidos. De ahí que la toma en consideración de ambos datos por el legislador penal no carezca de una justificación objetiva y razonable, lo que permite constatar una forma delictiva con autonomía propia caracterizada por unas conductas que encierran un plus de antijuridicidad. Esta mayor antijuridicidad expresaría unas determinadas relaciones de poder y sometimiento ejercidas por el hombre sobre la mujer que implicaría el desconocimiento por parte de aquel de los derechos más elementales de estas.

La Abogacía del Estado, por último, aporta unos matices interesantes sobre el sujeto activo, afirmando que no necesariamente ha de ser el varón, sino que también puede ser la mujer, por lo que no se daría esa discriminación por razón del sexo en cuanto al sujeto activo. Sobre el sujeto pasivo, no solo se incluiría a la mujer, sino también al hombre que pueda acreditar la situación de vulnerabilidad que el precepto contempla alternativamente para ostentar la condición de víctima. Por todo ello, considera que la norma no discrimina por razón del sexo y es plenamente constitucional.

Frente a esta variedad de opiniones – incluso en las dos favorables hay matices – el TC resuelve la constitucionalidad de la norma cuestionada. En su fundamento jurídico quinto, empieza a allanar el camino a esa constitucionalidad cuando destaca – remitiéndose a pronunciamientos pasados – que la interdicción de la discriminación no equivale a la imposibilidad de tratar de manera desigual a quienes pertenecen a los grupos nombrados en el artículo 14 CE. La diferenciación jurídica con base en ellos es posible, si bien solo puede darse de manera excepcional para evitar vaciar por vía de excepción lo que es el supuesto general. A tal fin, “al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de

proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación.”

Prosigue el Tribunal sentando las bases de su decisión apelando a que estamos ante una selección legislativa de medios para alcanzar fines, cuestión relacionada estrechamente con el diseño de la política criminal, que el Tribunal ya declaró competencia exclusiva del poder legislativo⁶⁶¹. Puesto que aquí se entrecruzan aspectos de constitucionalidad y de conveniencia política, el Tribunal Constitucional hace valer el especial cuidado con el que ha de proceder para no invadir competencias ajenas, sin que en ningún caso los tribunales puedan convertirse en instancias de reevaluación de decisiones circunscritas al estricto ámbito político. Negarle el pan y la sal constitucionales a un precepto solo puede partir de su inadecuación a la Constitución y no de simplemente concluir que la norma es poco conveniente, inoportuna, ineficaz u otros calificativos análogos.

El fundamento jurídico séptimo de la sentencia marca un antes y un después en lo que vendrá porque ubica la controversia en el derecho a la igualdad del primer inciso del artículo 14 CE, sin que considere que haya razones suficientes para considerar la potencialidad de una discriminación por razón del sexo. Ese resultado lo obtiene el Tribunal al considerar que el sexo no es el factor exclusivo y determinante detrás de la diferencia en las penas; la esencia de la diferenciación radicaría en que el legislador ha querido dotar de mayor reproche a unas agresiones que considera más graves. A ello habría que añadir que esa asimetría en la tipología agresiva se daría en el seno de “una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada.” El corolario más importante de esta premisa es que el canon empleado por el TC no será el reforzado antidiscriminatorio, sino el general de razonabilidad y proporcionalidad.

Constatada la objetividad de la norma en su sentido de generalidad y abstracción, pasa el Tribunal a la razonabilidad en la diferenciación, lo que exige analizar la legitimidad del fin normativo y la adecuación a dicho fin de la diferenciación en las penas. En el último párrafo del fundamento jurídico octavo, el TC da por constitucionalmente válidas “la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres”, así como “la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito [el de pareja], que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad.” Termina este punto aludiendo a la necesidad de asegurar la igualdad sustancial combatiendo las formas de violencia que atentan contra la dignidad de las mujeres, formando parte de esos ataques la violencia ejercida por el hombre frente a la mujer en los ámbitos cubiertos por la ley.

⁶⁶¹ Vid. las SSTC n.º 129/1996, de 9 de julio (FJ 4º) y n.º 161/1997, de 2 de octubre (FJ 9º).

En cuanto a la adecuación de medios, el Tribunal alude en su fundamento jurídico noveno primeramente a las elevadas cifras de criminalidad en las que la mujer aparece como sujeto pasivo en relaciones que son o fueron de pareja, esto es, los casos en los que la mujer es víctima de quien es o fue su pareja. Podría pensarse que la legislación debiera prescindir, al definir el sujeto activo, de si es o no varón porque lo importante sería proteger a la mujer en relaciones de pareja, pero el TC exhibe aquí su deferencia hacia el legislador (“No resulta reprochable el entendimiento legislativo...”) al validar que este haya actuado movido por el ánimo de intentar atajar la violencia anclada en patrones culturales de sumisión de la mujer al hombre en esas relaciones de pareja. En palabras del propio Tribunal, “No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece.”.

Se refiere también el Tribunal a la posible incongruencia en la que pueda incurrir el legislador al no extender ese manto protector a otros tipos en los que se observe una prevalencia desigual por razón del sexo en los sujetos activo y pasivo. Para el TC, nada de eso empuja para la corrección axiológica de la protección dispensada por la LO 1/2004, y a lo sumo lo que revelaría sería una insuficiente tuición en otros ámbitos que no corresponde tomar en consideración en este. Tanto si estamos ante una desproporción inversa como si estamos ante una desigualdad por indiferenciación, el Tribunal los considera argumentos irrelevantes.

Finalmente⁶⁶², en el fundamento jurídico décimo se estudia si la concreta diferencia penológica es desproporcionada para unos fines cuya constitucionalidad ya se ha declarado, constitucionalidad que también existe ya del medio en sí. La sentencia refiere que la única disimilitud penológica que se ha sometido a su consideración⁶⁶³ es el suelo de la pena para los artículos 153.1 y 153.2 CP, que es de seis meses si la agresión es de varón a mujer y de tres meses si es de mujer a varón. Es más, ni siquiera esa diferencia es absoluta en el binomio hombre-mujer porque el TC declara que ese suelo de seis meses también es aplicable a la agresora que comete el delito contra un conviviente vulnerable, lo que recuerda el Tribunal en el fundamento jurídico duodécimo. Y ni siquiera ese es el verdadero suelo porque bien podría el órgano judicial valerse del artículo 153.4 CP para aplicar la pena inferior en grado.

La sentencia cuenta con cuatro votos particulares, formulados por los Excmos. Sres. D. Vicente Conde Martín de Hijas, D. Javier Delgado Barrio, D. José Rodríguez-Zapata Pérez y D. Ramón Rodríguez

⁶⁶² La sentencia tiene un FJ 11º dedicado a cuestiones penales que abordaremos en el siguiente capítulo.

⁶⁶³ En el caso que motivó la cuestión prejudicial no se pidieron medidas sobre la patria potestad, por lo que conforme al artículo 35.1 LOTC ese aspecto no podía someterse al control del TC.

Arribas. El primer voto particular incide en que no resulta apodíctico sostener sin más que toda agresión de un hombre a una mujer en el marco de una pareja actual o pretérita es más grave que si ocurre a la inversa. No cabe generalizar una mayor necesidad de proteger la dignidad, la libertad o la integridad de las mujeres respecto de los hombres porque ello supone una diferencia discriminatoria por razón de sexo. No hay realmente delitos distintos y, por ello, la solución es la inconstitucionalidad por trato desigual injustificado.

También discrepa el magistrado de que la solución adoptada por la LO 1/2004 sea idónea por cuanto, conforme a la normativa preexistente, quedaría abierta la vía para imponer la pena en un grado igual o superior al que establece el nuevo mínimo si se apreciaban razones suficientes para ello. Si se puede alcanzar el mismo resultado sin distinguir entre unos y otros sujetos activos, la falta de necesidad de esto último es reveladora de su inconstitucionalidad.

El segundo voto particular incide, por su parte, en que el fallo debería haber expresado el carácter interpretativo de la sentencia. A ojos del magistrado que lo firma, es innegable que una lectura del precepto sin el filtro que el TC interpone en su comprensión conduce a la inconstitucionalidad de la norma por distinguir sin mayores consideraciones entre sujetos activos y pasivos por razón del sexo. Al haberse reducido su ámbito de aplicación por incorporar el Tribunal a la inteligencia del precepto una causa discriminatoria en forma de violencia sexista o de género, el precepto solo puede seguir sobreviviendo en el tráfico jurídico si se entiende de ese particular modo, pero al no trasladarse ese razonamiento al fallo parece volverse al punto de partida.

El tercer voto particular refleja las tensiones que subyacen en la protección de colectivos que, como las mujeres, han sufrido y sufren la lacra de la violencia machista. Por un lado, el magistrado declara su conformidad con medidas diferenciadas y agravadas para combatir este problema. Por otro lado, la ausencia expresa de cualquier vinculación del trato diferenciado a combatir la violencia machista es problemática porque existe una desconexión entre el objetivo perseguido y el redactado final de la norma, que parece aplicarse sin más a toda agresión en la que el sujeto activo sea hombre y también sea, o haya sido, pareja de la víctima, que normalmente será mujer. La taxatividad parece fallar y ello incide en la seguridad jurídica en una materia, la penal, donde es de imperiosa presencia. En tercer lugar, el carácter interpretativo de la sentencia no se lleva a sus últimas consecuencias porque no se incorpora en el fallo y ni siquiera se argumenta detenidamente el alcance de esa exégesis. En cuarto lugar, el magistrado muestra su conformidad con que se configuren “círculos concéntricos de protección (sexismo violento contra cualquier mujer, en el ámbito familiar o doméstico y contra la pareja) puesto que los efectos de la acción punible se prolongan e irradian con diferente intensidad en cada uno de estos ámbitos.” Lo que sí que no comparte es que la ley parta de una presunción “de que todo maltrato ocasional cometido por un varón contra su pareja o expareja sea siempre una

manifestación de sexismo que deba poner en actuación la tutela penal reforzada del art. 153.1 CP.” Tampoco puede presumirse, desde la posición del sujeto pasivo, que toda mujer se encuentre en una situación de inferioridad por mantener una relación con un hombre y lo contrario supone volver a un derecho paternalista.

El último voto particular se centra en que la sentencia debió adoptarse explícitamente como interpretativa y, así, haber despejado cualquier duda en su aplicación al situarla dentro de parámetros aceptables. El magistrado que lo firma no objeta a que se castigue con mayor pena al hombre que a la mujer, pero ello tiene que venir de la mano de fijar que esa respuesta dispar se fundamenta en la “secular situación de sometimiento de unas a otros en las relaciones de pareja, lo que genera una mayor gravedad y, por ende, un reproche social mayor.” Puesto que la mayoría no aceptó esa propuesta, hecha durante las deliberaciones, el magistrado se ve obligado a formular su voto discrepante.

Con todos estos ingredientes, era inevitable que la doctrina se esmerara en aportar su visión acerca de la sentencia y de sus votos particulares, e igual que sucedió con las cuotas electorales⁶⁶⁴, el disenso ha sido la norma.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, siempre sugerente en sus aportaciones, empieza su comentario poniendo de manifiesto la parvedad de pronunciamientos judiciales en materia de igualdad y Derecho Penal, así como de un tratamiento de esa relación por la doctrina. Las causas de esa aparente despreocupación pueden reconducirse a una mezcla de asunción de que siempre habrá tipos que distingan en función del sujeto activo o pasivo (v.gr. indemnidad sexual de quienes no pueden prestar consentimiento sexual), y que era evidente detectar casos de trato desigual impermisible (v.gr., la penalización del impago de pensiones solo relativa a los hijos matrimoniales)⁶⁶⁵. La sentencia que acabamos de ver irrumpió, pues, en un área donde esta temática tenía todavía un amplio recorrido⁶⁶⁶.

La cuestión del sujeto activo despertó desde el principio dudas interpretativas por cuanto, si bien el artículo incorporaba la fórmula “El que...”, podría tratarse de un masculino inclusivo al igual que sucede, por ejemplo, con el artículo 138 CP. Ya hemos visto que la Abogacía del Estado se decantaba por una interpretación no excluyente de las mujeres como sujeto activo. No obstante, esta posibilidad

⁶⁶⁴ Sobre esta discusión (enmarcada en LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como en la LO 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres), vid. REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., p. 221; Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., pp. 199-200 y 394; MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L.: “Comentario...”, cit., pp. 623-624; ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. / TORRES MUÑO, I.: “Iguales, pero separados. Las cuotas electorales ante el Tribunal Constitucional (STC 12/2008), de 29 de enero”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 7, pp. 29-33; FIGUERUELO BURRIEZA, A.: “Representación política y democracia paritaria (A propósito de la sentencia del TC 12/2008, de 29 de enero)”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 12, pp. 211-222 y 224; BIGLINO CAMPOS, P.: “Variaciones sobre las listas electorales de composición equilibrada (Comentario a la STC 12/2008)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 83, pp. 278 y 287-288.

⁶⁶⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “¿Son discriminatorios...?”, cit., pp. 329-330.

⁶⁶⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “¿Son discriminatorios...?”, cit., p. 335.

pareció limitarse enormemente por el TC al afirmar casi *obiter dicta* que la mujer podría ostentar esa posición cuando el sujeto pasivo sea una persona especialmente vulnerable, y solo así se entiende que la sentencia hable de “agresora” *in fine* del tercer párrafo del fundamento jurídico décimo⁶⁶⁷.

En cualquier caso, la doctrina es casi unánime al destacar que el sujeto activo solo puede ser el hombre⁶⁶⁸. Parte de esa doctrina se ha decantado por esa caracterización subjetiva al entender que toda la violencia hombre-mujer en el ámbito de pareja (relación actual o pasada, a la vista del precepto) es necesariamente violencia de género⁶⁶⁹. Hay otros autores que, sin discutir que el varón es el sujeto activo, no ven con buenos ojos esta asimilación por cuanto supone un castigo colectivo a todos los hombres por patrones históricos en cuya conformación no han participado y que no necesariamente quieren reproducir cuando agreden a su pareja mujer. Toda violencia doméstica es rechazable, pero es necesario distinguir sus modalidades⁶⁷⁰.

Pasando al sujeto pasivo, cabría una vía consistente en apostar una cierta igualación por razón del sexo a partir de la inclusión del hombre como persona especialmente vulnerable. Pero como LASCURAÍN SÁNCHEZ ha puesto de relieve, incluso en este caso la asimetría legislativa se mantendría debido a que se exige que esa vulnerabilidad vaya acompañada de la convivencia con el sujeto activo, extremo no requerido cuando se ha sido o se es pareja de este⁶⁷¹. Por demás, juristas como MAQUEDA ABREU han puesto en tela de juicio que tenga sentido incluir a todas las mujeres como víctimas de conductas leves que, en muchas ocasiones, no reflejan verdaderos patrones de dominación situados en la violencia de género⁶⁷².

LASCURAÍN SÁNCHEZ destaca, además, dos elementos nucleares de la sentencia que afectan a sus presupuestos y a su funcionalidad. Empezando por el primero, la sustracción al juicio de discriminación tiene consecuencias de hondo calado sobre el rasero con el que se medirá la adecuación

⁶⁶⁷ Lascuraín Sánchez expone la contradicción de interpretar en dos sentidos diferentes una misma dicción en función de si se proyecta sobre la pareja o expareja, o sobre el conviviente vulnerable (vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “¿Son discriminatorios...?”, cit., p. 338). Ciertamente, no le falta razón y se antoja una paradoja que algo sea y no sea a la vez.

⁶⁶⁸ GÓMEZ MARTÍN, V.: “¿Comparaciones odiosas? Acción positiva y violencia de género ocasional”, en MIR PUIG, S. / QUERALT JIMÉNEZ, J. (DIRS.) / FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. (COORD.): *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. p. 277; POLAINO-ORTS, M.: “La legitimación constitucional de un Derecho penal sui generis del enemigo frente a la agresión de la mujer”, *InDret*, 3/2008, pp. 19-22; MAGRO SERVET, V.: “Inexistencia de violencia de género en las agresiones en parejas homosexuales”, *Diario La Ley* n.º 8466/2019, p. 2.

⁶⁶⁹ SÁNCHEZ YLLERA, I.: Maltrato y dominación. Paradojas judiciales sobre una cultura incívica, *Diario La Ley*, n.º 8159, pp. 3-5; GARCÍA ARÁN, M.: “Injusto individual e injusto social en la violencia machista (A propósito de la STC 59/2008 sobre el maltrato masculino a la mujer pareja)”, en CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. / ORTS BERENGUER, E. / CUERDA ARNAU, M.L. (COORDS.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 660.

⁶⁷⁰ REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., p. 247.

⁶⁷¹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “¿Son discriminatorios...?”, cit., p. 335.

⁶⁷² MAQUEDA ABREU, M.L.: “1989-2009: veinte años de «desencuentros» entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja”, *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n.º 7/2009, pp. 31-32. Larrauri Pijoán entiende que ese maltrato ocasional será relevante si se dan tres requisitos: (i) ocasiona un mayor temor; (ii) produce mayores posibilidades de lesión, y (iii) se produce en un contexto de dominación (vid. LARRAURI PIJOÁN, E.: “Igualdad y violencia de género”, *InDret*, 1/2009, p. 15).

constitucional⁶⁷³. Este punto también lo ha destacado, entre otros, REY MARTÍNEZ, para quien es correcto decir que la condición sexual del sujeto pasivo no es un factor exclusivo de tratamiento diferenciado, pero no converge en cambio cuando el Tribunal sostiene que tampoco es un factor determinante⁶⁷⁴. Se pregunta ese jurista a qué otro factor determinante ha de obedecer una norma que escinde sujetos por sexos, y cuya prístina vocación es eliminar los desequilibrios de poder entre el hombre y la mujer en los más variados ámbitos sociales⁶⁷⁵.

Volvemos aquí a lo que hemos abordado acerca del alcance que tiene la cláusula antidiscriminatoria ex artículo 14 CE. Si el concepto de discriminación que se maneja no es unidireccional y parte de una inclusión universal de todos los colectivos incluíbles en abstracto en las categorías de tal precepto, no puede discriminarse a los hombres porque no es imperioso que hablemos de colectivos tradicionalmente relegados. Puesto que no es unidireccional la aproximación del TC al artículo 14 CE⁶⁷⁶, y no podemos estar más de acuerdo con ello, no puede evitarse concluir que la consideración del sexo de los sujetos activo y pasivo existe y merece algo más que un diluido canon de constitucionalidad⁶⁷⁷.

El otro núcleo decisorio que la sentencia aborda irregularmente atiene a su carácter interpretativo⁶⁷⁸. Hemos visto ya que algunos votos particulares inciden en la incongruencia interna de la que adolece la resolución por cuanto discurre claramente en términos interpretativos, pero luego no incorpora en el fallo esas pautas hermenéuticas. LASCURAÍN SÁNCHEZ incide en que la parquedad del fallo conduce a que toda agresión de un hombre a una mujer en un contexto actual o previo de pareja colma las exigencias del tipo penal. Sin perjuicio de la opinión que merezcan sentencias interpretativas⁶⁷⁹, máxime en el orden penal⁶⁸⁰, en este caso hubiera sido preferible a juicio del criterio doctrinal mayoritario haber corregido esa inicial sobreinclusión punitiva con un pronunciamiento expreso en el fallo de la sentencia⁶⁸¹.

La norma que hasta ahora nos ha ocupado puede, por lo tanto, resultar constitucional si, y solo si, se circunscribe a entornos de dominación o a entornos en los que se busca crear ese clima de

⁶⁷³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “¿Son discriminatorios...?”, cit., pp. 335-336 y 344.

⁶⁷⁴ REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., p. 240.

⁶⁷⁵ REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., p. 241.

⁶⁷⁶ No solo no lo es en esta sentencia, sino que ello forma parte de una larga tradición de bidireccionalidad. Vid., por ejemplo, las SSTC n.º 229/1992, de 14 de diciembre (FJ 2º) y la n.º 16/1995, de 24 de enero (FJ 3º).

⁶⁷⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “¿Son discriminatorios...?”, cit., p. 345.

⁶⁷⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “¿Son discriminatorios...?”, cit., pp. 335 y 344.

⁶⁷⁹ Para un análisis sobre este tipo de resoluciones, vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional”, *InDret*, 3/2012, pp. 26-27, con abundante cita de doctrina a este respecto.

⁶⁸⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “¿Restrictivo o deferente...?”, cit., p. 28.

⁶⁸¹ GÓMEZ MARTÍN, V.: “¿Comparaciones odiosas?...”, cit., p. 296; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “¿Son discriminatorios...?”, cit., p. 348; LARRAURI PIJOÁN, E.: “Igualdad...”, cit., p. 15; MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “Desigualdades penales y violencia de género”, en RUIZ MIGUEL, A. / MACÍ MORILLO, A.: *Desafíos de la igualdad, desafíos a la igualdad*, BOE, Madrid, 2009, p. 61. Para este último, no puede aceptarse la inexistencia de relaciones de pareja igualitarias (vid. EL MISMO: “Desigualdades penales...”, cit., p. 79 y, en idéntico sentido, POLAINO-ORTS, M.: “La legitimación constitucional...”, cit., p. 22).

sometimiento⁶⁸², sin que sea preciso un determinado *animus* discriminatorio concreto⁶⁸³. Autores como DÍEZ-PICAZO han destacado que ese objetivo podría alcanzarse tipificando la violencia en la pareja y la estadística haría el resto al ser mucho más prevalente la violencia ejercida por el hombre contra la mujer que viceversa, sin que, por lo tanto, sea imprescindible una respuesta punitiva diferenciada por sexos⁶⁸⁴. Con este argumento, estaría atacando el juicio de proporcionalidad estricto en los términos ya vistos de una doble garantía porque podríamos imaginar una norma que castigara los actos cometidos por el hombre contra la mujer y en sentido opuesto sin distinguir entre sexos.

No le falta razón al jurista cuando dibuja un escenario así, pero en ese contrafactual (muy similar al escenario previo a la reforma legislativa) no se toma en suficiente consideración la situación de la que parte el legislador. La LO 1/2004 es fruto de una voluntad de atajar la desigualdad estructural de la mujer en relación con el hombre, donde lo que ocurre en el ámbito de la relación de pareja cumple un papel fundamental por el carácter íntimo que suele tener la violencia ejercida en ese ámbito. Lo que ocurre en ese ámbito de intimidad marca nuestra autoestima y nuestra capacidad de relacionarnos normalmente con el exterior porque, si ni siquiera en ese reducto de privacidad se nos reconoce nuestra autonomía y nuestra dignidad, es más fácil que salgamos al mundo llenos de inseguridades, o que optemos por salir poco al exterior.

Hay otros factores de esa intimidad que también influyen, como es la dedicación a la crianza de los hijos, que se pueden solventar con medidas de índole variada (campañas de concienciación, equiparación de permisos de maternidad y paternidad, favorecimiento de la conciliación laboral y familiar). No obstante, parece asaz inidóneo proteger de ese mismo modo la integridad física y psíquica de la mujer, tanto porque el bien jurídico es de índole superior como porque no podemos pretender que una misma medida sirva para todo. La pavorosa diferencia en la criminalidad ejercida en el ámbito de pareja por el hombre contra la mujer y viceversa no puede obtener solo una respuesta educativa, laboral o administrativa. Y tampoco parece que mantener los tipos sin diferenciar entre sexos y elevar las penas sea una solución porque la solución distorsiona por completo el diagnóstico, castigando paradójicamente más a las mujeres cuando lo que pretendemos es frenar la sangría de la violencia de género.

Ciertamente, podríamos imaginar un artículo 153.1 CP que, sin distinguir entre sexos, puniera el maltrato ocasional cometido para perpetuar o lograr una dominación sobre quien es o ha sido pareja del sujeto activo. A la pregunta de si lograríamos el mismo resultado, la primera respuesta ha de ser otra pregunta, a saber, si esa cuestión se formula desde una óptica cuantitativa o cualitativa. Si lo hacemos desde el primer prisma, claramente la respuesta pasa por reconocer nuestra humilde

⁶⁸² LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “¿Son discriminatorios...?”, cit., p. 368.

⁶⁸³ LARRAURI PIJOÁN, E.: “Igualdad...”, cit., p. 14.

⁶⁸⁴ DÍEZ-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 200.

ignorancia sobre ese escenario alternativa, ya que incluso la comparativa con países de nuestro entorno tiene sus limitaciones metodológicas. Si lo hacemos desde el segundo prisma, la respuesta es claramente un no. No enviamos idéntico mensaje a la sociedad si consideramos que la violencia intrapareja en general es igual de perniciosa a aquella violencia que solo busca someter a la mujer porque esta, *qua* mujer, no está sino para ser sometida por el varón.

Hemos de aceptar, no obstante, dos realidades cuanto menos poco edificantes. Una, que, con los mimbres actuales, todo acto cometido por un hombre contra una mujer enmarcado en una relación de pareja actual o pasada será violencia de género. La ley presupone una desigualdad estructural en toda relación de pareja porque exime a la pareja o expareja de probar su situación de vulnerabilidad a diferencia de los otros sujetos pasivos referidos en genérico por esa especial vulnerabilidad, lo que lo convierte en una presunción *iuris et de iure*. La sentencia del Tribunal Constitucional que hemos analizado no es clara en su interpretación restrictiva y, como no podía ser de otro modo, la jurisprudencia solo ha podido actuar con base en una norma declarada constitucional, pero sin poder recurrir a ninguna interpretación conforme.

La otra realidad que hemos de afrontar es que va a haber hombres que vivirán sumidos en una relación de dominación por parte de su pareja mujer y que entenderán que el ordenamiento jurídico considera la conducta de ese sujeto activo menor que si fueran ellos los victimarios. Podemos vestirlo con toda la elegancia dogmática de la que seamos capaces, pero no creemos que a nadie de ellos convenceremos apelando a bienes jurídicos supraindividuales o a la historia de la discriminación con la mujer. Ellos vivirán su historia del ahora (en términos de *story* y no de *history*) y poco les importará el resto. Incluso podemos imaginarnos que la mayoría de ellos no serán insensibles a la violencia desmedida que las mujeres sufren en nuestra sociedad, pero es poco probable que ello llegue ni a consuelo fugaz.

Mientras que lo segundo entra en el terreno de la legitimidad política, que siempre se resentirá de las decisiones difíciles, lo primero es más problemático desde una óptica constitucional y penal si lo vemos desde la cara de la presunción de un ánimo que no admite prueba en contrario, y lo mismo si lo vemos desde la cara de considerar estructuralmente a toda mujer como inferior en una relación de pareja. Más allá de lo destacado por algunos autores acerca de la privación que para autonomía de las mujeres han supuesto algunos puntos de la ley⁶⁸⁵, es casi inevitable cierta perplejidad ante una presunción tal que uno no sabe si rema a favor o en contra de las mujeres. Sea como fuere, es evidente también que no hay desprotección plena del hombre ante el maltrato ocasional de la mujer y, además, la diferencia en la pena se reduce a tres meses en su suelo, con lo que no podemos menos que, con base en nuestros parámetros, dar por buena la ley y desear sinceramente que sirva a los fines previstos.

⁶⁸⁵ MAQUEDA ABREU, M.L.: “1989-2009...”, cit., p. 33.

d) Eficacia horizontal del derecho fundamental a la igualdad

Acabaremos nuestro recorrido jurisprudencial exponiendo la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la eficacia horizontal de la igualdad como derecho fundamental.

Empezaremos por el auto n.º 1069/1987, de 30 de septiembre, dictado en sede de inadmisión de un recurso de amparo cuya motivación era, hay que reconocerlo, original. El 17 de diciembre de 1985, los propietarios de una vivienda en régimen de propiedad horizontal demandaron a los propietarios de la vivienda inmediatamente inferior, solicitando la demolición del cerramiento de una terraza que los demandados habían llevado a cabo, por considerar que tal cerramiento era ilegal y que les ocasionaba perjuicios. En su contestación, los demandados, además de cuestiones estrictamente civiles, alegaron que la demanda obedecía a actitud manifiestamente tendenciosa de los actores, ya que en otro piso que se encuentra en la misma planta, sus propietarios habían procedido con anterioridad a efectuar un cerramiento de terraza, sin que ello hubiera motivado demanda alguna. A juicio de los codemandados, el artículo 14 CE prohibía una actuación tal porque ese precepto vincula por igual a los poderes públicos y a los particulares, ni que sea por la vía de los principios generales del Derecho.

El Tribunal Constitucional decidió inadmitir el recurso de amparo porque ninguna violación del artículo 14 CE podía achacarse a los demandantes, con independencia de que hubieran actuado de manera dispar ante los dos grupos de propietarios. Los poderes públicos, en este caso los tribunales, tampoco habían actuado contra la Constitución al no haber enmendado la situación porque ninguna obligación se les puede imponer en un caso de ese tenor. El fundamento jurídico primero del auto concluye de manera rotunda cuando afirma que: “Ningún precepto, ni constitucional ni ordinario (salvo, en ocasiones, el principio de buena fe del art. 7 del Código Civil y la regla de comportamiento coherente en el establecida, que aquí están en cuestión), obliga a una persona a ejercitar sus derechos subjetivos o sus acciones en forma idéntica frente a sujetos pasivos diferentes, sin que, fuera de los mencionados casos de buena fe o abuso del derecho, se puedan medir los móviles que a tal actuación impulse. Es claro, por ejemplo, que un acreedor puede ser enérgico frente a un deudor y no serlo frente a otro, o reclamar prontamente la deuda a uno y condonarla total o parcialmente a otro.”

Tan rotundamente como se afirma lo antecedente, en ese mismo fundamento jurídico primero, el Tribunal sostiene que “Es posible entender que algunos derechos fundamentales producen un cierto grado de eficacia en las relaciones jurídicas entre particulares y que, en tal caso, se encuentra el derecho a no ser discriminado que establece el art. 14 de la Constitución, cuando se trata de las discriminaciones típicas – por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o condición social –.” Idéntico planteamiento se haría valer en la sentencia n.º 108/1989, de 8 de junio, en la que el párrafo cuarto del fundamento jurídico primero dice: “De otro lado, el de que el respeto de la igualdad ante la

Ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 CE.”

Entre el auto y la sentencia que acabamos de citar, el TC dictó su sentencia n.º 177/1988, de 10 de octubre, que parecía apuntar en una línea que, aparentemente, la STC n.º 108/1989 no siguió. En su fundamento jurídico cuarto, párrafo segundo, el Tribunal se hace inicialmente eco de lo dicho en el Auto 1069/1987, pero luego apostilla que vinculan a los particulares asimismo “aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato. No cabe olvidar que el art. 1.1 C.E. propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad, y que el 9.2 encomienda a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.” Esta aseveración resulta desconcertante no solo porque supone un cambio cualitativo respecto del auto precedente, sino porque no se acaba de entender muy bien a qué se refiere con esas reglas de las que se deriva la necesidad de igualdad de trato, por no decir que la mención a los poderes públicos no tiene cabida para obligar a los particulares a aplicar lo que la Constitución excluye por su propia dicción.

La lectura de las dos últimas sentencias, así como de otras posteriores tales que la n.º 28/1992, de 28 de septiembre, nos sitúan en la órbita laboral y en la cláusula antidiscriminatoria⁶⁸⁶. Ello no impide, sin embargo, que hablemos de su aplicación horizontal en ámbitos ajenos al Derecho Laboral porque nada en la doctrina del Tribunal Constitucional nos constriñe a quedarnos en esas fronteras. Ello tendrá consecuencias directas sobre lo que hayamos de tratar en materia de delito de odio, y muy singularmente en materia de discurso de odio.

3.4.3. Consideraciones comunes

El estudio que hemos hecho sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación nos sitúa tras la pista de una realidad abierta a múltiples interpretaciones⁶⁸⁷, que se verá algo atemperada por la mayor concreción en las causas de discriminación⁶⁸⁸, por más que no sean ningún seguro de certezas aritméticas. Para algunos, esta apertura es el presupuesto de una política constitucional inserta en un sistema constitucional de corte democrático⁶⁸⁹. Aunque ya hemos sostenido que ese rasgo no es predicable tan solo de la igualdad⁶⁹⁰, e incluso no creemos que sea predicable solo de los preceptos constitucionales, la intervención del poder judicial y, sobre todo, de TC al delimitar sus contornos

⁶⁸⁶ Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., pp. 184-185.

⁶⁸⁷ GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: *Tribunal Constitucional...*, cit., p. 27.

⁶⁸⁸ GARCÍA MURCIA, J.: “La Ley 15/2022...”, cit., p. 15.

⁶⁸⁹ HÄBERLE, P.: *Pluralismo y Constitución*, cit., p. 173.

⁶⁹⁰ Vid. nota 304.

comporta una actividad singularmente creadora a partir de criterios valorativos⁶⁹¹. Pero, de acuerdo con ALEXY, la igualdad no es un derecho distinto del resto de los fundamentales y es necesario acotar en la medida de lo posible esa indeterminación cuasi esencial para tomar conciencia de que hay que solucionar problemas valorativos básicos⁶⁹².

No obstante, aunque la proposición de ALEXY sea también válida en nuestro ordenamiento constitucional porque del texto no podemos inferir ninguna preeminencia del artículo 14 CE sobre el resto, hay algunos argumentos que nos permiten darle cierto realce. El primero es que el artículo 1.1 CE acoge la igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico⁶⁹³ y, si bien no se la menciona explícitamente en el artículo 10.1 CE, ello no le resta un ápice de valor superior y de eficacia jurídica⁶⁹⁴ del mismo modo que el elenco de este último artículo no es menos fundamento del orden político y de la paz social por no encontrarse en el aquel precepto⁶⁹⁵. Además, bien puede introducirse por la vía de “los derechos inviolables que le son inherentes”. El segundo argumento tiene que ver con el carácter instrumental de la igualdad en relación con el resto de los derechos fundamentales, que la convierte en elemento imprescindible para extender o restringir el alcance subjetivo de estos últimos porque implícitamente todo derecho se disfruta en igualdad de condiciones⁶⁹⁶.

Podemos ejemplificar ese segundo argumento con la libertad de expresión. Ya vimos en el capítulo correspondiente que su contenido viene determinado por lo que somos capaces de expresar y, *a contrario sensu*, por lo que hemos de callar si no queremos rebasar sus límites. Esta aproximación aparentemente objetiva esconde otra subjetiva cuando dentro de aquella se marcan lindes que entroncan con puntos nucleares de ciertas ideologías, lo que nos lleva tanto al artículo 16 como al 14 CE. La capacidad para expresar la propia ideología no será igual en todos los casos, esto es, en todos los sujetos, y en ello no se verá discriminación alguna habida cuenta de la justificación razonable que se esgrima en el marco de defender ciertos bienes jurídicos. Otro tanto puede decirse de otros derechos fundamentales, en los que sus facultades tendrán mucho de distinciones entre grupos por motivos cuya razonabilidad habrá de determinarse por el TC.

⁶⁹¹ BÖCKENFÖRDE, E.W.: *Estudios sobre el Estado...*, cit., p. 193.

⁶⁹² ALEXY, R.: *Teoría de los derechos...*, cit., pp. 388-401.

⁶⁹³ Para Zagrebelsky, el conjunto de principios constitucionales integra una suerte de sentido común del Derecho (vid. ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, cit., p. 124).

⁶⁹⁴ THOMÁS PUIG, P.M.: “Valores y principios constitucionales”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, n.º 5, p. 130.

⁶⁹⁵ En sentido opuesto, vid. RUBIO LLORENTE, F.: “La igualdad...”, cit., pp. 9-10. Para él, no podemos extraer conclusiones de calado a partir de proposiciones constitucionales que, a su entender, carecen de sentido deóntico alguno. Si bien suscribimos parcialmente esa afirmación, no nos parece irrazonable que, sumado al resto de argumentos, reme a favor de una singular posición de la igualdad que el mismo autor destaca en otros pasajes de ese texto.

⁶⁹⁶ Ese carácter instrumental también puede predicarse de todo el ordenamiento jurídico por la posición de la igualdad como uno de los cuatro valores superiores. Los valores, y lo mismo se predica de los principios, ostentan un carácter institucional que ha de influir en todo el sistema normativo a nivel estructural y funcional (vid. FREIXES SANJUÁN, T. Y REMOTTI CARBONELL, J.C.: “Los valores y principios...”, cit., p. 98).

La igualdad es y no es a la vez, por lo tanto, un derecho fundamental igual al resto. Lo es en el sentido de que, textualmente, no hallamos argumentos para su superioridad ni inferioridad, así que habríamos de concluir que *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Pero no lo es en el sentido de que, relacionamente, tanto en la teoría como en la práctica tendremos que recurrir frecuentemente a sus servicios para auxiliarnos en la determinación de lo permisible e impermisible respecto de esos otros derechos fundamentales⁶⁹⁷. Algún autor ha destacado, y convergemos con él, que la igualdad es una construcción doctrinal subyacente a toda la estructura constitucional⁶⁹⁸, lo desde este ángulo le daría una posición preeminente⁶⁹⁹. Desde esta perspectiva, quizá cabría calificarlo como principio de principios (al lado de los otros tres)⁷⁰⁰ o un *primus inter pares* y reforzar, así, el rechazo ya explicitado en este trabajo a posturas como la de Westen según las que la igualdad es redundante o imprecisa.

Por ello, la constatación de que quizá los conflictos sobre la igualdad no sean solucionables racionalmente, bregándose siempre en la arena de las ideologías y concepciones del mundo⁷⁰¹, sería un obstáculo de grandes repercusiones para todo el ordenamiento jurídico. Incluso, para algunos, la problemática es todavía mayor por cuanto normas generales como la igualdad no nos dicen nada por sí mismas acerca de cómo solucionar las controversias⁷⁰². Una posible solución pasaría por exigir que el Tribunal tomara como referencia exclusiva la “conciencia jurídica” de la comunidad; en ella encontraría los resortes que le ayudarían a interpretar lo que es discriminatorio y lo que no⁷⁰³. Ya se ve, sin embargo, que esta aparente solución casi plantea más dudas que certezas.

La politización de la justicia constitucional, entendida como la designación total o parcial de sus integrantes por quienes han sido elegidos directamente por la ciudadanía, puede ser un factor amortiguador de que la máxima interpretación de la Constitución esté en manos de personas que hayan de responder a las sensibilidades de cada momento. No obstante, tal participación se produce solo *ab initio* y no asegura en modo alguno que se mantenga esa vía de comunicación, ya que quien ha resultado elegido puede perfectamente orillar los criterios que el elector pretendía imprimir en el Tribunal⁷⁰⁴. Ese sistema, pues, no impide que el órgano judicial acabe ostentando un poder cuasi omnímodo sobre “el arma más poderosa y de difícil uso de cuantas el Estado de Derecho ofrece”⁷⁰⁵.

La remisión a la conciencia jurídica adolece, a nuestro parecer, de indeterminación y de una serie de riesgos potencialmente graves para nuestro modelo de democracia. En cuanto a lo primero, deriva de

⁶⁹⁷ Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 182.

⁶⁹⁸ RUBIO LLORENTE, F.: “La igualdad...”, cit., pp. 10-11.

⁶⁹⁹ LORENS Y CLARIANA, E.L.: *La igualdad ante la ley...*, cit., p. 55.

⁷⁰⁰ BAÑO LEÓN, J.M.: “La igualdad como derecho...”, cit., p. 179.

⁷⁰¹ ALEX, R.: *Teoría de los derechos...*, cit., p. 407.

⁷⁰² NIETO GARCÍA, A.: *El arbitrio judicial*, cit., p. 109.

⁷⁰³ RUBIO LLORENTE, F.: “La igualdad...”, cit., p. 32.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, pp. 32-33.

⁷⁰⁵ RUBIO LLORENTE, F.: “Igualdad”, en ARAGÓN REYES, M. / AGUADO RENEDO, C.: *Temas básicos...*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 140.

una necesidad previa a hablar sobre los consensos de fondo, a saber, la determinación de quién integra subjetivamente la comunidad en la que habremos de buscar la conciencia jurídica. Las posibilidades son múltiples porque caben una aproximación estricta, en la que solo incluiríamos al poder legislativo porque es quien vehicula la sensibilidad social y la traduce en normas; también cabe una aproximación intermedia, en la que añadiríamos a todos los operadores jurídicos (Abogacía, Fiscalía, Procuraduría, Academia... con la sola exclusión del poder judicial para evitar riesgos de endogeneidad) porque ellos forman parte del proceso de conformación del sentido de las normas; en la aproximación amplia, en definitiva, habríamos de considerar toda la población, manteniendo la salvedad de quienes forma parte del poder judicial por el citado riesgo de endogeneidad.

Si lográramos superar este escollo inicial, deberíamos afrontar otro escollo, que sería saber en qué textos hemos de consultar esa conciencia jurídica. Lógicamente, dependerá de quiénes forman parte de la comunidad de la conciencia jurídica, pero incluso si rebasamos ese listón tendremos que preguntarnos si hemos de consultar en todas las leyes, solo en algunas, en los escritos rectores de las partes, en las alegaciones orales en sala, en artículos sobre tal o cual disciplina jurídica... Si somos capaces de ponernos de acuerdo sobre el ámbito objetivo, el siguiente desafío será el punto temporal: hasta dónde hemos de retrotraernos para buscar el acervo documental. Ello, a su vez, planteará otros escollos porque, en caso de no coincidir sus autores con los integrantes actuales de los grupos designados, habremos de cuestionarnos si – por ejemplo – los cambios en las mayorías parlamentarias merecen una especial ponderación.

Los graves riesgos que esa conciencia jurídica cierne sobre nuestra democracia provienen de que esta no se construye como un simple agregado de votos que determina quién vence y quién pierde en las contiendas electoral, legislativa, ejecutiva y, muy destacadamente, judicial. El constituyente diseñó con sabiduría aprendida y aprehendida tanto de experiencias patrias como foráneas un sistema de contrapesos en el que el gran contrapeso no es sino la Constitución. A veces se insiste, y no sin razón, en la importancia de ese rasgo predicado de los tres poderes, pero nos parece que el punto neurálgico de ese sistema de *checks and balances* es la Constitución en sí misma porque diseña y es punto de referencia constante para ese diseño.

Pues bien, a pesar del atractivo que ofrecería la conciencia jurídica como legitimadora de las decisiones judiciales por adecuarse al estado de opinión del ente por el que nos hayamos decantado, ese concepto esconde un potencial destructivo de tal sistema de contrapesos. Si por conciencia jurídica hemos de entender algo necesariamente dinámico, y no podría ser de otro modo porque la legitimación provendría de ajustarse a una expertocracia jurídica que usaría la soberanía popular como pantalla, nada impediría que un cambio en las tornas políticas la fuera cambiando progresivamente. No haría falta ningún cambio abrupto, que por otro lado pondría al resto de actores en guardia, sino uno

silencioso en el que lenta, pero constantemente, se van erosionando algunos principios constitucionales. Al final de ese camino solo haría falta un caso como *Plessy* para dar la estocada final a una conquista que se creía intocable, con la desgracia de que ni siquiera seríamos capaces de percibir esa pérdida en toda su intensidad porque ya nos habríamos anestesiado tras años de declive inadvertido.

El poder judicial, y muy destacadamente en este punto el TC – aunque en puridad no pertenezca a él –, es el último refugio en el que los menos privilegiados pueden encontrar cobijo, el puerto seguro en el que pueden atracar sus maltrechos navíos y resguardarse de la tempestad. Ello es así porque cuando el poder legislativo se ha extralimitado y el ejecutivo ha hecho lo propio por decantación en un sistema como el nuestro, en el que la partidocracia y la interrelación entre uno y otro es innegable, solo queda la vía de quienes no han sido elegidos directamente por el pueblo, pero paradójicamente están llamados a servirle, a veces a su pesar. Si el poder judicial y el TC están destinados a dar acriticamente por buena la conciencia jurídica que le viene impuesta, mejor sería que fuéramos honestos y lo suprimiéramos para no hacernos trampas al solitario.

La conciencia jurídica, además, es un mecanismo que puede brindar respuestas insatisfactorias en momentos de explícita transición. En nombre de esa vara de medir, se pueden diluir los profundos cambios legislativos acometidos en un país con el pretexto de que han de interpretarse a la luz de la tradición jurídica que en él ha imperado o de los antecedentes inmediatamente anteriores a ese aparente vuelco jurídicopolítico. Los reconocimientos de nuevos derechos y principios pueden relacionarse con otros preexistentes con los que se detecte cierta relación de analogía y considerar que no hay una novedad tal, sino a lo sumo algún ajuste al alza o a la baja de los precedentes. Si por la conciencia jurídica hubiera sido, hemos visto en el recorrido jurisprudencial que quizá hubiera prevalecido una visión predemocrática del significado atribuido a la Constitución.

Lo que para unos es una rémora antidemocrática o predemocrática (simplemente un fallo en nuestro sistema de soberanía popular)⁷⁰⁶ puede verse vista como una oportunidad de sustraer formalmente a los Juzgados y Tribunales de la siempre voluble arena política. Decimos “formalmente” no por rellenar el texto, sino porque es imposible de todo punto de vista pretender que, materialmente, los Juzgados y Tribunales estén conformados por personas sin convicciones políticas e ideológicas. En cuanto al TC, la única crítica que realizo al sistema previsto por el constituyente es que no se otorgue un mayor peso a los magistrados elegidos por el CGPJ, órgano en el que a su vez creemos que debiera darse más peso a los miembros de la carrera judicial en la elección de sus vocales.

⁷⁰⁶ Para un estudio pormenorizado sobre la evolución en el sistema de la elección del poder judicial y las diferentes posturas sobre él, vid. GARCÍA COSTA, F.M: “Consideraciones sobre el sistema de elección de los vocales del consejo general del poder judicial”, *Anales del Derecho – Universidad de Murcia*, n.º 26.

Si estamos en lo cierto al descartar la conciencia jurídica como el mejor parámetro al que recurrir para enjuiciar – entre otros – casos sobre igualdades y desigualdades, revive la pregunta por cuál ha de ser ese mejor parámetro, sin perjuicio de que hayamos de tomar – esta vez sí – conciencia de la imposibilidad de una mecanización o equivalencia aritmética desconectada de los valores relativos al individuo y a la comunidad⁷⁰⁷. Desde el lógico espacio limitado que podemos dedicarle en esta tribuna, diremos que abogamos por la maximización de los derechos, que se define por la priorización en el máximo mantenimiento de los derechos fundamentales para quienes ostentan un interés legítimo en la controversia, ya sean parte procesal o no del caso concreto. Permítasenos desgranar sucintamente los diferentes elementos de ese estándar, lo que haremos en orden inverso al recogido en esa fórmula.

Al preocuparnos por los legítimamente interesados por la sentencia que se dicte, queremos decir dos cosas. La primera, que descartamos una visión estrictamente centrada en las partes procesales como únicas relevantes a los efectos del resultado de la disputa. En la litigación constitucional, ocurrirá que se mezclarán los procesos en los que solo hay actores institucionales – piénsese en un recurso de inconstitucionalidad – con los que involucran a actores privados – piénsese en un recurso de amparo – y con los mixtos – piénsese en una cuestión de inconstitucionalidad –. Así como en el caso institucional la afectación metaprocesal se percibirá fácilmente, en los otros casos no ocurrirá con la misma intensidad y podría perderse de vista la intensidad con la que la onda expansiva golpeará a quienes no son parte procesal. Nos situamos a caballo entre el individualismo y el colectivismo porque no encapsulamos el caso en los contendientes, pero tampoco los vemos como meros representantes de los grupos en los que se integran, residiendo el eje central en la afectación que tendría para ganadores y perdedores de una determinada decisión.

La focalización en los derechos fundamentales estriba en que, en la ponderación, las unidades que puedan verse afectadas han de ser homogéneas y han de ser todos de la máxima relevancia, en consonancia con la posición preeminente que ocupan todos los derechos fundamentales. Habida cuenta de la *vis* tentacular que tiene la igualdad, es sencillo que identifiquemos derechos infrafundamentales, ya sean de rango constitucional o no, como potenciales afectados por la decisión, pero estos nunca podrán situarse al otro lado de la balanza de los fundamentales. La cantidad no juega ningún papel aquí, sino solo la calidad, y solo entre los derechos de la misma clase jugará el aspecto cuantitativo en términos ideales de un reparto parejo.

El uso del vocablo “mantenimiento” y no “reconocimiento” u otros denotativamente similares a este tampoco es baladí. Una vez declarada la titularidad sobre derechos fundamentales a favor de un colectivo abstracto (solo los ciudadanos, todas las personas o la categoría que se emplee), hemos de presumir *iuris tantum* que todo aquel subsumible en ese grupo tiene iguales facultades que el resto de

⁷⁰⁷ LLORENS Y CLARIANA, E.L.: *La igualdad ante la ley...*, cit., p. 46.

los miembros de dicho grupo. Ello deriva de la conjunción del *general power of competence* (lo que no está prohibido, está permitido o, en su formulación latina, *permissum videtur id omne quod non prohibetur*)⁷⁰⁸ con la igualdad consagrada en el artículo 14 CE: lo que no está prohibido para los titulares en abstracto de un derecho, está permitido para todos esos titulares.

Es de enorme utilidad traer a colación la elección de la que nos habla RAWLS en un hipotético estadio social embrionario, donde no puede presumirse que nadie concederá más porción de derechos a otros que a sí mismo, sobre todo si explícitamente se declara *prima facie* esa igualdad en precepto como el 14 CE. Si consideramos adicionalmente, a la vista del *general power of competence*, que quienes están llamados a acotar el alcance inicialmente ilimitado de esos derechos son poderes públicos instituidos por los ciudadanos, estos ni pueden pretender arrogarse un poder general y originario para imponerse a aquellos a quienes deben su existencia: son estos los que ostentan ese poder originario. Creemos que el empleo de “mantenimiento” da también cuenta simbólica del papel central que tienen los titulares.

Por último, la idea de priorizar ese mantenimiento equilibrado de derechos entre los legítimos interesados es un imperativo de la soberanía popular, de la que hemos de derivar que la *ultima ratio* es la distribución desigual de derechos. No podemos presumir que todos aquellos que participan del proceso democrático y no se alzan en armas contra el sistema establecido preferirán que la primera solución sea laminar derechos, especialmente cuando los ciudadanos desconocen de antemano si esos derechos serán los suyos o los ajenos. Tampoco podemos declarar compatible con una verdadera soberanía popular que se relegue gramo a gramo la posición que ostentan quienes son titulares en abstracto de derechos por pertenecer a los colectivos considerados por la norma. Solo cabrá una intervención estatal legítima procurada a asegurar el mantenimiento de un derecho fundamental que se ve amenazado por el ejercicio de otro derecho fundamental, ya que de no actuar se rompería el equilibrio en el igual disfrute de los derechos fundamentales.

Partamos de la base de que es imposible conceptualmente que el normal ejercicio de un derecho fundamental conculque otro derecho fundamental; de lo contrario, concluiríamos que la Constitución reconocería el ejercicio inconstitucional de derechos, lo que carece de todo sentido. Ha de haber, pues, casos en los que el titular de un derecho no esté ejerciendo facultades que conforman el mantenimiento de su derecho, sino que estará rebasándolas y disminuyendo la porción de otro derecho fundamental

⁷⁰⁸ LAWS, S.J.: “The Rule of Law: The Presumption of Liberty and Justice”, *Judicial Review*, vol 22, n.º 4, pp. 365–373. Este principio solo debería aplicarse, según el autor, a los particulares porque la soberanía reside en ellos y hay que interpretar restrictivamente aquella porción de la que se desprenden para la vida en sociedad. En cambio, para los poderes públicos la regla debiera ser la inversa, esto es, que solo pueden hacer lo que les está permitido. Esta diferenciación nos parece acertada porque los poderes públicos son creaciones de las personas y solo podrán hacer aquello para lo que han recibido un título competencial; por el contrario, los particulares son los que delegan — que no transmiten — en los poderes públicos una parcela de sus competencias, sin que pueda interpretarse esa delegación o cesión en términos de transmutación sobre quién es el cedente y quién el cesionario. Es muy cuestionable, pues, que en 2011 se aprobara en el Reino Unido una reforma para que ese *general power of competence* se predice también de los municipios (vid. SANDFORD, M.: “The General Power of Competence”, *House of Commons Library*, n.º 05687, 9 de marzo de 2016, *passim*, pp. 8-9).

que alguien tiene derecho a ejercer. Para estos casos, nadie podrá alegar que está implementando lo permitido porque está prohibido vulnerar los derechos fundamentales de terceros.

Pongamos un ejemplo. Imaginemos que alguien, motivado por una enemistad prolongada en el tiempo, se dedica sistemáticamente a vilipendiar a otro públicamente empleando todo tipo de insultos y epítetos infamantes. El sujeto vilipendiado podría demandar al sujeto vilipendiador o querrellarse contra él por conculcar su derecho al honor, lo que nos situaría ante un conflicto clásico entre la libertad de expresión y el honor según hemos visto ya en otro capítulo. Si se concluyera que este último sujeto se ha excedido en su libertad de expresión para entrar de lleno en el mantenimiento del derecho al honor del destinatario de sus soflamas, no cabría una defensa según la que se ha conculcado el derecho a la igualdad porque solo se prohíben los discursos que disminuyen el honor y no los que lo aumentan. En uno y otro caso, el resultado para el mantenimiento del derecho al honor no admite que ambas situaciones se aborden idénticamente.

Evidentemente, esta reflexión solo es aplicable a los casos en los que la igualdad se conecte con otros derechos fundamentales, como ocurría con el primer caso visto por el TC en materia de igualdad relacionado con la libertad sindical o con el caso hipotético planteado. Aquí es donde el test alcanzará su máximo nivel de exigencia porque la igualdad se proyecta sobre otro derecho fundamental, por lo que la exigencia al analizar la justificación de la desigualdad alcanzará su máxima cota al concurrir dos derechos fundamentales. Mantenemos sin resolver, no obstante, qué ocurre si la igualdad se proyecta sobre derechos no fundamentales, ya sean constitucionales o no.

Cuando la igualdad está llamada a regular derechos no fundamentales, podemos distinguir dos escenarios. Uno vendrá determinado por toda desigualdad basada expresamente en los motivos discriminatorios vetados por el artículo. En este, el trato desigual solo podrá sobrevivir en idénticas condiciones a las previstas para lo visto hasta ahora, pero esta vez en relación con el mismo derecho cuyo dispar disfrute se propone, radicando el motivo de esa equiparación en que se está empleando frontalmente un criterio diferenciador prohibido *prima facie* por el precepto constitucional. Si aplicamos este baremo al caso de los viudos y de las viudas, la legislación es inadmisibles porque, recordemos, no trataba igual a quienes tenían suficiencia económica por el solo motivo de que unos eran hombres y, los otros, mujeres.

El otro escenario vendrá determinado por el empleo de criterios que solo indirectamente pueden afectar a la igualdad en los términos del segundo inciso del artículo 14 CE. Si la afectación a alguna de las circunstancias prohibidas es mayoritaria, el resultado no diferirá de si estamos ante una discriminación directa, ya que sería un sinsentido aplicar un régimen distinto al disfraz que a lo que se esconde tras él. Si la afectación a esos colectivos especialmente protegidos por la norma es incidental, entonces podrá mantenerse el trato disímil si obedece a causas razonables.

Estas reflexiones han de coordinarse, necesariamente, con cuanto hemos dicho sobre las situaciones de bienes escasos y aquellas en las que esa limitación de recursos no se dé, o al menos no directamente. El nivel de exigencia irá aumentando a medida que vayamos alejándonos de los terrenos yermos para adentrarnos en los vergeles donde solo la discrecionalidad o la arbitrariedad son fuente de desigualdades.

A lo largo de todas las páginas de este capítulo hemos procurado dibujar el panorama de la igualdad, la desigualdad y la discriminación en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional, en íntima conexión con la dignidad. Se trata de la segunda parada, obligada a nuestro entender tras hablar sobre la libertad de expresión, antes de tomar el tren rumbo a los delitos de odio. Ahora creemos firmemente estar en disposición de encarar los delitos de odio con sólidos fundamentos constitucionales que nos permitan adentrarnos en la materia desde una óptica más penal. No podemos dar por concluido este capítulo sin antes poner negro sobre blanco la dificultad de hablar sobre la igualdad sin caer en discursos en los que se deslicen toques apoloéticos, panfletistas o propagandísticos dentro de lo que debiera ser una reflexión solo jurídica. Entre la lectura y la escritura ha de mediar un proceso de reflexión que no solo permita ordenar las ideas, sino también atemperar la furibunda vehemencia con la que a veces uno se expresaría. No pretendemos la asepsia en nuestras reflexiones porque ello sería incompatible con nuestra convicción de que en lo jurídico está también lo metajurídico y porque no creemos que el autor (si acaso merezco tal epíteto) sea una función social, pero tampoco se nos antoja descabellado intentar tratar a los demás como nos gustaría que a todos se nos tratara. Con el permiso de las palabras, a veces hay que saber discriminar entre ellas por un buen fin.

4. Recapitulación

A lo largo y ancho de este capítulo nos hemos acercado a los otros dos grandes conceptos jurídicos inescindibles de los delitos de odio: la dignidad y la igualdad, con especial énfasis en la no discriminación. A diferencia de lo que ocurría con la libertad de expresión, el sentido actual que le damos a dichos conceptos es relativamente reciente en la historia del pensamiento occidental, y casi nos atreveríamos a decir que mundial si no fuera porque esto último casi sonaría hiperbólico. No obstante, las condiciones históricas que informan la irrupción de los sentidos que dignidad e igualdad tienen en nuestros días explican por qué su éxito ha sido tan fulgurante, de tal suerte que su relevancia nada tiene que envidiar a otros conceptos con una genealogía más amplia.

La dignidad ha evolucionado para ser un atributo predicable de quienes ostentaban cargos de relevancia, y de quienes se esperaba un comportamiento intachable que se ajustara a los precisos cánones del puesto que estaban llamados a ocupar. Por más que en este estadio hablemos de dignidad

en parte como exigencia – como deber – ello no puede esconder que confería un estatus de privilegio a quien se le imponía tal débito por cuanto esos cargos no eran sino los más importantes en Roma. No es de extrañar, pues, que poco a poco se tendiera a una personalización de la dignidad como primacía social en la medida en la que ciertas ocupaciones elevaban el buen nombre de aquellos a los que se confiaba su ejercicio, a lo que hemos de añadir que lo más frecuente era que de por sí los elegidos ya pertenecieran *ex ante* a la clase dominante. Es ineludible ver en ello el germen de un *derecho*, no ya solo un *deber*, aparejado a la dignidad en términos de ser tratado con una especial deferencia.

Dispuesto ya el camino para la espiritualización de esa dignidad y su mutación a derecho más que a deber, el tránsito hacia su universalización solo se ha dado en tiempos recientísimos. Aun considerando a los estoicos como precursores de ese entendimiento, y reconociendo la contribución que la tradición judeocristiana ha tenido en la civilización occidental, no puede defenderse a nuestro entender un continuo entre esos dos polos y, por ejemplo, el artículo 10.1 CE. Es difícil exagerar el tesoro que supone tener artículos en la Norma Suprema donde se reconozca esa dignidad como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, formulación inédita en nuestra historia jurídica por lo que supone de verdadera generalización de un reducto de respeto hacia el ser humano, no solo hacia ciertos colectivos o hacia las personas que se ciñan a unos patrones de ortodoxia y ortopraxis muy estrechos.

Ciertamente la dignidad no es un derecho en el mismo sentido que lo es la vida, la integridad física o la libertad de expresión; sin embargo, ello no le confiere un rango inferior, sino todo lo contrario, porque es imposible sostener que lo fundamentado es más importante – o incluso igual – que el fundamento. No podemos desconectar la interpretación de la Constitución de sus pilares, por lo que no podemos dotar de contenido a sus derechos de espaldas a esa dignidad; además de por esa cuestión de derecho positivo, consideramos que no debemos ignorar esa dignidad como axioma último por cuanto los derechos –sobre todo los fundamentales– se construyen para las personas y no al revés. En consecuencia, construir algunos derechos sin considerar los peligros ciertos que su ejercicio puede conllevar para la integridad física, moral, el buen nombre o la intimidad de terceros es a nuestros ojos inconcebible por resultar contrario a ese caudal de dignidad.

La igualdad, por su parte, es una exigencia de la dignidad porque no puede subsistir toda diferencia ante la ley, en la ley y en la aplicación de la ley que no obedezca a una justificación compatible con tal dignidad. Se podría argumentar que la igualdad es un corolario de la racionalidad de todo ordenamiento jurídico a la hora de distribuir derechos, pero dado que esos derechos pueden ser de muy diversa índole sería problemático hacer descansar la igualdad solo en esa racionalidad genérica. Consideramos que no puede equipararse el derecho de vuelo, el derecho a la propiedad privada y el

derecho a la vida, por lo que a partir de esa razonable asunción hemos de ser precisos con el alcance que le demos a la racionalidad de la que hablemos.

Si nos centramos en aquellos derechos que hemos venido a llamar fundamentales, el concepto de racionalidad es insuficiente porque se ha de conectar con los muy variados axiomas de todo sistema, de tal suerte que una desigualdad sería racional en unos y no en otros. Es por ello por lo que suscribimos la apelación a la racionalidad, pero siempre que se conjugue con la apelación última a la dignidad en los términos descritos en este trabajo, ya que las consecuencias de una desigualdad en el derecho de voto en función de la zona en la que se viva no son comparables a las consecuencias de una desigualdad en el derecho a la vida. La dignidad impone un suelo de derechos comunes a toda persona, por lo que sería un contrasentido pretender la creación de diferentes regímenes de titularidad o ejercicio de esos derechos a partir de racionalidades que no consideren esa unidad básica a la que todos tenemos acceso en tanto que personas.

Hemos de precisar el alcance de la igualdad porque nos podemos encontrar con múltiples criterios para distinguir entre posiciones jurídicas, y en ello también jugará un aspecto nuclear la dignidad porque será común a todo tipo de derechos. De entre los atributos que pueden usarse para separar y agrupar a las personas, existen algunos que deben manejarse con sumo cuidado por dos motivos: son rasgos esenciales de los seres humanos y se han tendido a considerar para empeorar las condiciones de vida de ciertos colectivos. Algunos de ellos son físicos (v.gr. color de la piel, sexo, discapacidad, enfermedad, edad), mientras que otros son morales (v.gr. religión, género, creencias, nacionalidad); algunos no pueden modificarse, mientras que otros pueden modificarse. En cualquier caso, se dan en ellos esas dos notas que hemos visto, lo que hace que el ordenamiento jurídico los singularice en aras de su protección reforzada.

Es así como surge la discriminación, que no es sino un tipo especial de desigualdad fundamentada en el empleo de tales categorías vedadas a la hora de distinguir, salvo que concurra alguna justificación que, en buena lógica, también ha de ser especialmente reforzada. A la vista de sus condicionantes históricos, la legislación antidiscriminatoria puede centrarse en subvertir el trato discriminatorio para asegurar la plena nivelación en derechos y deberes (sentido antidiscriminatorio *stricto sensu*), o bien puede centrarse en mejorar las condiciones de vida de quienes se han visto y se ven sometidos a un relegamiento social por exhibir una o varias de esas circunstancias particularmente identificadas (sentido antisubordinatorio). A nuestro entender, ambas facetas pueden aunarse porque, en la mayoría de las ocasiones, las políticas antidiscriminatorias irán destinadas a suprimir toda subordinación, pero ello no empece para mantener la titularidad de toda persona respecto del derecho a la igualdad sin discriminación.

Por ello, se deberán distinguir los supuestos de bienes escasos, donde su asignación podrá considerarse de manera excepcional condiciones o circunstancias como las del artículo 14 CE *in fine*, sin preterir en ningún caso la necesidad y proporcionalidad estricta de cada medida específica. Cuando no se trata de bienes escasos, discriminar entre subgrupos que conforman una misma categoría antidiscriminatoria es contrario al derecho a la igualdad sin discriminación, lo que lo convierte en una medida inconstitucional por no superar el filtro de la necesidad y de la proporcionalidad estricta. De otro modo, se estaría discriminando a partir de categorías pensadas precisamente para no discriminar, lo que no podemos compartir de ningún modo por más que se empleen argumentos relativos a la igualdad material *ex* artículo 9.2 CE; este precepto sirve para complementar la acción de otros como el artículo 14 CE, pero nunca para desplazarlos o, todavía peor, anularlos.

CAPÍTULO III

-

DELITOS DE ODIO

1. Introducción

Lo primero que cupiera esperar a continuación sería una definición de las dos expresiones que hemos estado usando hasta ahora, a saber, delito de odio y discurso de odio, para así ubicar semánticamente el debate y abordar luego las características de sendas figuras. Nos encontramos, sin embargo, con una singularidad terminológica que pareciera aconsejar obrar de otro modo, quizá más inductivamente, y es que hemos de decir desde ya que, por más que nos esmeremos, no hallaremos en el CP ni una sola vez los sintagmas “delito de odio” y “discurso de odio”. En efecto, en Derecho penal español, no se ha positivizado la nomenclatura de delito de odio o de discurso de odio, ya en tipos concretos, ya en la división por capítulos o secciones del CP¹, a pesar de que actores tan relevantes como el Ministerio Fiscal lo hayan solicitado², a pesar de la importante modificación del Código Penal por medio de la LO 5/2010, de 23 de diciembre, y a pesar de que estas figuras delictivas ya se encontraban en el Código de 1995.

La falta de claridad y consenso terminológicos³ ha conducido, casi de manera natural, a una situación en la que prima una regulación asistemática o dudosamente sistemática, con inexistencia de definiciones claras. Es significativo que, en el Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España, publicado en 2014⁴, se formule una definición de delito de odio reconociendo que para ello sus autores han tenido que recurrir a la OSCE⁵. Irremediablemente estos factores comportan – entre otras disfunciones – una notable problemática de adscripción de bienes jurídicos y de confusión en la aplicación práctica de los diferentes preceptos donde pueden verse trazas de esa

¹ BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación en el derecho penal*, Editorial Comares, Granada, 1998, p. 81.

² GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., pp. 25-26. No en vano, existe una unidad en la Fiscalía especializada en delitos de odio.

³ CÁMARA ARROYO, S.: “El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 70, p. 146; QUESADA ALCALÁ, C.: “La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso del odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 30, p. 4; ELÓSEGUI ITXASO, M.: Las recomendaciones..., cit., p. 8; ALCÁCER GUIRAO, R.: “Opiniones constitucionales”, *InDret*, 1/2018, p. 6; BENESCH, S.: *Contribution to OHCHR Initiative on Incitement to National, Racial, or Religious Hatred*, 2011, p. 3. <https://bit.ly/2CdNOpd>; POST, R.: “Legitimacy and Hate Speech”, *Constitutional Commentary*, vol. 32, n.º 944, p. 652; MCGONAGLE, T.: “Conundrums and challenges”, *Conferencia del Consejo de Europa para los Ministerios Responsables de Medios de Comunicación*, Belgrado 7-8 de noviembre de 2013, p. 4.

⁴ MINISTERIO DEL INTERIOR: *Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España*, Gabinete de Coordinación y Estudios – Secretaría de Estado de Seguridad – Ministerio del Interior, Madrid, 2014. Consultado en: <https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/Informe2014DelitosOdio.pdf>.

⁵ MINISTERIO DEL INTERIOR: *Informe...*, cit., p. 4. Dicha definición es la siguiente: “toda infracción penal, incluidas las cometidas contra las personas o la propiedad, donde el bien jurídico protegido, se elige por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo. Un grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su “raza”, real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, u otro factor similar.”

macro-categoría de delitos de odio⁶. Es por ello por lo que, desde una perspectiva española, resulte prematuro dirigirnos hacia una definición que se formule previamente a situar en el espacio y en el tiempo las regulaciones de las que la doctrina y la jurisprudencia españolas han extraído esas nomenclaturas.

Esta falta de *nomen iuris* no se da con tanta intensidad en el ámbito internacional, sobre todo si nos fijamos en el ámbito normativo del discurso de odio (la jurisprudencia es harina de otro costal), en parte por la existencia de actores en cuyo seno se han aprobado normas específicas sobre la materia. Dentro de esos actores la doctrina tiende a destacar los siguientes⁷: (i) el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), del que emanan las Recomendaciones dictadas en el marco del ya visto ICERD; (ii) el Consejo de Europa, que a través de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI por sus siglas inglesas) dicta sus Recomendaciones de Política General (en adelante, referida también cada una singularmente como RPG junto con su correspondiente número) al abrigo del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH, y finalmente, la Unión Europea (UE). Este último actor resulta de capital importancia en el caso español por razones obvias, y en él destacamos textos como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, las Resoluciones y Decisiones del Parlamento Europeo, y las Directivas del Consejo Europeo, así como la creación de la Agencia de Derechos Fundamentales y la Oficina para las instituciones democráticas y los derechos humanos de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE).

Por supuesto, no podrían faltar otros instrumentos internacionales que ya hemos visto en capítulos precedentes, como la DUDH (sobresaliendo los artículos 1, 2 y 7), el ICERD en tanto que tal y desgajado de las Recomendaciones aludidas *ut supra* (sobresaliendo los artículos 2 y 5, así como las definiciones previas al articulado), el ICCPR (sobresaliendo los artículos 19 y 20) y el CEDH (sobresaliendo su artículo 14)⁸. En el ámbito hispanoamericano, es imprescindible traer a colación la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), suscrita el 22 de noviembre de 1969 y que entró en vigor el 18 de julio 1978 tras la ratificación del undécimo Estado⁹ (sobresaliendo los artículos 1 y 24).

⁶ DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: “La confusión...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (Dirs.) / DE PABLO SERRANO, A. (Coord.): *Delitos de opinión...*, cit., pp. 223-224; QUESADA ALCALÁ, C.: “La labor...”, cit., p. 4. Esta última autora propone que los delitos de odio son más una tipo o categoría de delitos, o hasta un fenómeno, más que un delito específico.

⁷ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., pp. 32-39; LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 24; DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: “La confusión...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (Dirs.) / DE PABLO SERRANO, A. (Coord.): *Delitos de opinión...*, cit., p. 224; QUESADA ALCALÁ, C.: “Los mecanismos del Consejo de Europa ante el discurso de odio”, en CONTRERAS MAZARÍO, J.M. (COORD.) / SÁNCHEZ GÓMEZ, R. (DIR.): *El tratamiento normativo del discurso del odio*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 44; CONTRERAS MAZARÍO, J.M.: “Discurso de odio e intolerancia en el marco del Consejo de Europa”, en MENDOZA CALDERÓN, S. / SÁNCHEZ RUBIO, A. (DIR.): *El discurso...*, cit., pp. 571-583; VVAA: *Manual pràctic...*, cit., pp. 121-162.

⁸ *Ibid.*, pp. 118-129.

⁹ STAVENHAGEN, R.: *Los derechos humanos en las Américas. Nuevos desafíos*, Colección Derechos Humanos y Justicia — Diálogos del Fórum Universal de las Culturas, Monterrey, 2007, p. 1.

La trascendencia de esos textos radica en que, si bien no hablan de delitos o discurso de odio, son el armazón sobre el que se levanta el edificio normativo antedicho. Resulta imprescindible, pues, que fijemos nuestra atención inicialmente en esos documentos porque no solo algunos de ellos son los antecedentes de nuestra regulación, sino que además en ellos sí se aborda de manera frontal el fenómeno de los delitos de odio en su integralidad. A mayor abundamiento, en tanto que ese acervo normativo trae causa de instrumentos internacionales suscritos por España (o directamente dimanantes de su integración en la UE), no podemos olvidar que los artículos 10.2 y 96.1 CE obligan, respectivamente, a una interpretación de los derechos fundamentales conforme a tratados internacionales suscritos por nuestro país y a que todo tratado forma parte del ordenamiento nacional tras su válida celebración con la consiguiente publicación.

Como cuestión de orden terminológico, y a la espera de encontrar una definición lo más precisa posible de delito y de discurso de odio, por el momento emplearemos una serie de sintagmas cuyo sentido conviene explicitar. En primer lugar, si solo empleamos “delito de odio” o “delito de odio *lato sensu*” aludiremos conjuntamente al odio como agravante de un hecho base castigado *per se* y al odio como discurso de odio; en segundo lugar, si desdoblamos sintagmas y hablamos de “delito y discurso de odio”, lo primero tendrá valor de odio como agravante de un hecho base (también si empleamos la expresión “delito de odio *stricto sensu*”), mientras que lo segundo no requiere más explicación. En ocasiones, a fin de dotar al texto de más color léxico, hablaremos del odio como agravante y del odio como discurso.

2. Regulación internacional

2.1. Primeras cuestiones

A fin de contextualizar toda esta amalgama de delitos y sus consiguientes dimes y diretes, hemos de decir que los delitos de odio en el plano internacional surgen como herramienta antidiscriminatoria¹⁰ en el marco de instrumentos internacionales¹¹ destinados a generalizar la lucha contra un fenómeno que se resiste a desaparecer y cuya capacidad para mutar es sorprendente. Dicho de otro modo, los delitos de odio revelarán en una parte sustancial el conflicto inherente entre la libertad de expresión y el derecho a no sufrir discriminación, y más concreto cuando esto último parta con abrumadora mayoría de conductas de particulares. No obstante, dado que ambos (libertad de expresión y proscripción de la discriminación) son conceptos densos, la esfera internacional será el terreno de

¹⁰ Desarrollaremos más adelante el sentido en el que hemos de entender esa antidiscriminación, es decir, si como antidiscriminación en sentido más clásico, como antisubordinación o como una mezcla.

¹¹ DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: “La confusión...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (Dirs.) / DE PABLO SERRANO, A. (Coord.): *Delitos de opinión...*, cit., p. 224.

juego en el que cada país y cada tradición jurídica exhibirá sus propios contenidos para unos continentes iguales.

Es por ello por lo que veremos dos modelos que chocan en la formulación de cuerpos como la DUDH, la ICCPR o la ICERD. En primer lugar, tenemos un modelo llamado acumulativo – donde se inserta el ordenamiento español – de los delitos de odio *lato sensu*, y que es propio de algunos países de nuestro entorno geográfico y jurídico como Italia, Francia o Portugal. En este, a diferencia de lo que ocurre con el modelo germánico, británico o estadounidense, se conjugan los delitos específicos de provocación o incitación (artículo 510 CP) con la técnica agravatoria genérica (artículo 22.4º CP)¹². Las diferencias entre países que exhiben ese modelo acumulativo dependerán de cuáles son las causas concretas que integran esa provocación o incitación, así como las que se incluyen en tanto que motivos agravatorios genéricos, y que inicialmente tenían que ver más con el racismo y la xenofobia¹³. Sin perjuicio de lo que veremos al estudiar cada texto jurídico-internacional, conviene realizar algunas precisiones sobre el modelo estadounidense al calor de lo visto en el estudio de la Primera Enmienda, por cuanto su aproximación diferirá en gran medida de lo que veamos en el plano internacional, europeo y español.

La evolución que, en tiempos muy recientes, ha exhibido la libertad de expresión en Estados Unidos dificulta enormemente predicar la tipificación en aquel país del discurso de odio, pero ello no ha impedido que en territorio estadounidense proliferen la técnica del *enhancement* o agravación de las penas si concurren circunstancias discriminatorias. Dicho de otro modo, el recelo generalizado hacia el *hate speech* no ha precluido la aprobación de normas sobre *hate crime*, cuya constitucionalidad ha pasado el filtro dispuesto por el Tribunal Supremo. Para ver cómo ha operado esta diferencia en la práctica, analizaremos en primer lugar dos pronunciamientos sobre lo primero y, a continuación, pasaremos a sentencias sobre lo segundo.

Respecto del *hate speech*, en *Beauharnais v. Illinois*¹⁴, el Tribunal Supremo se pronunció al respecto de la Sección 224a de la División 1 del Código Penal de Illinois, que en esencia proscribía el escarnio, desprecio o calumnia de personas por su raza color, credo o religión¹⁵. El recurrente fue condenado bajo esa ley a una multa de 200.-\$ por distribuir panfletos que pedían al ayuntamiento de Chicago que detuviera la usurpación, el acoso y la invasión sobre la gente blanca, sus propiedad, barrios y personas,

¹² LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *La política criminal...*, cit., pp. 75-76; GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., pp. 124-125; EL MISMO: *Incitación...*, cit., p. 6; VVAA: *Manual pràctic...*, cit., p. 187.

¹³ LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *La política criminal...*, cit., p. 75, nota 200. La excepción la constituiría Portugal, que aludía *ab initio* también a los motivos políticos (ibid., p. 75, nota 201).

¹⁴ 343 U.S. 250 (1952).

¹⁵ Literalmente, la norma decía que ““Es ilegal para una persona o empresa producir, vender u ofrecer la venta, anunciar o publicitar, presentar o exhibir en cualquier lugar público de este Estado cualquier litografía, película animada, obra teatral — drama o comedia — cuya publicación o exhibición muestre depravación, delincuencia, falta de castidad o falta de virtud de una clase de ciudadanos, de una raza, color, credo o religión a la que esa norma expusiera a desprecio, escarnio o calumnia o aquello que pueda romper la paz o provocar disturbios.”

por parte de los negros. Añadió que, "si la persuasión y la necesidad de prevenir que la raza blanca se *mongolice* por los negros no nos unirán, las violaciones, robos, cuchillos, pistolas y marihuana de los negros seguro que lo harán". El panfleto terminaba animando a unirse la *White Circle League of America, Inc.*, grupo supremacista blanco creado por el propio Josep Beauharnais.

El Tribunal, de la mano del juez Frankfurter, validó la condena porque la ley en cuestión se enmarcaba en la proscripción de la difamación y, apuntando que todas las jurisdicciones castigan la difamación dirigida a individuos, se enfatizó que es difamatorio acusar falsamente a otros de ser violadores, ladrones, portadores de cuchillos y pistolas, y poseedores de marihuana. El juez Frankfurter también expuso que, a juicio de la mayoría del Alto Tribunal, la Primera Enmienda no impedía a los Estados castigar difamaciones de esta naturaleza cuando se dirigían contra grupos. A partir de un estándar de racionalidad, concluyó que el Estado de Illinois tenía una base válida para su norma ya que tenía un claro interés en prevenir el conflicto dimanante de actos como el enjuiciado, así como a proteger los múltiples requisitos para una vida libre y ordenada en una comunidad metropolitana políglota¹⁶.

De todos modos, hay que entender que este tipo de decisiones se enmarcan en una tendencia de *judicial restraint* o *judicial modesty* por parte del juez Frankfurter y otros miembros del Tribunal que se traducían en una deferencia hacia los juicios de oportunidad legislativos: estaría fuera de lugar que el poder judicial negara al legislativo la opción de fijar políticas a la vista de que no estén desconectadas del problema y no estén prohibidas por alguna limitación explícita sobre el poder estatal. El juez Black, uno de los disidentes, dudó de que la petición del defendido pudiera ser considerado como calumniosa cuando se dirigía a un grupo en lugar de a un particular, ya que en su opinión la difamación se había previsto como mecanismo contra acusaciones falsas, maliciosas o burdas hacia particulares, no hacia grandes grupos¹⁷. Por su parte, el juez Douglas también disintió al entender que lo que hoy era la condena a un blanco, mañana podría serlo a un negro por criticar linchamientos de manera acalorada¹⁸. El juez Jackson, otro discrepante, hizo ver que el caso solo involucraba palabras, y solo podrían perseguirse a su juicio palabras impresas por su tendencia a crear una ruptura de la paz o la lesión de personas o grupos si se resiste el *clear and present danger test*¹⁹; el juez Reed también discrepó por entender que palabras como "virtud", "escarnio" o "calumnia" eran demasiado vagas desde una perspectiva constitucional²⁰.

El caso de *R.A.V. v. City of St. Paul*²¹ se ha ganado una merecida fama por ser uno de los casos más relevantes sobre el discurso del odio²². El defendido, un menor, fue acusado y condenado por quemar

¹⁶ 343 U.S. 250, 259 (1952); CHEMERINSKY, E.: *The First Amendment*, cit., p. 172.

¹⁷ 343 U.S. 250, 271-272 (1952).

¹⁸ 343 U.S. 250, 286 (1952).

¹⁹ 343 U.S. 250, 292-298 (1952).

²⁰ 343 U.S. 250, 279 (1952).

²¹ 505 U.S. 377 (1992).

una cruz muy dentro de un jardín vallado perteneciente a una familia negra; aunque tal menor podría haber sido acusado por violar varias leyes como la de amenaza terrorista²³ o la de delito de daños a la propiedad²⁴, la acusación se sustanció por violar la ordenanza municipal sobre delitos motivados por sesgos, cuyo texto es el siguiente: "Quienquiera que disponga en una propiedad pública o privada un símbolo, objeto, caracterización o grafiti, incluyendo, aunque no solo, una cruz en llamas o una esvástica nazi, que se sepa o razonablemente haya motivos para saber que provocará la ira, la alarma o el resentimiento en otros sobre la base de la raza, el color, el credo, la religión o el género, comete una conducta desordenada y es culpable de un *misdemeanor*"²⁵. El Tribunal de Supremo estatal, al validar la condena, interpretó la ley en el sentido de referirse solo a *fighting words*²⁶.

En una opinión escrita por Scalia, el Tribunal Supremo revocó la condena, enfatizando que son generalmente nulas las restricciones basadas en el contenido y en el punto de vista cuando de libertad de expresión se trata. Las únicas excepciones son aquellos casos muy acotados en los que el discurso tiene un valor social tan tenue como para ser un paso hacia una verdad que cualquier beneficio que se derive de él está claramente superado por el interés social en el orden y la moralidad. En concreto, esas categorías son la difamación, la pornografía infantil y las *fighting words*. El gobierno no puede, pues, regular el discurso con base en una hostilidad – o un favoritismo – hacia el mensaje subyacente. Todo ello condujo a concluir que la ley de Minnesota era inconstitucional por imponer restricciones especiales sobre aquellos oradores que expresan puntos de vista sobre materias que no gozan del favor del gobierno, ya que ello es una norma que regula el contenido y el punto de vista²⁷.

La decisión expresó su preocupación por parecer que la norma no solo se basada en una discriminación por contenido, sino en el punto de vista como elemento de discriminación. Dada la relevancia de esta decisión, nos permitimos transcribir un punto crucial del pronunciamiento del Alto Tribunal:

"Mostrar ciertas palabras – como por ejemplo epítetos raciales odiosos – estaría prohibido para los exponentes de cualquier punto de vista. Pero las *fighting words* que no invocan en sí mismas raza, color, credo, religión o género – por ejemplo, calumnias sobre la madre de alguien – podrían usarse a placer en las pancartas de quienes abogan por la tolerancia racial, de color, etc., pero no podrían usarse por los oradores opuestos. Alguien podría levantar una pancarta que, por ejemplo, dijera que todos los fanáticos anticatólicos

²² WEAVER, R.L.: *Understanding...*, cit., p. 171.

²³ Sección 609.713.1 de la *Minnesota Statutes* de 1987.

²⁴ Sección 609.595 de la misma ley.

²⁵ Sección 292.02 de la *St. Paul Bias-Motivated Crime Ordinance*, *St. Paul, Minn., Legis. Code* (1990).

²⁶ En *Chaplinsky*, el TS determinó que las *fighting words* no están protegidas por la Primera Enmienda. Ese término se definió como aquellas palabras que por su manifestación infligen daño o tienden a incitar una inmediata ruptura de la paz (vid. WEAVER, R.L.: *Understanding...*, cit., pp. 36-37; CHERMERINSKY, E.: *The First Amendment*, cit., pp. 157-160).

²⁷ CHERMERINSKY, E.: *The First Amendment*, cit., pp. 163 y 169.

están equivocados, pero no que todos los papistas lo están porque ello insultaría y provocaría violencia por motivos religiosos”²⁸.

Finalmente, los magistrados rechazaron el argumento de que la ordenanza estaba estrictamente confeccionada para servir a intereses estatales convincentes, en concreto el derecho de grupos históricamente discriminados a vivir en paz donde quisieran. Si bien se admitió que ese motivo era convincente, afirmó que el peligro de censura que supone una norma que tan claramente regula el contenido del discurso exige que esta arma se emplee solo cuando sea necesario para satisfacer un interés convincente declarado, sin que el Tribunal entendiera que la norma era necesaria para tal fin; una norma que no se limitara a los temas favorecidos podría tener el mismo efecto, pero al no haber sido tan amplio el interés distintivo de la regulación en cuestión era mostrar la especial hostilidad del ayuntamiento por ciertos sesgos. Eso es precisamente lo que la Primera Enmienda prohíbe²⁹.

La decisión motivó varios votos concurrentes. El juez White, a quien se sumaron los jueces Blackmun y O'Connor, y parcialmente el juez Stevens, estuvo de acuerdo con que la ordenanza era inconstitucional; no obstante, apostaba por una *ratio decidendi* sobre la excesiva amplitud de la norma³⁰. El juez Stevens, junto con los jueces White y Blackmun, concordó con que la ley era demasiado amplia, pero no con que estuviera basada en el contenido, ya que creía que se regulaba en función del daño que causaba ese discurso, así que hubieran validado la ley desde ese punto de vista. Recordaron, además, que la expresión "regulación sobre el contenido" puede ser engañosa porque el Tribunal en sus sentencias precisamente discrimina discursos en función de su contenido cuando admite unos como protegidos y descarta otros como faltos de tutela constitucional³¹.

Tras *R.A.V. v. Dawson v. Delaware*³², donde se analizó el caso de un condenado a muerte por un delito de homicidio con agravante de pertenecer a la *Aryan Brotherhood*. El condenado apeló la decisión por considerar esa pertenencia irrelevante a los efectos de los delitos por los que se le acusaba, lo que vulnera la Primera y la Decimocuarta Enmienda. Si bien el Tribunal revocó la condena a muerte porque su asociación con ese grupo, aunque cierta, era irrelevante *ad casum* al no haberse cometido el delito contra personas a las que ese grupo odiaba, vejaba o discriminaba, dejó claro que en otras circunstancias sí podría tenerse en cuenta como agravante esa condición del acusado:

"Pruebas sobre esa asociación podrían ser legítimas a la hora de probar que el defendido representa un futuro peligro para la sociedad. La pertenencia de un defendido a una organización que avala la desaparición de cualquier grupo identificable, por ejemplo,

²⁸ 505 US 377, 391 (1992).

²⁹ 505 US 377, 391 (1992).

³⁰ 505 US 377, 397 (1992).

³¹ 505 US 377, 416 (1992).

³² 503 US 159 (1992).

puede ser relevante para las averiguaciones de un jurado sobre si el defendido será peligroso en el futuro. Otras pruebas sobre las asociaciones del defendido podrían ser relevantes para probar otras circunstancias agravantes. Pero la inferencia a la que se invitó al jurado en este caso solo podía probar creencias abstractas. En el caso que nos ocupa uno tiene la sensación de que la prueba sobre la *Aryan Brotherhood* fue empleada simplemente porque el jurado creía que esas creencias eran censurables moralmente"³³.

El juez Thomas disintió porque creía que el Estado de Delaware permite a un jurado todas las circunstancias agravantes o mitigantes relacionadas con el delito como con el carácter y las propensiones del acusado; su razonamiento fue que las pruebas eran claras sobre que la asociación en cuestión no existe solo para facilitar la formulación de pensamientos racistas abstractos, sino para reaccionar contra minorías raciales. Que las pruebas también mostraran que su comportamiento como prisionero había distado mucho de ser ajustada a Derecho (el homicidio lo cometió tras huir de prisión) es indicativo de su peligrosidad futura³⁴.

*Wisconsin v. Mitchell*³⁵ permitió al Tribunal confirmar la constitucionalidad del incremento de la pena en un caso de *hate crime*. El supuesto de hecho traía causa de una condena por agresión agravada tras dejar en coma y gravemente herido a un chico blanco, cuya pena fue incrementada por seleccionar el acusado de manera intencionada a la víctima por su raza, en este caso una persona de raza blanca a la que se eligió al azar tras hablar en grupo sobre una escena de la película *Mississippi Burning* en la que un blanco atacaba a un negro mientras este estaba rezando. Si bien la agresión agravada comportaba una pena máxima de dos años, el jurado motivó que por esa selección racial el acusado tenía que ser condenado a cuatro años a la vista de la Sección 939.645 del Código Penal de Wisconsin. Ese precepto preveía el endurecimiento de la condena si el acusado seleccionaba a su víctima por la raza, religión, discapacidad, orientación sexual, origen nacional o antepasados de la persona; la pena máxima con ese agravante era de siete años.

El Tribunal dio por buena la condena y su agravación, empezando su disquisición recordando que los jueces al condenar habían considerado históricamente una amplia variedad de factores junto con la prueba sobre la culpabilidad a la hora de fijar una pena para el condenado. Por ello, en muchos estados cometer un homicidio, u otro delito capital, por un ánimo de lucro es una circunstancia agravante en la ley sobre penas capitales. Por más que el Tribunal expresara su preocupación sobre dejar que los jueces pudieran considerar las creencias abstractas del defendido, se puntualizó que *R.A.V.* no precluía el incremento de pena con las siguientes palabras:

³³ 503 U.S. 159, 166 (1992).

³⁴ 503 U.S. 159, 170-174 (1992).

³⁵ 508 U.S. 476, 488 (1993).

"La ley de Wisconsin individualiza para ese incremento la conducta basada en sesgos porque esta conducta pretende causar un mayor daño individual y social. Por ejemplo, un delito motivado por sesgos es más fácil que provoque delitos de represalia, infligir daños emocionales distintivos en la víctima e incitar a la inquietud comunitaria. El deseo del Estado de redirigir esos daños percibidos ofrece una explicación adecuada explicación para ese incremento de pena más allá de la discrepancia con los sesgos o creencias del victimario. Como BLACKSTONE dijo hace tiempo, "es razonable que entre los delitos de diferente naturaleza deberían castigarse con mayor severidad los que son más destructivos para la seguridad pública y la felicidad"³⁶.

De lo anterior, pues, se colige que en Estados Unidos la posibilidad de elevar la pena como consecuencia de concurrir en el sujeto activo un ánimo discriminatorio en la realización de una conducta base es perfectamente constitucional. No será así, en cambio, cuando lo que se pretenda sea castigar *per se* ese ánimo discriminatorio, incluso cuando se exteriorice en forma de epítetos insultantes, vejatorios o humillantes dirigidos contra víctimas seleccionadas por su pertenencia a tal cual raza, color, religión, credo o cualquier otra circunstancia reconducible a lo que es nuestro artículo 14 CE *in fine*. Este elemento diferencial estadounidense, como hemos adelantado, será clave en la conformación de unos textos internacionales que bascularán entre el polo estadounidense y el polo continental europeo, si bien veremos cómo algunos países fuera de esos ámbitos geográficos se sumarán a uno u otro bando, o incluso adoptarán posturas eclécticas.

2.2. Declaración Universal de los Derechos Humanos

Hay varias formas de introducirse en el estudio concreto del articulado de la DUDH, y de entre ellas destacamos la propuesta por CASSIN porque consideramos que tiene un remarcable atractivo estético al comparar la DUDH con el pórtico de un templo. La analogía iría como sigue: el atrio sería el Preámbulo porque da la bienvenida a toda la familia humana; los fundamentos serían los artículos 1 y 2 porque afirman la igualdad, libertad y fraternidad de toda la humanidad; luego vendrían las cuatro columnas que aguantarían el pórtico y que serían (i) los artículos 3 a 11 en tanto que libertades de orden personal, (ii) los artículos 12 a 17, en tanto que derechos individuales relacionados con el resto del colectivo y con todo lo que es en definitiva exterior a esa individualidad, (iii) los artículos 18 a 22, en tanto que facultades espirituales, libertades públicas y derechos políticos fundamentales, y (iv) los artículos 22 a 27, en tanto que derechos económicos, sociales y culturales³⁷.

³⁶ 508 U.S. 476, (1993).

³⁷ GINGRAS, D.: *René Cassin et les droits de l'homme*, Université Laval, Quebec, 1996, pp. 8 y 9.

Finalmente, se alzaría sobre esas cuatro columnas un frontispicio constituido por los artículos 28 a 30, que son los que establecen la necesidad de un orden social internacional y que proclaman, a su vez, que todo individuo tiene deberes frente a la comunidad. De esta manera se fijan los vínculos indelebles entre lo particular y lo colectivo, lo que refuerza la idea de que no solo se dirige la DUDH a sacralizar y ensalzar a cada ser humano en su mismidad, sino también en su improrrogable unión con sus congéneres para asegurar la paz mundial³⁸. Clasificados de esta manera los derechos humanos en la DUDH, el artículo 19 se encuadra dentro de las facultades espirituales, libertades públicas y derechos políticos fundamentales, en concreto justo después de la libertad de conciencia y religión, y antes de la libertad de asociación y de manifestación. Pasaremos ahora ver, a través de los *travaux préparatoires*, cómo se fraguó su redacción final.

El 4 de junio de 1947, se hizo pública una primera versión de la DUDH en la que se incorporaba como artículo 17 la libertad de expresión en los siguientes términos: “Con la sola limitación de las calumnias y de los libelos, se reconoce la libertad de expresión por cualesquiera medios y el acceso razonable a los canales de comunicación. Se prohíbe la censura”³⁹. La línea de corte más anglosajona incide en el ser humano individualmente considerado, quien tiene derecho a no ser molestado (este participio lo encontramos precisamente en el artículo 19, relativo a la libertad de expresión) y a autodesarrollarse en los términos que le plazca siempre que no interfiera con derechos ajenos, visión en la que el Estado es visto con recelo porque tiene todos los números para convertirse en el principal obstáculo. A lo sumo deberá ese Estado disponer de un sistema judicial que permita que a los particulares hacer valer sus derechos frente a terceros que los conculquen⁴⁰.

Por su parte, la línea de corte más europea continental, sin desconocer las premisas del ser humano en su dimensión aislada cual isla, no permanece en esa lógica individualista y aboga por potenciar los lazos fraternales que nos allegan al resto de seres humanos por el simple hecho de compartir nuestra misma humanidad (la fraternidad se espiritualiza todavía más para designar a todo el género humano). Desde este ángulo, el Estado – en tanto que un conglomerado de individuos entrelazados por esa unión fraternal – deberá guiarse por una actuación dual en el sentido de bifurcarse en dos según lo que de él se necesite: tendrá que apartarse en los aspectos en los que su participación sea una invasión de la libertad, pero por otro lado tendrá que involucrarse y participar cuando su concurrencia sea condición de posibilidad para un *efectivo* ejercicio de algunos derechos⁴¹.

³⁸ GINGRAS, D.: *René Cassin...*, cit., p. 18.

³⁹ SCHABAS, W.A.: *The Universal Declaration of Human Rights: The travaux préparatoires*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 283.

⁴⁰ UNESCO, *Human Rights. Comments and Interpretations*, UNESCO, 1948, p. 102.

⁴¹ GLENDON, M.A.: *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2011, pp. 28-29; SOLANES CORELLA, A.: “The Political, Legal, and Moral Scope of the Universal Declaration of Human Rights: Pending Issues”, *The Age of Human Rights Journal*, n.º 11, p. 5.

A partir de aquí, se sucedieron las propuestas para un redactado alternativo, siendo una de las aportaciones más destacadas la del Reino Unido por medio de una carta remitida el 5 de junio de 1947 al secretario general de la ONU por Lord Dukeston (líder laborista británico que representó a su país en la primera sesión de la Comisión de Derechos Humanos), donde proponía un clausulado para la Declaración Universal junto con su Preámbulo. En su artículo 14, proclama la libertad de expresión y de información, con limitaciones habituales en su apartado tercero como la incitación a la violencia o los libelos y calumnias, otras más actuales al calor del desarrollo de los Estados modernos como los secretos oficiales y, por último, añadía la interdicción de cualquier publicación orientada a suprimir derechos humanos y libertades fundamentales (*"publications aimed at the suppression of human rights and fundamental freedoms"*)⁴².

Si bien no se describió en los siguientes términos, podemos ver aquí los primeros brotes de la interdicción del discurso de odio. El representante británico acompañó una serie de comentarios a cada artículo y, cuando llegó el turno del artículo 14.3, refirió que esa restricción sobre la supresión de derechos humanos y libertades fundamentales podía llegar a interpretarse en términos tan amplios que cercenara ese derecho más allá de lo imprescindible, por lo que la incluyó entre paréntesis. En cualquier caso, consideraba incompatible con la defensa de los derechos humanos que los gobiernos tuvieran vedado prohibir la difusión de ideas que abogaban por suprimir esos mismos derechos humanos para ciertos colectivos, que en la mayoría de los casos serían además grupos especialmente vulnerables. Apostilló que ideologías como la nazi o la fascista se asentaban sobre esa premisa discriminatoria, dando a entender que la DUDH tenía que afrontar esa realidad y proscribirla, si bien también aconsejó que ninguna de las limitaciones de ese artículo 14.3 fuera de obligatorio cumplimiento para ningún gobierno⁴³.

En el caso de Chile, propuso como límites aquellos ataques a la paz pública mediante difamaciones o calumnias, mediante el lenguaje o las publicaciones indecentes o mediante el lenguaje o las publicaciones que directamente provocaran violencia en el pueblo, en tanto que Cuba propuso de manera breve que la libertad de expresión no impidiera el castigo *ex post*, con lo que parecía jugar más en el terreno censura previa-represión posterior. Por su parte, Panamá abogó por plantear la libertad de expresión en términos estrictamente negativos al impedir que los Estados adoptaran leyes que la cercenaran arbitrariamente⁴⁴.

Asimismo, y ante la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de Minorías, el representante francés M. Spanien sugirió que se obligara a incluir en el ordenamiento

⁴² SCHABAS, W.A.: *The Universal Declaration...*, cit., p. 296.

⁴³ Ibid., p. 296.

⁴⁴ Ibid., pp. 442-443.

jurídico de cada país una previsión que castigara la infracción de los principios de no discriminación⁴⁵. Al amparo de esta propuesta, los representantes australiano y chino Mr. McNamara y Dr. Wu ofrecieron un redactado según el que se proscribía la incitación a la hostilidad nacional, racial o religiosa, propuesta que no fue aceptada porque recibió tantos votos a favor como en contra (hubo una abstención)⁴⁶. Aunque ese clausulado se incardinaba en la llamada protección igual del artículo 7 (luego veremos sobre qué versa), la incidencia en la libertad de expresión era directa y de gran calado. Sí que prosperó, en cambio, otra dicción en la que la Subcomisión aconsejaba condenar la incitación a la violencia contra grupos religiosos, nacionales, raciales o minoritarios⁴⁷.

Tan interesantes como esas propuestas fueron las regulaciones constitucionales del derecho a la libertad de expresión remitidas a la Comisión de Derechos Humanos, cuyas redacciones también fueron tenidas en cuenta porque reflejaban el estado de la cuestión en muchos de los países que conformaban la comunidad internacional. El reconocimiento de la libertad de expresión era común a todas las Constituciones y las diferencias radicaban, como es natural, en las restricciones impuestas: algunos países ponían el foco en las ofensas religiosas (Afganistán e Irán); algunos lo hacían en cuestiones de orden público, preservación del Estado, orden y paz social u honor e imagen pública (Brasil, Colombia, Cuba, Checoslovaquia, Ecuador, Egipto o Noruega, entre otros); algunos hablaban en términos generales del abuso del derecho o se remitían a las leyes su concreta limitación (Chile, Dinamarca, Francia, Iraq, Islandia, Líbano, Luxemburgo, entre otros); algunos explicitaban que la libertad de expresión impide la censura previa, dando a entender que lo publicado puede perseguirse (Paraguay, República Dominicana); algunos, en definitiva, no mencionaban ninguna restricción en absoluto ni tampoco esa sutileza de la censura previa (Argentina – aunque explicitando que esas barreras no podían ser impuestas por el Congreso federal, lo que *a sensu contrario* no lo vetaba para los congresos estatales – Bolivia, China, Filipinas, Estados Unidos y Yugoslavia)⁴⁸. De entre todas las normas fundamentales, destaca el artículo 141.5 brasileño por la semejanza con la propuesta británica, ya que prohibía la propaganda bélica, subversiva para alterar violentamente el orden político y social, así como la discriminatoria por razón de raza o clase⁴⁹.

⁴⁵ La Francia posterior a la rendición de las tropas nazis en París el 25 de agosto de 1944 tuvo que lidiar con la cruda realidad de la colaboración por el gobierno de Vichy, capitaneado por el Mariscal Pétain, con las autoridades nazis tras desfilar ese ejército por París el 14 de junio 1940. Pero no solo eso. Desde 1930 y hasta esa rendición nazi, publicaciones como *Je suis partout* y *Gringoire* habían avivado sin tapujos las brasas del antisemitismo, abogando por un alineamiento con Hitler en detrimento de los Aliados. Concluida la Segunda Guerra Mundial, se usó la Ley de 29 de junio de 1881 para perseguir expresiones de ese tipo y, el 13 de julio de 1990, en virtud de la *Loi n.º 90-615* (más conocida como *Loi Gayssot*), se modificó esa norma para perseguir expresamente los mensajes antisemitas, racistas y xenófobos (vid. LYOMBE, E.: “New Medium, Old Free Speech Regimes: The Historical and Ideological Foundations of French & American Regulation of Bias-Motivated Speech and Symbolic Expression on the Internet”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 28, n.º 1, pp. 104-107; Journal officiel de la République française, n.º 0162, 14 de julio de 1990).

⁴⁶ SCHABAS, W.A.: *The Universal Declaration...*, cit., p. 1184.

⁴⁷ Ibid., pp. 1184-1185.

⁴⁸ Ibid., pp. 443-455.

⁴⁹ Ibid., p. 444.

Los trabajos preparatorios justifican la conclusión según la que los ponentes de la DUDH eran muy conscientes del papel que jugaban los discursos de odio⁵⁰ en el marco de una libertad de expresión que ya no podía abordarse desde los parámetros más clásicos de un derecho negativo, sino que en su delimitación conceptual tenía que integrarse una visión horizontal a la par que la consabida vertical. Ciertamente es que esos trabajos preparatorios no forman parte del clausulado vinculante de los tratados internacionales, pero igual de cierto es que, según, el artículo 32 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados (23 de mayo de 1969), han de asistir como herramientas complementarias en la interpretación de esos instrumentos jurídicos cuando exista en ellos alguna oscuridad, ambigüedad o resultado absurdo o aberrante tras la aplicación de los criterios exegéticos prioritarios *ex* artículo 31.

No puede dudarse de que en el momento histórico del que hablamos, ya se habían definido dos grandes bloques (el liberal y el marxista) que operaban con lógicas dispares que ocasionaban fricciones al negociar el redactado de un documento como la DUDH. Por un lado, tenemos el bloque liberal, con un mayor peso de las libertades negativas y un especial énfasis en la visión defensiva de los derechos frente al temido poder estatal; por otro lado, tenemos el bloque marxista, donde predominan aquellos derechos que exigen una intervención estatal a fin de nivelar las condiciones de vida. Se ha visto en los fundamentos teóricos de la DUDH cierta – o incluso completa – contradicción o tensión interna por la sustanciación de ambos grupos de previsiones porque o bien se cree que el Estado debe abstenerse de toda interacción con los derechos humanos, o bien se cree que el Estado debe involucrarse para que esos derechos humanos sean una realidad⁵¹. Es más, desde una postura más en la órbita liberal, admitir que el Estado tenga la posibilidad, o hasta la obligación, de personarse ante la sociedad para, en aras de la seguridad y la igualdad, impulsar ciertos derechos y colectivos rema en contra de la libertad individual porque crea a personas dependientes de ese Estado⁵².

La solución más sencilla a ese dilema seguramente pase por relativizar en algo la carga teórica que ha de acompañar la DUDH en aras de dar cabida a múltiples posicionamientos que, aunque rebajen en algo la coherencia interna, permitan alcanzar soluciones de consenso. Esto se puede lograr centrando más la carga en lo práctico como categoría que se alimenta tanto de la ideología práctica fundamental como de los fundamentales principios de acción, lo que nos llevará a prestar especial atención a los específicos derechos que se plasmarán por escrito. Es aquí donde los acuerdos serán más fáciles porque dos personas pueden estar de acuerdo en una determinada dicción jurídica, aunque discrepen sobre los motivos que los lleven a ella: será imperioso evitar el por qué para alcanzar un qué compartido en su manifestación y no en su fundamentación⁵³.

⁵⁰ FARRIOR, S.: “Molding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law Concerning Hate Speech”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 14, n.º 1, p. 5.

⁵¹ GINGRAS, D.: *René Cassin...*, cit., p. 37.

⁵² *Ibid.*, pp. 37-38.

⁵³ MARITAIN, J.: *El hombre y el Estado*, Ediciones Encuentro, Madrid, 2023, pp. 87-91; UNESCO: *Human Rights. Comments and Interpretations*, UNESCO, 1948, pp. 1 y 59.

Cabe otra alternativa a esa relativización del apartado especulativo y que no exige tal sacrificio, sino enfrentarse a la aparente contradicción desde lo que MARITAIN llama una “sana concepción de la ley natural” que evite el maximalismo propio del liberalismo moderno y no desoiga cuestiones suficientemente claras como los factores económicos y sociales. En esta línea, han de distinguirse los conceptos de derecho natural *stricto sensu*, derecho de gentes y derecho positivo, sin que se trate de categorías carentes de nexo entre ellas, sino que más bien una gradación de derechos dentro de un conjunto cuya unidad se pretende⁵⁴. Bajo este prisma, hay derechos que responden a una exigencia absoluta de derecho natural, esto es, sin interferencia estatal, como por ejemplo el derecho a la vida o a optar por la religión en la que uno crea. Otros derechos traen causa de una exigencia de derecho de gentes, con un pie en los derechos naturales y otro en la consustancial casuística de la ley humana y de las necesidades de una vida en comunidad, como por ejemplo el derecho a la propiedad o al trabajo.

El último grupo se incardina en las aspiraciones y deseos de la ley natural, que hallan su sanción en derechos positivos con las limitaciones exigidas por el bien común, como por ejemplo la libertad de expresión, de prensa, de educación y de asociación. Al respecto de ese postrer colectivo de derechos, aun no constituyendo derechos absolutos, se tienen por derechos insoslayables para cualquier régimen político que se precie de ser justo⁵⁵. Seguramente esta voluntad de compromiso tenía mucho de lograr de concitar el aval del bloque soviético en la decisiva votación de la Asamblea General. Por lo tanto, toda modulación de un papel eminentemente abstencionista del Estado, sumado a una relativización del carácter absoluto de algunos derechos como la libertad de expresión en aras de salvaguardar sobre todo la igualdad, ha de verse como un claro guiño al incipiente bloque soviético para concitar su anuencia frente a un redactado templado de la DUDH.

Con independencia de que esta postura no fuera mayoritaria en la Asamblea General, no cabe duda de que la visión de unas libertades dependientes de un paso al frente del Estado para asegurar ciertas condiciones vitales no era ajena a todos aquellos países que había tenido que lidiar con los estragos causados por la Revolución Industrial en el tejido social, por más que algunos acérrimos liberales se negaran a aceptar que algo del marxismo había permeado en su legislación⁵⁶, como en institutos como la Seguridad Social tenían un claro regusto socialista o comunista. Este antecedente, junto con la ya mencionada concepción rousseauniana del interés general y la fraternidad inherente al ser humano por

⁵⁴ UNESCO: *Enseignement des droits de l'homme*, UNESCO, 1985, p. 9. La tripartición (derecho natural *stricto sensu*, derecho de gentes y derecho positivo) es fruto de la adaptación hecha por filósofos como Jacques Maritain a partir del pensamiento tomista. La ley o derecho natural se refiere a los derechos y lo deberes que siguen al primer principio absoluto y necesario para el ser humano por serlo), consistente en hacer el bien y evitar el mal. Por su parte, el derecho de gentes, también conocida como ley común de la civilización, es una modulación de esa primera ley a partir del ejercicio de la razón que sí admite ciertas condiciones de hecho como el estado de la sociedad civil o las relaciones entre los pueblos. Por último, el derecho positivo, o el conjunto de leyes en vigor en una sociedad dada, de nuevo apela a ese primer principio, pero esta vez de manera contingente a partir de las disposiciones propias de la razón y de la voluntad humana (vid. MARITAIN, J.: *Les Droits de l'Homme et la Loi Naturelle*, Éditions de la Maison Française, París, pp. 81-82; EL MISMO: *El hombre...*, cit., p. 91).

⁵⁵ UNESCO: *Human Rights...*, cit., p. 61; UNESCO: *Enseignement...*, cit., p. 9.

⁵⁶ UNESCO: *Enseignement...*, cit., p. 63.

la que abogaban los *solidaristas* franceses del XIX a partir del ejemplo de algunos revolucionarios de finales del siglo XVIII⁵⁷, explican una literalidad que trasciende de los derechos individuales y que tendrá incidencia en la libertad de expresión y los delitos de odio.

Y es que, para cuando la DUDH vio la luz, en el Occidente no comunista se había asentado de manera mayoritaria una concepción del Estado social o democrático como superación del Estado liberal puro o simple en méritos de una resignificación de los vocablos libertad e igualdad⁵⁸. Respecto del primero, el liberalismo clásico propugnaba que, una vez se habían suprimido todos los privilegios de los que gozaban los grupos especialmente protegidos durante el Antiguo Régimen, la libertad en su faceta negativa (la única contemplada por el liberalismo) era una sustancia acabada, repartida homogéneamente en los constituyentes de la sociedad y que actuaba en defensa de cada uno de ellos. Respecto de la igualdad, se definía como la idéntica posición de todo ciudadano frente al derecho positivo, operada gracias a la abolición de cualquier privilegio de nacimiento, clase o raza, para acceder a la propiedad, detentar cargos públicos o participar activamente en la vida política y cultural de la nación⁵⁹.

Tras saber cómo se desarrollaron los debates en torno a este artículo, cumple conocer la expresión de la libertad de expresión: “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.” Una lectura directa, sin consideraciones ajenas a su literalidad, nos situaría en la órbita de una concepción de la libertad de expresión como un absoluto, es decir, no sometida a ninguna restricción textualmente explícita, al menos en lo atinente al artículo transcrito. La balanza, pues, se habría decantado del lado maximalista en la línea de lo propuesto eminentemente por Estados Unidos, sin ninguna influencia en apariencia de otras sensibilidades jurídicas. A lo sumo, podemos entender incluidas por heterointegración todas las barreras ya vistas en las formulaciones tradicionales analizadas, como por ejemplo el *harm principle* de MILL o la incitación a la sedición de ESPINOZA.

Visto así, pareciera como si la Shoá no hubiera existido y no sobrevolara en la Asamblea General una preocupación por el resurgimiento de ideologías en cuyo ADN estuviera inscrita la eliminación del

⁵⁷ UNESCO: *Human Rights...*, cit., p. 104. Los derechos entendidos desde una perspectiva social están anclados en la estrecha interdependencia entre los miembros de las sociedades modernas, donde las consecuencias de la Revolución Industrial van adquiriendo un protagonismo de primer orden. El éxito de los unos y el fracaso de los otros no se explican solo con base en el mérito o el demérito personal porque influyen factores exógenos que nos permiten hablar de riqueza y pobreza inmerecidas. Empieza a acuñarse el concepto de deuda social de manera alternativa o cumulativa al de contrato social — aunque ambos términos se entiendan como una ficción donde lo que importa son sus consecuencias y no su origen — porque incluso cuando el éxito es merecido suele apoyarse en el trabajo de quienes nos han precedido o de quienes en vida nos han aupado. El Estado se concibe más desde la óptica de un ente que asegura y no únicamente como una que aprueba y aplica leyes de policía (vid. NIEMELA, H. / SALMINEN, K. / VANAMO, J.: *The Solidarist Ideology in Turn-of-the-Century France*, The Central Pension Security Institute, Helsinki, 1997, p. 6; BOURGEOIS, L.: *Solidarité*, Armand Colin et Cie., París, 1986, p. 61).

⁵⁸ UNESCO: *Enseignement...*, cit., p. 61.

⁵⁹ UNESCO: *Human Rights...*, cit., p. 103.

otro, del diferente. No obstante, y como cabría esperar, la cuestión tiene muchas más aristas, tanto dentro como fuera del texto, que son el testimonio de las propuestas en los *travaux préparatoires* que pretendían una limitación a esa libertad de expresión cuando de su uso cabía inferir una voluntad discriminatoria. Sobre las propias del texto, hemos de autointegrar en la comprensión del artículo 19 principalmente dos artículos: el 7, por un lado, y el 29 y el 30, por el otro. Ello no violenta en modo alguno el alcance previsto para ese derecho, ni para ningún otro, porque no ha de sorprender que la adecuada exégesis de un precepto exija analizar el texto en el que se integra a fin de asegurar la coherencia en la aplicación de sus varias previsiones.

Sin esa capacidad para trascender los confines de un artículo dado nos sería imposible captar adecuadamente el alcance del inicio del artículo 19 (*todo individuo*) a partir de preceptos como el 1, donde se nos dice que *todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...* De otro modo, podríamos pensar que los titulares de un derecho como la libertad de expresión podrían seguir siendo, por arrastre histórico, solo los ciudadanos, o solo los ciudadanos varones, o solo los ciudadanos varones propietarios, extremo que no puede distar más de quiénes son los titulares conforme a la DUDH: todos los seres humanos sin excepción. Por su parte, el artículo 7 tiene una naturaleza bifronte porque tanto consagra la igualdad ante la ley a los efectos tuitivos de los derechos humanos como consagra también la igual protección de todos frente a cualquier discriminación o frente a cualquier provocación a esa discriminación. La primera parte no ofrece nada nuevo bajo el sol porque incide en la isonomía, concepto ya acuñado en la Grecia clásica (podría ser coincidencia que fuera una palabra griega, pero no lo es); la segunda parte, en cambio, sí aporta algo nuevo, sobre todo el inciso final sobre la provocación a la discriminación.

Antes hemos hablado de una propuesta sino-australiana (a la que le faltó un solo voto para aprobarse) destinada a atajar cualquier incitación a la hostilidad nacional, racial o religiosa. A ella le siguió una modulación soviética de la mano del Sr. Borisov en la que al vocablo “hostilidad” se le adicionaba el “odio” como teleología vedada para cualquier acción dirigida a esos colectivos diana⁶⁰. Esta intervención se englobaba dentro del plan soviético para lograr introducir, a veces veladamente, a veces expresamente, referencias a los sistemas fascistas para, en palabras de los representantes soviéticos, impedir su resurgimiento⁶¹. El redactado de la URSS suscitó el apoyo de varios países (en otros detalles de la enmienda soviética discreparon), entre ellos Bélgica, quien de la mano del profesor Dehousse planteó añadir la incitación a tal discriminación como ilícito⁶². A la postre, y si bien la enmienda soviética fue rechazada por diez votos a cuatro⁶³, la sugerencia belga sería rescatada y tenida en cuenta para incorporarla en la versión definitiva del artículo 7.

⁶⁰ SCHABAS, W.A.: *The Universal Declaration...*, cit., p. 1022.

⁶¹ GINGRAS, D.: *René Cassin...*, cit., p. 37; SCHABAS, W. A.: *The Universal Declaration...*, cit., p. 3024-3025.

⁶² Ibid., p. 1260.

⁶³ Ibid., p. 1261.

La alusión a que todos tienen derecho a igual protección frente a la provocación para discriminar admite dos lecturas. La primera, y que quizá sería la más evidente en nuestros días, es la interdicción de todo discurso que abogue por el trato desigual a una persona o a un colectivo sin ninguna razón jurídicamente esgrimible. El destinatario de la respuesta del Estado frente a esa provocación discriminatoria sería el sujeto que ha apostado por ello mediante el uso de la palabra en cualesquiera de sus formas, por lo que el Estado tendría que devolver el equilibrio a la vida social en una suerte de nivelación que permitiera que los menos favorecidos se alzaran de su situación de inferioridad a imagen y semejanza de lo que MONTESQUIEU pretendía en la vida económica para así mantener una sana competencia. Sin embargo, cabe una segunda lectura que, no por menos evidente, ha de ser más incorrecta. Puede que ese artículo no esté dirigiéndose hacia quien busca un trato discriminatorio para un tercero (particular o colectivo), sino que sea un exclusivo mandato a los poderes públicos para impedir que una provocación a la discriminación acabe degenerando en una discriminación efectiva porque el Estado no ha prevenido suficientemente la conversión de lo uno en lo otro.

No podemos dejar de considerar que el artículo 7 se bate en la arena de las garantías formales de *cómo* los Estados han de proteger sus derechos sustantivos, sin referirse por lo tanto al *qué* por cuanto para eso ya están los artículos de ese último tipo de derechos que marcan el paso a las legislaciones nacionales. A fin de cuentas, la igual protección lo es para discriminaciones proscritas por la DUDH y el discurso de odio no es necesariamente una de ellas ya que en ocasiones se persigue ofender y no discriminar⁶⁴, sin que la provocación a la discriminación altere en nada ese régimen porque lo es para discriminaciones proscritas, y de nuevo el discurso de odio no se contempla en el articulado. Podría objetarse a esta hipótesis que sería redundante prohibir anticipadamente una discriminación no consumada cuando ya se ha prohibido la discriminación efectiva, pero ese pleonismo no sería tal si concebimos el adelantamiento de la barrera proscriptora que la DUDH pide de cada país como una medida preventiva en términos de libertad positiva. El Estado no solo tendría que velar por corregir *ex post* situaciones de discriminación, sino que tendría que proporcionar las condiciones a fin de que cualquier conato de discriminación se quede en eso.

Claro está que podríamos volver al punto de partida y sostener que uno de los instrumentos es la persecución del discurso de odio, ya por la vía civil, ya por la vía penal, ya por la vía administrativa, pero ser *una* de las medidas y no *la* medida no haría que volviéramos exactamente a la casilla de salida porque en ella solo había *la* solución: prohibir el discurso de odio. La alternatividad que esta segunda aproximación nos brinda creemos que es más respetuosa también con la historia, ya que Eleanor Roosevelt, a la sazón presidenta de la Comisión de Derechos Humanos, se opuso a la propuesta

⁶⁴ EDGER, R.: "Are Hate Speech Provisions Antidemocratic? An International Perspective", *American University International Review*, vol. 26, n.º 1, pp. 119-157.

soviética que acabamos de ver⁶⁵ y es altamente improbable que no hubiera hecho lo mismo si mediante el artículo 7 se acababa logrando lo que no se había conseguido con el 19.

El otro mecanismo al que podría reconducirse la introducción del discurso de odio reside en los artículos 29 y 30, que, cada uno desde su campo de acción, impiden a particulares, grupos y al Estado valerse de los derechos reconocidos en la DUDH para conculcar esos mismos derechos respecto de terceros. Es inevitable ver aquí en juego reglas como el *harm principle* de MILL y la intolerancia con los intolerantes de VOLTAIRE, además de ser un indubitado reflejo del ya visto artículo 4 de la DDHC en cuanto se inspira en su definición de libertad como capacidad de hacer lo que uno quiera siempre que no dañe a terceros⁶⁶.

Propuestas como la de M. Malik, representante del Líbano, validadas con ocho votos favorables y siete abstenciones, apuntaban en esta misma línea de impedir que se entendiera que la DUDH amparaba actividades destinadas a destruir los derechos y libertades en ella reconocidos. Las explicaciones del comisionado libanés son muy sugerentes porque hizo valer la idea de que, en los albores de muchos regímenes despóticos, los aspirantes a tiranos se involucraran en actividades encubiertas que, *prima facie*, no atentaran contra la DUDH, pero cuyo claro propósito fuera ese, por lo que había que salvaguardar el espíritu de la Declaración colocando un valladar para infracciones directas o indirectas de los derechos humanos⁶⁷. La vinculación entre esos preceptos y la libertad de expresión se la debemos a Eleanor Roosevelt, quien dijo que no eran precisos límites concretos a ese derecho porque los mentados artículos ya habilitaban, igual que para otros derechos y aunque fuera de manera genérica, restricciones que podían imponerse legítimamente⁶⁸. Esas declaraciones, por demás, apuntalan que no es en el artículo 7 donde hemos de encontrar, si es que acaso hay alguno en la DUDH, el clavo al que agarrarnos para poder retrotraernos setenta y cinco años en la persecución de los delitos de odio en general y de los discursos de odio en particular. Cosa muy distinta es que sendas normas puedan proyectarse sobre el discurso de odio porque parten de la base de infracciones de derechos reconocidos en la DUDH, y no está claro que la protección frente a esos discursos lo sea conforme hemos visto.

A mayor abundamiento, algunos han visto en la supresión del sintagma preposicional “por cualesquiera medios” (“*by any means whatsoever*”) otro indicio sobre el amparo que la DUDH daría a la interdicción del discurso de odio, máxime si atendemos a que tal eliminación podría haber obedecido a una petición del Comité Conjunto de Organizaciones Judías⁶⁹. Sin por supuesto negar la

⁶⁵ SCHABAS, W.A.: *The Universal Declaration...*, cit., p. 1259.

⁶⁶ No es casual que la delegación francesa remitiera el texto de ese artículo para reforzar el vínculo entre el borrador de la DUDH y la DDHC (vid. SCHABAS, W.A.: *The Universal Declaration...*, cit., p. 342).

⁶⁷ SCHABAS, W.A.: *The Universal Declaration...*, cit., p. 1308.

⁶⁸ FARRIOR, S.: “Molding the Matrix...”, cit. p. 20.

⁶⁹ FARRIOR, S.: “Molding the Matrix...”, cit. p. 14.

relación causa-efecto señalada, no leo ese complemento circunstancial en clave de cualquier tipo de expresión, sino más bien la forma que adopte esa expresión (de palabra o por escrito, con las variantes dentro de cada categoría a partir de circunstancias como el tiempo y el lugar), entendimiento que se vería reforzado por la mención a renglón seguido de los canales de comunicación. Por otro lado, el precepto inicialmente planteado y el finalmente adoptado tienen una dicción lo suficientemente alejada el uno del otro como para colegir que la concreta eliminación de algo previsto en aquel haya de ser determinante en la comprensión de este. Pero podemos decir más: si nuestra aproximación es correcta, ese *by any means whatsoever*” se mantiene incólume en el artículo 19 *in fine* con el *through any media*. Sea como fuere, creemos haber destacado mejores asideros textuales (con independencia de que no sean la panacea) a los que agarrarse para limitar la libertad de expresión por razón del discurso de odio sin salirnos de la DUDH.

El 10 de diciembre de 2023, la Declaración Universal de Derechos Humanos cumplió setenta y cinco años, y el mundo que la vio nacer ya no es el mismo, aunque algunos de los retos a los que se enfrentaron sus redactores se han mantenido invariables porque, en definitiva, la naturaleza humana no cambia tan rápidamente (si es que acaso puede cambiar). Ya por aquel entonces se tuvo que llamar Declaración, lo que respondió a la dificultad de alcanzar un texto de consenso jurídicamente vinculante para toda la comunidad internacional que pudiera adoptar la forma de tratado, por lo que se optó por un texto que no puede calificarse como de *ius cogens*⁷⁰. En materia de delitos de odio, hemos visto que su clausulado es compatible con decir que apunta en la dirección que instrumentos jurídicos internacionales, regionales y nacionales han seguido tiempo después. No obstante, es imposible entresacar conclusiones tajantes e irrefutables sobre si realmente legitima lo que constituye el objeto de nuestro trabajo porque el crisol de tradiciones jurídicas y legados históricos que se dieron cita en su redacción nos priva de un cuadro monocromo.

Todos estos condicionantes no son, sin embargo, bastantes para eclipsar la realidad de que, desde su irrupción, se ha convertido en un símbolo de la lucha por un mínimo común denominador al que todos hemos de aspirar en nuestra relación con el prójimo. Muchos han clamado que sus pretensiones (casi siempre de un mundo mejor) tienen en ella su mejor aliado y su fuerza legitimadora para oponerse a dictaduras y opresiones de todo orden, y eso hace que importe menos su vinculación jurídica que su vinculación moral. A fin de cuentas, el común de quienes sueñan con un mundo mejor no se conformará con que los derechos humanos sean palabras huecas si quienes están llamados a respetarlos decidan que el papel lo aguante todo. Y es que, a pesar de las limitaciones sobre lo alto que la DUDH podía volar, como todo símbolo está llamada a resurgir siempre cual Fénix de sus cenizas.

⁷⁰ NOVAK TALAVERA, F.: “La Declaración Universal de los Derechos Humanos cincuenta años después”, *Agenda Internacional*, vol. 4, n.º 10, pp. 78-80; SOLANES CORELLA, A.: “The Political...”, cit., p. 3; FARRIOR, S.: “Molding the Matrix...”, cit. p. 20.

2.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El 16 de diciembre de 1966 (el mes de diciembre es el predilecto para aprobar documentos importantes en la ONU), la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobaba por unanimidad de sus 106 miembros el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por sus siglas en inglés), así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR, de nuevo por sus siglas en inglés). Se culminaba un proceso al que se había dado comienzo con los trabajos preparatorios de la DUDH, conformando esta, la ICCPR y la ICESCR lo que se conoce como *International Bill of Human Rights*⁷¹, siendo estos dos últimos los que gozan de fuerza vinculante en tanto que tratados.

Hemos tenido ocasión de ver el contenido de la ICCPR en términos de libertad de expresión y solo incidentalmente la restricción *ex* artículos 19.3 y 20.2, por lo que ahora corresponde que prestemos más atención a esa cláusula limitativa. Podríamos haber empezado, por cuestiones cronológicas, por la DUDH, pero es cierto que su cláusula limitativa de derechos de su artículo 29.2 se enuncia en términos amplios para todos los derechos en ella reconocidos. Asimismo, ya hemos dicho que, sin restarle valor e importancia a esta Declaración, hablamos de un texto cuya vocación es sentar unas bases tan firmes como generales para ulteriores desarrollos como la ICCPR.

La ICCPR, al igual que sucede con la ICERD, crea obligaciones no solo para los Estados –nivel vertical– sino que también lo hace para los particulares – nivel horizontal –. Ello lo vemos en la propia limitación a la libertad de expresión reconocida a los individuos, en la reveladora aseveración del artículo 19.3 según la que ese derecho entraña deberes y responsabilidades especiales, en el artículo 2 cuando responsabiliza a los Estados de lograr una efectiva aplicación de la norma en sus territorios de referencia, y también cuando el artículo 17 reconoce a los particulares el derecho a que la ley lo proteja frente a ataques contra – entre otros – su honra y su reputación. Si bien inicialmente Estados Unidos pretendió que tan solo hubiera deberes verticales, a la postre la inclusión también de la horizontal fue la regla adoptada⁷².

Nos engañaríamos, sin embargo, si creyéramos que la ICCPR contiene una regulación profusa de esos límites. Ni en los artículos mencionados ni en otro lugar del documento encontramos un mayor detalle de lo que esos preceptos prevén casi nominalmente⁷³, aunque es cierto que sí disponemos de algunos

⁷¹ GÓMEZ ISA, F. / DE FEYTE, K.: *International Protection of Human Rights: Achievements and Challenges*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 140.

⁷² FARRIOR, S.: “Molding the Matrix...”, cit. pp. 23-24.

⁷³ Recordemos su literalidad. Por un lado, el artículo 19.3 recoge las limitaciones a la libertad de expresión en los siguientes términos: “El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

criterios explicitados en la propia norma que permiten hablar de una nomenclatura propia⁷⁴. Ciertamente es que no hay definiciones de los términos empleados⁷⁵, pero mucho nos tememos que esas definiciones hubieran hecho verter los mismos ríos de tinta que su ausencia, ya que veremos al hablar de la ECRI que incluso sus definiciones generan más dudas interpretativas. Hemos de convenir que, aunque textos como la ICCPR se sitúan un peldaño por debajo de la DUDH, no están previstos como documentos de trabajo o como guías interpretativas, sino que precisamente crean los conceptos que debemos interpretar.

Un primer asidero en el que apoyarnos es la historia de cómo se fraguó ese artículo 20.2⁷⁶. Inicialmente, su redacción contemplaba solo la apología de la hostilidad que incitase a la violencia, pero finalmente se acabó adoptando un redactado más amplio ante las protestas de países que no disponen de un texto como la Primera Enmienda. La fisonomía actual del precepto refleja una clara voluntad de sus redactores por adelantar la barrera represora del Estado ante interpretaciones que hicieran pensar en que solo se proscribía la llamada a la violencia o a actitudes concomitantes con la violencia física. El odio, pues, se puede proyectar tanto en la incitación a la discriminación, a la hostilidad o a la violencia, en una fórmula donde la violencia es uno de entre tres estadios alternativos. Se persigue evitar que los totalitarismos se hagan con el poder y desmantelen el Estado democrático desde dentro, en lo que resulta un punto de encuentro con el artículo 17 CEDH al que también coadyuva el artículo 5 ICCPR⁷⁷.

Para TEMPERMAN, este artículo 20.2 es un “raro espécimen”⁷⁸ (sic) en el ámbito internacional sobre el que ha persistido la duda acerca de su carácter de derecho subjetivo a que nadie sufra ese tipo de discurso⁷⁹, ya que cabría pensar de él que solo atribuye a los Estados una obligación *sui generis*⁸⁰ de configurar su ordenamiento jurídico de tal suerte que no se admitan esos discursos, además de perseguirlos y en ningún caso darles pábulo desde las instituciones públicas. Es más, incluso durante muchos años hubo dudas razonables de si los particulares que se consideraban víctimas de ese tipo de incitaciones podían hacer valer el incumplimiento de los Estados a la hora de prohibir y perseguirlas,

Por su parte, el artículo 20.2 afirma que: “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.”

⁷⁴ CONSEJO DE EUROPA: *Links between freedom of expression and other human rights*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2019, p. 47. Ello no ha impedido el uso intensivo de la expresión “discurso de odio” en múltiples comunicaciones y textos de la Comisión de Derechos Humanos, como luego veremos.

⁷⁵ ROLLNERT LIERN, G.: “El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 115, pp. 84-85.

⁷⁶ FARRIOR, S.: “Molding the Matrix...”, cit., pp. 21-44.

⁷⁷ JACOBSEN, A.F.: *The Right To Public Participation – A Human Rights Law Update*, The Danish Institute for Human Rights, Copenhagen, 2013, p. 14.

⁷⁸ TEMPERMAN, J.: “The International Covenant on Civil and Political Rights and the “Right to be Protected against Incitement”, *Journal of Law, Religion and State*, n.º 7, p. 80. Por su parte, Nowak lo define como un elemento “extraño” en la ICCPR (vid. NOWAK, M.: *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, N. P. Engel, Kehl, 2005, p. 468).

⁷⁹ TEMPERMAN, J.: *Religious Hatred and International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 67-79.

⁸⁰ TEMPERMAN, J.: “The International...”, cit., pp. 90-91.

ya que la Comisión de la ICCPR parecía reacia a pronunciarse expresamente sobre ello⁸¹. Hubo que esperar hasta el caso Wilders, que luego abordaremos, para que dicha Comisión se pronunciara expresamente y zanjara el debate sobre la naturaleza de derecho, límite o ambas.

Es importante que nos detengamos en el significado de la palabra “apología” (*advocacy* en la versión inglesa y *appel* en la francesa), por ser el primer sustantivo empleado en ese artículo 20.2, y que ya en el plano formal supone un apartamiento de la *propaganda* empleada en el artículo 20.1⁸². Respecto de su ámbito subjetivo, a saber, quién puede incurrir en esa apología, existe un amplio consenso en que no solo se predica de los poderes públicos, sino que todo particular puede cometer las acciones previstas en el artículo 20.2 ICCPR⁸³. No dejaría de ser una aplicación horizontal del derecho a la discriminación concretado por el vehículo usado para esa discriminación, es decir, las formas expresivas.

En cuanto a su ámbito objetivo, no encontramos una definición precisa ni en el propio documento ni en los *travaux préparatoires*, ni tampoco inferimos por qué se decidió emplear esa apología en lugar de la propaganda del artículo precedente. Durante los debates, algunos delegados sostuvieron que la apología era una propaganda sistemática y persistente, lo que daba cuenta de una modalidad más intensa y sostenida en el tiempo de esa apología; otros, en cambio, hablaban de la apología como una expresión reiterada e insistente, enfatizando, por lo tanto, más el aspecto temporal y desvinculándolo de la apología. En cualquier caso, podemos concluir que ni para los redactores la ICCPR ni para el desarrollo posterior ha sido determinante definir ese término para la operatividad del artículo 20.2⁸⁴.

Dicho lo anterior, sí podemos desgranar algunos rasgos de esa apología a partir de esos *travaux préparatoires* y de la definición léxica en inglés, en español y en francés. A pesar de que en inglés no se emplea el término más semejante al español *apology* (que también existe con el mismo significado que “apología” en español⁸⁵), ello no significa que la traducción sea imprecisa porque *advocacy* tiene el mismo origen etimológico que “abogar” en español, a saber, el verbo latín *advocare*. Ello se demuestra con el propio significado de *advocacy*, que es el de defender públicamente una idea, un plan o modo de actuar⁸⁶. Acerca de esta publicidad, a la *advocacy* se le presupone cierto grado de

⁸¹ Vid. el párrafo del voto particular emitido por el Sr. Abdelfattah Amor en *Maria Vassilari y otros c. Grecia*, Comunicación n.º 1570/2007 (CCPR/C/95/D/1570/2007), de 19 de marzo de 2009.

⁸² TEMPERMAN, J.: *Religious Hatred...*, cit., p. 169.

⁸³ Ibid., pp. 170-171.

⁸⁴ Ibid., p. 169.

⁸⁵ Diccionario Cambridge: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/apology>. Vid su tercera acepción.

⁸⁶ Diccionario Cambridge: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/advocacy>. Es por ello cuestionable que, en otros textos como la Recomendación General n.º 35 — luego la estudiaremos —, se traduzca *advocacy* como “persuasión” (vid. su párrafo decimosexto). No es imprescindible que la apología vaya acompañada de una intención de cambiar mentalidades, sino que puede quedarse perfectamente recluida en el reino de la simple defensa.

diseminación, por lo que las expresiones estrictamente privadas – en el sentido de un círculo muy reducido – no tendrían que prohibirse⁸⁷.

La versión francesa contribuye a una panorámica más rica todavía porque el vocablo *appel* es sumamente interesante en alguna de sus acepciones. Si bien en ese idioma existe el término *apologie* con un significado parejo al ya visto para el español o el inglés⁸⁸, el empleo de esa otra palabra nos permite introducir una muy interesante segunda acepción que significa “acción de invitar a una persona, o a un grupo, a una acción” y que tiene como uno de sus sinónimos la exhortación⁸⁹; la tercera acepción, cuyo significado es “acción de recurrir a un grupo, a su acción o su influencia”⁹⁰, también aporta matices que nos auxilian. Ambas acepciones nos hablan de un salir del propio sujeto para interpelar al mundo exterior, ya sean personas conocidas o en términos generales, a *hacer algo*, a tender a la acción, por lo que no es de extrañar que, en *Féret*, se empleen *incitation* y de *appel* de manera estrechamente conexa⁹¹. Se refuerza, así, esa idea de publicidad concebida como diseminación y de no permanecer simplemente en el ámbito de una defensa genérica de ideas.

No compartimos, por lo tanto, que la apología de la que nos habla la ICCPR equivalga a la incitación o llamado a la discriminación, la hostilidad o la violencia⁹², ya que lo que nos dice el artículo 20.2 es que solo la apología que equivalga a una incitación ha de prohibirse. Esta previsión hace inevitable volver nuestra mirada hacia el artículo 18 CP, aspecto sobre el que nos explayaremos cuando lleguemos al círculo concéntrico del ámbito español. El refuerzo que le aporta la incitación nos permite sustraernos a la idea de que se castiga el discurso de odio como tal, en el sentido de la mera expresión de una animadversión hacia un colectivo o persona que se integra en él, por lo que lo importante es qué se hace con ese discurso⁹³.

Yendo un paso más allá, y manteniéndonos en el plano de la literalidad, la apología que constituye incitación podría simplificarse en proscripción de la incitación, prescindiendo formalmente de la apología. Esta operación sustractiva en lo facial se justificaría por una aclaración conceptual que nos evite sostener una afirmación tal como “una apología que sea una incitación”, en la que parece que los dos términos son intercambiables en algún punto de su conceptualización, o bien que el segundo es una subespecie del primero. Tanto en un caso como en el otro, hablar de incitación bastaría porque

⁸⁷ TEMPERMAN, J.: *Religious Hatred...*, cit., pp. 170-171.

⁸⁸ Diccionario Larousse: <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/apologie/4560>.

⁸⁹ Diccionario Larousse: <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/apel/4664>. La primera acepción es poco aplicable aquí porque es la invitación a acudir a algún evento, lo que solo por vía metafórica daría juego en nuestro ámbito, sin que tampoco sea necesario recurrir a esa operación dadas las otras acepciones.

⁹⁰ Diccionario Larousse: <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/apel/4664>.

⁹¹ Vid. párrafo 73, así como el decimoséptimo del voto particular.

⁹² ROLLNERT LIERN, G.: “El discurso...”, cit., pp. 87-88.

⁹³ ELÓSEGUI ITXASO, M.: “El principio de proporcionalidad, la incitación al odio y la libertad de expresión en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: los casos *Stomakhin c. Rusia*, *Williamson c. Alemania* y *Pastörs c. Alemania*”, *Revista General de Derecho Europeo*, Año 2020, n.º 51, pp. 15-16, así como nota 3. Si bien estas reflexiones se hacen por la jurista en sede del CEDH, nos parecen perfectamente extrapolables a textos como el ICCPR.

entendemos que no se trata de castigar una apología y una incitación, sino una incitación *como forma* proscrita de apología, lo que hace innecesario el antecedente.

Lo anterior nos lleva a concluir que la ICCPR no proscribe el discurso de odio *per se* entendido aquí como la apología del odio nacional, racial o religioso, sino que solo lo hace cuando este extiende sus tentáculos hasta llegar a la incitación de la discriminación, la hostilidad o la violencia; el discurso de odio solo se castiga, pues, si adopta ciertas formas especialmente agresivas e intolerables⁹⁴. Podríamos concluir que la ICCPR no prohíbe la apología del odio nacional, racial o religioso, siempre y cuando no pase a esa incitación. No creemos, sin embargo, que se pueda afirmar que la ICCPR solo mandate tipificar algunos discursos en atención a sus consecuencias⁹⁵, y es que en el artículo 20.2 no se observa la concurrencia de consecuencia alguna, sino a lo sumo su catalizador. Nos encontramos, en el mejor de los casos, ante la intención de evitar daños contingentes⁹⁶.

Aprovechando que ha aparecido la palabra intención, expondremos algunas cuestiones que el texto plantea si la proyectamos sobre los elementos objetivos de ese precepto: la apología y la incitación. La literalidad del artículo 20.2 hace depender sintácticamente la incitación de la apología, lo que podría hacernos pensar en una aptitud *objetiva* para que aquello se siga de esto, más que pensar que estamos ante un requisito *subjetivo* consistente en la intención de incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia (“toda apología... *que* constituya incitación...”). Como se ve, la diferencia no es menor porque la conducta llamada a prohibirse podría prescindir de la finalidad incitadora si bastara con advenir la apología del odio nacional, racial o religioso, posibilidad que en el caso español tendría una evidente incidencia en la configuración y exégesis del artículo 510 CP. Incluso de esa literalidad cabría colegir que la intención está ausente de la apología, tornándose igualmente en un elemento objetivo alcanzable sin intención pero sí con negligencia.

Nuestra aproximación consiste en entender que el elemento subjetivo ha de estar presente tanto en la apología como en la incitación. Para ello, en primer lugar, nos apoyamos en que el ICCPR exhibe un notable margen de actuación para la libertad de expresión a la vista de que toda restricción conforme al artículo 19 ICCPR ha de servir a unos fines muy concretos y solo se plantea en términos potestativos. Ampliar tanto los contornos de lo obligatoriamente punible según el artículo 20.2 ICCPR ofrecería un contraste excesivo entre ambos artículos porque o bien no se exigiría intención para uno de los elementos objetivos cuando ambos son igualmente imprescindibles para la comisión del ilícito, o ni siquiera se exigiría para ambos, resultado que ahondaría la cesura entre ambos preceptos.

⁹⁴ POST, R.: “Legitimacy...”, cit., p. 655; vid. también el párrafo 4 del voto concurrente (Anexo IV) de la Sra. Sara Cleveland y del Sr. Mauro Politi en la Comunicación n.º 2124/2011 (C/117/D/2124/2011), dictada el 29 de marzo de 2017 por la Comisión de Derechos Humanos de la ICCPR.

⁹⁵ BENESCH, S.: *Contribution...*, cit., pp. 4-5.

⁹⁶ BENESCH, S.: *Contribution...*, cit., p. 12.

En segundo lugar, la historia de cómo se ha conformado este precepto hace que nos decantemos por una interpretación restrictiva en la medida en la que inicialmente solo se contemplaba la incitación a la violencia, y solo después de muchas idas y venidas se logró arrancar un compromiso mayor a los Estados Unidos, *iter* que es incompatible con una prohibición tan incierta en cuanto a su aplicación. Se podría objetar que una solución intermedia pasaría por predicar la intención solo de la apología, pero ello partiría de una separación que *ut supra* hemos juzgado artificial entre apología e incitación. No leemos en el artículo 20.2 ICCPR dos verbos que han de constatare individualmente, por lo que no sería procedente adoptar un canon distinto en cuanto a los elementos subjetivos del ilícito en función de esas acciones que son una sola⁹⁷.

En tercer y último lugar, sería contraintuitivo exigir intención para la apología, cuando esta es necesaria pero no suficiente, y pasar a adoptar un canon de plausibilidad objetiva con una incitación que es realmente el núcleo del precepto por cuanto, verificada la incitación, siempre es más sencillo ver en ella una apología del odio, cosa que no ocurre al revés. Con independencia de las siempre presentes complejidades procesales de la intención, si estamos en lo cierto con esa exégesis, esa intencionalidad proyectada sobre los dos elementos objetivos es una garantía para aquel cuya libertad de expresión pretende limitarse. Así, incluso de existir una intención incitadora del emisor, si esta fuera tan torpe como para ser inhábil, tampoco procedería sanción alguna. De interpretarlo en otro sentido, se estaría resolviendo la duda a favor de un menor espacio de la libertad de expresión sin percibir qué se ganaría cediendo mucho protagonismo a las autoridades nacionales, a quienes se reconocería un gran margen en la fijación de las circunstancias “objetivas” que permitirían juzgar una apología como incitación.

Sentado lo antedicho, podemos recurrir a las Observaciones Generales (*General Comments* en su nomenclatura inglesa) que ha ido dictando la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, y que han versado sobre algunos de los preceptos de la ICCPR⁹⁸. De entre ellas, las que han abordado los artículos 19 y 20 son la n.º 10 (1983, sobre el artículo 19), la n.º 11 (1983, sobre el artículo 20) y la n.º 34 (2011, de nuevo sobre el artículo 19), aunque también cabe reputar que la n.º 22 – que trata el artículo 18, sobre la libertad de pensamiento, conciencia y religión – incide ni que sea oblicuamente sobre esos dos artículos.

Lo más relevante *ad casum* de la primera se contiene en su apartado cuarto, que pretende advertir de los peligros de usar la cláusula limitativa del artículo 19.3 ICCPR cual patente de corso para cercenar la libertad de expresión, por lo que incide en la importancia de ser lo más cautos posibles a la hora de establecer restricciones a la libertad de expresión. Cumple decir que no hay ninguna referencia cruzada

⁹⁷ ARTICLE XIX: *Camden Principles on Freedom of Expression and Equality*, Londres, 2009, artículo 12(ii).

⁹⁸ A 12 de septiembre de 2024, se han dictado un total de 37 Observaciones Generales. Pueden consultarse en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11

al artículo 20 de la misma ICCPR. Por demás, la Observación discurre en términos de defensa cerrada de la libertad de expresión, muy en consonancia con esa recomendación de moderación al fijarle fronteras vagas e imprecisas que la pongan en peligro.

En cuanto a la Observación General n.º 11, empieza poniendo de manifiesto la escasa información recibida por los Estados en relación con la adaptación de las legislaciones nacionales, y aquella información que sí se ha recibido muestra una insuficiente persecución de estos delitos. Por lo tanto, el inicio no es sino una conminación implícita a los Estados para que no descuiden la implementación del artículo 20 en sus respectivos cuerpos normativos. En el segundo y último apartado (el texto es bastante breve), se ofrece una reiteración de lo que el precepto afirma y, en relación con el 20.2, se añade que cubre toda apología tanto si “tiene fines internos al Estado de que se trate como si tiene fines externos a ese Estado.”

Más allá de la clarificación sobre el alcance locativo del discurso, lo realmente interesante aquí es el empleo del sustantivo “fines”, que presupone la necesaria concurrencia de una intencionalidad en el sujeto activo conducente a lograr el resultado proscrito, a saber, la incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia; en la versión inglesa se habla de *aims*, palabra denotativa igualmente de ese espíritu finalista de la acción⁹⁹, por lo que no hay aquí estridencia alguna. La asepsia subjetiva del artículo 20.2 se ve mitigada, pues, por la irrupción de esa exigencia intencional. Veremos que esa exigencia de intención no está presente en las más actuales recomendaciones de la ECRI, y consideramos que tal exigencia refuerza la aproximación que hemos hecho a la intención en el artículo 20.2 ICCPR.

Lo último que quisiéramos destacar de esa Observación General es su afirmación, *in fine*, acerca de que la falta de legislación en algunos países – o su insuficiencia, que a la postre es lo mismo para lo que vendrá – no puede ser el pretexto para que esos Estados se embarquen en conductas que están llamados a proscribir. Con independencia de que tal aseveración tenga mucho que ver con que, en el artículo 20.1 se prohíba la propaganda de la guerra y se entienda que principalmente esta forma parte de los poderes públicos, lo cierto y verdad es que esa apostilla final alude indistintamente a la propaganda y a la apología. Partiendo de la base de que alguna consecuencia hemos de extraer de esa literalidad, esa mención nos sitúa tras la estela de la constatación de que parte de esa apología desvalorada se hace, en el mejor de los casos, con la connivencia de los poderes públicos y, en el peor, con su activa participación. Integramos aquí todo lo dicho en el capítulo anterior sobre la importancia de que los Estados no se conviertan en el cobijo o en el azuzador de persecuciones expresas o veladas hacia colectivos minoritarios.

⁹⁹ Diccionario Cambridge: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/aim>.

Finalmente, y sobre la Observación General n.º 34¹⁰⁰, antes de entrar en su contenido cabe prestar inicial atención a su continente, ya que su extensión contrasta notablemente con las dos anteriores porque se extiende a lo largo de trece páginas y se desenvuelve alrededor de cincuenta y dos apartados. En esta línea preliminar, hemos de decir también que no hemos de buscar coordinación alguna con la Observación General n.º 11 porque la propia n.º 34 nos advierte en su apartado primero de que queda derogada la n.º 10. Ello no impide, claro está, que en la aproximación diferencial de ambos textos hallemos pistas hermenéuticas.

De todo su contenido, nos interesa resaltar en este punto del trabajo lo relacionado con la restricción a la libre expresión; por ello, lo primero será detenernos en su epígrafe “Aplicación del párrafo 3 del artículo 19” por ser, recordemos ese apartado tercero el que habla de dichas limitaciones. Siguiendo la pauta marcada por la Observación General n.º 10, la que ahora nos ocupa empieza su tratamiento de las restricciones incidiendo en su excepcionalidad a fin de evitar que las limitaciones se conviertan en la norma, tónica que se mantiene en prácticamente todos los párrafos que integran ese epígrafe. La Comisión pone en valor una y otra vez lo imprescindible que resulta proteger al orador frente a quienes quieren acallar su voz, así como en lo importante que resulta no aplicar un concepto monolítico de moral para desproteger ciertos discursos, lo que le da a esta Observancia un cariz más protector de la libre expresión que su precedente n.º 10.

Es en este marco donde el documento expresa su conformidad con decisiones que persigan proteger a ciertos colectivos por razones como la religión. En concreto, el párrafo 33 dice que: “En cambio, el Comité ha considerado que el Estado parte había cumplido el principio de necesidad al trasladar a un puesto no docente a un maestro que había publicado material en que expresaba hostilidad respecto de una comunidad religiosa, para proteger el derecho y la libertad de los niños que profesaban esa creencia en un distrito escolar.” La Observación tiene en mente aquí al caso de *Ross c. Canadá*¹⁰¹, en el que la Comisión tuvo la ocasión de revisar si la decisión de una escuela de Nueva Brunswick consistente en apartar a un docente de sus funciones para destinarlo a otras no docentes era conforme con los artículos 18 y 19 ICCPR. Permítasenos presentar el caso con mayor detenimiento por la muy estrecha relación con el objeto del trabajo.

Entre septiembre de 1976 hasta septiembre de 1991, el Sr. Malcolm Ross impartió clases de refuerzo de lectura en una escuela de Nueva Brunswick (Canadá), tiempo durante el que el Sr. Ross publicó una

¹⁰⁰ Puede consultarse en: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g11/453/31/pdf/g1145331.pdf>. No hemos aportado enlace específico de las otras dos Observaciones (sí hemos incorporado el general a todas) porque no se consultan en línea, sino que se descargan en formato Word.

¹⁰¹ Malcolm Ross v. Canadá, Comunicación n.º 736/1997 (CCPR/C/70/D/736/1997, 2000). En adelante, también nos referiremos a ella como la “Comunicación”.

serie de libros y artículos en los que analizaba la relación entre el cristianismo y el judaísmo¹⁰². Su planteamiento, tanto por expresarlo por sí mismo como por las transcripciones que acompañaba de otros autores, era esencialmente que los judíos constituían una élite política y económica que había urdido una conspiración mundial para pervertir el cristianismo y, con él, a los cristianos. El Sr. Ross identificó al judaísmo como el enemigo a batir por los verdaderos cristianos e hizo un llamamiento a despreciar a los judíos por, según él, socavar la libertad, la democracia, las creencias y los valores cristianos.

El Sr. David Attis, padre de uno de los alumnos judíos que asistía a las clases del Sr. Ross, presentó una demanda ante las autoridades canadienses porque consideraba que la escuela no había atajado a tiempo una situación discriminatoria y denigratoria contra los pupilos judíos no solo del Sr. Ross, sino de la escuela en general. A ojos del demandante, permitir que el Sr. Ross mantuviera su cargo docente a pesar de alardear públicamente de su antisemitismo contaminaba el ambiente escolar y era un facto desencadenante de actos antisemitas que algunos alumnos habían referido sufrir de manos de otros alumnos no judíos (insultos antijudíos, esvásticas grabadas en los pupitres de alumnos judíos o dibujadas en la pizarra). Si bien la escuela no había discriminado directamente, sí que había permitido esa situación y era, en consecuencia, responsable por esa inacción.

Al tratarse de un caso relativo a los derechos humanos, el caso se derivó al Comité de Derechos Humanos de Nueva Brunswick para investigar el caso y tomar las medidas oportunas, ya que así lo preveía la legislación aplicable. Dicha Comisión, tras estudiar los antecedentes, oír los alegatos de las partes y tomar declaración a varios testigos, concluyó que la escuela había incumplido sus obligaciones en materia antidiscriminatoria. Si bien no se había acreditado una relación causal entre las diatribas antisemitas del Sr. Ross, a juicio de la Comisión era indudable que el notorio antisemitismo de dicha persona, que se había mantenido incólume durante los años en los que prestó servicios docentes, había generado un peligroso caldo de cultivo en el centro escolar que enviaba un mensaje equivocado y nocivo a los alumnos y a la comunidad educativa en general. Por más que en ningún momento se hubiera probado que el Sr. Ross hubiera expuesto sus ideas antijudías en presencia de los alumnos, la notoriedad aludida lo convertía en innecesario para que ese mensaje pudiera llegarles.

En consecuencia, la Comisión decidió suspender de empleo y sueldo al Sr. Ross durante un máximo de dieciocho meses, tiempo durante el que la escuela debía buscarle – y el Sr. Ross aceptar – un puesto alejado de la docencia en la misma escuela. En caso de rechazar ese puesto, o de no existir ninguna

¹⁰² Los títulos ya eran elocuentes: *Web of Deceit* (Telaraña de mentiras), *The Real Holocaust* (El Verdadero Holocausto), *Spectre of Power* (Espectro de Poder) y *Christianity vs. Judeo-Christianity* (Cristianismo c. Judeocristianismo). Ello se complementó con una carta al editor de *The Miramichi Leader*, así como una entrevista en la televisión local (vid. 4.2. de la Comunicación).

vacante, la escuela debía finalizar el contrato laboral; ese resultado también se produciría en caso de que el Sr. Ross, durante la suspensión del contrato o tras reincorporarse en un cargo no docente, persistía en sus manifestaciones antisemitas. Tras un mes de suspensión, la escuela le ofreció al Sr. Ross un puesto no docente y este lo aceptó, lo que no le impidió dar comienzo a un periplo judicial que tendría varias idas y venidas.

En primera instancia, el Juzgado mantuvo todos los pronunciamientos, salvo el último (el que le obligaba a no reiterar su conducta) por concluir que la Comisión se había excedido en sus competencias y había afectado desproporcionadamente a la libertad de expresión del demandante. Tanto el demandante como el Sr. Attis presentaron sendas apelaciones, el primero, para que se revocaran todas las medidas y, el segundo, para que se reinstaurara la medida anulada. El Tribunal de apelación estimó íntegramente el recurso del Sr. Ross – lo que supuso la correlativa desestimación íntegra del recurso del Sr. Attis ya – que entendió que no había prueba directa de que el Sr. Ross hubiera expuesto sus ideas a los alumnos y, además, la decisión de la Comisión atentaba contra la libertad de expresión de aquel. Esa sentencia tuvo un voto particular del magistrado Ryan J.A., para quien el resultado debiera haber sido el contrario: desestimar el recurso del demandante y estimar el del Sr. Attis.

Con estos mimbres, el Sr. Attis, el Congreso Judío canadiense y el Comité de Derechos Humanos de Nueva Brunswick apelaron ante el Tribunal Supremo. El 3 de abril de 1993, el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso y revocó la sentencia de segunda instancia, lo que supuso la confirmación de la dictada en primera instancia. En palabras del Tribunal, “una inferencia razonable es suficiente en este caso para apoyar la conclusión de que el autor [el Sr. Ross] perjudicó el entorno educativo en general al crear un ambiente envenenado caracterizado por la falta de igualdad y tolerancia. La conducta fuera del aula [del Sr. Ross] menoscabó su capacidad de imparcialidad y repercutió en el entorno educativo en el que enseñaba.” Sobre la vulneración de la libertad de expresión, el Tribunal concluyó que las medidas perseguían erradicar la discriminación en la prestación de servicios educativos, objetivo apremiante y sustancial, y que existía una conexión razonable entre las medidas y el objetivo, por lo que se superaba el umbral fijado por el test de proporcionalidad. Ello no se daba, en cambio, con la medida revocada ya en primera instancia porque ella implicaba no una restricción a la libertad de expresión, sino su supresión.

Puesto que ya no le quedaba al Sr. Ross ninguna instancia judicial canadiense a la que acudir, optó por presentar su denuncia ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Esta validó la decisión adoptada por el Tribunal Supremo canadiense por cuanto, a la vista de la naturaleza y los efectos de las declaraciones públicas antisemitas del Sr. Ross en los términos vistos más arriba, la limitación a su libertad de expresión buscaba proteger los derechos o la reputación de la comunidad judía. Como

quiera que una de las proyecciones de esa finalidad es asegurar el derecho a una educación libre de prejuicios e intolerancia, la sentencia del Alto Tribunal canadiense se apoyaba correctamente en una de las excepciones a la libertad de expresión. Para concluir, las medidas acordadas no habían incurrido en desproporción alguna por haberse limitado la suspensión de empleo y sueldo durante solo un mes, y por habersele ofrecido en tan breve lapso un empleo no docente en la misma escuela.

Sin perjuicio de que esta Comunicación no se pronuncie explícitamente sobre el artículo 20.2 ICCPR, sí que establece un vínculo – por más que quepa pensar en su carácter de *obiter dicta* – entre ese precepto y las restricciones *ex* artículo 19.3 ICCPR. En concreto, la Comisión fija que toda limitación predicable del primer artículo ha de acomodarse a las exigencias contenidas en el segundo artículo¹⁰³, e igualmente sostiene que el artículo 20.2 ampara prohibir discursos que creen o afiancen sentimientos de odio hacia los judíos. Entendemos que esa alusión al antisemitismo lo es por las circunstancias del caso y no porque únicamente el artículo 20.2 se aplique a él; nada en el texto de la ICCPR nos conduce a conclusión distinta. Es más, en su voto particular, el magistrado Hipólito Solari Yrigoyen considera que el caso debiera haberse resuelto principalmente con base en el artículo 20.2 por ser el que Canadá invocó para fundar la actuación de su Tribunal Supremo.

Por nuestra parte, suscribimos el pronunciamiento del Tribunal Supremo canadiense y de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Compartimos, también el criterio adoptado por la Comisión canadiense, y solo nos genera dudas la necesidad de la prohibición de incurrir en más soflamas antisemitas. Asumimos que la razón por la que se adoptaron ciertas medidas contra el Sr. Ross fue la conjunción de su recalcitrante antisemitismo con la posición docente que ocupaba, y de ahí que se le destinara a una ocupación no docente para que no hubiera riesgo de seguir intoxicando el ambiente escolar en Nueva Brunswick. Por ello, parecería incoherente exigirle una cesación de sus mensajes antijudíos si se le ha privado de una de las dos condiciones idóneas para generar un resultado antijurídico. Siguiendo la lógica de la Comisión canadiense, sería imposible que se mantuviera el efecto si se le priva de una causa indispensable.

Cosa distinta sucedería si las medidas adoptadas no tuvieran una función correctora, sino sancionadora a imagen y semejanza de la gradualidad con la que se opera en el Derecho Laboral español en materia disciplinaria. Destinarlo a un ámbito no docente sería una primera llamada de atención sobre la inadmisibilidad de una actitud antisemita en quien trabaja en un lugar donde se forma a las nuevas generaciones de canadienses, por lo que de persistir en esa actitud no habría más solución que el despido. La proporcionalidad impondría conceder una segunda oportunidad a quien no ha comprendido el influjo que puede ejercer un profesor a alumnos de ciertas edades, pero una segunda

¹⁰³ Vid. párrafo 6.1 de la Comunicación. Vid. también CENTRE FOR CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: *Guide on the International Covenant on Civil and Political Rights*, CCPR Centre, Ginebra, 2021, p. 37.

oportunidad que pase por alejarlo del foco del conflicto. De ser esta la explicación, convergeríamos también con esta exigencia por parte de la escuela, pero al no disponer de más información sobre ello preferimos dejarlo aquí y no conjeturar más.

De vuelta a la Observación General n.º 34. Incluso cuando la Comisión ampara una restricción a la libertad de expresión, no se le concede en ese momento a los Estados una libertad omnímoda para configurar esa restricción en términos amplios. Por el contrario, la necesidad de esa medida solo justifica que los poderes públicos nacionales persigan de la manera menos restrictiva posible esa necesidad; necesidad y proporcionalidad se dan la mano, donde aquella es la habilitación para actuar y esta es el límite al actuar. Por supuesto, no se trata únicamente de que el poder legislativo quede vinculado por esa dupla, sino que toda autoridad nacional ha de estar y pasar por ella tal y como vimos que la igualdad no apela solo al poder legislativo, sino a todos los poderes del Estado y a sus estructuras territoriales inferiores.

Esta Observación concluye en sus párrafos 50 a 52 con el epígrafe “La relación entre los artículos 19 y 20”. Para este documento, la relación que existe entre ambos preceptos no es estructuralmente la de *lex generalis-lex specialis*, sino que solo operará este juego si consideramos que las conductas del artículo 20 *deben* prohibirse por los Estados, mientras que las conductas del artículo 19 solo *pueden* prohibirse. En ambos casos, la prohibición ha de revestir la forma de ley y, de acuerdo con la Observación de referencia, han de ceñirse a las exigencias del artículo 19. Esta forma de razonar plantea algunas dudas interpretativas que ahora expondremos.

La primera cuestión reside en saber cuáles son los parámetros del artículo 19.3 a los que las restricciones del artículo 20 deberían ajustarse. El criterio de necesidad previo a la enumeración del artículo 19.3 parecería un candidato inicial, pero le faltaría el elemento referencial que le sigue inmediatamente (“necesario *para...*”), ya que el artículo 20 no nos brinda un elenco de causas que justificarían la interdicción, sino que solo enumera acciones tenidas por antijurídicas. La necesidad en sí misma, más allá de ser necesaria si se nos permite el pleonasmo con valor de refuerzo, no es suficiente y hemos de buscar otro candidato adicional para dar suficiente contenido a lo que la Observación prescribe.

Si esos criterios son las causas tasadas en los apartados a) y b) de aquella norma, el artículo 20 ICCPR (ni ningún otro precepto) no menciona en cuál de los dos apartados del artículo 19.3 se incardinan las causas específicas que forzosamente han de prohibirse por ley. Junto con una vertiente taxonómica teórica, este punto es relevante en el orden práctico por cuanto, si las restricciones *ex* artículo 20 han de medirse con la misma vara que las del artículo 19.3, sería de gran utilidad saber en qué sede hemos de ubicar aquellas (derechos y reputación ajenas, protección de la seguridad nacional, el orden público

o la salud o la moral públicas) para ofrecer un desarrollo coherente a cada supuesto. En este sentido, recurrir a las causas del artículo 19.3 nos coloca ante la irónica tesitura de que parece que las precisamos, pero a la vez abren más que cierran el análisis.

Si consideramos que el artículo 20.2 se refiere a la discriminación, a la hostilidad y a la violencia como ilícitos autónomos¹⁰⁴, cada uno de estos conceptos admite varias referencias igual de plausibles: la discriminación podría vincularse con los derechos en general, pero también con la reputación ajena si los términos discriminatorios son infamantes o vejatorios, e incluso cabe incardinarlo en la casi inasible “moral pública” o con el orden público por estar en juego el derecho fundamental a la igualdad (cabría una analogía con el caso español por mor del reconocimiento de ese derecho *ex* artículo 26 ICCPR); la hostilidad podría tener su referente en los derechos de los demás, así como en la seguridad nacional si se considera que pueden sucederse actos que la comprometan; idénticas correspondencias cabrían si pasamos a la violencia, con el añadido de que la moral pública podría oponerse a situaciones de violencia en general o en especial contra ciertos grupos (imaginemos que la llamada a la violencia lo es para agredir a ministros del culto predominante).

La segunda duda que nos asalta es cómo resolver que se aplique un mismo estándar a restricciones potestativas y obligatorias. La bifurcación de las prohibiciones conforme a ese parámetro revela que, para la ICCPR, hay motivos acuciantes que *exigen* la actuación de los poderes públicos porque los bienes jurídicos en liza son de la máxima importancia, en tanto que hay otros motivos que *pueden* servir de base para que los Estados modulen la libertad de expresión. *En todo caso* las conductas del artículo 20 ICCPR desplazan la libertad de expresión, mientras que todo lo que no se subsuma en ese precepto *solo* desplazará la libertad de expresión si el Estado en cuestión así lo ha fijado. Si esto es así, y no se nos ocurre cómo podría ser de otro modo, el margen de tolerancia tendría que ser mayor con las limitaciones *ex* artículo 20 en comparación con el artículo 19.3. No sostenemos que la deferencia hacia los Estados haya de ser máxima y solo verse rebasada en casos palmarios, pero sí que no podemos tratar igual a los desiguales.

Esta segunda cuestión nos obliga a volver a la primera, ya que causa extrañeza que lo que en el texto de la ICCPR se plantee como incondicional se sujete por vía de una Observación General – que *ratione temporis* no puede considerarse una interpretación auténtica – a su encaje en alguno de los motivos de otro precepto cuya literalidad, por otro lado, tampoco justificaría esa conclusión. Si lo que pretendemos es erigir muros infranqueables para que la configuración o el ejercicio de un derecho reconocido en la ICCPR no suponga la supresión de otro derecho contenido en ese tratado, no son necesarias alambicadas construcciones. El artículo 5.1 de la misma ICCPR nos provee de la herramienta precisa para evitar esa situación, lo que aplicado a nuestro caso significa que la lucha

¹⁰⁴ BENESCH, S.: *Contribution...*, cit., p. 2.

contra el odio racial o la discriminación no puede convertirse en el parapeto tras el que un Estado se sitúe para enterrar la libertad de expresión.

A pesar de no partir de esa Comisión de Derechos Humanos, al abrigo de la ICCPR podemos traer a colación que, el 11 de enero de 2013, se publicó el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso (A/HRC/22/17/Add.4), destinado a auxiliar en la interpretación del fenómeno del discurso de odio¹⁰⁵. Así, en su apartado sexto se dedica a deslindar la intervención de los ámbitos penal, civil, administrativo y exclusivamente educativo, mientras que en su apartado decimosegundo fija criterios para enjuiciar cuándo algunas expresiones son penalmente relevantes: el contexto, el orador y su intención, el contenido y forma del discurso, el alcance y la magnitud de la expresión, y, finalmente, la posibilidad e inminencia de que se produzca un daño. Este documento, que contiene como apéndice el Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología de odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, se plantea por ese Alto Comisionado a modo de culminación de los esfuerzos por aunar dos esferas aparentemente irreconciliables: la lucha contra la incitación a la violencia, hostilidad y discriminación por ciertos motivos, así como el respeto a la libertad de expresión¹⁰⁶.

En consonancia con esa declarada voluntad, el apartado decimosegundo de la Introducción de dicho Informe conmina a distinguir con sumo cuidado las formas expresivas que hayan de ser tipificadas como delito de aquellas que puedan reconducirse al ámbito civil, así como de aquellas que ni siquiera merezcan tal reproche. Entre estas últimas, además, habríamos de distinguir entre aquellas que no han de recibir ningún tratamiento por los poderes públicos y aquellas que aconsejan alguna medida en aras de preservar la tolerancia, civismo y respeto a las creencias ajenas. No es baladí que, al hablar sobre las sanciones penales, el Informe emplee el verbo *should*, dando a entender que solo habrían de ostentar tal categoría las conductas cuya gravedad solo se pueda conjurar con esa respuesta, lo que apela implícitamente a la necesidad y a la proporcionalidad.

Esa misma línea se percibe en el apartado vigesimonoveno del Plan de Rabat (recordemos, unido como apéndice al Informe del Alto Comisionado). A fin de establecer un listón elevado que asegure el respeto a la libertad de expresión, el Plan refiere que es preciso circunscribir la incitación al odio a los casos más graves que revelen un profundo oprobio en atención a circunstancias tasadas, a cuyo fin deberá considerarse a título enunciativo la crueldad o intención del mensaje o del mal instado, así como la frecuencia, la cantidad y el alcance del mensaje. Todos esos criterios desembocan en una propuesta de test dividido en seis partes para establecer qué ha de tipificarse como delito: contexto,

¹⁰⁵ Se ha seguido la versión inglesa del documento consultable en https://www.ohchr.org/sites/default/files/Rabat_draft_outcome.pdf. La traducción es, pues, nuestra.

¹⁰⁶ Vid. el apartado sexto del primer punto (*Introduction*) del Informe.

orador, intención, forma y contenido, el alcance del acto comunicativo, y la plausibilidad e inminencia del daño. BENESCH, por su parte, ofrece una variante de este test que integra los siguientes elementos: orador, público, contenido o significado del mensaje, contexto sociohistórico y modo de transmisión¹⁰⁷.

Ello ha de conjugarse con lo dicho en el párrafo decimoctavo del Plan de Rabat, que insta a los Estados a que toda restricción a la libertad de expresión tenga rango legal y se defina con precisión (en inglés se emplea el sintagma *narrowly defined*, que evoca lo dicho sobre una de las exigencias del TS estadounidense para que una ley supere el *strict scrutiny test*) en aras de servir a un interés legítimo (sería el equivalente del *compelling interest* de la jurisprudencia estadounidense). Ese último requisito ha de relacionarse con la necesidad de que, en una sociedad democrática, se proteja dicho interés por resultar una necesidad social apremiante, e incluso en ese escenario no podemos prescindir de la proporcionalidad. En esto, el Plan de Rabat se apoya en los Principios Camden sobre la libertad de expresión ya vistos al hablar de la apología, un documento elaborado por la organización *Article XIX* y cuyo propósito es brindar un marco respetuoso con la libre expresión.

Acabaremos nuestra exposición con uno de los casos más renombrados de los últimos tiempos, y que fue resuelto por la Comisión de Derechos Humanos de la ICCPR. Nos referimos al caso Wilders, más técnicamente conocido como *Mohamed Rabbae, A.B.S. y N.A. c. Países Bajos*¹⁰⁸, resuelto el 29 de marzo de 2017. Además de por el interés mediático que siempre ha despertado el Sr. Wilders, en algunos aspectos parangonable al del Sr. Le Pen por más que ambos no sostengan las mismas posiciones políticas, hay un innegable interés jurídico a la vista de la configuración que la Comisión da al artículo 20.2 ICCPR. El caso se originó en una serie de declaraciones públicas realizadas por el político neerlandés Geert Wilders¹⁰⁹ entre los años 2006 y 2009, en los que se refería en términos negativos respecto del fenómeno migratorio que vivía Países Bajos en las últimas décadas. Especialmente criticable era para el Sr. Wilders la inmigración de matriz musulmana porque consideraba incompatible el islam con la cultura europea. De toda la retahíla de declaraciones, proclamas y prácticas traídas a la Comunicación, tres serán las que traeremos aquí. La primera consiste en la respuesta que el Sr. Wilders ofreció a un periodista en el rotativo *De Volkskrant* el 7 de octubre de 2006, donde a la pregunta de qué haría si llegara al poder respondió que cerraría la puerta a todos los residentes no occidentales (*non-Western residents*) y detendría el “tsunami de la islamización” (sic)

¹⁰⁷ BENESCH, S.: *Contribution...*, cit., pp. 13-15.

¹⁰⁸ Comunicación n.º 2124/2011 (C/117/D/2124/2011), en lo sucesivo también aludida como la “Comunicación”. Puede consultarse en: https://ccprcentre.org/files/decisions/2124_2011_Rabbae_v_Netherlands_.pdf.

¹⁰⁹ Su figura ha sido siempre controvertida por declaraciones como las que nos ocupan. Es fundador del Partido por la Libertad (*Partij voor de Vrijheid*), formación que la Comunicación califica en su párrafo 2.1 como “de extrema derecha”, expresión que consideramos altamente desafortunada desde una perspectiva meramente estética. Con independencia de si lo es o no, y con independencia de la opinión que nos merezcan sus opiniones, no es el lugar para expresarse en tales términos.

porque los musulmanes “nos apuñalan en el corazón, en nuestra identidad, en nuestra cultura. Si no nos defendemos, entonces nada de mi programa [político] tendrá valor alguno”¹¹⁰.

La segunda, por su parte, consiste en otra respuesta ofrecida al mismo diario, en este caso a la pregunta de si consideraba que existía relación entre islam y criminalidad: “Por supuesto que sí. Las cifras lo avalan. Uno de cada cinco marroquíes adolescentes tiene antecedentes policiales. Su comportamiento surge de su religión y de su cultura. No puedes separar esos factores. El Papa tenía razón cuando dijo que el islam es una religión violenta. Islam [refiere el significado en árabe] es sumisión y conversión de los no musulmanes. Su interpretación se aplica tanto a los salones [de las casas] de esos delincuentes como en las mezquitas. Forma parte de sus comunidades”¹¹¹.

Por último, la tercera es una película intitulada *Fitna* (palabra árabe que admite múltiples traducciones – fruto de su evolución semántica – como “discordia”, “guerra civil”, “persecución” o “tentación”¹¹²), con una duración de 16:51 minutos y producida por el propio Sr. Wilders¹¹³. La cinta se divide en dos partes. Por un lado, tenemos transcripciones de sucesivos pasajes de suras (pasajes del Corán) que llamarían a exterminar a los no musulmanes a los que les suceden imágenes de los atentados en las Torres Gemelas, en Atocha y en Londres. La segunda parte empieza arrojando datos sobre el número creciente de musulmanes en Europa para, a continuación, (i) exhibir imágenes de musulmanes en Países Bajos haciendo alarde de mensajes violentos y de musulmanas ataviadas con el burka, (ii) hablar del riesgo que el islam trae para la libertad, la democracia y los derechos de los homosexuales, y (iii) finalmente concluir conminando a detener la islamización de Europa.

A resultas de estas y otras lindezas¹¹⁴, se presentaron múltiples denuncias ante la Policía por incitación a la violencia, el odio y la discriminación. Una vez remitidas a la Fiscalía, esta acordó el archivo tras una investigación en la que concluyó que, más allá de lo reprobables que fueran en el plano moral, no constituían ilícito alguno. Este archivo fue recurrido por algunos de los denunciantes y el Tribunal de Apelación lo revocó, ordenando al Ministerio Público iniciar un procedimiento penal contra el Sr. Wilders ante el Tribunal del Distrito de Ámsterdam en relación con los artículos 137c y 137d del Código Penal neerlandés¹¹⁵. De acuerdo con la legislación nacional vigente en aquel momento, los afectados por el delito no disponían de un acceso directo a la jurisdicción penal, sino que tan solo podían adherirse a un procedimiento ya iniciado por el Ministerio Fiscal reclamando los perjuicios

¹¹⁰ Vid. párrafo 2.7.a.i de la Comunicación.

¹¹¹ Vid. párrafo 2.7.a.ii de la Comunicación.

¹¹² Encyclopedia Britannica (s.f.) Fitnah. Consultado el 27 de septiembre de 2024 en: <https://www.britannica.com/topic/fitnah>; Corán, Sura de la Vaca, 2.217, Herder, Barcelona, 2005, p. 36.

¹¹³ Puede visualizarse aquí: <https://www.dailymotion.com/video/x4wwwu>. Aunque al inicio se informa de que hay imágenes impactantes (*shocking*), debe advertirse mejor que la película contiene algunas imágenes de extrema crudeza.

¹¹⁴ Constan íntegramente transcritas en el párrafo 2.7 de la Comunicación.

¹¹⁵ Por aquel entonces, el artículo 137c castigaba la emisión de comentarios ofensivos contra colectivos determinados por motivos reconducibles en su gran mayoría al artículo 14 CEDH y 14 CE; por su parte, el artículo 137d proscribía la incitación al odio, la discriminación o la violencia por esos mismos motivos (vid. notas 2 y 3 de la página 2 de la Comunicación). El texto puede consultarse en: https://legislationline.org/sites/default/files/documents/f3/Netherlands_CC_am2012_en.pdf.

concretos sufridos (actores civiles, en suma)¹¹⁶, y eso es lo que hicieron personas como los futuros demandantes ante la CDH de la ICCPR alegando dos de ellos que la conducta del acusado había incitado a otros a increparles por la calle o por medios electrónicos (párrafos 2.9 y 2.10).

En línea con los argumentos que condujeron al sobreseimiento inicial, la Fiscalía solicitó la absolución del Sr. Wilders, en tanto que los actores civiles impetraron una condena simbólica de un euro por los perjuicios sufridos, cuyo propósito era mostrar al Tribunal que lo realmente importante para ellos era que se acogiera el *petitum* declarativo según el que los mensajes difundidos por el acusado habían desbordado los límites de la libertad de expresión para entrar de lleno en la incitación al odio, la discriminación y la violencia (veremos que esta tríada nos acompañará al analizar la jurisprudencia del TEDH). Dado que toda petición de condena pecuniaria – por irrisoria que fuera en el *quantum* – se regía por el principio de accesoriedad en cuanto a la responsabilidad penal, la inexistencia de acusación por el único habilitado para ello hizo que se absolviera al encausado, sin que los actores civiles tuvieran a su disposición apelación alguna.

Los principales reproches de los demandantes son que el Tribunal de cuya sentencia discrepan no ha considerado en su conjunto todas las manifestaciones del Sr. Wilders contra los musulmanes, sino que las ha analizado una por una, lo que ha impedido considerar al Tribunal *a quo* la actitud hostil que el Sr. Wilders pretende inocular en la sociedad holandesa hacia la comunidad musulmana. Asimismo, se critica que se haya dado tanta amplitud y cobertura jurídica al discurso por integrarse en un debate público sobre una cuestión relevante, ya que consideran que de seguirse esta exégesis el campo de acción para el discurso de odio quedaría prácticamente vacío. En tercer lugar, se discrepa de la cesura entre crítica al islam y a los musulmanes porque el Sr. Wilders rara vez diferencia ambos planos, por lo que no podría separarse lo que el mismo une. Finalmente, los demandantes se consideran desamparados procesalmente por parte de sus autoridades nacionales debido a que la legislación aplicable no les permite participar plenamente, relegándose su papel solo a la cuestión indemnizatoria, que por otro lado siempre pende del criterio del Ministerio Fiscal para acusar¹¹⁷.

La primera objeción planteada – en los términos que nos interesa¹¹⁸ – por Países Bajos para la admisión de la queja es que nada en las resoluciones previas de la Comisión permite colegir la existencia de un derecho por los particulares a exigir a su Estado la protección frente a la apología que constituya incitación *ex* artículo 20.2 ICCPR. Tan solo los particulares a los que se les ha condenado con base en delitos de incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia están facultados para recurrir a

¹¹⁶ Esta regulación, contenida en los artículos 51 y 334 del Código Procesal Penal neerlandés, se asemejan al artículo 320 de la LECrim, con la peculiaridad de que nunca puede existir una acusación particular en nuestros términos. Puede consultarse el texto en: https://legislationline.org/sites/default/files/documents/d2/Netherlands_CPC_am2012_en.pdf.

¹¹⁷ Vid. párrafos 3.1 a 3.4 de la Comunicación.

¹¹⁸ La demanda se funda en otros preceptos, como el 2 o el 14 ICCPR, cuyo tratamiento no se acomete aquí por razón de la materia.

esas instancias, pero siempre en el marco del artículo 19 ICCPR. En consecuencia, la demanda ha de inadmitirse porque su sustancia no puede ventilarse *ratione materiae* al amparo de lo que exclusivamente es un deber impuesto al Estado de adaptar su legislación y sus prácticas a las exigencias impuestas por el Pacto¹¹⁹.

La segunda objeción planteada por el Estado neerlandés estriba en que, excluida a su entender la aplicación del artículo 20.2 como derecho subjetivo, lo único que podría imputársele es no disponer de un cuerpo normativo acorde con la interdicción contenida en tal precepto. En este sentido, Países Bajos esgrime la existencia en su Código Penal del ya visto artículo 137d, que cubriría sobradamente los supuestos en los que esa incitación puede aplicarse por motivos racistas, religiosos, étnicos et alii¹²⁰. Desde esta óptica, la revisión que acometa la Comisión ha de limitarse a graves desviaciones en la interpretación de los tribunales nacionales acerca de lo *debe* reputarse como incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia porque son dichos órganos judiciales quienes han practicado toda la prueba¹²¹. A este respecto, el Estado neerlandés apunta a que no se puede criminalizar toda opinión negativa que se tenga de un colectivo cualquiera, sino que es imperativo que solo se persiga la incitación en los términos ya enunciados, so riesgo de caer en una prohibición generalizada del discurso molesto u ofensivo y de limitar en exceso la capacidad de políticos como el Sr. Wilders de hacer valer su programa ideológico¹²².

Expuestos los términos del debate, la Comisión empieza su análisis resolviendo la causa de inadmisibilidad planteada por Países Bajos. Es aquí donde la Comisión reconoce sin atisbo de duda que el artículo 20.2 ICCPR es un derecho subjetivo cuya titularidad corresponde a los particulares, y cuyo contenido consiste en no sufrir el tipo de discriminación que el precepto prevé¹²³. En consecuencia, la Comisión resuelve que “el artículo 20.2 no solo impone una obligación formal a los Estados de adoptar legislación que prohíba esa conducta. Tal ley sería inefectiva sin procedimientos para su exigencia y sin sanciones adecuadas. La invocación del artículo 20.2 por los particulares que han sufrido un perjuicio sigue la lógica tuitiva que subyace a todo el Pacto”¹²⁴. Con ello, la Comisión

¹¹⁹ Vid. párrafo 4.3 de la Comunicación.

¹²⁰ Vid. párrafo 6.10 de la Comunicación.

¹²¹ Vid. párrafo 6.5 de la Comunicación.

¹²² Vid. párrafo 6.6. y 6.14 de la Comunicación, en el que se alude a la jurisprudencia del TEDH sobre la legalidad del discurso que ofende, impacta y molesta, así como en el especial celo con el que debe tratarse el discurso político.

¹²³ En sus votos particulares, el Sr. Yuval Shany y Sir Nigel Rodley discrepan de este razonamiento porque consideran que el artículo 20.2 ICCPR es una obligación de segundo nivel que no confiere derechos subjetivos, sino que solo interpela a los Estados para que adopten una determinada legislación y prácticas públicas. Su propósito es el de reforzar derechos que sí se recogen en el Pacto (la vida, la integridad física, la seguridad personal o la igualdad de trato), y solo cuando ese discurso de odio afecte a algunos de esos bienes jurídicos se podrá activar el artículo 20.2, pero nunca de manera autónoma como un derecho humano diferente (vid. párrafos 6 a 8 del Anexo III). Asimismo, a su juicio debería haberse inadmitido la demanda por no haber agotado los reclamantes las vías nacionales (párrafos 1 a 5 de ese mismo Anexo), en lo que también está de acuerdo el Sr. Dheerujall Seetulsingh (vid. párrafos 6 a 8 del Anexo I). Por su parte, los Sres. Anja Seibert-Fohr, Yuji Iwasawa y Konstantine Vardzelashvili también emitieron una opinión separada en la que manifestaron su disconformidad con que el artículo 20.2 ICCPR otorgue derecho subjetivo alguno (vid. párrafo 2 del Anexo V), a lo que añadieron el óbice ya reseñado de inexistente agotamiento de los cauces internos (vid. párrafo 3).

¹²⁴ Vid. párrafo 9.7 de la Comunicación.

fija una doctrina en solfa con las resoluciones que luego veremos en el marco de la ICERD, especialmente en el caso *Comunidad Judía de Oslo et alii c. Noruega*.

A la pregunta, pues, que planteábamos más arriba sobre la naturaleza del artículo 20.2, la Comisión responde aunando el derecho subjetivo y la obligación estatal¹²⁵ como dos caras de una misma moneda: la legitimación activa de los perjudicados es la garantía formal de poder exigir al Estado el cumplimiento de sus débitos internacionales, ya que en caso contrario se daría la paradoja de que el Estado es el obligado y el único que puede compelerse a obligarse. Tal consecuencia no queda, sin embargo, encapsulada en una mera clarificación de esa naturaleza del artículo 20.2, porque irradia sus efectos a la admisión también de la queja concerniente al papel procesal que la legislación neerlandesa atribuye a los actores civiles. En buena lid, es relevante que la Comisión estudie si se ha limitado el acceso a la justicia en forma de tutela de su derecho subjetivo a no ser discriminado¹²⁶.

A partir de aquí, y superado el escollo formal, la Comisión principia su enjuiciamiento del fondo aludiendo a la interpretación restrictiva que debe hacerse de toda limitación a la libertad de expresión *ex* artículo 19 ICCPR. El artículo 20.2 ha de entender en sus estrictos términos, que no son otros que el derecho de los particulares – como tales y como integrantes de grupos identificables – a no sufrir odio ni discriminación por las causas expresadas en el artículo 26 ICCPR¹²⁷. Para alcanzar tal corolario, la Comunicación se apoya en los párrafos 51 y 52 de la Observación General n.º 34, haciendo valer igualmente sus párrafos 20 y 48, en los que esa Observación General, respectivamente, no excluye de la libertad de expresión los mensajes ofensivos y habla del papel reforzado que tiene para los asuntos de interés público y de temática política¹²⁸. También alude la Comunicación a la distinción que debe hacerse entre la crítica a la religión – incluida la blasfemia – y la crítica a quienes profesan una religión, por cuanto lo primero no es *per se* una excepción a la libertad de expresión, mientras que lo segundo sí puede caer dentro de la prohibición del artículo 20.2 ICCPR¹²⁹.

Como quiera que la forma no se comunica con el fondo, todos esos antecedentes llevan a la Comisión a resolver que no se ha vulnerado el artículo 20.2 ICCPR¹³⁰. Dejando por el momento a un lado el fondo *stricto sensu*, el hilo argumental que lleva a la Comisión a tal decisión nos causa una considerable perplejidad. El párrafo en el que se condensa la *ratio decidendi* del caso es el 10.7, que en esencia expresa la conformidad de la Comisión con (i) la presencia en la legislación neerlandesa de la prohibición de discursos en términos del artículo 20.2 ICCPR, (ii) la puesta a disposición de los perjudicados de mecanismos protectores frente a las consecuencias de tales discursos. A todo ello, la

¹²⁵ TEMPERMAN, J.: “The International...”, cit., pp. 102-103.

¹²⁶ Vid. párrafo 9.8 de la Comunicación.

¹²⁷ Recordemos que ese artículo prohíbe el trato desigual por razón de “raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

¹²⁸ Vid. párrafo 10.4 de la Comunicación.

¹²⁹ Vid. párrafo 10.4 de la Comunicación.

¹³⁰ Vid. párrafo 11 de la Comunicación.

Comunicación añade, recordando lo que ya ha dicho en pasajes anteriores, que el derecho a no sufrir discriminación no lleva anudado un derecho incondicional a una condena siempre que a alguien se le acuse de incurrir en esa discriminación¹³¹, ni tampoco un derecho incondicional a que se acuse a alguien¹³².

Nuestra perplejidad no trae causa de estas afirmaciones, que pueden resultarnos más o menos cuestionables, sino de que el análisis de la Comisión se detenga ahí. Y es que los dos argumentos que la Comunicación ofrece se mueven en el plano estrictamente formal, es decir, en constatar cómo está articulado el ordenamiento jurídico neerlandés y en cómo ha permitido desde un punto de vista procesal a los perjudicados hacer valer su derecho a no ser discriminados. No se pronuncia, y entendemos que debiera haberlo hecho para colmar la vertiente material de ese derecho, sobre si las autoridades nacionales resolvieron adecuadamente la controversia *on the merits*, ya que nada en la Comunicación se refiere a si las conductas que llevaron al Sr. Wilders a ser procesado se subsumen dentro de la apología vedada en el artículo 20.2 ICCPR¹³³. Pareciera que la Comisión está manejando en su fallo un contenido para ese derecho circunscrito a exigir que el Estado adopte una legislación antidiscriminatoria, cuando ya hemos comprobado que el alcance de ese derecho es a no sufrir discriminación.

Esta postura nos parece especialmente preocupante cuando la Comisión da a entender que su aproximación al discurso de odio sigue un patrón casuístico, que luego veremos también en el TEDH. Si no existe una formulación teórica profusa que sirva de vara de medir, entonces los Estados han de rastrear por inducción en los diferentes pronunciamientos para saber si su actuación será conforme a las exigencias del ICCPR, y las partes que acudan a la Comisión también habrán de disponer de un elenco de resoluciones suficientemente desarrolladas para formarse una idea cabal de los derroteros por los que puede discurrir su Comunicación. Si la Comisión no brinda criterios *ad casum* que no sean simplemente cuestiones generales, difícilmente ese casuismo surtirá el efecto deseado y contribuirá a la seguridad jurídica.

Compartimos, por ello, íntegramente el voto parcialmente concurrente y particular del Sr. Olivier de Frouville, quien destaca la insuficiencia de esta aproximación “puramente formal”¹³⁴ (sic), así como el voto particular del Sr. Fabián Omar Salvioli, que expresa la necesidad de atender a si los argumentos

¹³¹ Vid. párrafo 7.2 en *Maria Vassilari y otros c. Grecia*.

¹³² Vid. párrafo 8.6 de la Comunicación n.º 563/1993 (CCPR/C/55/D/563/1993), de 13 de noviembre de 1995, en el caso *Nydia Erika Bautista de Arellana c. Colombia*. En este caso no se alegaba el artículo 26 porque se trataba de la inacción estatal ante el secuestro y posterior homicidio de la Sra. Nydia Erika Bautista de Arellana, miembro del Movimiento 19 de abril, presuntamente a manos de un grupo de soldados.

¹³³ En idéntica insuficiencia argumentativa opinamos que incurren la Sra. Sara Cleveland y el Sr. Mauro Politi en su voto concurrente (Anexo IV), ya que, sin negar que el artículo 20.2 constituya un derecho subjetivo, se mantienen en el plano formal al que hemos apuntado (vid. sobre todo el párrafo de este voto). Toda insistencia en la relevancia de la libertad de expresión y en la excepcionalidad del artículo 20.2 (vid. párrafos 1 a 4) ha de trasladarse al caso concreto para que cobre sentido y no sea solo un ejercicio teórico.

¹³⁴ Vid. párrafo 8 de su voto (Anexo VII).

empleados por el Tribunal *a quo* son acordes con el derecho *ex* artículo 20.2¹³⁵. Ciertamente es que la Comisión ha destacado que no opera como una mera instancia adicional del Derecho nacional que haya de revisar *ex novo* todo lo obrante en autos¹³⁶, pero también es cierto que en casos de libertad de expresión¹³⁷ es ajeno a las decisiones de la Comisión el reconocimiento de un margen de apreciación al Estado que obligue a la Comisión a mantenerse generalmente al margen de la valoración sobre el fondo¹³⁸. No se entiende, así, la autolimitación inexplicada en la que incurre la Comisión, salvo que entienda – implícitamente – que la vertiente obligacional para el Estado es de tipo positivo (disponer de medidas) y no negativo (abstenerse de actuar), lo que limitaría la capacidad de control de la Comisión, pero ello nos devolvería al punto de partida sobre el papel que juega en todo ello el derecho *ex* artículo 20.2 ICCPR.

Si nos centramos en ese fondo estricto, consideramos que los hechos atribuidos al Sr. Wilders son constitutivos de apología del odio religioso que incita a la discriminación o la hostilidad; excluimos la violencia porque seguramente esos actos no sean de la suficiente intensidad como para incitar a ella porque tal paso requiere de un nivel de virulencia verbal o visual que no está presente en este caso. Evidentemente no es descartable que haya personas que se sientan interpeladas a la violencia, pero ello no puede ser criterio decisivo porque siempre habrá personas predispuestas a cometer actos violentos que encontrarán cualquier pretexto para ello. Para alcanzar esa conclusión, hemos tomado en consideración las palabras y el cortometraje en su conjunto, entendiendo por esto último tanto la unión de los diferentes bloques que componen la conducta del Sr. Wilders (visión interrelacionada o externa) como las diferentes partes de esos bloques (visión intrarrelacionada o interna).

De las declaraciones transcritas por la Comunicación, observamos que las alusiones al islam, que aparentarían ser el hilo conductor del mensaje del acusado, no están dirigidas a criticar únicamente aspectos de su doctrina. Por el contrario, son los puntos de partida de los que se sirve el Sr. Wilders para operar una transferencia hacia quienes practican el islam, y ni tan siquiera eso, porque asimila a todos los marroquíes con musulmanes practicantes o suficientemente influidos por la cultura islámica como para exhibir patrones inherentes de violencia y agresividad¹³⁹. Tienen razón los demandantes cuando sostienen que en los discursos del Sr. Wilders no hay una línea que divida nítidamente la

¹³⁵ Vid. párrafos 8 y 9 de su voto (Anexo II).

¹³⁶ KELLER, H. / WALTHER, R.: *Balancing Test: United Nations Human Rights Bodies*, *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, April 2018, letra “g”, párrafo 60. Destacan los autores que solo en *Leo Hertzberg y otros c. Finlandia* (Comunicación n.º 61/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1, 1985) se recurrió a ese margen de apreciación por depender la solución del caso del concepto de moral pública (vid. párrafo 10.3 de la Comunicación).

¹³⁷ Normalmente, la Comisión ha resuelto sobre casos en los que el demandante era el condenado por un ejercicio ilegal de la libertad de expresión. Una de las pocas excepciones, antes de este caso, fue el ya citado *Maria Vassilari y otros c. Grecia*, en el que se rechazó casi *a limine* entrar a valor el artículo 20.2 ICCPR (vid. el párrafo 6.5 de esa Comunicación).

¹³⁸ Vid. los párrafos 11.5 y 11.6 de la Comunicación n.º 736/1997 en el asunto estudiado de *Malcom Ross c. Canadá*. Asimismo, vid. el párrafo 7.3 de la Comunicación n.º 1157/2003 (CCPR/C/87/D/1157/2003), dictada el 10 de agosto de 2006 en el asunto *Patrick Coleman c. Australia*.

¹³⁹ Una de las frases de la entrevista sobre la que hemos hablado, y cuyo contenido no habíamos transcrito hasta ahora, dice que “Estos tipos marroquíes (“*This Moroccan guys*”) son verdaderamente violentos. Golpean a la gente por su origen sexual.” (párrafo 2.7.a.iv de la Comunicación).

crítica al islam y a la crítica a quienes lo profesan, sino que ambos grupos guardan una relación de premisa mayor y premisa menor o de continente-contenido en la que el plano objetivo (el islam) comunica su naturaleza violenta al subjetivo (los musulmanes); el propio Sr. Wilders defiende, en una declaración transcrita más arriba, que no puede separarse lo cultural y religioso del origen de ciertas personas.

Frente a lo que el Sr. Wilders llama “tsunami de islamización”, él propone defenderse. Esta llamada a defenderse no se produce en una frase cualquiera, sino a renglón seguido de una en la que habla sobre que ese tsunami apuñala el corazón, la cultura y la identidad occidental. La apelación a la defensa de ciertos valores occidentales tiene una evidente connotación hostil porque plantea como rechazo a un “apuñalamiento” que, no por metafórico, es menos tendente a incitar una respuesta agresiva en quienes suscriban los postulados del Sr. Wilders. Recordemos que ese “tsunami de islamización”, a su vez, sucede a una frase en la que habla de que los musulmanes pasarán a habitar las zonas rurales cuando su explosión demográfica haga inhabitables las ciudades. En sus declaraciones, que comparte públicamente en una entrevista donde el margen de reflexión es mayor que un acalorado debate, se identifica sin lugar a la duda que toda esa situación límite se achaca a los musulmanes, lo que a su vez no se puede desconectar de sus proclamas a favor de expulsar a quienes no compartan la cultura occidental.

La producción *Fitna* resulta, en todo ese entramado, un argumento gráfico perfectamente calculado para reforzar las posturas del Sr. Wilders. La exhibición de atentados, ejecuciones públicas de mujeres y homosexuales, la aparición de mujeres con burka, las respuestas de niños de apenas tres años en términos despectivos e incluso violentos a preguntas sobre qué opinan de los no musulmanes, o la inclusión de imágenes de menores en manifestaciones portando armas, son recursos que no buscan sino mostrar visualmente las consecuencias de permitir que los musulmanes sigan instalándose y viviendo en Europa. Si solo tuviéramos este cortometraje, cabría la posibilidad de inferir una mera crítica al islam, pero esa aproximación interrelacionada o externa imposibilita un juicio de ese tipo.

Antes de pasar a la ICERD, nos detendremos en dos cuestiones; la primera, qué entendemos por discriminación cuando sostenemos que el Sr. Wilders incitaba a ella; la segunda, qué incidencia tiene el análisis contextual en un escrupuloso respeto a la libertad de expresión.

Sobre la discriminación a la que nos referimos aquí, a nuestro juicio se trataría de pretender brindar un trato distinto a los residentes no occidentales y a los occidentales, en el sentido de que solo los segundos podrían permanecer en Países Bajos de llegar el Sr. Wilders al poder. Para ser más precisos, el Sr. Wilders engloba en esos no occidentales a todos los musulmanes, lo que plantea problemas discriminatorios adicionales porque no se trataría simplemente de la dicotomía ciudadano-extranjero,

sino que nada en su discurso se opondría a una dicotomía ciudadano no musulmán-ciudadano musulmán. Sea cual sea el *tertium comparationis* que adoptemos, en todos ellos hay un componente religioso como causa habilitante del tratamiento dispar, lo que nos conduce de lleno ya no solo a la dicción del artículo 20.2, sino a la del 26 ICCPR. Incluso si pensáramos en que solo se refiere a los musulmanes delincuentes – mucho suponer cuando para él se trata de un oxímoron –, el *tertium comparationis* mantendría la condición religiosa.

Por ello, estamos ante la infracción de la interdicción discriminatoria del artículo 26 ICCPR aplicable a los particulares por mor del artículo 20.2 del mismo cuerpo normativo. La utilización de categorías prohibidas en términos antidiscriminatorios, no antisubordinatorios, halla un límite desde el momento en el que integran un discurso que persigue un trato diferenciado injustificado por no divergir lo suficiente los supuestos de hecho de los que se parte. Negamos la concurrencia de principio antisubordinatorio alguno por cuanto no percibimos que se persiga progresar en la igualdad real o material del colectivo destinatario del trato desigual, sino que tan solo observamos un aseguramiento de la igualdad formal. Ese aseguramiento lo es evidentemente en términos anticipatorios, esto es, no se pretende revertir una situación de discriminación ya existente frente a la ley o en la ley, y lo que se busca es evitar que llegue a concretarse al declarar inadmisibles una propuesta política en esos términos. A lo sumo, podría pensarse en una restauración de la igualdad formal en términos puramente discursivos, a saber, en la declaración de que la libertad de expresión no puede usarse *per se* para distinguir entre colectivos por causas injustificadas. Al estar en un supuesto donde el demandante es un político, quizá el deslinde entre el aseguramiento y la reversión sea más borroso, pero en el caso de particulares que no sean políticos o cargos electos es más nítida.

Finalmente, examinaremos la interacción entre el criterio contextual y la libertad de expresión, matizando que por contextual entendemos no el ambiente en el que se desenvuelve una determinada alocución, sino el conjunto de mensajes emitidos en un lapso dado. Tener en cuenta esa integralidad expresiva temporalmente acotada brinda una perspectiva más natural del discurso en términos de evitar atomizar o parcelar artificiosamente sus opiniones cuando detectamos en ellas una unidad temática y teleológica. Sin embargo, también advertimos un riesgo de sobreinclusión y de anacronismo.

Con lo primero, nos referimos a que, en el afán de no encapsular unas palabras concretas que sospechamos esconden más de lo que explicitan, podemos llegar a retrotraernos en exceso hasta un momento demasiado alejado en el tiempo y usar esas palabras pretéritas aparentemente más claras como criterio hermenéutico para abordar las actuales. No ignoremos que esta puede ser, también, una estrategia para fijar artificialmente el *dies a quo* del cómputo prescriptivo al aplicar, como sucedería en el caso español, la figura del delito continuado. Con lo segundo, aludimos a que discursos actuales

marcadamente incitadores de discriminación, hostilidad o violencia pueden utilizarse para interpretar discursos pasados más dudosos o neutros, aglutinando todo en torno a esa realidad pasada vista con los ojos del hoy¹⁴⁰.

Una sobreinclusión tal generaría una presión en el emisor, rozando el deber positivo a su cargo, para desmarcarse expresamente de palabras pronunciadas en el paso que cayeran dentro de la incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia; solo así estaría más cerca de que el hiato temporal se tradujera en un hiato ideológico, lo que no está demasiado lejos del discurso obligado o compelido en línea con lo que los votos particulares de *Jersild* reflejaban (luego lo veremos). Los diferentes fundamentos de la libertad de expresión que hemos visto se verían seriamente comprometidos si su ejercicio amparable pasara por *tener* que desvincularse de lo dicho en el pasado, sobre todo cuando quien exige responsabilidades es el Estado a través del *ius puniendi*. Con ello, no estamos formulando una enmienda a la totalidad del contexto, pero sí abogamos por que todo mensaje individualmente considerado ha de tener una carga de lesividad mínima para agruparlo con otros tanto por la temática como por la intensidad.

Aunque hemos aludido en todo momento al discurso de odio, ello es solo porque nuestra reflexión lo es en sede del artículo 20.2 ICCPR, y nada impide trasladar todo lo dicho al delito de odio en el sentido del odio como un agravante. Puede haber personas que hayan exhibido en el pasado conductas motivadas por la animadversión a ciertos colectivos, pero sería un craso error atribuir una imposibilidad de abandonar esos patrones como si estuviéramos ante una categoría impermeable a la reinserción. En el futuro cupiera imaginar un ilícito cometido contra una persona que pertenezca al mismo colectivo contra el que se dirigió la acción ya enjuiciada, y no por la coincidencia en un plano de elementos objetivos debiéramos ver *ex re* una coincidencia en el elemento subjetivo discriminatorio.

2.4. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

El 21 de diciembre de 1965, se aprobó en el seno de la ONU y con la forma de tratado la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD por sus siglas inglesas). El nombre de Convención es suficientemente autoexplicativo sobre su contenido y su origen más inmediata se explica en gran medida por la “Epidemia de esvásticas” que se produjo entre los años 1959 y 1960 y cuyo inicio fue la profanación de una sinagoga en Colonia el 25 de diciembre de 1959. Tuvo lugar a partir de entonces un estallido antisemita en más de treinta y cinco países repartidos en diferentes continentes (la principal incidencia la encontramos en Alemania Occidental y

¹⁴⁰ Vid. a este respecto el quinto párrafo del voto particular en *Féret*.

en Estados Unidos), consistiendo tanto en pintadas de esvásticas y eslóganes antisemitas como en ataques a propiedades de judíos y agresiones físicas¹⁴¹.

Aparentemente estos actos no siguieron ningún plan orquestado por ningún gobierno, partido político u organización social, y además los dos epicentros de la crisis fueron Alemania – donde se creía que el nazismo era cosa del pasado – y en Estados Unidos – donde no cabía esperar un brote de antisemitismo con estética nazi por ser uno de los países que con más ahínco habían luchado contra el Tercer Reich. Estos factores pusieron en guardia a la comunidad internacional ante lo que era un evidente recordatorio de que no hay que dar nada por sentado en materia de superación de prejuicios raciales, étnicos o religiosos¹⁴². Liderada por la República Federal Alemana, la Comisión de Derechos Humanos se puso a trabajar en un documento vinculante que obligara a los Estados a atajar la discriminación basada en una serie de motivos y, así, cortar de raíz cualquier resurgimiento de tiempos oscuros no tan lejanos. Inicialmente, la ONU aprobó una Declaración en 1963 sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial, antecedente inmediateísimo de la ICERD, pasando a aprobarse a finales de 1965 la norma de *ius cogens*¹⁴³.

La ICERD constituye un verdadero salto cualitativo en la protección internacional dispensada al trato discriminatorio porque, a diferencia de la DUDH, es un instrumento específico al respecto y que, por lo tanto, profundiza mucho más en las medidas que los Estados han de adoptar. Consta de veinticinco artículos y se estructura alrededor de tres partes: la primera, de los artículos 1 a 8 y donde se recogen su ámbito subjetivo y objetivo de aplicación, desarrolla el derecho a no sufrir discriminación y marca a los Estados qué medidas han de tomar internamente para hacer efectivo ese derecho¹⁴⁴; la segunda, de los artículos 8 a 16, disponen los mecanismos para asegurar el cumplimiento de la Convención, y, finalmente, la tercera y última parte (artículos 17 a 25) versa acerca de las firmas, ratificaciones y reservas al tratado.

¹⁴¹ COHEN, O.: *The Svastika “Epidemic” and Anti-Semitism in America*, Anti-Defamation League of B’nai B’rith, Nueva York, 1960, p. 3; LANDA GOROSTIZA, J.-M.: “Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 22-19, p. 6, nota 15.

¹⁴² COHEN, O.: *The Svastika...*, cit., pp. 4-5.

¹⁴³ LANDA GOROSTIZA, J.-M.: “Delitos de odio...”, cit., p. 6.

¹⁴⁴ Se ha cuestionado que la CERD confiera un verdadero derecho a los individuos porque el texto sería solo un mandato a los poderes públicos para que eviten y persigan situaciones de discriminación. No obstante, creo que es más defendible la primera posición por los siguientes motivos: (i) la CERD desarrolla el derecho a no sufrir discriminación, derecho consagrado en el artículo 7 de la DUDH y en el 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y privarle de esa entidad de derecho subjetivo supondría degradar sin justificación un segmento del contenido esencial de ese derecho; (ii) sin un derecho a no ser discriminado en los términos de la CERD, el juicio de ponderación debiera ser siempre contrario a la no discriminación porque no sería un derecho humano como, digamos, la libertad de expresión, vaciando de necesidad la cláusula sobre el respeto debido; (iii) el artículo 5 habla incidentalmente de los derechos que se refuerzan con la no discriminación, sin que sea razonable que no reconozca principalmente un derecho a no ser discriminado; (iv) incluso aceptando que ha de mediar la intervención estatal para que nazca el derecho, todo individuo tiene derecho a pedir al Estado que apruebe normas que impidan su discriminación, lo que equivale a decir que tiene derecho a no ser discriminado porque, de no ser así, no podría exigir una legislación que se proyectara sobre ese derecho. Para los términos de la discusión, vid. EDGER, R.: “Are Hate Speech...?”, cit., p. 138., y FARRIOR, S.: “Molding the Matrix...”, cit. pp. 60-61.

De la primera parte, que es la mollar, destaca muy por encima del resto el artículo 4 porque es donde se acomete mayormente ese verdadero salto cualitativo, especialmente en lo tocante a la libertad de expresión¹⁴⁵. Así como habíamos visto que la DUDH era realmente ambigua en cuanto al discurso de odio y surgían dudas más que razonables sobre su interdicción, en la ICERD las dudas parecen disiparse cuando en su artículo 4(a) los Estados se comprometen, entre otras medidas, a declarar punible “toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación”. La letra “b” de ese artículo completa la letra anterior prohibiendo las organizaciones y los grupos dedicados a las conductas proscritas en el apartado precedente. Cumple aquí decir que este precepto marca un antes y un después en la tuición de la igualdad; cómo se forjó el texto, y sobre todo su artículo 4, muestra a las claras esa conciencia de estar ante algo distinto.

Cuando llegó la propuesta aprobada por la Comisión de Derechos Humanos según la que tenía que tipificarse “toda incitación a la discriminación racial que resulte, o sea probable que resulte, en actos de violencia”, algunos abogaron por ir más lejos y ampliar la dicción para incluir la prohibición de diseminar racistas. Otros, en cambio, veían que esa literalidad ponía en riesgo la libertad de expresión y defendieron que tenía que incorporarse alguna salvaguarda específica a fin de que ese derecho solo se limitara en casos muy tasados¹⁴⁶. En el caso del Reino Unido, propuso que solo se penalizara el discurso que incitara directamente a la violencia. Surgió así una vía intermedia propuesta por Nigeria que pasaba, por un lado, por no reducir la incitación a actos violentos y, por otro lado, por recoger una cláusula de *respeto debido* (“*due regard*”) a los derechos contenidos en la ICERD y en la DUDH, esto es, un límite al límite. Esa solución de compromiso fue de generalizado agrado, si bien algunos países como Francia y Estados Unidos se decantaron por una alusión teledirigida a la libertad de expresión y de asociación como baluartes frente a lo que entendían como potenciales desmanes.

Finalmente, la sugerencia nigeriana – con las adiciones sobre la difusión de ideas¹⁴⁷ – fue aceptada por la mayoría sin mención a derechos particulares, con lo que el juicio de ponderación no conferirá al lado de la balanza en el que esté la libertad de expresión del presunto infractor un especial peso del que carecerán otros derechos¹⁴⁸. En la medida en la que la lucha contra la discriminación es el centro de la ICERD, sería incompatible que se estableciera un impedimento absoluto a su aplicación en forma de prioridad inalterable de la libertad de expresión y de asociación, e incluso de una equiparación¹⁴⁹. A

¹⁴⁵ BAKIRCIOGLU, O.: “Freedom of Expression and Hate Speech”, *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, vol. 16, n.º 1, pp. 1-49.

¹⁴⁶ FARRIOR, S.: “Molding the Matrix...”, cit. p. 49.

¹⁴⁷ MIHAJLOVA, E. / BACOVSKA, J. / SHEKARDJIEV, T.: *Freedom of Expression and Hate Speech*, OSCE, Skopje, 2013, p. 10.

¹⁴⁸ FARRIOR, S.: “Molding the Matrix...”, cit. p. 50.

¹⁴⁹ Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, U.N. GAOR, 42nd session, Supplement No. 18, p. 69, U.N. Doc. A/42/18, 1987; Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, U.N., GAOR, 42nd session, Supplement No. 49, p. 185.

ello debe sumársele el artículo 5 de la ICERD, que prevé un elenco de derechos (que no es precisamente breve) cuyo disfrute ha de estar en el centro de atención de toda política estatal antidiscriminatoria a fin de eliminar barreras raciales, étnicas, nacionales o de color. Uno de ellos (letra d, ordinal viii) es la libertad de opinión y de expresión, con lo que, si coordinamos los artículos 4 y 5, tenemos que la libertad de expresión de quien, por ejemplo, difunde ideas racistas, pasa a un segundo plano no solo cuando se ve amenazada la integridad física del destinatario de ese mensaje, sino también cuando se ve afectada su capacidad de expresarse con libertad. Asimismo, su aplicación a relaciones *inter privatos* está fuera de toda duda con lo dicho en la letra “c” del artículo 4, que impide a las instituciones públicas promover la discriminación racial o su incitación. Lógicamente, conforme al principio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* aplicado *a sensu contrario*, si la ley está identificando un colectivo en la letra “c” es porque en las dos anteriores alude a otros, que no pueden ser distintos del común de la población.

Desde su aprobación, la ICERD ha dado mucho de qué hablar particularmente por el analizado artículo 4 y su cláusula de respeto debido a los derechos de la DUDH y de la misma ICERD. Haciendo bueno que cuando dos personas conversan sobre un tema pueden salir hasta tres posturas, la interpretación de ese precepto ha dado lugar a tres vías diferentes de ponerlo en la práctica. La primera, abanderada por Estados Unidos en solitario, arguye que los Estados no pueden adoptar medida alguna que cuestione o limite esos derechos de la DUDH y la ICERD, lo que supone orillar en definitiva la propia ICERD porque la limitación de la limitación se convierte en el impedimento de la limitación y en la inoperancia del Estado para cumplir con parte de sus obligaciones del tratado. La segunda, abanderada principalmente por Austria, Canadá, Francia e Italia, sostiene que es preciso un juicio de ponderación entre los derechos en liza y los deberes adquiridos por los Estados, postura que se antoja la más cercana con el fin de la norma. No obstante, existe una tercera vía, amparada por la División de los Derechos Humanos de la ONU sita en Ginebra, que es el reverso de la moneda de la posición estadounidense: los Estados han de dar prioridad absoluta al principio de no discriminación por encima de cualquier derecho civil, lo que supone dejar sin objeto la cláusula de respeto debido y, por extensión, el artículo 30 de la DUDH con su interdicción de usar unos sus derechos para eliminar los de los otros¹⁵⁰.

Se ha propuesto, a fin de rebajar el rigor de este último posicionamiento, que no absolutiza la protección frente a la discriminación respecto de cualquier otro fin, sino que simplemente le da un valor especial a ese principio de no discriminación que los Estados han de tener en cuenta para sus legislaciones¹⁵¹. De entenderse así, se asemejaría más a la segunda posición y sería una variante en la

¹⁵⁰ BAKIRCIOGLU, O.: “Freedom of Expression...”, cit., pp. 28-29.

¹⁵¹ EDGER, R.: “Are Hate Speech...?”, cit., pp. 137-138.

que se pide al legislador nacional una deferencia hacia la temática discriminatoria, aunque siempre considerando que el derecho a la libertad de expresión sigue en vigor¹⁵².

Salvo la postura de Estados Unidos, que responde más a sus condicionantes internos en materia de la Primera Enmienda que a una convicción de que la ICERD dice lo que ese país propone, las otras dos alternativas nos parecen lo suficientemente razonables como para ser las imperantes, aunque con algún matiz terminológico. A nuestro entender, la ICERD obliga a los Estados a que, de manera absoluta, impidan situaciones de discriminación en los estrictos términos contemplados en ese tratado. No hay más excepción posible que la contenida en la propia norma (artículo 1.2 sobre los ciudadanos y no ciudadanos, objeto de fuertes críticas porque puede llegar a ser una habilitación de escape del resto del texto¹⁵³) porque de lo contrario se afirmaría que es justificable en algunos discriminar por motivos raciales cuando precisamente la discriminación se define por el tratamiento desigual no amparado por la ley. El papel que juega el respeto debido a los otros derechos es el de frenar un automatismo a ver en toda diferencia una discriminación porque puede haber algunas que estén justificadas a la luz del contraste con esos otros derechos y, en consecuencia, no acrezcan a un trato discriminatorio. De ahí que el juicio de ponderación haya de entrar en juego para evitar una tendencia avasalladora de supuestas discriminaciones que no son tales una vez analizada la situación en su debido contexto.

Hay una última cuestión que quisiéramos poner encima de la mesa y que tiene que ver con la definición de discriminación expuesta en el artículo 1.1, donde se contempla que esa discriminación tanto se da cuando la conducta tiene por objeto o por resultado una serie de consecuencias tasadas en ese precepto. Tal desdoblamiento entre el propósito y el resultado quiere decir que la discriminación puede alcanzarse intencionada o inintencionadamente¹⁵⁴ ya que, si solo buscara proscribir la advertida se hubiera detenido en el propósito y, de mencionar el resultado, lo hubiera hecho para agravar la respuesta penal del Estado, pero no para ponerlas a ambas en pie de igualdad. Puesto que la ICERD exige que la persecución de la discriminación se haga, al menos, desde el ángulo penal de los ordenamientos jurídicos nacionales¹⁵⁵, la dupla que acabamos de señalar exige, por lo tanto, que se tipifiquen conductas que, en el mejor de los casos, caerían desde la perspectiva española en el dolo eventual y, en el peor de los casos, en la imprudencia. En sistemas como el estadounidense, la *mens rea* no solo serían el *purpose* o el *knowledge*, sino que obligaría a saltar cuanto menos a la *recklessness*, lo que comporta un importantísimo adelantamiento de la barrera punitiva para dar cabida a lo que en parte constituiría discriminación indirecta y, en otra parte, simple falta de representación del resultado lesivo o incluso del mismo riesgo.

¹⁵² BAKIRCIOGLU, O.: "Freedom of Expression...", cit., p. 30.

¹⁵³ VVAA: *International Protection...*, cit., pp. 176-178.

¹⁵⁴ FARRIOR, S.: "Molding the Matrix...", cit. p. 52.

¹⁵⁵ ARTICLE XIX: *Prohibiting incitement to discrimination, hostility or violence*, Article XIX, Londres, 2012, p. 13.

Al igual que sucede con la ICCPR, la ICERD también cuenta con un órgano propio de supervisión y actualización, en este caso el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, que se encarga de velar por el adecuado cumplimiento por los Estados de sus obligaciones para con las previsiones de ese tratado. Ello ha hecho que, con los años, se haya creado un cuerpo jurisprudencial¹⁵⁶ que, si bien no es abundante, sí ofrece algunos criterios sobre el alcance de ese artículo 4 ICERD, y de entre sus resoluciones destacaremos dos. Antes de zambullirnos en esa jurisprudencia, permítasenos hablar sobre la Recomendación General n.º 35 (RG n.º 35), de 26 de septiembre de 2013, sobre la lucha contra el discurso de odio racista¹⁵⁷, donde el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial fija su posición en asuntos de notable trascendencia. Así, ese organismo constata que el discurso de odio racista, y en general cualquier discurso de odio por las características personales consignadas en los artículos 1 y 4 ICERD, puede adoptar formas directas, pero también puede buscar fórmulas indirectas que oculten a simple vista – o simple oído – sus verdaderos objetivos. Es por ello por lo que el párrafo séptimo insta incluir “cualquier forma en que se manifieste [el discurso de odio racista], oralmente o en forma impresa, o difundido a través de medios electrónicos como Internet y los sitios de redes sociales, así como mediante formas de expresión no verbales, como la exhibición de símbolos, imágenes y comportamientos racistas en reuniones públicas, incluidos los eventos deportivos.”

Otro flanco del cómo que no debemos descuidar es el de la tipología de normas que han de enfrentarse al discurso de odio declarado ilegal por la ICERD. La respuesta penal es solo una de las que el legislador nacional tiene a su disposición y, a juicio de la Recomendación, ha de reservarse para los casos más graves y regirse por los principios de legalidad, proporcionalidad y necesidad¹⁵⁸. La RG n.º 35 emplea un lenguaje algo confuso porque, después de hablar de esa gravedad, refiere que han de ser los casos “que puedan probarse más allá de toda duda razonable”¹⁵⁹. Esta exigencia es, no obstante, el estándar de prueba para condenar a alguien por conductas ya tipificadas y no el criterio para tipificar o no una conducta. La versión inglesa aportaría algo más de seguridad al respecto porque parece más claro el matiz de que se está refiriendo a ese estándar de prueba¹⁶⁰. La RG n.º 15 incorpora requisitos adicionales en materia de tipificación del discurso de odio, que no se aclara si han de incorporarse a la ley o han de entenderse incluidos en la interpretación judicial que se haga, a pesar de su ausencia formal. Nos referimos a los siguientes elementos: (i) contenido y forma del discurso; (ii) entorno económico, social y político; (iii) la posición o estatus del orador; (iv) el alcance del discurso, y (v) los objetivos del discurso¹⁶¹. La panoplia de criterios esgrimidos hace pensar más en una exégesis judicial que se ancle en ellos, quizá auxiliado por una exposición de motivos en la que se hable sobre ellos o

¹⁵⁶ Las decisiones se encuentran en: <https://juris.ohchr.org/SearchResult>.

¹⁵⁷ Puede consultarse en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g13/471/41/pdf/g1347141.pdf>.

¹⁵⁸ Vid. el párrafo decimosegundo de la RG n.º 35.

¹⁵⁹ Ibidem.

¹⁶⁰ Puede consultarse en: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g13/471/38/pdf/g1347138.pdf>.

¹⁶¹ Vid. el párrafo decimoquinto de la RG n.º 35.

con definiciones en la ley que modifique el Código Penal en tal sentido. De lo contrario, corremos el riesgo no solo de hiperinflación de delitos, sino de descripción de su tipo objetivo y subjetivo que acaben confundiendo más que aclarando.

La RG n.º 35 también se ocupa de lo que ha de entender por incitación, concepto crucial en este y otros documentos que abordan esta materia, y que se define como “el afán de influir en otras personas, persuadiéndolas o amenazándolas para que adopten determinadas formas de conducta, incluida la comisión de un delito.” La introducción del sustantivo “afán” puede inducir a error sobre que esa incitación exige una voluntad especialmente intensa de influir¹⁶², pero si recurrimos al original en inglés nada de eso está presente porque *incitement* se define así: “Incitement characteristically seeks to influence others to engage in certain forms of conduct, including the commission of crime, through advocacy or threats”¹⁶³. La única palabra que, en la versión inglesa, podría dar lugar a ese “afán” es el verbo *to seek*, que no denota esa especial intensidad¹⁶⁴. Destacamos, asimismo, aquí la traducción de *advocacy* por “persuasión”, en franca disociación con la traducción del artículo 20.2 ICCPR.

A mayor abundamiento, la incitación, que puede ser explícita o implícita, no incorpora en la RG n.º 35 la exigencia de que se materialice aquello incitado al estar ante un acto preparatorio. Ello no impide que se deba valorar la intención del orador, así como el riesgo o la probabilidad de que esa conversión sea inminente. No se aclara si estamos ante requisitos cumulativos o alternativos, aunque si hemos de guiarnos por la analogía con otros instrumentos que veremos *ad infra*, la respuesta sería la alternatividad; puede que la intención sea muy difusa, pero la probabilidad muy elevada, lo que permitiría en ese escenario centrarse en esto último. Tampoco se aclara si esa inminencia ha de serlo como consecuencia del discurso analizado en concreto o si ya existía antes de él y este solo hace que avivar un fuego ya iniciado, de tal suerte que su contribución no sea realmente determinante en términos de causalidad.

Vistos los fundamentos normativos, pasemos ahora a algunos casos resueltos por el Comité ante conflictos que se le han planteado. La primera decisión que veremos, dictada el 15 de agosto de 2005, lo es en el caso *Comunidad Judía de Oslo et alii c. Noruega*¹⁶⁵. Los hechos traen causa de una marcha organizada por el grupo “Bootboys” en Askim, una localidad cercana a Oslo, para homenajear al líder nazi Rudolf Hess. El encuentro congregó a unas treinta y ocho personas y se prolongó durante unos cinco minutos, en los que los manifestantes marcharon con vestimenta semimilitar liderados por el Sr.

¹⁶² Real Academia Española (s.f.). Afán. En *Diccionario de la Lengua Española*. Recuperado el 14 de septiembre de 2024 de <https://dle.rae.es/af%C3%A1n>.

¹⁶³ Vid. el párrafo decimosexto de la RG n.º 35.

¹⁶⁴ Diccionario Cambridge: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/seek>.

¹⁶⁵ Comunicación n.º 30/2003 (CERD/C/67/D/30/2003), también referida en lo sucesivo como la “Comunicación”.

Terje Sjolie¹⁶⁶. Este, justo antes de concluir el acto, pronunció un discurso en el que, junto con los mantras ya vistos en el *Ross c. Canada* sobre la supuesta dominación mundial por parte de los judíos, animaba a los allí reunidos a seguir los pasos de “nuestros queridos Führer Adolf Hitler y Rudolf Hess y luchar por aquello en lo que creemos, una Noruega construida sobre el nacionalsocialismo” (sic). Tras ello, el Sr. Sjolie pidió un minuto de silencio por Rudolf Hess, a cuyo término todos realizaron el saludo nazi y corearon “Sieg Heil”, disolviéndose finalmente la multitud.

Como consecuencia de lo ocurrido, algunos testigos presentaron una denuncia ante la policía y el Fiscal del Distrito de Oslo acusó al Sr. Sjolie de cometer el delito contenido en el artículo 135a del Código Penal noruego¹⁶⁷. A partir de aquí se sucedieron, al igual que en *Ross*, diversos hitos judiciales en sentidos opuestos: en primera instancia, se acordó la absolución; en segunda instancia, se condenó al acusado por considerar que su discurso aceptaba la exterminación masiva de judíos; en casación, en definitiva, el Tribunal Supremo absolvió al Sr. Sjolie por considerar que su discurso era ofensivo, pero en ningún caso se cometían ninguna de las conductas exigidas por el precepto penal. La sentencia tuvo seis votos particulares (se aprobó por 11 a 6) que expresaban su disconformidad porque concluían que el discurso del acusado encajaba en ese tipo al animar al Sr. Sjolie a cometer actos violentos contra los judíos. Ante esta decisión la Comunidad Judía de Oslo y otros acudieron a la Comisión para la Eliminación de la Discriminación Racial por cuanto sostenían que la decisión adoptada por el Tribunal Supremo noruego desprotegía a la población judía de ese país frente a actos que incitaban a la violencia, el odio y la discriminación hacia esa comunidad. La Comisión les dio la razón, ya que compartía que las frases pronunciadas por el acusado contenían ideas basadas en la superioridad racial o el odio. Las alusiones a Hitler y sus principios, así como la alusión a seguir los pasos de aquel y de Rudolf Hess son, para la Comisión, prueba suficiente de que se pretendía una incitación a la discriminación racial, sino incluso a la violencia.

La Comisión argumenta que, en casos que implican discurso racista y de odio, el derecho a la libertad de expresión (se habla del “principio” de la libertad de expresión¹⁶⁸, pero no entendemos que con ello se le quiera negar condición de verdadero derecho subjetivo) merece una menor protección según se dijo en la Recomendación General n.º 15 de esa misma Comisión¹⁶⁹. El Estado noruego, a la vista de la decisión tomada por la Comisión, incumplió sus deberes en relación con el artículo 4 ICERD al no ofrecer una adecuada protección a la población judía frente a unas palabras cuyo cariz es excepcional y manifiestamente ofensivo. Ello lleva a la Comisión a instar a Noruega para que, en lo sucesivo, actos de ese tipo no queden impunes bajo el paraguas de la libertad de expresión.

¹⁶⁶ Parece inevitable observar la notabilísima coincidencia de nombres con el caso *Skokie* en EE. UU., que trataremos más adelante.

¹⁶⁷ Esta norma prohibía amenazar, insultar o someter a odio, persecución o desprecio a cualquier persona o grupo de personas por su credo, raza, color u origen nacional o étnico (vid. párrafo 2.5 de la Comunicación).

¹⁶⁸ Vid. el párrafo 10.5 de la Comunicación.

¹⁶⁹ Puede consultarse en: https://adsdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/CERD_Recommendation%20No15.doc.

La segunda decisión que destacamos es *Zentralrat Deutscher Sinti und Roma y otros c. Alemania*¹⁷⁰, en la que la Comisión estaba llamada a resolver un presunto caso de desprotección al colectivo sinti y romaní. El caso surge a raíz de una misiva publicada en *The Criminalist*¹⁷¹ por el Sr. P.L., detective en la división de Investigación Criminal de la Policía de Fürth, que era a su vez una réplica del publicado por el también policía G. Weiss unos meses antes¹⁷². Este último había escrito en términos laudatorios de la población sinti y romaní en Alemania, ante lo que el Sr. P.L. había reaccionado con el propósito de matizar algunas de las afirmaciones de Weiss. En esencia, la carta, reproducida en su integridad por la Comisión¹⁷³, expone la desproporción con la que los gitanos cometen delitos en Alemania si lo comparamos con su peso demográfico, poniendo ejemplos como aprovecharse de gente mayor o de discapacitados para cometer robos, o de personas desprevenidas ante las que se hacen pasar por policías, circunstancia que de la que se valen para robar en sus domicilios. También denuncia un torticero uso de los recursos públicos por su parte en forma de servicios y ayudas que reciben indebidamente.

El Sr. P.L. sostiene que nadie en la comunidad gitana teme represalias por esos comportamientos ilícitos porque afirma el Sr. P.L. que, al infiltrarse en grupos criminales gitanos, algunos de sus integrantes le han dicho que en Alemania se sienten como “gusanos en beicon” (sic), ya que son sabedores de que, tras las atrocidades del Tercer Reich, no habrá persona que se atreva a señalarlos. Ello hace, según el Sr. P.L. que racionalicen que el “robo, el fraude y el parasitismo social” resulten impunes. Todas estas opiniones no le parecen al Sr. P.L. ni prejuicios, generalizaciones o acusaciones, sino que las considera basadas en su experiencia diaria. Sin perjuicio de que al Sr. P.L. se le apartara de los cargos que ostentaba en la Policía de Fürth, tanto particulares como la *Zentralrat Deutscher Sinti und Roma* y otros colectivos romaníes presentaron una querrela por lo ocurrido. Todas las instancias judiciales que conocieron del asunto resolvieron que esa querrela era o bien infundada (en el caso de las presentadas por particulares) o bien carecían de legitimación activa (en el caso de las presentadas por asociaciones). A juicio de los querellantes, ello dejaba indefensa a la comunidad romaní frente a lo que consideraban ataques discriminatorios, ya que se enviaba a la sociedad el mensaje de que ese tipo de mensajes no merecían ningún reproche jurídico (más allá de acarrear sanciones disciplinarias, situación que ni siquiera se daría si el autor no trabajara en la función pública).

¹⁷⁰ Communication No. 38/2006, CERD/C/72/D/38/2006.

¹⁷¹ Se trataba de la revista perteneciente a la Asociación de Policías alemanes (BDK, por sus siglas en alemán). Vid párrafo 2.1 de la Comunicación.

¹⁷² El artículo llevaba por título “Sintis y romaníes – 600 años en Alemania”.

¹⁷³ Vid. el párrafo 2.1. de la Comunicación.

La Comisión empieza resolviendo la legitimación activa de los reclamantes, que afirma por entender que no dejan de ser un grupo de individuos de acuerdo con las exigencias del artículo 14.1 ICERD¹⁷⁴. Una vez superado este escollo, la Comisión entiende que no es de su competencia analizar si, en abstracto, la legislación de un país es conforme con la ICERD, sino que ha de analizar casos concretos. En este punto, la Comisión no concluye que las decisiones adoptadas por las autoridades alemanas resulten arbitrarias o acrezcan a una infracción de la tutela judicial efectiva de los querellantes. Destaca la Comisión, a mayor abundamiento, que las autoridades alemanas ya tomaron medidas disciplinarias contra el Sr. P.L. Sin embargo, en un extraño requiebro, la Comisión concluye su decisión llamando la atención de Alemania sobre la naturaleza discriminatoria, insultante y difamatoria de los comentarios vertidos por el Sr. P.L. en su carta¹⁷⁵. Sobre este particular, recuerda la Comisión que esos comentarios no partieron de una persona con un deber especial para la comunidad, lo que ha de tenerse en cuenta a la hora de enjuiciar este tipo de conductas. No impone ninguna obligación a Alemania de informar sobre la evolución de otros casos en la materia ni extrae la Comisión medida alguna que el país germano deba adoptar, pero ciertamente no podemos considerar que es una frase simplemente decorativa.

A priori, las diferentes posturas tomadas por la Comisión en los casos que hemos visto podrían resultar contradictorias. Cada uno por sus propias razones vinculadas con el artículo 4 ICERD parecen ir en la línea de promover el odio o la discriminación racial, y sin embargo la respuesta que reciben de la Comisión no es idéntica. Seguramente haya algunos factores diferenciales que expliquen esta disimilitud: en el caso noruego, la mención a Hitler en términos de “nuestro querido Führer” (sic) seguida de una apelación a seguir sus pasos jugó un papel determinante en la *ratio decidendi* de la Comisión, que a buen seguro vio un elemento de desvalor en el mensaje imposible de pasar por alto. Este elemento, unido a que la marcha se convocó explícitamente como un homenaje a Rudolf Hess, decantaron la balanza del lado de la infracción del artículo 4 ICERD. En el caso alemán, la Comisión se enfrentaba a un supuesto en el que ya se había adoptado la medida de suspensión de empleo respecto del Sr. P.L. Fallar a favor de Alemania aquí no tenía las mismas consecuencias que hacerlo a favor de Noruega en el primer caso porque, allí, esa decisión suponía que el Sr. Sjolie no se enfrentara a ninguna sanción jurídica por su conducta. Del requiebro que hemos destacado en la Comunicación sobre la comunidad romaní se infiere indubitadamente que la Comisión no considera el discurso analizado ni inocuo desde una perspectiva discriminatoria, pero seguramente dé por buena la respuesta con la que ya se encontró al analizar la controversia.

¹⁷⁴ Este precepto dice así: “Todo Estado parte podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar comunicaciones de personas o grupos de personas comprendidas dentro de su jurisdicción, que alegaren ser víctimas de violaciones, por parte de ese Estado, de cualquiera de los derechos estipulados en la presente Convención. El Comité no recibirá ninguna comunicación referente a un Estado parte que no hubiere hecho tal declaración.”

¹⁷⁵ Vid. el párrafo noveno de la Comunicación.

La única pregunta que queda irresuelta en esa segunda decisión es dónde queda el papel que la ICERD reserva al ordenamiento para declarar punibles actos como los atribuidos al Sr. P.L. Ciertamente es que dicha persona sufrió consecuencias jurídicas, pero también es cierto que no fueron en el marco de un procedimiento penal, sino interno de la Policía. Habida cuenta de que los artículos 4.1a) y 4.1b) refieren la punición de ciertos actos como los de promover o justificar el odio o la discriminación racial, y habida cuenta de que la citada Recomendación General n.º 15 es cristalina en sus párrafos segundo y tercero acerca de la obligatoriedad de “penalizar” esas situaciones, no se alcanza a comprender esa suerte de razonamiento implícito sobre la suficiencia de sanciones que no son, en puridad, de índole penal.

Por ello, suscribimos el criterio aducido en *Comunidad Judía de Oslo* porque vemos un claro llamamiento a la acción no solo hostil o discriminatoria, sino también violenta, contra la comunidad judía (y, en general, contra todos los que no encajen en el proyecto nacionalsocialista) al pedir seguir los ignominiosos pasos de personajes como Adolf Hitler o Rudolf Hess. En cambio, el criterio en *Zentralrat* nos genera más dudas porque, partiendo de la constatación por la Comisión de la naturaleza de las palabras empleadas, quizá adolezca de una excesiva deferencia hacia las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales. Acerca de esa naturaleza, podríamos discutir si es tal o no debido a que no encontramos alusiones a seguir los pasos de criminales de guerra o llamamientos directos a la hostilidad, discriminación o violencia. No obstante, el conjunto de la misiva dibuja un panorama que, escudado en la supuesta experiencia y en supuestas declaraciones de los propios romaníes (al decir que se obtuvieron en operaciones encubiertas, se bloquea cualquier conato de exigirle acreditar quiénes son), básicamente expone a ese grupo como estructuralmente criminal y parasitario. Se vale de expresiones gruesas como “gusanos en el beicon” (sic), por más que se afirme que así se calificaron los propios romaníes con los que habló o de los que tuvo noticia, y no hay en absoluto matización alguna sobre que sus comentarios no van dirigidos a los romaníes en general.

3. Ámbito europeo I: Consejo de Europa y Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia

3.1. Legislación

En latitudes más próximas a nosotros, la *vis expansiva* que los delitos de odio han mostrado a lo largo de los años se percibe desde una perspectiva puramente cuantitativa en las resoluciones de la ECRI (siglas inglesas por las que se conoce la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia), que pasan de apenas nueve folios en 1996 con su primera recomendación a una nada desdeñable cifra de sesenta y nueve folios en la decimoquinta recomendación, aprobada el 8 de diciembre de 2015. Si

tomamos como ejemplo la Recomendación de Política General n.º 1 de la ECRI, aprobada el 4 de octubre de 1996¹⁷⁶, observamos cómo en su letra A) se conmina a los Estados a adoptar las “medidas necesarias para que el derecho nacional penal, civil y administrativo combata expresa y específicamente el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia”, y en el cuarto punto de este tercer apartado se apunta directamente a perseguir penalmente todos los mensajes que “inciten al odio, la discriminación o la violencia contra grupos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, o contra sus miembros por el hecho de pertenecer a estos grupos”.

Es de ver que esa propuesta de punición se sustancia en la misma letra (la A) que se insta a los Estados a considerar delitos específicos los delitos comunes de carácter racista o xenófobo, a considerar expresamente las razones racistas o xenófobas del autor del delito o a que la discriminación en el empleo y la prestación de bienes y servicios al público sea ilegal. También se considera oportuno legislar sobre las organizaciones racistas en el sentido de prohibirlas si con ello se considera que se conjurará el riesgo de que el racismo se propague, formulación un tanto extraña porque no parece probable que haya organizaciones racistas que no busquen adhesiones a su proyecto discriminatorio. De todos modos, en la redacción de esa propuesta la interdicción sigue siendo la *ultima ratio* de las medidas jurídicas, que son el segundo nivel si las no jurídicas se consideran insuficientes. Tampoco se entiende muy bien cómo en un Estado de Derecho (todos los que integran la ECRI lo son) no va a haber medidas jurídicas, ya que necesariamente toda decisión gubernamental ha de partir de un reflejo normativo del tipo que sea.

Sea como fuere, se observa la convivencia de medidas destinadas a prevenir los delitos de odio en general y los discursos de odio en particular. De todos modos, no se ha de tratar de cualquier tipo de odio, discriminación o violencia, sino que ha de ser aquel proyectado sobre condiciones específicas: raza, etnia, religión o nacionalidad. No se hablaba por aquel entonces todavía de otras condiciones o circunstancias personales o sociales como el sexo, el género o la orientación sexual. Es más, la tetralogía de raza, etnia, religión o nacionalidad solo se predica del discurso de odio, mientras que sobre los delitos de odio diferentes del discurso de odio solo se habla en términos de racismo y xenofobia. Además, podemos destacar que este último documento da un especial realce al discurso de odio (*hate speech*) al llevarlo a su título: “Recomendación General n.º 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y memorándum explicativo”. Dado que esta Recomendación 15 es, junto a la Recomendación 7, el referente para una configuración doctrinal y legal del discurso de odio¹⁷⁷,

¹⁷⁶ Si bien las recomendaciones de la ECRI, emanadas del Consejo de Europa en el marco del respeto a los derechos humanos, no son vinculantes, sí que gozan de autoridad a la hora de apuntar cómo los Estados firmantes del CEDH han de orientar sus políticas a fin de desarrollar adecuadamente ese instrumento normativo a la luz de las nuevas realidades. Vid. ELÓSEGUI ITXASO, M.: “Las recomendaciones...”, cit., p. 4.

¹⁷⁷ ELÓSEGUI ITXASO, M.: “Las recomendaciones...”, cit., pp. 4 y 9. Quesada Alcalá destaca la utilidad que los textos de la ECRI han tenido respecto del discurso de odio (vid. QUESADA ALCALÁ, C.: “Los mecanismos...”, en CONTRERAS MAZARÍO, J.M. (COORD.) / SÁNCHEZ GÓMEZ, R. (DIR.): *El tratamiento...*, cit., p. 45; LA MISMA: “La labor...”, cit., p. 7).

centraremos ahora nuestros esfuerzos en su análisis. A ese elenco añadiremos la Recomendación n.º R (97) 20 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, aprobada el de 30 de octubre de 1997.

Si pasamos, por cuestiones cronológicas, a la R (97) 20, encontramos una definición de discurso de odio cuya importancia está fuera de toda duda porque la ya vista STC n.º 235/2007 se apoya en ella y algunos autores consideran que solo se vio superada por la RPG n.º 15¹⁷⁸. En concreto, en su Apéndice se afirma que: “El término discurso de odio debe ser entendido abarcando toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia expresada por el nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante.” La formulación es ciertamente amplia tanto por los verbos empleados (propagar, incitar, promover, justificar) como por el empleo en dos ocasiones del sustantivo “odio”, al que si le acompaña el sintagma “otras formas de odio basadas en...” todavía ensancha más si cabe sus horizontes aplicativos.

Podríamos descomponer el precepto en varias partes. La primera vendría determinada por la tríada incitación-promoción-justificación, que son propiamente las acciones reprochables jurídicamente. La segunda vendría determinada por la proyección de esas acciones sobre motivos tasados, a saber, el odio racial, la xenofobia y el antisemitismo. La tercera parte vendría determinada por otras formas de odio, que necesariamente han de fundarse en la intolerancia, vocablo que es el criterio guía para incluir formas no tasadas de odio. Es cierto que esa intolerancia parece que ha de dejar paso, en esa fórmula abierta, a otros vocablos como discriminación u hostilidad, pero el tenor del precepto no deja lugar a la duda sobre que estos dos últimos términos son proyecciones de esa intolerancia en ciertos ámbitos.

Se ha destacado por la doctrina que estos contornos generosos en los que se mueve el discurso de odio no han sido atemperados por la jurisprudencia del TEDH, quien la usó por primera vez en una serie de cuatro sentencias dictadas en casos contra Turquía¹⁷⁹ y prácticamente acogió sin mayores consideraciones conceptuales la retahíla de verbos y supuestos discriminatorios recogidos en la Recomendación de referencia¹⁸⁰ al no proponer inicialmente una definición autónoma¹⁸¹. Ese tipo de

¹⁷⁸ GUTIÉRREZ CASTILLO, V.L.: “El control europeo del ciberespacio ante el discurso de odio: análisis de las medidas de lucha y prevención”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, Año 22, n.º 45, p. 297; QUESADA ALCALÁ, C.: “Los mecanismos...”, en CONTRERAS MAZARÍO, J.M. (COORD.) / SÁNCHEZ GÓMEZ, R. (DIR.): *El tratamiento...*, cit., p. 46; CONTRERAS MAZARÍO, J.M.: “Discurso de odio...”, en MENDOZA CALDERÓN, S. / SÁNCHEZ RUBIO, A. (DIRS.): *El discurso del odio...*, cit., pp. 575-576; LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., pp. 23-24.

¹⁷⁹ Se trata de tres grupos de casos. En el primero, resuelto el 8 de julio de 1999 en *Ceylan y otros c. Turquía*, constaba de trece casos acumulados y el TEDH vio infracción de la libertad de expresión en todos salvo en dos: *Sürek c. Turquía* (n.º 1) y *Sürek c. Turquía* (n.º 3). En el segundo, resuelto el 4 de diciembre de 2003 en *Müslüm Gündüz c. Turquía*, el TEDH declaró la vulneración de la libertad de expresión. En el tercero, resuelto el 6 de julio de 2006 en *Erbakan c. Turquía*, el TEDH también tuvo por conculcada esa libertad. Vid. también MCCONAGLE, T.: *Conundrums...*, cit., p. 11.

¹⁸⁰ ROLLNERT LIERN, G.: “El discurso...”, cit., pp. 91 y 102; QUESADA ALCALÁ, C.: “La labor...”, cit., p. 2; CRUZ ÁNGELES, J.: “La protección de las minorías frente al discurso de odio. Análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos”, en ALONSO SANZ, L. / VÁZQUEZ ALONSO, V.J. / CORTINA ORTOS, A. (DIRS.): *Sobre la libertad de expresión y el discurso de odio*, Athenaica, Sevilla, 2017, p. 86.

exégesis consolida un criterio fundamentado en la idea de tolerancia cero para con ciertas expresiones de tintes discriminatorios que buscan o tienen como resultado la segregación de ciertos colectivos¹⁸² y marcan una pauta propia en la visión europea de la interacción entre la libertad de expresión y el discurso de odio¹⁸³. A partir de aquí, se ha generado una retroalimentación entre la jurisprudencia del TEDH y la ECRI en la que esta ha seguido de cerca los criterios empleados por aquel en sus resoluciones¹⁸⁴, y evidentemente aquel no ha pasado por alto la evolución en las recomendaciones publicadas por esta¹⁸⁵.

El 13 de diciembre de 2002, la ECRI adoptó la RPG n.º 7, relativa a las legislaciones nacionales, para la lucha contra el racismo y la discriminación racial. El párrafo decimoséptimo de su largo Considerando, tras una serie de alusiones a instrumentos normativos y declaraciones precedentes, afirma que no solo las medidas jurídicas han de servir para luchar eficazmente contra el fenómeno del racismo y la intolerancia, pero que la legislación es “esencial” (sic) en esa lucha. En el siguiente párrafo, se destaca la importancia de que toda medida normativa, dentro de lo posible, “sea percibida como satisfactoria por las víctimas” (sic), además de que esas medidas actúen como disuasión para los eventuales infractores. Ello engarza con el penúltimo párrafo de ese Considerando, que afirma la estrecha vinculación entre la vinculación estatal en forma de legislación y la imagen que se proyecta de intolerancia con la intolerancia.

En los párrafos que hemos destacado se condensa, a nuestro entender, buena parte de la *ratio* que informa la persecución de las políticas antidiscriminatorias y antitolerantes. Por un lado, tenemos la involucración de los poderes públicos en la supresión de unas conductas en las que, normalmente, el grupo diana será uno de los históricamente relegados, ya en forma de ataque indiscriminado a quienes conforman ese colectivo o en forma de ataque a uno de sus individuos por el hecho de pertenecer a ese colectivo¹⁸⁶. Que esa sea con asidua frecuencia el sujeto pasivo de la conducta criminal supondrá, en la inmensa mayoría de las ocasiones, que el sujeto activo salga de entre las filas del colectivo mayoritario o de uno no especialmente relegado; incluso si sale de otro habitualmente postergado, el sentido y alcance de la respuesta estatal puede ser significativa de una protección selectiva que sea motivo de sospecha. De todos modos, veremos cómo la jurisprudencia del TEDH ha matizado el alcance de quiénes pueden ser víctimas de discurso de odio, apartándose de la amplitud que le confieren las diferentes recomendaciones generales.

¹⁸¹ WEBER, A.: *Manual on Hate Speech*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2009, p. 3.

¹⁸² YÁÑEZ GARCÍA-BERNALT, I.: “Reflexiones sobre los delitos de odio y las víctimas especialmente vulnerables”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 8, pp. 58-59.

¹⁸³ GUTIÉRREZ CASTILLO, V.L.: “El control europeo...”, cit., p. 299. Para Portilla Contreras, en cambio, el TEDH tiende a condenar las expresiones de odio solo cuando estas contribuyen de forma directa a la discriminación o violencia, lo que resultaría un criterio restrictivo de esa amplitud inicial (vid. PORTILLA CONTRERAS, G.: “La represión penal del discurso del odio”, en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.): *Comentarios a la reforma penal del 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 729).

¹⁸⁴ ELÓSEGUI ITXASO, M.: “Las recomendaciones...”, cit., p. 6.

¹⁸⁵ QUESADA ALCALÁ, C.: “Los mecanismos...”, en CONTRERAS MAZARÍO, J.M. (COORD.) / SÁNCHEZ GÓMEZ, R. (DIR.): *El tratamiento...*, cit., p. 45.

¹⁸⁶ EUROPEAN UNION FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY: *Data in Focus Report. Minorities as Victims of Crime*, 2012, pp. 3-16.

Por otro lado, tenemos a los victimarios, a quienes la norma pretende disuadir de su conducta ilícita. La construcción de una sociedad más igualitaria, en el sentido de libre de discriminaciones, requiere para la RPG en cuestión de que ni siquiera se produzcan esos actos como solución prioritaria a buscar una mera retribución por lo hecho. Ello engarza con el tercer elemento en liza, que es el papel que juega la víctima. La Recomendación se expresa en términos prudentes acerca de la confianza que el ordenamiento jurídico ha de transmitirle porque habla de que “en la medida de lo posible” por su parte se perciban las medidas como satisfactorias. Seguramente será imposible una satisfacción plena por la necesaria ponderación de derechos en la configuración normativa de la lucha contra la discriminación, pero ello no obsta a considerar el papel que se le debe otorgar a quien se sitúa como el eslabón más débil y que obliga a una evaluación de la situación en la que se encuentra¹⁸⁷.

Esa debilidad no la predicamos, en absoluto, de ninguna condición intrínseca de debilidad en el sujeto pasivo, sino que es más bien fruto de la interacción con un entorno en muchas ocasiones hostil y que encasilla a las personas conforme al patrón “nosotros-ellos”, en muchas ocasiones por los motivos que precisamente se persiguen en el Derecho Antidiscriminatorio (edad, origen nacional, discapacidad, orientación sexual, género¹⁸⁸). De ahí que se ponga en valor la respuesta por unos poderes públicos que han de enviar un mensaje a quienes tengan la tentación de ver connivencia en ellos porque los sujetos activos pertenezcan a ese “nosotros”, evitando así la doble victimización derivada de una agresión discriminatoria y de una inacción de los poderes públicos. Incluso podríamos hablar de una triple victimización porque cabe añadir la sensación de inseguridad y desprotección de los miembros de un colectivo cuando uno de sus integrantes sufre una agresión impune.

El último párrafo del Considerando expresa un matiz de calado que tendrá su refrendo en el articulado de la Recomendación. Se percibe la *integralidad* como nota característica de la persecución del racismo y la discriminación desde el momento en el que se alude en términos amplios a la legislación nacional, sin aludir en concreto a ramas específicas de esa legislación. Más allá de la innegable realidad de que un documento así ha de aplicarse en países con diferentes sistemas jurídicos, con lo que la ECRI ha de buscar la máxima asepsia nominal para lograr la máxima eficacia, subyace igualmente un ánimo omnicomprendivo en la eliminación de toda forma de racismo, discriminación e intolerancia. Solo así se entiende que, en el articulado, se nos desglosen las medidas propuestas en función de si son de Derecho Constitucional (artículo II), de Derecho Civil y Administrativo (artículo III) o de Derecho Penal (artículo IV).

Si bien la RPG n.º 7 se centra en la discriminación racial, en el párrafo cuarto de la Introducción del Memorándum ya alude expresamente a que la lucha contra el racismo y la discriminación racial no

¹⁸⁷ PLANCHADELL GARGALLO, A.: “La víctima”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. / VARONA VILAR, S. (COORDS.): *Proceso penal: Derecho Procesal III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 135.

¹⁸⁸ YÁÑEZ GARCÍA-BERNALT, I.: “Reflexiones...”, pp. 54-55.

impide adoptar legislaciones más amplias. Estas *podrían* incluir la proscripción de discriminaciones por “género, la orientación sexual, la discapacidad, la opinión política o de otro tipo, el origen social, la propiedad, el nacimiento u otra condición.” El elenco de motivos se entiende, como es de ver, no al modo de *numerus clausus* por la apertura inherente a “otra condición” y, además, se observa una especificación de motivos no enumerados expresamente en la R (97), tales como la discapacidad, el género, la orientación sexual, el nacimiento, la propiedad o la opinión política. Tampoco se considera que se *deba* legislar en materias diferentes al racismo y la discriminación racial; esto último obedece, a nuestro entender, a que la RPG n.º 17 tiene un objeto muy preciso y se remite implícitamente a cualesquiera otros instrumentos propios o ajenos donde se aborde con mayor completitud el fenómeno discriminatorio.

Apenas dos años después se aprobaría la mencionada RPG n.º 15, que bebería en las fuentes del Plan de Rabat¹⁸⁹ y cuyo texto abre fuego con una serie de consideraciones previas a formular las sugerencias a los Estados miembros que, si bien difícilmente pueden considerarse sistemáticas, al menos sí permiten cierto agrupamiento con base en algunas características comunes. Cumple decir, además, que parece ese texto ir de lo más general a lo más específico, aunque no sin ciertos saltos, idas y venidas, entendiendo por general la presentación de la libertad de expresión como un bien preciado digno de protección, pero que no puede reputarse como derecho ilimitado. La preocupación por la libertad de expresión resurge implícitamente en el considerando octavo cuando dice que no toda expresión que ofende, perturba o trastorna es discurso de odio, así como que la proscripción de ese tipo de discursos ha de fundarse en la tuición de personas más que de ideologías o credos. El primer punto consistirá en describir su contenido para, luego de eso, incidir en cuestiones más valorativas.

Por un lado, tenemos aquellos considerandos que versan sobre la relevancia de la libertad de expresión en su interacción con el discurso de odio, y que serían el primero, segundo, tercero, octavo y el vigésimo. En todos estos párrafos, y en la línea marcada por el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, la RPG n.º 15 bascula entre la reafirmación de la libertad de expresión como derecho esencial (primero), la necesaria limitación cuando se buscase escudarse en ella para enmascarar fines abyectos como los discriminatorios (segundo y tercero), la proporcionalidad en la interdicción del discurso de odio para no alcanzar discursos molestos, pero no de una entidad tal como para ser de odio (octavo), así como la posibilidad de dar paso a la autorregulación en los medios como mecanismo para combatir los discursos de odio sin recurrir a la prohibición pública.

Por otro lado, tenemos los considerandos que se dedican a definir qué es el discurso de odio, y que básicamente son el sexto, séptimo, noveno, décimo y vigesimoséptimo, así como la justificación para

¹⁸⁹ Vid. el apartado quincuagésimo noveno, contenido en el apartado C del Memorándum; ELÓSEGUI ITXASO, M.: “Las recomendaciones...”, cit., p. 8.

la proscripción en los párrafos tercero, cuarto, undécimo, duodécimo y vigesimoquinto. Especialmente importante es el sexto porque en él hallamos la definición más nuclear de discurso de odio como el “fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales”¹⁹⁰.

Esa definición ha de completarse necesariamente con el párrafo séptimo porque en él se nos dice que ese discurso de odio puede adoptar la forma de “negación, trivialización, justificación o condonación públicas de los delitos de genocidio, los delitos de lesa humanidad o delitos en caso de conflicto armado cuya comisión haya sido comprobada tras recaer sentencia los tribunales o el enaltecimiento de las personas condenadas por haberlos cometido”¹⁹¹. La necesidad de ese previo pronunciamiento condenatorio por un tribunal responde, según QUESADA ALCALÁ, a evitar acusaciones infundadas¹⁹², si bien a nuestro entender esa *ratio* sería algo exagerada porque no toda acusación extramuros de los tribunales es infundada, aunque es verdad que ese criterio aporta mayor seguridad jurídica. También hemos de poner encima de la mesa el párrafo noveno para perfilar los contornos conceptuales del discurso de odio, ya que este igualmente comprende el discurso que busca “reflejar o promover la suposición injustificada de que quienes lo profieren son, de algún modo, superiores a la persona o al grupo de personas a las que se dirigen”¹⁹³.

No se detiene, sin embargo, aquí la definición de discurso de odio, ya que en el párrafo décimo se enmarca asimismo el discurso de odio en toda expresión que pretenda “incitar a otras personas a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a quienes van dirigidas, o cabe esperar razonablemente que produzca tal efecto, y que ello constituye una forma de expresión especialmente grave”¹⁹⁴. Pero todo lo anterior no estaría completo si no consideráramos lo sostenido en el vigesimosexto párrafo (el último considerando) acerca de que el objetivo principal es proteger discriminaciones por razón de “raza, color, lengua, religión, nacionalidad, origen nacional o étnico, identidad de género u orientación sexual”¹⁹⁵, sin perjuicio de ampliar su foco a otras circunstancias mencionadas en los diversos considerandos.

¹⁹⁰ ECRI, RPG n.º 15, p. 4. Se ha partido de la traducción española realizada por la propia ECRI y que se encuentra en <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>. Solo cuando ha surgido alguna duda interpretativa se ha recurrido al original inglés en <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-15-on-combating-hate-speech/16808b5b01>.

¹⁹¹ ECRI, RPG n.º 15, p. 4.

¹⁹² QUESADA ALCALÁ, C.: “Los mecanismos...”, en CONTRERAS MAZARÍO, J.M. (COORD.) / SÁNCHEZ GÓMEZ, R. (DIR.): *El tratamiento...*, cit., p. 49.

¹⁹³ ECRI, RPG n.º 15, p. 4.

¹⁹⁴ ECRI, RPG n.º 15, p. 5.

¹⁹⁵ ECRI, RPG n.º 15, p. 6.

El panorama que hemos dibujado, ya de por sí formado por varias capas definitorias, adquiere un tono más denso si tenemos en cuenta que el apartado B del Memorándum anexo a esta Recomendación también aborda una definición de discurso de odio. En concreto, el punto noveno de ese apartado B entiende el discurso de odio a partir del uso de una o más formas de expresión específicas conectadas con el desglose del considerando sexto, pero con la singularidad de que incorpora la defensa como una de esas formas y no menciona el fomento. Más allá de que estas discrepancias son fácilmente evitables transcribiendo literalmente lo dicho en un lado a lo dicho en otro lado – u obviando duplicidades definitorias –, no podemos dejar de notar cierta asimilación entre la definición y las modalidades comisivas del discurso de odio.

Advertimos, además, que el elenco de motivos discriminatorios ofrecido por el considerando sexto y por la definición de discriminación *ex* apartado B7.h del Memorándum. No es solo que en una haya más motivos que en otra (en el Memorándum no se alude a la discapacidad, pero se añade la nacionalidad, ausente en el considerando porque no es lo mismo que origen nacional, que por otro lado también lo encontramos en el Memorándum¹⁹⁶), sino que en el considerando no se habla de discriminación y, por lo tanto, no se nos dice que la conducta se tenga que considerar carente de una justificación objetiva y razonable, mientras que en el Memorándum la mayoría de motivos del considerando se integran en una definición de discriminación que, claro está, si exige la inexistencia de “ una justificación objetiva y razonable” (sic). Es cierto que podemos inferir ese ánimo discriminatorio en el considerando por cuanto señala que una serie de conductas ya connotadas negativamente (instigar al odio, la humillación, el descrédito...) que se acometen por esas causas tasadas, pero seguramente hubiera sido más aconsejable que se mencionara el término de discriminación en uno de los puntos clave de la RPG n.º 15.

Por otro lado, las formas comisivas no se acotan, sino que se enuncian a título ejemplificativo, con lo que nos encontramos con la extraña situación de que un ilícito se define por sus ejemplos y por acciones tasadas. Es indudable que la taxatividad en términos penales no es predicable de la definición de discurso de odio porque las recomendaciones de la ECRI persiguen una aproximación múltiple a ese fenómeno¹⁹⁷, pero en la medida en la que la ECRI contempla también la vía penal quizá no parezca lo más adecuado esa definición *ad exemplum*. Habida cuenta de la literalidad de ese apartado B, además, la necesidad de precisión es todavía mayor porque, si prescindimos de toda la retahíla de ejemplos que ocupan cinco líneas, el resultado es el siguiente: “El discurso de odio a efectos de la Recomendación debe entenderse como el uso de una o más formas de expresión específicas basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma,

¹⁹⁶ La nacionalidad no puede significar otra cosa que la vinculación formal *actual* de una persona con una comunidad política reconocida como Estado, mientras que el origen nacional puede apelar a una situación *pasada*.

¹⁹⁷ Carrillo Donaire pone de relieve el resarcimiento civil y las sanciones administrativas (vid. CARRILLO DONAIRE, J.A.: “La protección de los derechos frente a los discursos del odio: del Derecho represivo a las políticas públicas antidiscriminatorias”, en ALONSO SANZ, L. / VÁZQUEZ ALONSO, V.J./ CORTINA ORTS, A. (DIRS.): *Sobre la libertad de expresión...*, cit., p. 26).

religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual.” Puesto que los ejemplos son lo único que separa una definición coherente con una tan peculiar como la que hemos expuesto, consideramos que una mayor concreción hubiera sido deseable.

Lo que sí podemos señalar es que ninguna de las recomendaciones exige la concreción de esos discursos en resultados concretos, sino que es suficiente con proferir ciertas palabras en un determinado contexto para colmar las exigencias de ilicitud. Por lo tanto, al hablar de acoso, insulto, estigmatización o amenazas de corte discriminatorio, será irrelevante preguntarnos si tras ello han acontecido hechos que trasciendan del hecho consistente en emplear tales palabras¹⁹⁸ (incluyendo el discurso simbólico). Ello puede convivir con los delitos de incitación y provocación a cometer actos concretos, pero no deberíamos confundir ambos planos.

El mayor desglose de acciones típicas (entiéndase este término en un sentido amplio y no solo penal) lleva, indirectamente, a un mayor esfuerzo por la ECRI a la hora de delimitar lo que *no* es discurso de odio. En el apartado B, sobre el que hemos hablado, vemos cómo en su punto decimotercero se excluye “de forma explícita de la definición de discurso de odio, cualquier forma de expresión, tales como la sátira o informes o análisis realizados de forma objetiva, que simplemente ofenden, dañan o molestan.” Parte de la doctrina ha señalado que una lectura literal de la R (97) 20 podía dar a entender un relegamiento excesivo de la libertad de expresión cuando se advierte un contenido irreverente, insensible, insolente, satírico, burlesco, hiriente o despectivo¹⁹⁹, con lo que no era ocioso un posicionamiento de la ECRI que disipara las dudas. Podemos percibir aquí la influencia del TEDH porque la propia Recomendación alude a diversos pronunciamientos del Tribunal en los que este ha fijado su posición sobre esas exclusiones (vid. la nota 12 de ese Memorándum), constituyendo ello un ejemplo perfecto de la simbiosis parcial entre la ECRI y el TEDH.

Este punto de la Recomendación ha llevado a autores como CONTRERAS MAZARÍO a distinguir, en el marco de la ECRI, entre el discurso de odio y el discurso impopular u ofensivo²⁰⁰, si bien veremos cómo la irrupción de la imprudencia empaña ese análisis. El discurso de odio caería de lleno en el terreno de lo desprotegido, y por lo tanto entroncando con la vulneración de la igualdad y la dignidad, en tanto que el discurso impopular u ofensivo caería en el territorio de lo amparado por la libertad de expresión, empleando la división de ELÓSEGUI ITXASO²⁰¹. Sin embargo, esa delimitación de lo sustraído a los discursos de odio ha venido de la mano de un ensanchamiento expreso de los lindes

¹⁹⁸ ELÓSEGUI ITXASO, M.: “Las recomendaciones...”, cit., pp. 13-14.

¹⁹⁹ TERUEL LOZANO, G.: “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 27. https://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/03_TERUEL.htm.

²⁰⁰ CONTRERAS MAZARÍO, J.M.: “Discurso de odio...”, en MENDOZA CALDERÓN, S. / SÁNCHEZ RUBIO, A. (DIRS.): *El discurso del odio...*, cit., p. 576.

²⁰¹ ELÓSEGUI ITXASO, M.: “Las recomendaciones...”, cit., pp. 3-4.

de ese discurso de odio, comprendiendo la expresividad en términos amplios para integrar no solo la parte más artística, sino la parte simbólica²⁰².

Otro elemento diferencial con la R (97) 20 sería la instauración por la RPG n.º 15 de una serie de criterios exegéticos para considerar cometidas las conductas proscritas, que siguiendo a TERUEL LOZANO se trataría de cuantos siguen: (i) fomento, promoción o instigación en cualquiera de sus formas, al odio, la humillación o el menoscabo así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza; (ii) uso que no solo tiene por objeto incitar a que se cometan actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, sino también actos que cabe esperar razonablemente que produzcan tal efecto; (iii) motivos que van más allá de la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad, origen étnico y ascendencia, y (iv) inclusión expresa del negacionismo de delitos de genocidio, delitos de lesa humanidad o de delitos en caso de conflicto armado cuya comisión haya sido comprobada tras recaer sentencia por los tribunales o el enaltecimiento de las personas condenadas por los mismos²⁰³.

Todas esas notas se derivarían de unificar los considerandos con el clausulado, pero entendemos que la primera y la última ya estaban presentes de un modo u otro en el *corpus iuris* de la ECRI antes de esa RPG n.º 15 RPG. En cuanto a la primera, la R (97) 20 menciona la propagación, la incitación, la promoción o la justificación como modalidades expresivas conducentes al discurso de odio. En cuanto a la última, en la RPG n.º 9 se hablaba ya de “negar, trivializar, justificar o aprobar el Holocausto y actos de genocidio contra judíos” como conductas antisemitas que el ordenamiento ha de proscribir, por lo que la RPG n.º 15 *democratiza* esa previsión para incluir cuantos delitos de genocidio o lesa humanidad se nieguen, trivialicen o justifiquen.

Finalmente, la RPG n.º 15 aporta información sobre elementos contextuales que influyen en la determinación de la legalidad o ilegalidad de la conducta enjuiciada, y que toman muy en cuenta los criterios del Plan de Rabat²⁰⁴. Entre estos factores, destacan la posición que el emisor del discurso ocupa en la sociedad, de tal suerte que no tendrá el mismo desvalor de acción si estamos ante un personaje mediático que ante un ciudadano tan anónimo como cualquier otro, ya que la capacidad de arrastrar a otras personas no será parangonable. Ello nos lleva a interesarnos por las características de los destinatarios, debido a que no es lo mismo una audiencia que se sabe propensa a la violencia que una más reacia. Asimismo, deberá tomarse en consideración la contundencia del lenguaje y su grado de proximidad con actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación. Junto con ello, deberá examinarse si son hechos aislados o sostenidos en el tiempo, así como en su momento de realización el

²⁰² CONTRERAS MAZARÍO, J.M.: “Discurso de odio...”, en MENDOZA CALDERÓN, S. / SÁNCHEZ RUBIO, A. (DIRS.): *El discurso del odio...*, cit., p. 577. Vid. el ordinal undécimo del apartado B del Memorándum.

²⁰³ TERUEL LOZANO, G.: “El discurso...”, cit., párrafo undécimo del segundo epígrafe.

²⁰⁴ ROLLNERT LIERN, G.: “El discurso...”, cit., p. 98; ELÓSEGUI ITXASO, M.: “Las recomendaciones...”, cit., p. 8.

orador está solo, acompañado de personas de su mismo parecer, o bien de personas con pensamiento distinto que también toman la palabra²⁰⁵.

La atención a todas estas circunstancias revela un propósito de contextualizar en términos amplios el discurso objeto de escrutinio. La ECRI no pretende un estudio de laboratorio de una cierta expresión en términos de vacío social porque, en definitiva, de lo que se trata es de evaluar si unas determinadas palabras son capaces de conculcar los bienes jurídicos en liza. Puesto que la posición del órgano judicial siempre será la de un observador imparcial que ha de enjuiciar hechos, no podemos desconectar el mensaje como hecho de lo que rodeó su creación y manifestación, que también son hechos tan determinantes como lo expresado. Unas mismas palabras pueden decirse con tono amistoso o con uno agresivo, amenazador, acosador u hostigador, y para decidir dónde nos encontramos habremos de trascender el mensaje.

Hemos de preguntarnos la relevancia que en los textos vistos tiene la intencionalidad del autor de incurrir en las conductas discriminatorias que se le puedan achacar. La RPG n.º 15 viene a matizar la expresa intencionalidad exigida en la RPG n.º 7, que la exigía en su apartado decimoctavo para el espectro de ilícitos penales. Ello se hace incorporando, en las recomendaciones sobre tipificación penal del discurso de odio, una intencionalidad expresa junto con la alternativa de la “razonabilidad” de que las palabras tengan el efecto de engendrar actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a quienes va dirigida la diatriba. En esa doble vía de imputación cabría ver la admisión de la imprudencia como título de imputación subjetiva siempre que el juicio de razonabilidad sea positivo²⁰⁶.

Si bien la literalidad de lo visto no apoyaría directamente esa conclusión, bien podría hacerlo introducir dos nuevos elementos en la ecuación. El primero es la continuación del ya visto ordinal decimotercero del apartado B del Memorándum, donde – recordemos – se protege la sátira y los informes o análisis realizados de forma objetiva, que simplemente ofenden, dañan o molestan. Y es que, a renglón seguido de esa protección, que anunciábamos teníamos que matizar, la RPG n.º 15 prosigue diciendo que: “A pesar de ello, se recuerda que el Tribunal Europeo también reconoce que la incitación al odio puede ser resultado del insulto, la ridiculización o difamación irresponsables de determinados grupos de población, cuya consecuencia puede ser la ofensa innecesaria, la defensa de la discriminación, el uso de un lenguaje vejatorio o humillante o puede incluir la inevitable exposición de la víctima y todas estas formas también estarían incluidas en la definición de la Recomendación.” El segundo es el ordinal 173, todavía más rotundo que el que acabamos de transcribir: “Tal y como dejan claro los apartados anteriores que tratan la definición de discurso de odio, el primer factor [alude al

²⁰⁵ CONTRERAS MAZARÍO, J.M.: Discurso de odio..., en MENDOZA CALDERÓN, S. / SÁNCHEZ RUBIO, A. (DIRS.): *El discurso del odio...*, cit., p. 577.

²⁰⁶ ELÓSEGUI ITXASO, M.: “Las recomendaciones...”, cit., pp. 55-59; ROLLNERT LIERN, G.: “El discurso...”, cit., pp. 97-98.

carácter grave] va más allá de la formulación utilizada en el apartado 18 de la RPG N°7 ya que establece la responsabilidad cuando existe un elemento de imprudencia, como la violencia, intimidación, hostilidad o discriminación como consecuencia de un uso determinado del discurso de odio y no solo la intencionalidad.”

Vemos que en la traducción española se emplea el vocablo “imprudencia” para traducir lo que el original inglés refiere como *recklessness*, término cuya traducción admite varias posibilidades, sin que podamos decir que sea indiferente por cuál optar. En efecto, tanto podemos entenderlo por imprudencia como por temeridad, e incluso osadía²⁰⁷, donde el segundo tiene una connotación de imprudencia excesiva²⁰⁸. Por lo tanto, como podemos decir que temeridad e imprudencia sean exactamente igual porque, cuanto menos, aquella representa una forma agravada de esta, incluso en el lenguaje común, así que solo desde esta perspectiva sería aconsejable una traducción sensible a ese matiz²⁰⁹.

Si, además, lo vemos desde el ángulo jurídico, qué hemos de entender por *recklessness* se complica todavía un poco más. Estamos ante una de las categorías que integran la *mens rea* o elemento subjetivo del tipo en el Derecho anglosajón, y que suelen ser: *intention*, *knowledge*, *willfulness*, *recklessness*, *negligence* y *malice*²¹⁰. Dada la multiplicidad de países en los que esa tradición jurídica todavía se deja sentir en nuestros días y la inexistencia de un órgano judicial o legislativo que unifique los conceptos, sería imposible convenir una única definición de *recklessness*, sobre todo porque es indisociable de la construcción de figuras como la fronteriza *negligence*. Sin embargo, percibimos siquiera en un aspecto formal que la enumeración incluye la mencionada *negligence*, que también podríamos traducir por imprudencia (o negligencia, claro está), lo que nos sitúa tras la pista que asimilar *nunc et semper* la *recklessness* con la imprudencia quizá prive a la versión española de algunos matices relevantes.

Antes de buscar mecanismos de heterointegración, hemos de buscarlos de autointegración, con lo que nos preguntaremos si en la RPG n.º 15 se emplea la *recklessness* en otros puntos, a lo que ofrecemos una respuesta positiva. El primer momento en el que se utiliza es el ordinal decimoséptimo del Memorándum en alusión a la RPG n.º 7, y se hace para decir que en los casos más graves la intención

²⁰⁷ Diccionario Cambridge: <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles-espanol/recklessness>. Consultado el 11 de septiembre de 2024.

²⁰⁸ Real Academia Española (s.f.). Temerario. En Diccionario de la Lengua Española. Recuperado el 11 de septiembre de 2024 de <https://dle.rae.es/temerario?m=form>.

²⁰⁹ Se ha consultado la traducción del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y es coincidente en el uso de “imprudencia.” Vid. https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/2016_12_21-Recomendacion_ECRI_NO_15_Discurso_odio-ES.pdf.

²¹⁰ DRESSLER, J.: *Understanding Criminal Law*, Carolina Academic Press, Durham, 2018, pp. 117-130. Dressler incluye la *negligence* por ser habitual su uso como *mens rea*, pero discrepa de que sea un estado mental y lo reconduce a una falta objetiva (vid. EL MISMO: *Understanding...*, cit., pp. 126-129. Por su parte, el *Model Penal Code* habla de *purpose*, *knowledge*, *recklessness* y *negligence* (vid. el desarrollo que de ello hace CHIESA, L.E.: *Substantive Criminal Law*, Carolina Academic Press, Durham, 2014, pp. 231-249; también en DRESSLER, J.: *Understanding...*, cit., pp. 134-138).

mandada en esta RPG no es imprescindible. El segundo momento es el ordinal cuadragésimo octavo, en alusión al Informe de la Comisión de Venecia, también emanado del Consejo de Europa y que centra sus esfuerzos en el odio religioso²¹¹. Su ordinal 89a) aconseja a los Estados que incorporen un requisito de intencionalidad o *recklessness* (esa conjunción no refleja sinonimia) en la tipificación de los delitos de odio porque ha detectado que la mayoría de los países no lo contemplan (vid. la enumeración de países del ordinal 39). La tercera mención es la que, en definitiva, ha iniciado esta reflexión.

Lo único que podemos sacar en claro de esa indagación es que no podemos sacar mucha cosa en claro, más allá de que la *recklessness* se ve como una superación de la intencionalidad para así cubrir un mayor espectro de conductas reputas peligrosas o dañinas. Debemos buscar, pues, en otros lares una respuesta más satisfactoria a qué hemos de entender por esa *mens rea*. Para ello, acudiremos sucintamente– hacerlo en términos extensos sería inadecuado para este trabajo – a la regulación en Estados Unidos y en Inglaterra y Gales (no engloba Escocia e Irlanda del Norte por la autonomía legislativa de la que gozan). Entendemos importante intentar arrojar algo de luz a un aspecto no menor sobre el tipo subjetivo en el discurso de odio.

Respecto de Estados Unidos, la existencia de un Código Penal por cada Estado – a los que se suma el Código Penal Federal – no facilita la labor sistematizadora, pero disponemos del *Model Penal Code* (MPC) para ilustrarnos. Este texto, si bien no es el resultado de ningún proceso legislativo por ser obra del *American Law Institute*, ha devenido en muchas áreas del Derecho Penal estadounidense el referente para los legisladores, los tribunales y la doctrina. Respecto de la *mens rea*, se considera que su influjo es indiscutible y de primer orden²¹², por lo que digamos tendrá visos de extrapolarse a la mayoría de las legislaciones penales en suelo estadounidense.

De acuerdo con el artículo 2.02(2)(c) del MPC (en su versión de 1985), la *recklessness* consiste en actuar a pesar de ser consciente del riesgo sustancial e injustificado, revelando una desviación grosera de la conducta que seguiría una persona respetuosa con la ley (*law-abiding person*)²¹³. La actuación con conciencia de riesgo no tiene por qué venir de la mano de una intención de causar el daño o de estar prácticamente seguro de que el resultado lesivo se producirá, ya que en ese caso estaríamos más

²¹¹ Se ha consultado la siguiente versión: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2008\)026-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2008)026-e).

²¹² *Voisine v. United States*, 579 U.S., 2272, 2278 (2016), nota 5.

²¹³ La definición completa es como sigue: “A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation.” (vid. CHIESA, L.E.: *Substantive...*, cit., p. 239; DRESSLER, J.: *Understanding...*, cit., p. 137).

en la *intention* o en el *knowledge* en su vertiente de resultado²¹⁴, respectivamente; el sujeto activo solo ha de ser conocedor de ese riesgo y, aun así, actuar²¹⁵. Esa conciencia es la que marca una cesura con la *negligence*, que en el artículo 2.02(2)(d) del MPC se define por un desconocimiento proscrito del riesgo sustancial e injustificado que su conducta supone²¹⁶.

El término quizá clave para adaptar esa categoría de *recklessness* a nuestras categorías de dolo e imprudencia, con especial importancia del dolo eventual, es *disregard*. Al igual que la propia *recklessness*, ese *disregard* admite significados variados que van desde la falta de cuidado o respeto por algo a la ignorancia de algo, pero entendida en términos activos en el sentido de perseguir ignorar algo, pasando por la indiferencia²¹⁷. Que la indiferencia en la causación del resultado no es criterio divisorio entre la *recklessness* y el *knowledge* en lo que a resultado se refiere lo dejó claro el Cuarto Circuito en *United States v. Adam Nicklous Carr*²¹⁸. Para el Tribunal, que corrigió el criterio del Juzgado de instancia, era incorrecto equiparar la *reckless indifference* con el *knowledge* (que era el umbral mínimo de *mens rea* que el tipo aplicable exigía), puesto que la diferencia es el grado de certidumbre acerca de la producción del efecto lesivo²¹⁹.

Pasando a Inglaterra y Gales, el término ha sufrido diversos vaivenes fruto de legislaciones que definen la *recklessness* con sus propias singularidades, así como por interpretaciones judiciales enfrentadas las unas a las otras. Uno de los casos más recientes que han servido para intentar arrojar algo de estabilidad es *Regina v. G y otro*²²⁰ (el caso involucra a menores y de ahí que no se publique su nombre). En él, la *House of Lords* resolvió que la *recklessness* de la que hablaba la *Criminal Damage Act* de 1971²²¹ tenía que entenderse como la efectiva representación del riesgo de un cierto resultado y, a pesar de ello, injustificadamente el sujeto activo prosigue con la acción²²². Con ello, se revocaba el precedente de *Regina v. Caldwell*, que había adelantado la barrera punitiva al admitir que la *recklessness* se aplicara a quien no se había representado el riesgo, pero debiera haberlo hecho.

²¹⁴ El *knowledge* admite otra acepción cuando se proyecta sobre la naturaleza de la conducta o las circunstancias concurrentes, como por ejemplo si el objeto que se usa es un arma prohibida o si la víctima es menor de edad. A este respecto el MPC habla del *knowledge* exigiendo que el sujeto activo conozca esa naturaleza o esa circunstancia.

²¹⁵ *People v. Hall*, Supreme Court of Colorado, En Banc., 999 P.2d 207 (2000). En el apartado de la sentencia intitulado “Conscious Disregard” se encuentra una muy precisa descripción y deslinde de todos estos *mens rea*. Por otro lado, la sentencia resulta de una claridad, rigor y valor instructivo absolutamente encomiables y difícilmente superables.

²¹⁶ La definición completa es como sigue: A person acts negligently with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation.” (vid. CHIESA, L.E.: *Substantive...*, cit., p. 248; DRESSLER, J.: *Understanding...*, cit., p. 137).

²¹⁷ Diccionario Cambridge: <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/disregard>. Consultado el 11 de septiembre de 2024.

²¹⁸ 303 F.3d 539 (4th Cir. 2002).

²¹⁹ 303 F.3d 539, 546-547 (4th Cir. 2002).

²²⁰ Session 2002-03 [2003] UKHL 50 (16 de octubre de 2003).

²²¹ En su artículo 1(1), la norma dice que se aplica a: “A person who without lawful excuse destroys or damages any property belonging to another intending to destroy or damage any such property or being reckless as to whether any such property would be destroyed or damaged shall be guilty of an offence.”

²²² Vid. el párrafo 41 de la mencionada sentencia.

Al igual que en Estados Unidos, en Inglaterra y Gales no se especifica si para la *recklessness* es imprescindible que el autor haya contemplado el riesgo, pero haya considerado que su producción sea poco plausible y por ello no haya cesado en su conducta o no haya negado su inicio. Podríamos ver un conato de ello en la exigencia de que se asuma un riesgo injustificado, lo que *a sensu contrario* significaría que si el riesgo se justifica no concurre esa *mens rea*, pero la justificación es un criterio objetivo que se superpone al juicio que hace el autor, de tal suerte que no siempre coincidirán ambas ponderaciones. Lo que sí coincide en ambas legislaciones es la exigencia de que el sujeto sea consciente de los riesgos en el resultado, lo que evita presunciones de conocimiento que sirven como criterio de imputación.

Visto el marco en el que se desenvuelve la *recklessness*, varios serían sus corolarios. El primero, que no sobra una definición más cuando se introduce un concepto de estas características. El segundo, que la *recklessness* parece cubrir la mayor parte del espectro de la imprudencia, pero no solo, porque incorpora el dolo eventual. Si hemos de considerar que ese *mens rea* solo se aplica con riesgos injustificados, en potencia toda la imprudencia concurre a su llamado porque la imprudencia no parte de riesgos justificados. Si hemos de considerar la sustancialidad del riesgo, aquí sí podemos empezar con los distinguos y quedarnos solo con la imprudencia grave.

En cualquier caso, hay una evidente zona de fricción entre la *recklessness* y la RPG n.º 15 porque esta no impone que el sujeto se represente el riesgo, sino que más bien parte de una representación que debiera realizar ese sujeto activo cuando alude a la capacidad de producir el resultado lesivo. Tal y como es evidente que la ECRI no ha previsto cumulativamente la concurrencia de la intencionalidad con el riesgo inminente²²³, de tal suerte que ni ese riesgo inminente es imprescindible en la intención del autor ni es necesario que el riesgo inminente parta de la existencia de intención alguna de cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, creemos que también se predica de esa RPG n.º 15 la innecesaridad de probar que ese resultado lesivo atravesó en algún momento la mente del sujeto activo. La ECRI parte de una razonabilidad que bien puede ser diferente a la de ese sujeto activo, y la temeridad o imprudencia pueden serlo tanto por representar el riesgo y actuar de todos modos como de ni siquiera representarse el riesgo.

No podemos dejar de considerar, a mayor abundamiento, que en el seno del Consejo de Europa se han publicado documentos que sostienen que el discurso de odio puede ofrecer una primera impresión de discurso racional o “normal” (sic)²²⁴, así como que en ocasiones el orador puede valerse de un

²²³ Vid. el ordinal decimocuarto del ya visto apartado B del Memorándum, que afirma que: “Tal y como describe la definición, el elemento de incitación significa que o bien existe una intención clara de cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, o bien existe un riesgo inminente de que tales hechos ocurran como consecuencia de haber utilizado el discurso de odio.”

²²⁴ WEBER, A.: *Manual...*, cit., p. 5.

lenguaje codificado para enmascarar *prima facie* el verdadero contenido²²⁵. Sumémosle a ello las alusiones constantes en esa misma RPG n.º 15 a los estereotipos negativos como mensajes proscritos si apelan a características personales o a su estatus²²⁶ y estaremos más cerca del discurso de odio no explícito – en línea con la RG n.º 35 – o discurso de odio en sustancia²²⁷. El lento pero constante alejamiento de la incitación directa a la violencia, hostilidad o discriminación para abrazar formas cada vez más adelantadas de respuesta penal facilita la atribución de potencial lesivo a manifestaciones que se juzgan también con base en esas lógicas anticipatorias, añadiendo capa tras capa de protección en aras de cerrar cualquier conato de intento de posibilidad de hipotéticos escenarios de esa violencia, hostilidad o discriminación.

La fractura entre el requisito de la intencionalidad y del riesgo inminente puede conducir a resultados paradójicos. Para empezar, nada impide equiparar la respuesta penal a ambos casos, aun cuando el grado de vinculación subjetiva con la producción de resultados lesivos más allá del discurso pueda distar varios grados. Tampoco nada impide, en abstracto, castigar con mayor dureza las conductas de las que quepa razonablemente inferir ese resultado lesivo, ya que bien podríamos pensar que más reproche merece aquel que sitúa a los colectivos diana – o a sus integrantes – un paso más cerca de sufrir percances de mayor calado para su integridad física o psíquica. No importa que la intención esté completamente ausente y primaría aquí el criterio de protección a la víctima. Finalmente, y nuevamente conforme a la letra de la RPG n.º 15, cabría punir conductas donde se advierta una intencionalidad clara de traducir las palabras en agresiones físicas concretas, por más que se considere que a quien tiene esa intención le faltan objetivamente muchas leguas hasta llegar a dar cumplimiento a ese objetivo.

Antes de pasar al siguiente punto, trataremos en términos diferenciales las definiciones de discurso de odio en la R (97) 20 y en la RPG n.º 15, vemos más diferencias, a nuestro entender, cuantitativas que cualitativas. A pesar de que algunos autores han visto en el segundo texto una ampliación de los actos constitutivos de discurso de odio²²⁸, no compartimos ese punto de vista porque entendemos que en la primera recomendación ya se encontraban los mimbres que permitían incluir las conductas explicitadas en la segunda. La apelación genérica a la intolerancia que hacía esa R (97) era de una profundidad tal que no impedía en modo alguno la incorporación por vía analógica de cuantas causas expresas se han incorporado en la RPG n.º 15²²⁹.

²²⁵ ECRI, RPG n.º 15, apartados 15 y 25 del Memorándum.

²²⁶ ECRI, RPG n.º 15, *passim*, ordinales 9, 10 o 16 del Memorándum.

²²⁷ ROSENFELD, M.: “El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo”, *Pensamiento Constitucional*, n.º 11, p. 158.

²²⁸ QUESADA ALCALÁ, C.: “Los mecanismos...”, en CONTRERAS MAZARÍO, J.M. (COORD.) / SÁNCHEZ GÓMEZ, R. (DIR.): *El tratamiento...*, cit., p. 46; CONTRERAS MAZARÍO, J.M.: “Discurso de odio...”, en MENDOZA CALDERÓN, S. / SÁNCHEZ RUBIO, A. (DIRS.): *El discurso del odio...*, cit., p. 576.

²²⁹ Cruz Ángeles ve en esa formulación de 1997 la habilitación para proteger por razones no explicitadas en el texto, como la orientación sexual, las creencias o la ideología (vid. CRUZ ÁNGELES, J.: “La protección...”, en ALONSO SANZ, L. / VÁZQUEZ ALONSO, V.J. / CORTINA ORTOS, A. (DIRS.): *Sobre la libertad...*, cit., p. 85).

De todos modos, es cierto que el elenco contenido en este texto ayuda a interpretar los derroteros por los que la ECRI entiende que debería discurrir la proscripción del discurso de odio, y ayuda también al TEDH y a los tribunales nacionales a comprender el alcance de esa intolerancia. Pero, insistimos, no es imprescindible su explicitación como demuestra la propia RPG n.º 15 en su nota al pie n.º 3 de la página decimoquinta: “La RPG n.º 7 no menciona explícitamente la discriminación por motivos de ascendencia, credo, sexo, género, identidad de género y orientación sexual, pero los motivos enumerados no son exhaustivos y las disposiciones de las RPG se pueden aplicar, *mutatis mutandis*, a la discriminación por motivos de características o condiciones personales.”

El concepto que la Recomendación n.º 15 maneja de discurso de odio no distingue, *prima facie*, entre expresiones dirigidas a grupos mayoritarios y minoritarios, de tal suerte que en abstracto sus disposiciones y *ratio* bien podrían aplicarse tanto a unos y otros colectivos, con una definición de discriminación en la que la circunscripción a las minorías es inexistente²³⁰. Cosa distinta es que, como bien se ha apuntado, en la inmensa mayoría de las ocasiones nos encontraremos que los circuitos policial y judicial se nutren de casos en los que la discriminación, hostilidad o menosprecio tendrán como víctimas a personas que integran grupos socialmente desfavorecidos, ya tradicionalmente, ya de manera más reciente²³¹. Cosa distinta será cómo en España se ha recibido esa regulación y cómo se ha interpretado por los Juzgados y Tribunales, así como por la doctrina.

Sobre los motivos discriminatorios, de hostilidad, de menosprecio y de instigación al odio (como ejemplos del listado de *actus reus*), la legislación europea ha sufrido una notable ampliación de horizontes con el transcurso del tiempo. Inicialmente, y según hemos visto en el primer capítulo, los principales textos en materia de derechos humanos nacen al abrigo del calor residual que las brasas de la Segunda Guerra Mundial habían dejado en el Viejo Continente, y puesto que existía una desproporcionada representatividad del pueblo judío en esta trágica historia, el principal motivo discriminatorio contemplado en esos textos no era otro que el antisemitismo. No era, sin embargo, el único, porque no podemos olvidar el exterminio que sufrieron los miembros del pueblo gitano, los homosexuales o las personas con discapacidad.

El paso del tiempo hizo que, a ese motivo principal, al que se unieron otros cuantitativamente inferiores, pero desde luego cualitativamente igual de importantes, se le sumaran otros móviles discriminatorios que empezaban a cobrar fuerza en nuestras latitudes europeas orientales. Ya hemos tenido ocasión de hablar sobre el fenómeno del multiculturalismo en suelo europeo, lo que ha supuesto la llegada constante de personas con características diferentes de la que exhibía hasta entonces un

²³⁰ “Se entenderá como todo trato diferenciado, por motivos de raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico, o por motivos de ascendencia, creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual u otras características o condiciones personales, que no tenga una justificación objetiva y razonable.” (vid. letra “h” del apartado B del Memorandum).

²³¹ QUESADA ALCALÁ, C.: “La labor...”, cit., p. 9.

ciudadano europeo promedio. Ciertamente es que algunas de las diferencias se basan en rasgos sobre los que existía diversidad, pero la diferencia estriba en que se trata de variantes de esos rasgos que eran muy excepcionales.

Así, sin perjuicio de que en Europa existiera una prolongada trayectoria de multiplicidad religiosa, lo más común era que habláramos de cristianismo (con sus múltiples variantes) y de judaísmo (también, con sus múltiples variantes), y en latitudes más meridionales, el islam. Lo que es nuevo es la proliferación generalizada de personas adscritas al credo mahometano, tanto porque lo traen de sus respectivos lugares de origen y lo transmiten a las generaciones subsiguientes como porque hay personas que se han convertido a él. Esta última dinámica, por más que sea estadísticamente minoritaria puesta en relación con las otras dos, no puede preterirse y es consecuencia directa de una mayor disponibilidad de esa religión en Europa. Lo que antaño hubiera sido una *rara avis* deja de serlo cuando se ha normalizado la coexistencia con esa fe.

Asimismo, aunque la coloración de la piel no es uniforme a lo largo y ancho de Europa, la llegada sostenida en el tiempo de personas con un color marcadamente diferente también ha generado una nueva razón de rechazo por algunos grupos que los textos en materia de derechos humanos (y su correlativa recepción en cada nación) se han visto obligados a conjurar con motivos específicos. Surge así la protección de las personas negras, asiáticas, centroamericanas y sudamericanas. En este punto es importante destacar que documentos como la Recomendación n.º 15 siempre entrecomillan la palabra “raza” porque tiene una connotación divisiva del género humano especialmente denostado por esa norma. Si lo emplea no es porque crea que existen razas en plural (solo concibe la raza humana), sino porque pretende atajar las discriminaciones originadas en lo que entiende es una errónea percepción del dato racial²³².

A lo anterior hemos de añadir todo el contingente relativo al sexo, entendido este en un sentido amplio que permite incluir el género y la orientación sexual, donde el género no solo alude a aquel con el que se ha nacido, sino que admite la ramificación de la autodeterminación de género y, en una vuelta de tuerca, la indeterminación de género. Esto ha tenido lugar, según hemos visto, en la RPG n.º 15, aunque la RPG n.º 7 lo mencionaba como sugerencia de motivo. Mientras que el tratamiento igualitario del binomio hombre-mujer como géneros *ab origine* no era para nada una novedad en Europa (ni en países de otros continentes, claro está), la tuición de las personas que optan por un cambio de género (en muchas ocasiones por entender que su género biológico difiere del vivido) no puede decirse que haya estado presente en el debate público desde tiempos inmemoriales, como tampoco ha sucedido con la orientación sexual. Ambos extremos han saltado a la palestra social de manera muy reciente y, por ello, no es de extrañar que lo jurídico apenas se haya hecho eco todavía

²³² ELÓSEGUI ITXASO, M.: “Las recomendaciones...”, cit., p. 10.

más recientemente de los móviles discriminatorios que persiguen atacar a personas o a colectivos por estas condiciones.

Por último, hay otras circunstancias personales que también han pasado a integrar el conglomerado de motivos discriminatorios *explícitos*. La RPG n.º 15 incorpora, como novedades respecto de la R (97) – no así en cuanto a la RPG n.º 7, que lo menciona en el ámbito potestativo visto *ut supra* – la discapacidad y la nacionalidad. Por su parte, la RPG n.º 7 introduce una muy interesante – a la par que algo enigmática – alusión a la “propiedad” y el “origen social” como motivos discriminatorios, vocablos que no tienen refrendo en la RPG n.º 15, aunque ello no sea en absoluto determinante de su inclusión dada la apertura de la expresión “otras características o condiciones personales” tanto del sexto considerando como del Memorándum. También incorporan la RPG n.º 7 y la RPG n.º 15 el idioma y la lengua, respectivamente, términos que podemos tener por sinónimos.

Volviendo a la cuestión de la propiedad y el origen social, en la RPG n.º 7 no se ofrece ninguna definición de sendos términos, sin que en la RPG n.º 15 tengan recorrido expreso. El hecho de que nos las encontramos una al lado de la otra en aquella Recomendación puede ofrecernos pistas sobre el contenido con el que podríamos dotarlas, y que seguramente guarden una estrecha relación con la capacidad económica. Luego hablaremos con detenimiento de la aporofobia (y de su reverso, la plutofobia), por lo que aquí únicamente dejaremos apuntada la conexión que advertimos entre la propiedad y el origen social con la discriminación motivada por causas económicas; aunque el origen social no apunte exclusivamente a esa posibilidad y, en consecuencia, no sea un sinónimo de propiedad, no será infrecuente que esa procedencia tenga estrechos nexos con los recursos materiales de los que dispongan las personas, por lo que tanto autónomamente como interseccional o múltiplemente, encontramos con frecuencia una discriminación de matriz patrimonial.

Sobre si los motivos discriminatorios adicionales han de tener un rango inferior en los esfuerzos nacionales por erradicar la discriminación, la respuesta que colegimos de la lectura conjunta de los textos ya traídos a colación es que no. Así lo afirma el último considerando de la RPG n.º 15, que reconoce unos *topoi* originarios insertos en su *ratio essendi* a la par que se abre a nuevas formas de discriminación; estos lugares comunes serían la raza, el color, la lengua, la religión, la nacionalidad, el origen nacional o étnico, la identidad de género y la orientación sexual. En cuanto al resto de los motivos, la RPG n.º 15, *in fine* de ese último considerando, es tajante cuando apunta a que sus recomendaciones *deben* aplicárseles igualmente “*mutatis mutandis*” (sic). Dada la enumeración que nos ofrece en este punto la ECRI, esos otros motivos no mencionados aquí, pero sí en otros lugares de esa misma RPG n.º 15, son: ascendencia, edad, discapacidad, creencias (salvo que lo entendamos subsumido en la religión cuestión que trataremos *ad infra*) y género (salvo que lo entendamos como sinónimo de orientación de género, conclusión discutible porque en el sexto considerando se plantean

de manera cumulativa). Por idéntica razón, toda circunstancia o condición personal también se *debería* beneficiar de esa asimilación, lo que es una puerta de entrada a causas como la propiedad o el origen social.

A la vista de cuanto antecede, podemos concluir que la postura de la ECRI ante el fenómeno discriminatorio y, muy señaladamente, ante el discurso de odio, es crecientemente expansiva en cuanto a su proscripción desde varias perspectivas, no solo jurídicas. También percibimos cierta generalidad, tanto en los elementos subjetivos como objetivos, de las conductas que los Estados están llamados a perseguir, aspecto que nos parece inevitable no solo porque estamos ante realidades normativas cuya antigüedad es de apenas unas pocas décadas, sino porque la diversidad legislativa de cada Estado que integra el Consejo de Europa impide y desaconseja soluciones maximalistas. No hemos de olvidarnos, en definitiva, que estamos ante recomendaciones cuyo propósito no es el de resultar normas directamente aplicables o generar débitos de transposición como sucede con las Directivas comunitarias, por lo que es perfectamente entendible que su modo de discurrir permita varias inferencias.

3.2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Al tratar sobre la libertad de expresión, hemos visto cómo las resoluciones del TEDH han ido perfilando este derecho de acuerdo con la interpretación que ha hecho del artículo 10 CEDH, inseparable del 17 y su “efecto guillotina”. Ahora nos centraremos exclusivamente en cómo el Tribunal ha abordado el discurso de odio, para lo que será imprescindible tomar como referencia, además del CEDH, los documentos elaborados por el Consejo de Europa tratados anteriormente²³³. Difícilmente puede sobrevalorarse la importancia que ha tenido la jurisprudencia de este Tribunal cuando autores como ALCÁCER GUIRAO han visto en sus decisiones la verdadera configuración de la libertad de expresión y del discurso de odio²³⁴.

A partir de esa capital importancia del TEDH – cuyos efectos han irradiado a nuestro TC, al TS y a la jurisprudencia menor²³⁵–, podemos decir que el TEDH se ha mostrado partidario de conceder al artículo 10 CEDH un amplio margen de maniobra a la par que ha exhibido una notable inflexibilidad con el discurso de odio como categoría excluida de protección²³⁶, muy vinculada – aunque no solo – a

²³³ ELÓSEGUI ITXASO, M.: “Las recomendaciones...”, cit., pp. 3 y 6.

²³⁴ ALCÁCER GUIRAO, R.: *La libertad del odio...*, cit., p. 42.

²³⁵ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., pp. 103-111.

²³⁶ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 100; LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 27; ALCÁCER GUIRAO, R.: *La libertad del odio...*, cit., p. 44, p. 5; EL MISMO: “Opiniones constitucionales”, *InDret*, 1/2018, pp. 26-27, nota 74; EL MISMO: “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 14, p. 5; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Libertad de expresión...*, cit., pp. 236-245; CARUSO, C.: *El hate speech* en Estrasburgo: el pluralismo militante del sistema convencional, en ALONSO SANZ, L. / VÁZQUEZ ALONSO, V.J. / CORTINA ORTS, A. (DIRS.): *Sobre la libertad...*, cit., p. 112; ROIG TORRES, M.: *Delimitación...*, cit., p. 60; AL HASANI

ese “efecto guillotina”²³⁷, calificándose en muchas ocasiones su proceder de expeditivo²³⁸. Solo así puede interpretarse que, en pronunciamientos como *Gündüz c. Turquía*, de 4 de diciembre de 2003, el Tribunal haya dicho en su párrafo 41 que “no puede haber duda alguna de que concretas expresiones constitutivas de discurso de odio (*hate speech*), que puedan resultar insultantes para particulares o grupos, no están protegidas por el artículo 10 de la Convención”²³⁹. Más allá de constatar esa postura del TEDH, es importante conocer qué concepto de delito y discurso de odio maneja el Tribunal porque, insistimos, no es este un campo donde ni mucho menos reine la unanimidad, y sin que planteemos una cesura radical entre ambos conceptos porque esto sería ajeno a la jurisprudencia del Tribunal²⁴⁰.

Lo que sigue no es un examen de todas y cada una de las sentencias dictadas en la materia por el TEDH porque sería absolutamente imposible acometer tal empresa siquiera en un trabajo que la abordara como único tema, y siempre que aspirara a una extensión no quilométrica. El criterio de selección responde a la iconicidad de los pronunciamientos y a la diversidad significativa de supuestos, todo ello con el ánimo de que ser exhaustivos en lo cualitativo. Aspiramos, así, a comprender cómo deberían interpretarse los derechos fundamentales en el sentido más respetuoso posible con el artículo 10.2 y 96.1 CE, dando continuidad a lo hecho con las resoluciones al amparo de la ICCPR y la ICERD.

3.2.1. Delitos de odio: el odio como agravante discriminatoria

Empezaremos por los delitos de odio en el sentido que el Tribunal ha dado a todos aquellos tipos base que se ven agravados por motivos discriminatorios, campo donde reina menos controversia a diferencia del discurso de odio. Antes de empezar, hemos de puntualizar que, como dijo el TEDH en *Škorjanec c. Croacia*, de 28 de marzo de 2017, la discriminación existente tanto si el sujeto pasivo reúne las características tomadas en cuenta por el autor como si no las reúne²⁴¹. Ello no solo se refiere a una discriminación por asociación, sino también a una discriminación por error, con lo que el ámbito de actuación de la lucha contra la discriminación ha de serlo en términos amplios.

MATURANO, A.: *Discurso de odio...*, cit., p. 119; URÍAS MARTÍNEZ, J.: La libertad..., en ALONSO SANZ, L. / VÁZQUEZ ALONSO, V.J. / CORTINA ORTS, A. (DIRS.): *Sobre la libertad...*, cit., p. 55.

²³⁷ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 100; CONTRERAS MAZARÍO, J.M.: “Discurso de odio...”, en MENDOZA CALDERÓN, S. / SÁNCHEZ RUBIO, A. (DIRS.): *El discurso del odio...*, cit., p. 589.

²³⁸ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I.: “De la libertad de expresión en España Una reflexión al hilo de la jurisprudencia del TEDH”, *Anales de Derecho*, n.º extra 1, p. 5; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso de odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 54-59.

²³⁹ Vid. también *Jersild c. Dinamarca*, de 23 de septiembre de 1994, párrafo 35.

²⁴⁰ GUENTHER, K.: “The Denial of the Holocaust: Employing Criminal Law to Combat Antisemitism in Germany”, *Tel Aviv University Studies in Law*, vol. 15, n.º 5, p. 51.

²⁴¹ Vid. párrafo 56.

Así, en *Yotova c. Bulgaria*, de 23 de octubre de 2012, el TEDH resolvió un caso en el que la demandante, la Sra. Yolanda Kirilova Yotova, de etnia gitana, había sufrido una tentativa de homicidio, presuntamente a manos de personas que actuaron por causas antigitanas y con la que había tenido un encontronazo días antes. En este caso, no estamos, pues ante una alegación del artículo 10 CEDH, sino que la queja giraba en torno a los artículos 14 y 2 CEDH por considerar la demandante que el Estado búlgaro había incumplido su obligación de investigar eficazmente lo sucedido (párrafo 93 de la sentencia).

El Tribunal, en el párrafo 104 de su resolución, incide en la importancia que los Estados tienen de investigar todo hecho en el que pueda existir “una motivación racista para establecer si los sentimientos de odio o los prejuicios fundados en el origen étnico han jugado un papel en los acontecimientos”. Asimismo, en el párrafo 111, que es donde el TEDH declara la vulneración de los susodichos artículos 14 y 2 CEDH, afirma que “el Tribunal juzga inaceptable que las autoridades responsables hayan mantenido la causa sobreseída durante más de trece años sin hacer lo más mínimo por establecer si la tentativa de homicidio padecida por la demandante estaba motivada por el odio racial.” Nótese la ilación entre esas motivaciones, en este caso la racial, y la conducta desplegada por aquellos a quienes Bulgaria debiera haber investigado, o al menos haberse esforzado en hallar.

Tres años más tarde, en concreto el 20 de octubre de 2015, *Balázs c. Hungría* dio otra oportunidad al Tribunal para resolver un caso cuyo trasfondo fáctico era la agresión por parte de un individuo – que, para más inri, era funcionario de prisiones – a una persona de etnia gitana, el Sr. Balázs. Dicha agresión venía inmediatamente precedida por un altercado que este último había tenido con otros tres individuos, al parecer amigos del funcionario de prisiones, quienes se habían dedicado a proferir insultos al Sr. Balázs y a su pareja de contenido antigitano. Las autoridades húngaras iniciaron una investigación acerca de lo ocurrido que acabó en un sobreseimiento por entender que no había existido ningún trasfondo discriminatorio en lo denunciado.

El Sr. Balázs recurrió esa decisión, que fue confirmada sucesivamente hasta que el único resorte legal disponible era una demanda ante el TEDH. En este supuesto, tampoco nos encontramos con la alegación de una infracción del artículo 10 CEDH por cuanto no se centraba la queja del demandante en las expresiones vertidas por los tres primeros sujetos, sino que pivotaba alrededor de los artículos 14 y 3 CEDH. Con ello, el demandante pretendía que el TEDH se pronunciara sobre si el Estado húngaro había omitido su deber de investigar un caso de violencia – integridad física – en el que pudiera concurrir un móvil discriminatorio (párrafo 3 de la sentencia). Este segundo caso nos permite comprobar de nuevo la complejidad que entrañan los delitos de odio – entendidos en términos amplios – en el marco de la exégesis que del CEDH ha hecho el TEDH, ya que bajo la superficie hay vida más allá del artículo 10 CEDH, en este caso el 14 en relación con el 3.

Son varios los puntos de la sentencia en los que se alude a *hate crime*, y si bien es cierto que el TEDH no acomete frontalmente su definición, podemos inferirla por el contexto en el que lo emplea y por la normativa que cita y transcribe en la ley aplicable. Empezando por esto último, entre los párrafos 21 a 24 el Tribunal trae a colación la guía *Preventing and responding to hate crimes*²⁴², publicada en 2009 por la OSCE, y que en su apartado “Las Características de la Víctima y del Autor” se fijan los siguientes indicadores de *hate crime*: raza (en línea con la ECRI, lo entrecomilla para dar a entender su uso más funcional que estructural u ontológico), religión, etnicidad u origen nacional, discapacidad, género u orientación sexual distintos del autor.

Asimismo, en dos pasajes adicionales de la sentencia se nos ofrecen elementos adicionales para formarnos cabal juicio sobre ese concepto de *hate crime*. El primero es en el que se refiere que “el Tribunal considera que no solo los actos basados exclusivamente en las características de la víctima pueden clasificarse como delito de odio”²⁴³. Esta frase está relacionada con otro apartado de la guía de la OSCE, que en su apartado “Motivos mixtos” recoge que en algunos hechos se pueden entremezclar causas discriminatorias con otras que no lo son, como cuando aprovechando una agresión racista se aprovecha para aprehender algún bien de la víctima, sin que ello guarde relación alguna con ese racismo, sino solo porque se aprovecha la ocasión para ello. Con independencia de esta precisión terminológica, esta frase del TEDH revela que los actos basados en las características de la víctima (que ya hemos visto en términos de raza, religión, género...) integran el concepto de delito de odio.

Por otro lado, más adelante en la sentencia, el Tribunal indica que “el fracaso en la identificación de un motivo racista a la vista de los poderosos indicadores de delito de odio, como los comentarios publicados, son consecuencia de una valoración manifiestamente irrazonable de las circunstancias concurrentes”²⁴⁴. Con ello, el Tribunal alude a unos hallazgos que el demandante habría hecho el día después de los hechos en la cuenta del agresor en una red social, y que consistirían en una publicación en esa plataforma cuyo contenido es como sigue: “La noche pasada estuve golpeando en la cabeza un gitano tirado en el suelo cuando tres de mis colegas me superaron”²⁴⁵. A la vista de que a otros usuarios de la misma red les pareció cosa muy digna de ser narrada, el agresor tuvo a bien subir un vídeo de contenido indudablemente racista. Con ello, pues, está aludiendo el Tribunal a que existían suficientes indicios para investigar lo ocurrido como delito de odio, y ello no lo hace sino a partir del racismo que detecta en esos hechos y en las circunstancias que rodean al presunto agresor como otro indicador de *hate crime*, por lo que no sorprende que el Tribunal estime la demanda²⁴⁶.

²⁴² Puede consultarse en <https://www.osce.org/files/f/documents/8/a/39821.pdf>. Toda traducción de su contenido es nuestra.

²⁴³ Vid. párrafo 70.

²⁴⁴ Vid. párrafo 75.

²⁴⁵ Vid. párrafo 11.

²⁴⁶ Este precedente se aduciría en *Lakatošová y Lakatoš c. Eslovaquia*, de 11 de diciembre de 2018 (vid. párrafo 59), con idéntico resultado estimatorio, si bien en este caso el artículo 14 CEDH se puso en conexión con el artículo 2, al igual que en *Yotova*.

Vistos ambos casos, cabría alegar que, para el TEDH, el odio como agravante solo actúa cuando intervienen motivos racistas; sin perjuicio de que más adelante desarrollemos la cuestión para el discurso de odio, ahora nos detendremos en esta modalidad de delitos de odio para ver que esa suposición no es correcta. Empezaremos con *Sabalić c. Croacia*, de 14 de enero de 2021, que nos permitirá – junto con los recientes casos de *Lenis c. Grecia*, de 27 de junio de 2023, y el ya visto *Hanovs c. Lituania* – ver dos supuestos de *hate crime* donde es la orientación sexual la que ocupa un lugar central. En *Sabalić*, los hechos son como siguen: la noche del 13 de enero de 2010, la demandante, la Sra. Pavla Sabalić, fue agredida por un hombre a la salida de una discoteca en Zagreb. De acuerdo con su versión, el Sr. M.M. había estado flirteando con la demandante hasta que esta le dijo que era lesbiana, lo que provocó una airada reacción por parte del Sr. M.M consistente en cogerla con ambas manos, empujarla contra una pared y propinarle múltiples golpes, incluso estando ella en el suelo. La agresión solo se detuvo cuando una amiga de la demandante roció con un espray al atacante y este huyó del lugar.

La policía detuvo al Sr. M.M, que pasó a disposición judicial y se confesó culpable, por lo que fue condenado por un delito menor de perturbación de la paz y el orden público a una multa de 40.-€. No consta en la causa que la víctima fuera informada de ese procedimiento y la condena devino firme por preclusión del plazo para apelar²⁴⁷. Tras llegar todo ello a conocimiento de la Sra. Sabalić, instó al Ministerio Fiscal a ordenar una investigación que tuviera en cuenta el carácter homóforo de la agresión porque el Sr. M.M. había proferido insultos de ese tipo mientras la agredía, lo que hizo que se iniciara una nueva investigación; no obstante, al cabo de poco se sobreseyó porque el agresor ya había sido condenado y, por lo tanto, era de aplicación el *non bis in idem*. Ante la desestimación o inadmisión de los recursos que presentó la demandante contra esa decisión, recurrió al TEDH al amparo de los artículos 14 y 3 CEDH.

El Tribunal, en cuanto a las normas aplicables, incluye entre otras la Recomendación CM/Rec(2010), dictada el 31 de marzo de 2010 por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa, sobre medidas para combatir la discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género²⁴⁸. Este texto, en el apartado I.A.1 de su Apéndice, habla de los delitos de odio como aquellos en los que “hay sospechas razonables de que la orientación sexual o identidad de género de la víctima constituye el móvil del autor”. Obviamente, esto no significa que los delitos de odio solo lo sean cuando se dé esa circunstancia, ya que la Recomendación en cuestión lo es solo respecto de la orientación sexual o la identidad de género.

²⁴⁷ Vid. párrafos 13, 14 y 15.

²⁴⁸ Consultado en:

[https://search.coe.int/cm/#{%22CoEIdentifier%22:\[%2209000016805cf40a%22\],%22sort%22:\[%22CoEValidationDate%20Descending%22%22\]}](https://search.coe.int/cm/#{%22CoEIdentifier%22:[%2209000016805cf40a%22],%22sort%22:[%22CoEValidationDate%20Descending%22%22]}).

El Tribunal refiere que el trato discriminatorio puede, en principio, acrecer a un trato degradante *ex* artículo 3 CEDH siempre que alcanza un nivel de gravedad tal como para constituir una afrenta a la dignidad humana; si nos encontramos con comentarios discriminatorios o insultos racistas, deberán tenerse, en cualquier caso, por factores agravantes en el marco de un maltrato subsumible en dicho artículo 3²⁴⁹. Si a ello le añadimos la nota de violencia, a ojos del Tribunal todo lo antedicho es “particularmente cierto”²⁵⁰. Tales declaraciones no son una novedad y está en plena consonancia con precedentes cercanos como *Identoba y otros c. Georgia*, de 12 de mayo de 2015²⁵¹.

Para el Tribunal, por lo tanto, el trato discriminatorio es, *prima facie*, sospechoso de incurrir en vulneración del artículo 3 en conexión con el 14 sin que sea necesario que los actos de los que se sospecha sean comentarios discriminatorios ni insultos racistas²⁵². La vinculación con la dignidad será criterio bastante en este primer estadio para obligar a que eventuales argumentos de descargo sean de una especial intensidad porque, con esa declaración, el Tribunal da a entender que la deferencia con las autoridades nacionales será escasa. Si subimos un peldaño más y averamos la existencia de expresiones discriminatorias o insultos racistas, la exigencia se vuelve todavía mayor porque la afectación a los preceptos indicados es también mayor. Solo podemos esperar una deferencia muy marginal con la conducta desplegada por los Estados.

En *Sabalić*, a diferencia de lo que ocurría en *Yotova* o en *Balázs*, sí se había producido una condena contra el agresor, por lo que el problema estribaba en que el procedimiento judicial seguido tras concluir la investigación policial no había respetado, a ojos del demandante, las garantías brindadas por los artículos 3 y 14 CEDH. Es por ello por lo que el Tribunal no incide tanto aquí en la investigación previa al enjuiciamiento, sino que pone el foco en ese estadio posterior a las pesquisas policiales para poner de relieve que los artículos citados no agotan su contenido en la fase prejudicial; también el ámbito judicial ha de acomodarse a sus exigencias. En idéntico sentido al visto en la ICCPR o en la ICERD, no existe conforme al CEDH tal cosa como un derecho a una condena conforme a los pedimentos del escrito de acusación, pero sí que existe el derecho a que en el juicio se ventilen cuestiones relevantes como la motivación discriminatoria del acusado (lo que en España se vehicularía a través del artículo 24 CE en relación con el 15 y el 14), ya que de lo contrario se priva al sistema en su conjunto de la función preventiva²⁵³.

²⁴⁹ Vid. párrafo 65.

²⁵⁰ Vid. párrafo 66.

²⁵¹ Vid. también otros precedentes como *B.S. c. Spain*, de 24 de julio de 2012, o *Abdu c. Bulgaria*, de 11 de marzo de 2014.

²⁵² DEPARTMENT FOR THE EXECUTION OF JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: *Hate Crime and Hate Speech*, Consejo de Europa, 2022, p. 2.

²⁵³ Vid. párrafo 97 de la sentencia. Asimismo, ver también: *Ali y Ayşe Duran c. Turquía*, de 8 de abril de 2008; *Beganović c. Croacia*, de 25 de junio de 2009; *Kopylov c. Rusia*, de 29 de julio de 2010; *Darraj c. Francia*, de 4 de noviembre de 2010; *Derman c. Turquía*, de 31 de mayo de 2011; *Zontul c. Grecia*, de 17 de enero de 2012; *Myumyun c. Bulgaria*, de 3 de noviembre de 2015, y *Armani Da Silva c. Reino Unido*, de 30 de marzo de 2016.

En este caso, sin embargo, parece que la investigación en sí fue la causante de que, en el procedimiento judicial seguido, no se pudiera ventilar la cuestión discriminatoria. Incluso si la demandante hubiera sido parte en él y hubiera alegado la existencia de ese móvil, de acuerdo con la legislación croata expuesta en los antecedentes de la sentencia era imposible tomar en consideración ese factor dados los cauces procesales seguidos. Es más, precisamente este es uno de los reproches que la demandante realiza a sus autoridades nacionales, ya que al parecer era por aquel entonces práctica habitual sustanciar en paralelo una investigación por perturbar la paz social y otra por discriminación; la mayor premura con la que se tramitan las primeras hace que las segundas siempre acaben sobreseyéndose con base en el *non bis in idem*²⁵⁴. Por lo tanto, el procedimiento ya nació viciado desde una óptica del artículo 3 en conexión con el 14 CEDH por ser una vía manifiestamente inidónea, lo que revela un tipo de práctica que se encuadra dentro de las discriminaciones institucionalizadas o sistémicas.

En consecuencia, y como parece lógico, el TEDH considera vulnerados los artículos 3 y 14 CEDH. La cuestión del *non bis in idem* la resuelve el Tribunal recordando los precedentes²⁵⁵ en los que ha establecido que no concurre esa interdicción cuando se observan defectos esenciales en el procedimiento que habilitan a los Estados para reabrir causas ya firmes, admitiendo expresamente el párrafo segundo del artículo *ex* Protocolo n.º 7 tal posibilidad. Si bien se trata de un recurso potestativo, el Tribunal veladamente apunta a su obligatoriedad conforme al principio de subsidiariedad y así evitar que tenga que ser el TEDH el que revoque decisiones que los Estados podrían haber anulado *motu proprio*²⁵⁶. No podemos dejar de ver en casos como este, donde no solo hablamos del artículo 7 CEDH, sino que hay implicaciones de mayor calado, la firme voluntad del TEDH de proteger a la parte más débil frente a argumentos formales que solo pretenden encubrir dinámicas estructuralmente contrarias a derechos reconocidos en el CEDH.

Finalmente, y prácticamente recién salido del horno jurisprudencial del TEDH, tenemos el caso *Hanovs c. Lituania*, de 18 de julio de 2024, y al que hemos hecho mención en el capítulo antecedente. Ahora solo nos fijaremos en uno de los párrafos de la sentencia, en concreto el 46, porque de él podemos extraer información muy valiosa que nos ayude a completar el panorama del odio como agravante en la jurisprudencia del TEDH. Apenas son siete líneas²⁵⁷, pero en ellas se condensan dos

²⁵⁴ Vid. párrafo 42.

²⁵⁵ Vid. sobre todo *Marguš c. Croacia*, de 27 de mayo de 2014, así como *Mihalache c. Rumanía*, de 8 de julio de 2019.

²⁵⁶ Vid. párrafo 101.

²⁵⁷ “46. Si se sospecha de que actitudes discriminatorias causaron un acto violento, es especialmente importante que la investigación oficial se desarrolle con vigor e imparcialidad, habiendo declarado [el Tribunal] la necesidad de reafirmar continuamente la condena social de tales actos, así como para mantener la confianza de los grupos minoritarios en la capacidad de las autoridades para protegerlos de la violencia motivada por la discriminación. Cumplir con las obligaciones positivas del Estado impone que el ordenamiento jurídico nacional demuestre su capacidad para hacer cumplir toda ley penal contra los autores de este tipo de actos violentos. Sin una aproximación estricta por parte de las autoridades, inevitablemente se tratarían los delitos motivados por el odio (*hate-motivated crime*) en pie de igualdad con los casos comunes en los que este trasfondo está ausente, y la indiferencia resultante equivaldría a una aquiescencia gubernamental hacia los delitos de odio (*hate crimes*), cuando no la connivencia.”.

ideas centrales, a saber, (i) el peso específico inconfundible que juegan las minorías como grupos especialmente protegibles para la legitimidad política, así como (ii) la discriminación por indiferenciación o, lo que es lo mismo, el trato igual a los desiguales.

Sobre lo primero, es notablemente inconcebible dudar de que la democracia es uno de los pilares – quizá el pilar – del CEHD, pudiendo constatarlo ya desde su Preámbulo²⁵⁸. Es ese sistema democrático el único que el TEDH entiende compatible con el Convenio²⁵⁹, y ello le llevó en un primer momento a consagrar en pronunciamientos ya vistos como *Handyside*²⁶⁰ el pluralismo como una necesidad en el seno de un modelo democrático porque este presupone la aceptación de que en el cuerpo social pueden convivir personas que no compartan una ideología igual o semejante²⁶¹. Esa labor la ha acometido sin perjuicio de que, en dicho texto, no exista ninguna referencia a dicho pluralismo ni conceptos análogos como diversidad cultural o religiosa²⁶²; sí que nos encontramos con dos alusiones a minorías nacionales en los artículos 1 y 14 CEDH²⁶³, pero sería poco preciso construir el concepto de pluralismo solo a partir de ese vector²⁶⁴. Con el paso del tiempo, ese pluralismo más centrado en lo ideológico y lo político ha pasado a incorporar garantías para la diversidad étnica, religiosa, de creencias, así como la siempre controvertida diversidad cultural²⁶⁵, sacando a la palestra artículos como el 14 y el 8 CEDH²⁶⁶.

²⁵⁸ Véase el cuarto párrafo, cuyo contenido es el siguiente: “Reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos de los cuales dependen.”

²⁵⁹ Vid. *Partido Comunista Unido de Turquía y otros c. Turquía*, de 30 de enero de 1998, párrafo 45.

²⁶⁰ Vid. párrafo 49 de la sentencia: “Al amparo del artículo 10.2 es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una «sociedad democrática». Esto significa especialmente que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue.” Ese mismo día, y en el marco del derecho a la educación, el Tribunal dictó la sentencia en el caso *Kjeldsen, Busk, Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, en cuyo párrafo 50 recalca ese papel de pluralismo: “La segunda frase del artículo 2 [se refiere al artículo 2 del Protocolo n.º 1, de 20 de marzo de 1952] pretende, en resumen, salvaguardar la posibilidad del pluralismo en la enseñanza, posibilidad que es esencial para la preservación de la «sociedad democrática» tal como la concibe la Convención. Habida cuenta del poder del Estado moderno, este objetivo debe alcanzarse sobre todo a través de la enseñanza pública.”

²⁶¹ NIEUWENHUIS, A.: “The Concept of Pluralism in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, *European Constitutional Law Review*, Año 2007, n.º 3, p. 368. El autor habla del pluralism como una característica de y una condición para la democracia (ibid., p. 369).

²⁶² RINGELHEIM, J.: “Minority rights in time of multiculturalism the evolving scope of the framework convention on the protection of national minorities”, *Human Rights Law Review*, vol. 10, n.º 1, pp. 105-106; HOFFMANN, F. / RINGELHEIM, J.: “Par-delà l’universalisme et le relativisme: la Cour européenne des droits de l’homme et les dilemmes de la diversité culturelle”, *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, vol. 52, n.º 1, p. 117.

²⁶³ Cisneros Ávila contextualiza ese sintagma en la reciente historia europea, donde esos grupos han tenido un papel destacado. Vid. CISNEROS ÁVILA, F.: *Derecho Penal...*, cit., p. 184.

²⁶⁴ KOSKENNIEMI, M.: “National Self-Determination Today: Problems of Legal Theory and Practice”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, n.º 2, p. 253; BERMAN, N.: “A Perilous Ambivalence: Nationalist Desire, Legal Autonomy, and the Limits of the Interwar Framework”, *Harvard International Law Journal*, vol. 33, n.º 2, p. 353.

²⁶⁵ RINGELHEIM, J.: *Diversité culturelle et droits de l’homme*, Bruylant, Bruselas, 2006, pp. 349-356; HOFFMANN, F. / RINGELHEIM, J.: Par-delà l’universalisme..., cit., pp. 117-118. Los autores exponen la tensión existente entre la constatación, en el penúltimo párrafo del Preámbulo, de un marco de valores común por los Estados firmantes, y la necesidad de construir una unidad en la que la diversidad tenga cabida.

²⁶⁶ BREMS E.: “Human Rights as a Framework for Negotiating/Protecting Cultural Differences: An Exploration in the Case-law of the European Court of Human Rights”, en GAUDREAUULT-DESBIENS, J.-F. / FOLETS, M.-C. (DIRS.): *Cultural Diversity and the Law: State Responses from Around the World*, Bruylant, Bruselas, 2010, pp. 666-675.

El pluralismo, como todo derecho, valor o principio, encuentra la horma de su zapato en quienes pretenden basarse en él para negarlo a futuro, ya sea este inmediato o más lejano. Tanto como si lo planteamos en términos de límite al pluralismo, abuso de derecho o falso pluralismo, el TEDH se ha esmerado en deslindar las actitudes o discursos que rozan las fronteras del pluralismo de aquellas que lo rebasan, lo que constituye una empresa tan delicada como necesaria. El pluralismo que niega el pluralismo (ya sea en todas las facetas o en algunas de ellas²⁶⁷) es un oxímoron cuya presencia en la sociedad no es testimonial y que aprovecha la diversidad del hoy para negar la del mañana. Es en este marco en el que hemos de entender la nula protección dispensada a los postulados contrarios al pluralismo en el marco de una sociedad democrática²⁶⁸.

Puesto que la destrucción o laminación del pluralismo lleva asociadas connotaciones discriminatorias²⁶⁹, la postura del TEDH ha sido de sospecha inicial ante toda actitud que pueda subsumirse en esta categoría *antipluralista*. No es de extrañar, por lo tanto, que el celo con el que haya actuado el Tribunal sea elevado para exigir a las autoridades nacionales una actuación que no deje lugar a la duda sobre su compromiso con el mantenimiento de los mecanismos que permiten una sociedad plural y diversa. Ello conduce indefectiblemente, aunque sea solo indirectamente, a promover el pluralismo y no solo a mantenerlo por cuanto siempre es una incógnita cuáles serán los senderos por los que transitará la materialidad de ese pluralismo.

Sobre el segundo punto, a saber, la discriminación por indiferenciación, no se trata de una novedad introducida en esta sentencia, ya que se había abordado en *Thlimmenos c. Grecia*, de 6 de abril del 2000²⁷⁰, que supuso un cambio de postura por el TEDH al no ceñirse solo la discriminación al trato desigual de los iguales²⁷¹. El caso se originó en la imposibilidad de que el Sr. Iakovos Thlimmenos accediera al puesto de contable público (es decir, perteneciente a la Administración Pública) a la vista de que había sido condenado penalmente por negarse a realizar el servicio militar. Ello constituía, de acuerdo con la legislación griega, un delito grave (*serious crime*)²⁷² que vedaba el acceso a ciertos

²⁶⁷ Con ello aludimos a que se puede pretender la uniformidad completa de la sociedad (v.gr. solo personas de una raza, etnia, origen nacional, religión, orientación sexual y lengua), o bien puede pretenderse homogeneizar solo uno de esos aspectos (v.gr. la intolerancia religiosa contra todos los que no pertenezcan a una confesión religiosa concreta).

²⁶⁸ KOENIG, M.: "The Governance of Religious Diversity at the European Court of Human Rights", en BOULDEN, J. / KYMLICKA, W. (EDS): *International approaches to governing ethnic diversity*, Oxford University Press, Oxford, p. 64; DANCHIN, P.: "Islam in the Secular Nomos of the European Court of Human Rights", *Michigan Journal of International Law*, vol. 32, n.º 4, p. 706.

²⁶⁹ LINGAAS, C.: "In the Eyes of the Perpetrator: Judicial Recognition of the Identity-Based Nature of Genocide", en VIDMAR, J. (ED.): *European Populism and Human Rights*, Brill, Leiden/Boston, 2010, p. 304.

²⁷⁰ Es cierto que, en *Lithgow y otros c. Reino Unido*, de 8 de julio de 1986, así como en *James y otros c. Reino Unido*, de 6 de febrero de 1986, el Tribunal se había enfrentado a una cuestión similar a la deducida en *Thlimmenos*. Sin embargo, en el segundo caso este punto se plasmó de manera muy tangencial y sin que tuviera incidencia en el fallo; por su parte, en el primero sí tenía una incidencia mayor, pero no se concluyó por el Tribunal que hubiera una obligación a diferenciar si las situaciones de partida no son asimilables jurídicamente.

²⁷¹ VVAA: "Reasonable accommodation for religious minorities: promising concept for European antidiscrimination law", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 17, n.º 2, pp. 153-154. Sobre la aplicación de este pronunciamiento al concepto de acomodación razonable, vid. VICKERS, L.: *Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace*, Hart Publishing, Oxford, 2008, p. 221.

²⁷² Hasta 1995, el Código Penal Militar preveía tal figura típica en su artículo 70 (vid. párrafo 18 de la sentencia).

cargos públicos, como era el caso de contador al que aspiraba el Sr. Thlimmenos²⁷³. Hasta aquí, nada haría presagiar que la discriminación fuera una cuestión que considerar, pero en este caso se daba la singularidad de que el futuro demandante ante el TEDH era testigo de Jehová, motivo por el que se había negado a enfundarse el uniforme militar como sí hacían otros tantos griegos.

Esta circunstancia fue, pues, el detonante que hizo al Sr. Thlimmenos acudir al TEDH para que declarara que el Estado heleno había vulnerado su derecho a la igualdad, y por lo tanto lo había discriminado, con base en que se había ignorado que la causa subyacente al delito por el que fue condenado no era una desobediencia o insumisión cualquier, sino religiosamente fundada²⁷⁴. Es importante destacar que la demanda no se dirigía a impugnar su condena *per se*, ni tampoco la adecuación del artículo 70 del Código Penal Militar con el artículo 14 CEDH²⁷⁵, sino que el objeto del reproche por el Sr. Thlimmenos radicaba en la interdicción de acceder a la función pública por razón de esa condena²⁷⁶, esto es, se impugnaban los efectos de tal sentencia por no permitir la legislación griega una excepción como la que él pretendía.

De todas las consideraciones que el TEDH lleva a cabo, quizá la más reseñable para nosotros se contenga en el párrafo 44 de la sentencia, en el que se afirma que, además de la perspectiva según la que la discriminación se da cuando se trata de manera distinta a los iguales²⁷⁷, también concurre la discriminación cuando “un Estado, sin una justificación objetiva y razonable, no trata de manera diferente a quienes están en situaciones significativamente diferentes.” Si aplicamos este razonamiento al caso de autos, el Tribunal empieza analizando si la legislación impugnada por el demandante ofrece esa justificación objetiva y razonable de la que nos habla el TEDH.

Reconoce el Tribunal que, *prima facie*, todo Estado ha de poder limitar el acceso a la función pública de quienes han cometido delitos que la legislación correspondiente califica con la máxima gravedad porque en ello las autoridades nacionales tienen un interés legítimo; también es comprensible que un Estado cierre las puertas de cargos en la Administración Pública a quien se ha negado a defender a su país. No obstante, y este “no obstante” ya indica los derroteros de la sentencia, no es proporcional que se bloquee tal acceso a quien se ha negado a alistarse por motivos religiosos o filosóficos porque en ello no se puede ver deshonestidad ni ineptitud moral como sí alegaba el Gobierno griego²⁷⁸; el demandante ya cumplió con la condena impuesta por insubordinación militar, lo que es suficiente

²⁷³ Vid. párrafo 2.

²⁷⁴ Vid. párrafo 34.

²⁷⁵ De haberse planteado esta última cuestión, probablemente el Tribunal la hubiera rechazado porque es constante su doctrina según la que su misión principal no es enjuiciar la legislación en sí, sino las interpretaciones de las autoridades nacionales en relación con el CEDH. A este respecto, y por todas, vid. *Belkacem c. Bélgica*, de 27 de junio de 2017, que además versa sobre un caso de discurso de odio. Sin embargo, veremos que en *Thlimmenos* el Tribunal sí dirige un reproche a la legislación griega.

²⁷⁶ Vid. párrafo 33.

²⁷⁷ Vid. *Inze c. Austria*, de 28 de octubre de 1987.

²⁷⁸ Vid. párrafo 47.

castigo por sus actos. Por lo tanto, no se considera justificado tratar al demandante del mismo modo que al resto de autores de delitos graves debido a que, tras esa aparente igualdad, estamos ante una discriminación²⁷⁹.

Este pronunciamiento del TEDH ha tenido una influencia significativa en sentencias posteriores porque ha consagrado la igualdad como trato igual a los iguales y desigual a los desiguales²⁸⁰, entendiendo por “iguales” y “desiguales” a quienes se parecen o se distinguen por motivos relevantes a los efectos jurídicos. Los requisitos de objetividad y razonabilidad ya no se aplican solo al trato desigual de los iguales²⁸¹, sino al trato igual de los desiguales, por lo que la diferencia de trato no es un criterio primario al que atender; por el contrario, esta diferencia solo tendrá relevancia si coadyuva indirectamente a asegurar una verdadera identidad en el trato²⁸². Esta definición de discriminación permitiría superar las aparentes contradicciones, vistas en el capítulo anterior, entre la igualdad formal y la material – donde esta se vería como una derogación de aquella – y así dispone de una visión unificada del fenómeno antidiscriminatorio²⁸³.

Una concepción tal de la discriminación abre el espectro de situaciones en las que cabe apreciar un trato desigual injustificado por omisión de la diferenciación, que se entendería preceptiva en los casos donde el punto de partida es suficientemente dispar. Las consecuencias de esta segunda vertiente de la discriminación no pueden escapársele a nadie por la enorme amplitud con la que puede jugar, al menos en abstracto, la interdicción de la discriminación. Al igual que sucede con la visión más clásica de la discriminación (trato desigual injustificado a los iguales), es determinante definir aquellas características que determinan la suficiente disimilitud como para que dos puntos de partida no sean equiparables, aunque a ello deberá seguirle la justificación de la distinción de tal suerte que un mismo

²⁷⁹ De la sentencia podría entenderse que la discriminación la padecería toda persona condenada conforme al artículo 70 del Código Penal Militar griego (vid. la literalidad del párrafo 47 *in fine*). Esa interpretación, sin embargo, no es plausible porque, de ella, se colegiría que solo los condenados con base en ese precepto tendrían a derecho a presentarse a cualesquiera cargos públicos, lo que supondría un caso de discriminación por sobreinclusión. Lo que no resuelve el Tribunal, esencialmente porque tampoco se le pregunta, es si los motivos religiosos o filosóficos pueden servir para sustraer a un demandante de cualesquiera consecuencias extrapenales anudadas a la comisión de un ilícito. Tal conclusión no parecería sensata en abstracto porque cada alegación de discriminación requiere su juicio *ad hoc* de objetividad y razonabilidad, que consideramos se satisfaría si la creencia religiosa o filosófica fuera más un pretexto que una justificación para la comisión de injustos. Un ejemplo de ello nos lo ofrece *Coster*, en el que el Tribunal falló que no se había discriminado al demandante por no brindarle un trato específico adaptado a sus tradiciones gitanas, y que en parte pasaban por alojarse en una caravana. Las autoridades nacionales, pues, no habían violado su derecho a la igualdad cuando sancionaron al demandante por pretender vivir en una caravana con toda su familia, ni tampoco cuando no se les ofrecía el mismo trato que a los que vivían en casas.

²⁸⁰ CONSEJO DE EUROPA: *The prohibition of discrimination under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2010, p. 69. Poco después de *Thlimmenos*, el Tribunal lo tomaría como un precedente en el caso *Coster* mencionado en la nota anterior, y también sería esgrimido por el juez Greve en su voto concurrente a *Price c. Reino Unido*, de 10 de julio de 2001. En él, el magistrado defendía que se había vulnerado el artículo 14 CEDH, y no solo el 3, por el trato degradante que había recibido una persona con una severísima discapacidad causada por la talidomida; a dicha persona se la había condenado por desacato y se la había confinado en una celda claramente inadapta para sus muy especiales necesidades, lo que le había causado problemas de salud.

²⁸¹ Estos dos requisitos se plasmaron en el párrafo 10 del llamado *Caso Lingüístico Belga*, de 3 de octubre de 1972, donde el Tribunal resolvió sobre si la legislación favorecedora del monolingüismo en función de las regiones belgas constituía trato discriminatorio por razón del lugar de residencia de los padres de los menores afectados por tal división.

²⁸² EDEL, F.: “Linéaments d’une théorie générale du principe d’égalité”, *Droits: Revue française de théorie juridique*, vol. 49, n.º 1, pp. 213-242.

²⁸³ CONSEJO DE EUROPA: *The prohibition...*, cit., p. 71.

criterio (véase, la religión) puede impedir y exigir a la vez tratos diferenciados. Y sobre esto la doctrina ha apuntado que el TEDH no ha fijado un criterio suficientemente claro en torno a qué condiciones o circunstancias personales serían determinantes²⁸⁴.

Más allá de constatar en *Hanovs* la evidencia de que esa discriminación por indiferenciación se mantiene, hemos de preguntarnos cómo ha aplicado esta nueva modalidad protectora en el tiempo intermedio entre aquel y *Thlimmenos*. Los antecedentes *ratione materiae* que destacaremos son *B.S. c. España*, de 24 de julio de 2012, y *Abdu c. Bulgaria*, de 11 de marzo de 2014.

En el primero, se destaca la insuficiente actuación de las autoridades españolas para investigar un presunto delito de lesiones con la agravante de discriminación por la raza y la profesión de la víctima (mujer negra que ejerce la prostitución)²⁸⁵. Los hechos, que habían dado lugar a la formación de dos causas separadas, terminaron con una absolución por insuficiencia probatoria y con un sobreseimiento provisional, respectivamente, pronunciamientos ambos recurridos en apelación y confirmados por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca²⁸⁶. A la vista este *iter*, la demandante adujo la vulneración de los artículos 3 y 14 CEDH, pretensión que el TEDH estimó porque, si bien admitía la dificultad de probar el ánimo discriminatorio²⁸⁷, las autoridades nacionales no habían desplegado la diligencia suficiente para comprobar la veracidad de las denuncias interpuestas²⁸⁸. Es importante destacar que el fallo alude expresamente a la especial vulnerabilidad de la demandante en tanto que “mujer africana que trabaja como prostituta”, circunstancias que para el Tribunal constituyen el punto de partida diferencial de la demandante que acarrea la discriminación por falta de especial énfasis en la investigación.

En el segundo caso, el demandante alegaba que el Estado búlgaro no había emprendido las pesquisas bastantes para averiguar si los hechos que motivaron una denuncia policial por su parte tenían un móvil racista. Esos hechos consistían en las agresiones físicas y verbales sufridas por ese demandante y otras personas más, todas ellas de origen sudanés, a manos de dos personas de nacionalidad búlgara con estética skinhead a la salida de un centro comercial de Sofía²⁸⁹. El Fiscal encargado del caso no había considerado que el informe policial que apuntaba a un delito motivado por racismo (los denunciante alegaron que los atacantes les habían espetado frases como “Sucios negros, ¿qué hacéis aquí?”²⁹⁰) estuviera suficientemente justificado como para iniciar un procedimiento penal, por lo que

²⁸⁴ GERARDS, J.: “The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 13, n.º 1, pp. 112-113.

²⁸⁵ Vid. párrafo 29.

²⁸⁶ Vid. párrafos 17, 18, 19, 26 y 27.

²⁸⁷ Vid. párrafo 58.

²⁸⁸ Vid. párrafo 62.

²⁸⁹ Vid. párrafos 6 a 11.

²⁹⁰ Vid. párrafos 7 y 12.

decidió archivarlo y esa decisión fue confirmada en apelación²⁹¹. El Tribunal, al igual que sucedió en *B.S.*, concluyó que se habían vulnerado los preceptos 3 y 14 de la Convención por insuficiente investigación interna a pesar de existir dudas sobre el móvil racista²⁹².

Este caso también plantea una cuestión interesante en materia de discriminación estructural porque la segunda pretensión del demandante era que se condenara al Estado búlgaro en virtud de los prejuicios racistas que habrían informado la decisión de archivar el procedimiento. Que no se haya aportado prueba alguna de que ello fuera así, igual que ocurrió en un caso similar contra Bulgaria²⁹³, motiva que la respuesta del Tribunal sea que no puede siquiera superar el filtro de admisión en este punto a la vista de que sería preciso aportar al menos comentarios tendenciosos o u ofensas de carácter racista²⁹⁴. Si bien cabría entender implícita una alegación de discriminación estructural – única explicación lógica posible a presentar una queja sin el más mínimo fundamento probatorio –, en cualquier caso, el TEDH exige indicios concretos para acreditar de que concurría una discriminación que los situaba en peor posición que si el delito se hubiera cometido contra personas de otra raza, origen étnico u origen nacional. No llegaremos a decir que el Tribunal descarta con ello la existencia de discriminaciones estructurales, pero sí que creemos estar en disposición de sostener que el canon para acreditar discriminaciones requiere pruebas específicas contra aquellos de los que se predica responsabilidad; no hay, en consecuencia, responsabilidades colectivas cuya sanción recaee en quien pertenece al sistema solo por esa pertenencia.

Esta constatación la vemos reforzada en pronunciamientos como el ya visto de *Savva*. Aparte de la cuestión subjetiva que hemos examinado *ut supra*, ahora trasladamos nuestra atención hacia la parte de la sentencia en la que se habla sobre una eventual aplicación selectiva de las expresiones que incitan, promueven o justifican la violencia, el odio o la intolerancia²⁹⁵. Es de ver cómo el Tribunal desliza su sospecha de que la verdadera causa por la que se condenó al demandante fue un uso interesado por las autoridades nacionales de la normativa de referencia, lo que condujo a interpretarla de una manera imprevista y, lo más importante, tendenciosa para silenciar a la disidencia política. Sin embargo, tales aseveraciones no llevan a mayores consideraciones desde el artículo 5 o 14 CEDH, preceptos que, aunque no fueron traídos al procedimiento por el demandante, podrían haber tenido una elaboración siquiera teórica o abstracta. El estándar probatorio de la discriminación – aisladamente o unida a otro precepto – exige al menos un mínimo esfuerzo por quien alega una determinada circunstancia.

²⁹¹ Vid. párrafos 13 a 15.

²⁹² Vid. párrafos 52 y 53.

²⁹³ *Seidova y otros c. Bulgaria*, de 18 de noviembre de 2010. En este caso, se alegaba que las autoridades búlgaras no habían investigado suficientemente el homicidio de una persona de etnia gitana, lo que achacaban a racismo y prejuicios de las autoridades que se sumaban al presunto móvil discriminatorio del homicidio (vid. párrafo 65).

²⁹⁴ Vid. párrafo 58. En *Seidova*, los párrafos equivalentes son el 67 y el 68.

²⁹⁵ Vid. párrafo 85, en íntima conexión con los 58 y 59.

Otro caso que resaltaremos es *Andrle c. República Checa*, de 17 de febrero de 2011. En él, al Tribunal se le planteó si la siguiente normativa vulneraba el derecho a la igualdad por razón de sexo: la Ley checa de Seguridad Social n.º 101/1964 preveía que las mujeres que hubieran criado un determinado número de hijos podían beneficiarse de una reducción en la edad de jubilación, ya que en la Checoslovaquia comunista se esperaba de toda mujer que trabajara a tiempo completo y, además, se ocupara de manera principal de criar de su prole. Con ello, no se pretendía ofrecer un mejor trato a la mujer solo por el hecho de tal crianza, sino por la extremada carga que soportaba al tener que conjugar la vida laboral y personal²⁹⁶. Este tipo de medidas se preveían solo con carácter temporal hasta que cesara la desigualdad padecida por las mujeres, y en reformas ulteriores se había reducido la diferencia de tratamiento por cuestión de sexo²⁹⁷.

Ante la demanda de un ciudadano checo, al que se había atribuido en exclusiva la guarda y custodia de sus dos hijos, de que no podía beneficiarse de la misma edad de jubilación anticipada que una mujer en su misma situación, el Tribunal afirma que: “El artículo 14 no prohíbe a los Estados tratar a grupos de manera diferente para corregir desigualdades fácticas entre ellos; es más, en ciertas circunstancias, no corregir la desigualdad con un trato diferente puede dar lugar a una infracción de dicho artículo”²⁹⁸. Asimismo, el TEDH recurre al margen de apreciación nacional en cuestiones como el sistema de pensiones, materia muy sensible en el Estado del bienestar sobre la que el Tribunal es cauteloso a la hora de pronunciarse. A este respecto, la sentencia dice que ese margen se proyecta, en principio, a justificar tratos diferentes en situaciones que, según el prisma, pueden ser iguales o diferentes²⁹⁹.

Todo lo anterior conduce al Tribunal a fallar a favor del Estado checo, no sin antes destacar todos sus esfuerzos por enmendar la normativa de referencia³⁰⁰. También relaciona el sentido de su fallo con que no estamos ante prestaciones como la de paternidad y maternidad cuyo propósito es compensar la dedicación del hoy, sino que nos hablamos de situaciones desiguales surgidas hace mucho tiempo y que tienen un impacto en el hoy³⁰¹. La medida adoptada – o mantenida, a la vista de cuándo se aprobó – exhibe proporcionalidad entre fines y medios y, por lo tanto, ha de subsistir en sus términos porque no hay nada reprochable en la conducta de las autoridades nacionales³⁰².

No podemos dejar de ver en este caso una semblanza con lo que hemos comentado sobre la LO 1/2004 en el capítulo anterior: lo que es un criterio normalmente previsto a los fines de no introducir

²⁹⁶ Vid. párrafos 34 a 36.

²⁹⁷ Vid. párrafos 39 y 40. Consta en el párrafo 42 que, en 2003, el gobierno checo había tratado de abolir estas diferencias con mayor rapidez, pero le resultó imposible por las protestas que ello generó por diferentes grupos. En consecuencia, optó por una reducción más gradual.

²⁹⁸ Vid. párrafo 48.

²⁹⁹ Vid. párrafo 48.

³⁰⁰ Vid. párrafos 57 y 58.

³⁰¹ Vid. párrafo 59. El TEDH justifica que no siga lo resuelto en *Konstantin Markin c. Rusia*, de 22 de marzo de 2012, donde resolvió que un mayor permiso de maternidad reforzaba los estereotipos de género (vid. párrafos 142 y 143).

³⁰² Vid. párrafo 61.

diferencias de trato se erige, en este caso, en uno que precisamente ampara ese trato disímil. Es cierto que no nos movemos en el mismo plano que *Thlimmenos*, ya que allí al Tribunal se le pedía anular una norma por tratar igual a los desiguales, en tanto que aquí se le pide al Tribunal anular una norma por tratar desigual a los iguales, y no sabemos qué hubiera ocurrido si una mujer hubiera demandado a la República Checa por una reducción igual de la edad de jubilación a hombres y a mujeres que han cuidado de sus hijos a la par que trabajaban. Dicho de otro modo, no sabemos si la legislación checa era la única posible en términos de igualdad, o si por el contrario era una posibilidad razonable en esos términos.

La distinción entre ambos supuestos no es baladí porque, de ser razonablemente posible dentro del margen de apreciación dado a los Estados, cabría preguntarnos si no era posible una legislación redactada con mayor precisión que redujera la edad de jubilación a quienes hubieran cuidado a su descendencia mientras trabajaban a jornada completa. La pregunta por la proporcionalidad estricta creemos que planea sobre esta sentencia, si bien no se planteó por ninguno de los jueces que formaron la Gran Sala que resolvió el caso. A mí entender, este argumento al menos merecía considerarse, con independencia del resultado final de su examen. Es verdad que estamos ante la asignación de bienes escasos, pero si la cifra de hombres que se encontraban en esa situación era tan irrisoria, el impacto no hubiera sido de calado, aunque evidentemente ni el Tribunal ni quien suscribe está en disposición de saber el alcance real de esa inclusión.

En último lugar, traemos a colación el caso de *Taddeucci y McCall c. Italia*, de 30 de junio de 2016. El supuesto de hecho consiste en la denegación el 18 de octubre de 2004 del permiso de residencia a un ciudadano neozelandés por no formar con su pareja – otro hombre – una familia en los términos previstos por la legislación italiana, que exigía el matrimonio³⁰³. Aparentemente, no habría lugar para la discriminación porque tampoco se consideraría familia a las parejas heterosexuales no casadas³⁰⁴, pero – y este es uno de esos pero que engrandece la talla intelectual del TEDH y de los juristas que colaboran en su misión – el Tribunal consideró que la posición de la que partían las parejas heterosexuales y las homosexuales no era análogo. En efecto, una pareja heterosexual siempre tenía a su disposición el acceso al matrimonio para, a su vez, acceder al estatus de familia, mientras que una pareja homosexual nunca podría erigirse en familia por la imposibilidad de casarse, con lo que una pareja homosexual jamás podría alcanzar el estatus de familia³⁰⁵.

Por lo tanto, nos encontramos ante un trato igual a los desiguales, en este caso por una desigualdad jurídica que luego no se tiene en cuenta por el propio ordenamiento jurídico. Ciertamente es que también

³⁰³ Vid. párrafos 8, 9, 10 y 21.

³⁰⁴ Vid. párrafo 82.

³⁰⁵ Vid. párrafo 83. No se plantea en la sentencia, porque no es objeto de controversia, si el concepto de familia ha de definirse únicamente por quienes están casados. Por aquel entonces, en Italia las parejas de hecho no tenían reconocimiento jurídico (vid. ese mismo párrafo 83).

podría haberse contemplado desde la óptica de que el término de comparación de los demandantes no eran las parejas heterosexuales, sino que lo eran los heterosexuales que se habían erigido en familia para que se observara de manera más cruda la incapacidad normativa de alcanzar esa misma protección jurídica. En definitiva, bien pudiera ocurrir que algunas parejas heterosexuales no se constituyeran en familia porque no querían ser calificadas así, o incluso lo hicieran como reivindicación de una concepción más amplia de la familia, por lo que el mejor término de comparación sería el contingente de los que sí se consideran familia. A ello podemos añadir que, junto con la discriminación por indiferenciación, es posible también advertir una discriminación indirecta porque la definición de familia tiene un impacto desproporcionado en la orientación sexual, en la medida en la que cierra el paso por completo a los homosexuales.

Es interesante que este pronunciamiento no parta necesariamente de que la configuración del matrimonio como solo disponible para los heterosexuales conculque precepto alguno de la CEDH (principalmente serían el 8, el 12 y el 14), cuestión que los jueces Spano y Bianku sí dejan entrever en su voto concurrente. El Tribunal no niega que la protección del matrimonio tradicional sea, en algunos casos, fuente de justificación para un trato desigual amparado por el artículo 14 CEDH, sino que se centra en las consecuencias aparejadas a cierta configuración del ordenamiento jurídico en esta materia, y de ahí que nos refiriéramos en el párrafo anterior a una discriminación indirecta que percibimos en la sustancia por más que la sentencia no sea clara al respecto³⁰⁶. Al calor de esos argumentos, nos asaltan dos dudas, de las que se deriva una ulterior.

Nos preguntamos, en primer lugar, qué otras consecuencias ilícitas pueden derivarse de configuraciones jurídicas irreprochables *per se*. En el capítulo anterior hemos visto cómo el régimen de los extranjeros, por más que se haya visto atemperado por la doctrina constitucional, no es asimilable *ex Constitutione* al de los nacionales, lo que tiene un indudable impacto en su sobrerrepresentación en los delitos de odio *lato sensu*. Nos preguntamos, asimismo, si podríamos asimilar una desigualdad *de iure* a una *de facto* consentida por el Estado en la medida en la que no es el reproche formal a la desigualdad lo que constituye una conducta contraria a la CEDH, sino que lo son sus inexorables consecuencias. Los grupos más desfavorecidos en términos de igualdad material – lo que para el TEDH tiene un vínculo directo con la dignidad³⁰⁷ – son también los que engrosan una parte sustancial de esos delitos de odio *lato sensu*. Ambos interrogantes combinados nos llevan a

³⁰⁶ La discriminación indirecta se menciona por los terceros intervinientes (párrafos 76 y 79.iv), así como en el párrafo 81, pero parece no tener continuidad en los argumentos ulteriores que desarrollan el caso. Consideramos que ello no obsta para reputar este caso como uno de discriminación indirecta, incluso en los propios términos del TEDH.

³⁰⁷ Vid. *Lacatus c. Suiza*, de 19 de enero de 2021. En su párrafo 56, el Tribunal habla de cómo la dignidad puede verse seriamente comprometida cuando una persona no tiene suficientes recursos para subsistir. A nuestro juicio, la necesidad de que el ordenamiento jurídico proteja en lo material a quien carece de los medios suficientes puede extrapolarse, *mutatis mutandis*, a la protección jurídica de quien no dispone de la capacidad para influir en decisiones políticas (no tiene derecho al voto) o pertenece a un colectivo irrelevante en términos de representación política.

cuestionarnos en qué medida pesa sobre los hombros de quienes no exhiben esas desigualdades una obligación jurídica de proteger *efectivamente* a quienes no pueden tener voz y a quienes tienen una voz apenas audible.

En otro orden de cosas, percibimos cierta tensión entre los pronunciamientos de *Abdu* y *Seidova*, por un lado, y el *Andrle* y *Taddeucci*, por el otro. En los segundos se da por descontada la discriminación, especialmente en el primer caso, si bien no consta que el gobierno checo aportara documentación acreditativa sobre lo que alegaba como causa de justificación. Nadie niega que la mujer, en la República Checa y en otros países como el nuestro, haya estado relegada al plano doméstico o haya tenido que hacer malabarismos para lograr conjugar su actividad profesional y personal (esto último todavía predomina en nuestros días), ni tampoco nadie niega que los homosexuales se hayan visto defenestrados a lo largo de la historia. No obstante, nos parece igualmente indudable que hay minorías en los países de nuestro entorno que también se han visto relegadas en todos los ámbitos, pero para apreciarlas exigimos pruebas que están ausentes en otras tesituras o cuyo *onus probandi* es más leve.

Parece que podemos dar por descontada cierta discriminación porque ya hemos amortizado su carga de negatividad, en parte por haber tomado desde hace décadas medidas para atajarla, pero en cambio no somos capaces de reconocer otras discriminaciones que quizá nos hieran más porque nos hablan de racismo o de xenofobia. En *Taddeucci*, el Tribunal no teme embarcarse en un argumento que llevó – a nuestro juicio, muy acertadamente – a apreciar discriminación, pero no puedo evitar tener la sensación de que lo hace – lo hacemos – porque somos capaces de lidiar con esa discriminación al haber interiorizado que estamos trabajando por alejarnos de esos patrones discriminatorios. Con ello no quiero decir que debemos estimar cualquier demanda sobre actos o conductas estructuralmente discriminatorias si no van acompañadas de pruebas concretas compatibles con el derecho de defensa al que asiste al Estado demandado, pero sí que quiero decir que es importante no adoptar estándares o partir de presupuestos muy alejados en términos diferenciales.

De regreso a *Hanovs*, un penúltimo apunte nos conduce de lleno a la dignidad, objeto de tratamiento en la sentencia como cabría esperar. Recuérdese que hemos hablado sobre la importancia que ese principio tiene en la jurisprudencia del artículo 3 CEDH por cuanto su afectación es *conditio sine qua non* para considerar que tal precepto se ha vulnerado. En esta decisión, el Tribunal dispone de una ocasión para aportar notas propias cuando hablamos de ataques dirigidos a quienes no esconden su orientación sexual y tratan de vivirla con naturalidad, es decir, compartiendo el espacio público en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales. A este respecto, la sentencia dice que “El concepto de dignidad va más allá del mero orgullo personal o autoestima, integrando el derecho a expresar la identidad personal y el afecto sin miedo a represalias o violencia”³⁰⁸. Asimismo, y en ese

³⁰⁸ Vid. párrafo 42.

mismo párrafo, el Tribunal expresa que, además de por la integridad física, estos ataques se caracterizan por dirigirse al “bienestar emocional psicológico, convirtiendo un momento de intimidad en uno de miedo y trauma. Además, [los autores] humillan y degradan a las víctimas, transmitiendo un mensaje de inferioridad de su identidad y expresiones, por lo que caen dentro del ámbito del artículo de la Convención”³⁰⁹.

El engarce de ese caso con el artículo 8 CEDH tiene su razón de ser en que, “más allá de constituir una afrenta a la dignidad humana, los ataques a los particulares que pertenecen al colectivo LGTBI motivados por esa pertenencia tienen un impacto profundo en su vida tanto pública como privada. Sentimientos como el temor o la inseguridad tienen el potencial de inhibir la expresión de sentimientos humanos fundamentales y reducir esa orientación sexual a la invisibilidad o la marginalidad. La amenaza de la violencia compromete su capacidad para vivir con autenticidad y les fuerza a esconder aspectos esenciales de su vida privada para evitar daños. En consecuencia, tales ataques restringen su libertad para disfrutar del derecho al respeto de su vida íntima *ex* artículo 8 de la Convención, con tanta libertad como las parejas heterosexuales, imponiéndoles por ello un estándar diferente en la expresión de su identidad y de sus relaciones”³¹⁰.

El último apunte sobre *Hanovs* tiene que ver con la innecesaridad de que se haya empleado efectivamente la violencia para que el odio como agravante sea relevante. En el párrafo que acabamos de ver y en el relato de hechos contenido en la sentencia, salta a la vista que no se llegó a materializar ningún acto de violencia física, sino que el mismo adoptó la forma de amenaza o incluso de tentativa. La amenaza de un mal se configura como un mal en sí porque no solo se valora la integridad física, sino que la psíquica ostenta un papel crucial a la vista de las limitaciones más sutiles, pero igualmente perniciosas, que puede introducir en la capacidad de desarrollar el propio proyecto vital (lo que en España traduciríamos como el libre desarrollo de la personalidad). Además, la amenaza ya expresa un desvalor de acción hacia modos ajenos de vivir que se basan en elecciones especialmente protegidas por vincularse con aspectos de la personalidad en los que nadie tiene derecho a interferir con ánimo limitador o cercenador.

3.2.2. Discurso de odio: ¿el odio como delito?

Si pasamos al discurso de odio, nos moveremos en un terreno mucho más incierto porque el Tribunal ha optado de manera consciente por no adoptar ninguna definición *nunc et semper* del concepto – sin perjuicio de tomar en consideración las RPG – lo que la doctrina destaca que le ha llevado a adoptar

³⁰⁹ Sobre la importancia que tiene la interrelación entre la dignidad y la vulnerabilidad, vid, HERI, C.: “Deference...”, cit., p. 12.

³¹⁰ Vid. párrafo 43.

una posición casuística³¹¹, aunque veremos que esa afirmación es matizable tras *Lilliendahl*. Cumple decir que esta aproximación ha dotado de flexibilidad al Tribunal para no tener que estar reformulando constantemente una definición ya de por sí escurridiza y falta de unanimidad, siquiera de mayoría, tanto en la jurisprudencia internacional, nacional y en la doctrina, pero ello ha sido a costa de generar cierta confusión sobre lo que es discurso de odio y cuál es el estándar aplicado. Con el firme propósito de aportar nuestra contribución al esclarecimiento de la materia, haremos nuestra la metodología casuística del TEDH para construir a partir del conjunto de casos una teoría sobre el discurso de odio en el Tribunal.

El primer caso sobre el que hablaremos es *J. Glimmerveen y J. Hagenbeek c. Países Bajos*, de 11 de octubre de 1979³¹². El Sr. Glimmerveen era el presidente del partido *Nederlandse Volks-Unie*, partido creado en 1971 cuyo propósito era lograr una nación neerlandesa racialmente homogénea en el marco de su propuesta que cada nación tenga su propio Estado en la que los intereses generales se satisfacen mejor en virtud de esa uniformidad racial³¹³. El 29 de marzo de 1977, fue condenado por el Tribunal Regional de Rotterdam a dos semanas de prisión por poseer, con la finalidad de distribuirlos, una serie de panfletos titulados “A los neerlandeses blancos” en los que se incitaba a la discriminación racial afirmando, entre otras cosas, que había demasiados surinameses³¹⁴, turcos y trabajadores extranjeros en Países Bajos; si su partido ganaba las elecciones, “pondría orden” (sic) y empezaría a expulsar del país a todos esos colectivos³¹⁵. Asimismo, el 8 de marzo de 1978, el partido fue ilegalizado – aunque no disuelto – por el Tribunal Regional de Ámsterdam a causa de su programa político³¹⁶.

Por otro lado, el 21 de abril de 1978, la Junta Electoral Central declaró inválida una lista electoral en la que el Sr. Glimmerveen y el segundo demandante, el Sr. Hagenbeek, se habían presentado como primer y sexto candidato, respectivamente. Si bien formalmente no se presentaron bajo las siglas del partido prohibido, dicho órgano consideró que todos los integrantes de esa lista pertenecían a él y, por lo tanto, se pretendía un fraude de ley porque no constaba que hubieran abjurado de las ideas que

³¹¹ MCHANGAMA, J. / ALKIVIADOU, N.: “Hate Speech and the European Court of Human Rights: Whatever Happened to the Right to Offend, Shock or Disturb?”, *Human Rights Law Review*, Año 2021, n.º 21, p. 1015; COHEN-JONATHAN, G.: “Le droit de l’homme à la non-discrimination raciale”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, n.º 46, p. 679; GASCÓN CUENCA, A.: *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 54; LETSAS, G.: “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n.º 4, p. 705; SARDO, A.: “Hate Speech: A Pragmatic Assessment of the European Court of Human Rights’ Jurisprudence”, *European Convention on Human Rights Lw Review*, Año 2023, n.º 4, pp. 68-69; EHLERS, D.: *European Fundamental Rights and Freedoms*, De Gruyter Recht, Berlín, 2007, p. 105; ARTICLE XIX: *Towards an interpretation of article 20 of the ICCPR: Thresholds for the prohibition of incitement to hatred*, Article XIX, 2010, p. 5 (<https://bit.ly/2J1GqDI>); OETHEIMER, M.: “La Court Européenne de Droits de L’Homme face au discours de haine”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, n.º 67, p. 65; MCGONAGLE, T.: “Conundrums...”, cit., p. 11. Esta visión caso a caso (*case by case assessment*) fue esgrimida por el Estado neerlandés en sus alegaciones al caso analizado *ut supra* de *Mohamed Rabbae, A.B.S y N.A. c. Países Bajos*, seguramente influido por cómo el TEDH ha abordado el discurso de odio (vid. párrafo 6.11 de la Comunicación). Ya vimos cómo la CDH de la ICCPR parece suscribir la postura casuística en el párrafo 10.5 de la Comunicación.

³¹² Demandas acumuladas n.º 8348/78 y 8406/78.

³¹³ Vid. párrafo 2.

³¹⁴ Surinam perteneció a la Corona neerlandesa hasta su independencia en 1975.

³¹⁵ Vid. párrafo 4.

³¹⁶ Vid. párrafo 7b.

habían conducido a tal decisión³¹⁷. Los demandantes recurrieron esa decisión, que fue confirmada en sucesivas instancias con el argumento de que no podía ampararse un subterfugio como el usado por los recurrentes³¹⁸.

En su demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, los Sres. Glimmerveen y Hagenbeek sostuvieron que sendas decisiones de sus autoridades nacionales incurrían en una interdicción incompatible con el artículo CEDH, máxime cuando nos encontrábamos ante un ámbito especialmente protegido y sensible como el político. Por su parte, la Comisión dio por buena la actuación del Estado neerlandés porque consideró que los panfletos en cuestión abogaban por la expulsión de todos los no blancos del territorio nacional, sin importar su nacionalidad, tiempo de residencia, lazos familiares u otras consideraciones sociales, económicas o humanitarias³¹⁹. En consecuencia, la Comisión, citando el artículo 14³²⁰, ratificó el carácter discriminatorio³²¹ de tales asertos con base en la literalidad de lo dicho³²² y aplicó el artículo 17 CEDH para inadmitir la demanda y excluir de raíz entrar en el artículo 10.2 CEDH³²³. Para la Comisión, ciertas expresiones han de ser categóricamente excluidas sin entrar a ponderación en aquellos casos que se subsuman en la tipología declarada *estructuralmente* incompatible con el CEDH³²⁴.

Casi tan importante como esa decisión resulta lo dicho por la Comisión en el párrafo inmediatamente anterior a la aplicación del artículo 17 CEDH. En ese pasaje, se dice que: “Las autoridades neerlandesas, de haber permitido a los demandantes proclamar libremente y sin sanción alguna sus ideas, habrían ciertamente animado a la discriminación prohibida por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y por el Convenio de Nueva York de 1965”³²⁵. A ojos de la Comisión, la simple pasividad de las autoridades nacionales se hubiera visto como una aceptación de que esas ideas podían constituir un programa político no solo válido desde el punto de vista teórica, sino también práctico como acción de gobierno. Sobre las obligaciones positivas en materia de discurso de odio o discriminatorio volveremos más tarde.

Pueden trazarse paralelismos entre esta decisión y la de *Mohamed Rabbae*, tanto por la geografía como por la sustancia de los casos. Así como los demandantes en *Glimmerveen* abogaban

³¹⁷ Vid. párrafo 6 a 8.

³¹⁸ Vid. párrafos 9 a 11.

³¹⁹ Vid. página 195 de la resolución (a partir de la página 194 los párrafos no están numerados).

³²⁰ Mchangama y Alkiviadou ponen de manifiesto que sería una alusión que no tendría continuidad en el tiempo, sin perjuicio de que veremos que se menciona en las alegaciones del demandante en *Lenis* (vid. MCHANGAMA, J. / ALKIVIADOU, N.: “Hate Speech...”, cit., p. 1028).

³²¹ ALCÁCER GUIRAO, R.: *La libertad del odio...*, cit., p. 49.

³²² TEMPERMAN, J.: *Religious Hatred...*, cit., p. 149.

³²³ Vid. páginas 196 y 197; SARDO, A.: “Hate Speech...”, cit., p. 82; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Libertad de expresión...*, cit., p. 240; Díez BUESO, L.: *Los límites...*, cit., p. 36.

³²⁴ CARUSO, C.: “El hate speech en Estrasburgo”, en ALONSO SANZ, L. / VÁZQUEZ ALONSO, V.J. / CORTINA ORTS, A. (DIRS.): *Sobre la libertad...*, cit., pp. 112-113.

³²⁵ Vid. página 196.

públicamente por expulsar indiscriminadamente a todo residente en territorio neerlandés que no fuera de raza blanca, el Sr. Wilders abogaba por expulsar de Países Bajos a todos los musulmanes que no se plegaran a vivir conforme lo que él consideraba “los valores europeos occidentales”. Es cierto que, en el primer caso, los demandantes no profirieron mensajes despectivos en relación con surinameses, turcos y otros trabajadores extranjeros, pero no es menos cierto que su programa político claramente manifestaba una voluntad de expulsar a todos los que no fueran blancos con independencia de cualquier otra consideración. También es cierto que el Sr. Wilders parecía hacer depender la expulsión de los musulmanes de su falta de adaptación a la cultura europea, pero no podemos ignorar que ello no podía significar para el Sr. Wilders cosa distinta a que abandonaran el islam porque él había reiterado que era una religión incompatible con una convivencia pacífica.

El siguiente caso será el de *Jersild c. Dinamarca*, de 23 de septiembre de 1994. La peculiaridad de este caso es que el demandante no es el emisor del discurso, sino el periodista (el Sr. Jens Olaf Jersild) que publicó un breve reportaje (apenas dos minutos) en la que eran los entrevistados quienes realizaban esos comentarios. En concreto, se trataba de una serie de individuos jóvenes apodados los *Greenjackets* cuyas opiniones eran tan manifiestamente racistas que, al hablar de Ku Klux Klan, referían que ese grupo se había formado porque “los ciudadanos del Norte querían que los negros [emplea el equivalente en danés *nigger*, no a *black*] fueran seres humanos libres; tío, ellos no son seres humanos, ellos son animales, las cosas que pasaron, tío, están completamente mal. La gente debería poder seguir teniendo esclavos, así lo pienso”³²⁶. Podríamos citar muchos más pasajes de este calado, pero consideramos que es suficiente para formarse una idea de lo que hablamos.

Si bien ninguno de esos comentarios fue proferido por el periodista, que se había entrevistado con ellos porque había escrito un artículo sobre ese grupo y quería conocer de primera mano lo que pensaban, el Juzgado de Copenhague condenó al Sr. Jersild por contribuir a diseminar afirmaciones racistas en una entrevista televisada que él realizó. Tales afirmaciones, según el Juzgado, no fueron explícitamente contradichas por el periodista ni tampoco se distanció claramente de la visión racista y xenófoba de los entrevistados³²⁷, lo que motivaba la condena a pagar una multa de entre 1.000 y 2.000 coronas danesas, o bien cumplir cinco días de pena privativa de libertad³²⁸. Disconforme con ese pronunciamiento, y tras ver desestimados sus recursos, acudió al TEDH denunciando la infracción del artículo 10 CEDH³²⁹.

Las principales alegaciones del demandante, secundado por la Comisión, fueron que el reportaje quería poner encima de la mesa un tema siempre relevante como es el racismo y la xenofobia,

³²⁶ Vid. párrafo 11.

³²⁷ Vid. párrafo 12.

³²⁸ Vid. párrafo 14.

³²⁹ Vid. párrafos 14 a 18, así como el 22.

especialmente si este proviene de personas jóvenes que pertenecen a entornos poco favorecidos. La emisión de los comentarios racistas, por más desagradables que estos fueran, no tenían la intención de incitar ni al odio, ni al racismo ni a la discriminación, sino que precisamente buscaban el efecto contrario, es decir, ridiculizarlas, al exponerlas a la luz de la opinión pública. Por ello, cualquier pretensión de anteponer los derechos de terceros como límite a su labor informativa debía ceder ante la libertad de expresión de la que gozaba en su labor profesional³³⁰.

Por su parte, el gobierno danés replicó que la edición llevada a cabo por el periodista era de tipo sensacionalista en lugar de simplemente informativa, por lo que esta función estaba apenas presente en el reportaje. La televisión era, a los ojos del gobierno, un medio muy poderoso para llegar a la mayoría de los daneses, especialmente en el telediario en el que el demandante emitió la entrevista. Además, el demandante había formulado las preguntas de tal suerte que los entrevistados pudieran exponer sus puntos de vista racistas y no había hecho nada para contradecir abiertamente en ese mismo momento a dichos entrevistados, por lo que no podía esperar que los espectadores tuvieran la percepción de que el periodista los condenaba. Finalmente, que apenas hubiera denuncias tras esa emisión no era significativo porque muchas de las personas afectadas por el discurso no dominaban el danés y muchos también podrían abstenerse por medio a represalias³³¹.

A la vista de las alegaciones de las partes, el TEDH resolvió estimar la demanda y declarar vulnerado el artículo 10 CEDH. Para ello, se apoyó en que, si bien es indispensable combatir toda forma de racismo³³², no es menos indispensable dotar a la libertad de expresión de suficiente recorrido³³³, máxime si estamos ante la que se ejerce por profesionales de la información. Esto último no implica, por supuesto, que la prensa pueda rebasar límites como la protección de la reputación y los derechos ajenos, pero siempre considerando que su función es la de compartir con el gran público información e ideas de interés público³³⁴; es más, ese gran público tiene derecho a recibir información por ser esto parte del contenido de la libertad de expresión. Es aquí donde el Tribunal destaca la función de guardián público (*public watchdog*³³⁵) que la prensa tiene en nuestra sociedad, y que se extiende también a los medios audiovisuales³³⁶.

³³⁰ Vid. párrafo 28.

³³¹ Vid. párrafo 29.

³³² Vid. párrafo 30.

³³³ LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 28; LAZCANO BROTONS, I.: “Artículo 10...”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (COORD.): *Convenio Europeo...*, cit., p. 514.

³³⁴ CONTRERAS MAZARÍO, J.M.: “Discurso de odio...”, en MENDOZA CALDERÓN, S. / SÁNCHEZ RUBIO, A. (DIRS.): *El discurso de odio...*, cit., p. 586; QUESADA ALCALÁ, C.: “Los mecanismos...”, en CONTRERAS MAZARÍO, J.M. (COORD.) / SÁNCHEZ GÓMEZ, R. (DIRS.): *El tratamiento normativo...*, cit., p. 59.

³³⁵ Esta expresión ganará fama en la defensa de la libertad de expresión aplicada a los profesionales de la información (vid. BUYSE, A.: “Dangerous Expressions: the ECHR, Violence and Free speech”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63, n.º 2, p. 501; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Libertad de expresión...*, cit., p. 232; REVENGA SÁNCHEZ, M.: *Seguridad nacional y derechos humanos: estudios sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 134).

³³⁶ Vid. párrafo 31; DÍEZ BUESO, L.: *Los límites...*, cit., p. 38.

El Tribunal reconoce que el modo en el que se editó la entrevista facilitó un mayor impacto de las declaraciones de los entrevistados, especialmente en un medio tan influyente como la televisión, pero tampoco es ajeno el TEDH a que el presentador acometió una contextualización previa a la emisión del programa en la que invitaba al telespectador a verlo en el contexto de la discusión pública que sobre el racismo se estaba produciendo en Dinamarca. Asimismo, dijo que el objetivo era presentar algunos aspectos del programa mediante la identificación de actitudes racistas concretas de sujetos sobre cuyo origen social también se hablaba. Para el TEDH, por lo tanto, el propósito del trabajo periodístico era exponer analizar y explicar cómo calaba el racismo en jóvenes relegados socialmente y que exhibían actitudes violentas que les habían granjeado varias condenas penales³³⁷.

Finalmente, el Tribunal discrepó de que el entrevistador no había mostrado cierta disconformidad con la ideología de los *Greenjackets*, y es que los había descrito como un grupo de jóvenes extremistas y había destacado en un momento de la entrevista que había personas negras que ostentaban cargos importantes. El modo de presentar a los entrevistados era, a juicio del TEDH, la de un grupo antisocial que había caído en conductas reprobables. Ciertamente es que en ningún momento se había explicitado una condena de la inmoralidad, los riesgos y la ilegalidad de promover el odio racista, pero ello no era relevante a la vista del resto de circunstancias concurrentes *ad casum*. A mayor abundamiento, y en el plano contextual, el Tribunal dice que la entrevista se emitió en un programa conocido por su seriedad y rigor periodístico, por lo que no había especiales para mostrar una sospecha inicial ante las actitudes de quienes allí trabajan³³⁸.

A pesar de que los entrevistados no fueron parte del procedimiento, el TEDH no desaprovecha la ocasión para señalar, aunque no acrezca a la *ratio decidendi*³³⁹, que sus palabras caerían de lleno en el artículo 17 CEDH, a cuyo efecto cita el precedente de *Glimmerveen*. Ciertamente es un caso todavía más rotundo que este último porque los términos empleados son de una crudeza poco usual y motivan que el Tribunal hable en términos de discurso de odio, en el sentido de aquel que resulta insultante contra una persona o grupo. Esta declaración incidental la desvincula completamente del caso concreto que se enjuicia en el sentido de que la gravedad de lo dicho por esas personas no puede comunicársele al demandante por el mero de hecho de haber tomado parte en la entrevista y haberla difundido³⁴⁰.

La sentencia no es ni mucho menos unánime y cuenta con la nada desdeñable cifra de siete votos particulares, agrupados en dos bloques, y siendo uno de los magistrados discrepantes el presidente del TEDH, el Sr. Rolv Ryssdal. El primer bloque discrepante, constituido por él y los jueces Bernhardt, Spielmann y Loizou, pone el foco en que el periodista no se distanció lo suficiente de las opiniones

³³⁷ Vid. párrafo 33.

³³⁸ Vid. párrafo 34.

³³⁹ CARUSO, C.: “El *hate speech* en Estrasburgo”, en ALONSO SANZ, L. / VÁZQUEZ ALONSO, V.J. / CORTINA ORTS, A. (DIRS.): *Sobre la libertad...*, cit., p. 117.

³⁴⁰ Vid. párrafo 35.

vertidas por los entrevistados. En consecuencia, la difusión de ese material se presentó de manera cruda, directa y sin la inclusión expreso de ningún comentario por el demandante que indubitadamente lo separara frente a la audiencia, por lo que la labor del periodista no fue suficientemente responsable y no se descarta que sirviera de refuerzo a quienes comparten esas ideas³⁴¹. Asimismo, los magistrados hubieran optado por reconocer un mayor margen de apreciación a las autoridades danesas porque ellas son las que están en mejor posición de fijar si, en una materia tan sensible, la participación del periodista ha servido más a dar pábulo a los racistas que a buscar ridiculizarlos³⁴².

El segundo bloque lo constituyen los jueces Gölcüklü, Russo y Valticos, y coincide sustancialmente con el primer bloque. Inciden más estos tres jueces en que la ICERD impondría la proscripción de la conducta y que el TEDH no puede ignorar su contenido cuando de implementar el CEDH se trata³⁴³; en ello, se distancian del primer bloque de votos particulares, en el que se afirma que el ICERD puede que no obligue a castigar a los periodistas por estos reportajes, pero sí les obliga a tomar partido ante mensajes de ese alcance. En este segundo bloque se cargan más las tintas contra la poca consideración que creen ha prestado la mayoría al efecto que podría tener ese reportaje para quienes están deseando encontrar un chivo expiatorio para sus problemas económicos y sociales; al no haberse posicionado en contra, los comentarios presentados sin el filtro necesario acrecieron a la incitación a la violencia contra grupos vulnerables³⁴⁴.

Estas opiniones las comparte COHEN-JONATHAN, para quien la intención del periodista no puede calificarse de racista, pero sí que acrece a una patente imprudencia por su parte. Ello derivaría de que no ha colmado los deberes propios de una profesión desde la que se ejerce un enorme influjo en los espectadores, más cuando se transmite la información a través de un medio con tanto peso por aquel entonces en la conformación de un cierto estado de opinión³⁴⁵. A su juicio, dado el contenido que sabía que iba a exponer, y que había preparado cuidadosamente para generar la máxima audiencia posible, era imperioso un comentario significativo para disipar toda ambigüedad frente a los telespectadores³⁴⁶.

Algunos autores han visto en este un caso en el que el Tribunal resuelve con base en la figura del reportaje neutral³⁴⁷. Predicar de esta sentencia la aplicación del reportaje neutral no nos parece

³⁴¹ Vid. párrafo 3.

³⁴² Vid. párrafo 5.

³⁴³ Vid. párrafo 2.

³⁴⁴ Vid. párrafo 3.

³⁴⁵ COHEN-JONATHAN, G.: "Article 10", en PETTITI, L.-E. / DECAUX, E. / IMBERT, P.-H. (DIRS.): *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Ed. Económica, 1999, p. 407.

³⁴⁶ Ibid., p. 408.

³⁴⁷ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Libertad de expresión...*, cit., pp. 232-233; LAZCANO BROTONS, I.: "Artículo 10...", en LASAGABASTER HERRARTE, I. (COORD.): *Convenio Europeo...*, cit., pp. 488-489; CRUZ ÁNGELES, J.: "La protección...", en ALONSO SANZ, L. / VÁZQUEZ ALONSO, V.J. / CORTINA ORTOS, A. (DIRS.): *Sobre la libertad...*, cit., pp. 94-95. Por su parte, Rey Martínez considera que primar aquí el reportaje neutral fue otra ocasión perdida para primar los intereses de la lucha contra la discriminación racial (vid. REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., pp. 310-311).

convinciente porque percibimos en la sentencia que la condena no se revoca por haber presentado el demandado la opinión de los entrevistados de una manera aséptica. Si ello fuera así, no se entendería que el TEDH se viera en la obligación de salir al paso de que el periodista no había expresado una oposición vehemente a los postulados racistas de los *Greenjackets*; hubiera bastado con constatar que no hubo ninguna manifestación de apoyo explícito. Puesto que la sentencia no se queda en ese nivel, no compartimos que este sea un caso paradigmático de estimación por reportaje neutral.

Otros autores consideran que es este un hito en la definición de los límites entre la libertad de expresión y el discurso de odio proscrito³⁴⁸. Sin perjuicio de que el resultado sea favorable a las pretensiones del demandante en un caso que podría haber decantado la balanza hacia una restricción a nuestro juicio excesiva de la libertad de expresión, no podemos pasar por alto algunos puntos de la sentencia que consideramos conflictivos y que no están resueltos con tanta rotundidad como para suscribir que la sentencia sea tal hito clarificador. El primero, que el Tribunal considera necesario buscar entre el material probatorio que se le ha facilitado alguna declaración, por indirecta o incidental que fuera, de la que inferir que el periodista no tenía ninguna pretensión de incitar al racismo en régimen de connivencia con los entrevistados. El segundo, que el concreto canal se convierta en un argumento de descargo por ser sobradamente conocida su reputación de seriedad y de profesionalidad.

Con esas dos exigencias, nos asalta la duda de cuál hubiera sido el destino de una demanda basada en la publicación de ese mismo trabajo audiovisual en un medio apenas conocido, proyectándose únicamente la entrevista sin los comentarios a los que alude la sentencia. Los votos particulares van todavía más allá y piden el mantenimiento de la condena al periodista porque la exigencia de un pronunciamiento afirmativo por parte del demandante era imprescindible a la vista de los exabruptos constantes de los *Greenjackets* a lo largo de dos minutos. Nuestra discrepancia con esos votos particulares ha de ser, *a fortiori*, de magnitud superior a la que mantenemos con el pronunciamiento de la mayoría. El trabajo de los periodistas no es solo el de presentar los aspectos más dulces de la realidad, ni tampoco es el de edulcorar la información que presentan, porque sobre todo esto segundo supone una deformación de lo que exponen incompatible con un mínimo respeto a la inteligencia y autonomía de criterio del público al que se dirigen.

No podemos estar de acuerdo con unos votos particulares que habrían mantenido la condena porque el reportaje podría haber influido en fortalecer los patrones racistas de quienes ya lo son, o bien haber insuflado el racismo en quienes no lo eran hasta ver el reportaje de marras. El refuerzo de lo preexistente y la creación de nuevos adeptos del racismo es siempre una consecuencia posible derivable de publicar información sobre racismo, del mismo modo que se habla del efecto llamada en tantos otros ámbitos. El potencial que anida en cualquier comunicación escapa de nuestras intenciones

³⁴⁸ MCGONAGLE, T.: “Conundrums...”, cit., p. 13.

para insertarse en el reino de cómo va a influir y no puede erigirse en criterio suficiente para restringir la libertad de expresión, y de lo contrario estaríamos exigiendo un deber de parálisis más que de diligencia ante el temor de ser sancionado. Al examinar las infinitas posibilidades hermenéuticas que ofrece un texto bien podríamos haberlo dicho también de cualquier acto de comunicación, con el añadido de que los aspectos no verbales de esta incorporan una capa de matices considerable.

Las palabras de los *Greenjackets* son inaceptables y acreedoras de cuantas guillotinas hubiera disponibles en el CEDH, pero arrastrar al mensajero en la caída requiere algo más que simplemente achacarle haber dado voz a esas personas. Nunca sabremos si el Sr. Jersild convergía en todo o en parte con esos ataques frontales a la igualdad racial, y seguramente tampoco importe porque lo único relevante es lo que se nos presenta para ser enjuiciado. Y ahí, el páramo procesal es de tal envergadura que a quienes se muestran favorables a mantener la condena solo les queda recurrir a exigir que el demandante hubiera convertido una entrevista en una discusión con quienes se destacan por ser de violencia fácil, atribuyendo al profesional de la comunicación el deber de encarnar en ese momento el valor de tolerancia que subyace al Convenio. Lo mismo ocurre si pretendemos que el mensaje de condena se añada *ex post* en la edición del vídeo, o bien justo antes de presentarlo al público, convirtiendo al periodista en un comentarista o, de nuevo, en el representante de esa tolerancia frente a una audiencia que podría caer en las garras de la intolerancia.

Como última reflexión, no podemos pasar por alto que el reportaje podría tener un efecto beneficioso en parte de los telespectadores, en línea con el desplazamiento de la importancia hacia el receptor que FISS opera a partir del valor de la autonomía en la libertad de expresión, aspecto que ya tratado y al que nos remitimos. Quizá aquel reportaje fue la primera vez que unos padres atentos al televisor supieron de la existencia de un grupo llamado *Greenjackets*, jóvenes que representaban una parte no demasiado halagüeña del futuro de Dinamarca, y gracias a esos dos minutos tomaron conciencia de la importancia de que sus hijos no cayeran en las garras de semejante banda. Quizá aquello removió conciencias de quienes no habían reparado en que, con ciertas palabras a las que no daban importancia, estaban ayudando a generar un caldo de cultivo propicio para ese tipo de discursos. Lo más importante, y esto no es un quizá, es que todos esos posibles lo son tanto como los que advierten los votos particulares, y ante la duda no es respetuoso con la libertad de expresión optar por el quizá que la limita o silencia³⁴⁹.

La siguiente sentencia sobre la que hablaremos es *Féret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009, quizá una de las más citadas de entre las que ha dictado el TEDH por ser un punto de inflexión en la protección dispensada al discurso político³⁵⁰. El caso se origina en la condena impuesta al Sr. Daniel Féret,

³⁴⁹ CASADEVALL MEDRANO, J.: “La libertad...”, en LANDA GOROSTIZA, J.-M. / GARRO CARRERA, E. (DIRS.) / ANDERREZ BELATEGI, M. / GORDÓN BENITO, I. (COORDS.): *La libertad...*, cit., p. 98.

³⁵⁰ GÓMEZ MARTÍN, V.: “Incitación...”, cit., p. 10, especialmente la nota 29.

presidente de la formación política *Front National*, por incitación a la discriminación, la xenofobia y el odio a raíz de la publicación de varios panfletos, entre los que se encontraban “¡Meteos en vuestros asuntos!” (“Mêlez-vous de ce qui vous regarde!”), el “Programa del Frente Nacional” (“Programme du Front National”), “Calle de las Palmeras: un refugio para refugiados envenena la vida ciudadana” (“Rue des Palmiers: un centre pour réfugiés empoisonne la vie des habitants”) y “Atentados en US.A.: es el cuscús clan” (“Attentats aux USA: c’est le couscous clan”). A juicio del tribunal, todos ellos contenían expresiones que, si bien no incitaban de una manera clara y directa a la discriminación, la xenofobia y el odio, sí lo hacían implícita o veladamente; en cuanto a la acusación de incitar a la violencia, se descartó en cualquiera de sus modalidades³⁵¹.

En concreto, el primer panfleto proponía las siguientes medidas: (i) restablecer la prioridad en el empleo para los belgas y el resto de los ciudadanos europeos; (ii) repatriar a los inmigrantes; (iii) aplicar de manera generalizada el principio de preferencia nacional y europea; (iv) convertir los hogares de acogida para refugiados políticos en hogares de acogida para belgas sin recursos; (v) crear un sistema de Seguridad Social separado para los inmigrantes; (vi) cesar la política de seudointegración, y (vii) abandonar los eslóganes como “Seguridad Social para todos”³⁵².

En cuanto al segundo panfleto, reiteraba algunas de las propuestas del primer pasquín, y añadía algunas otras como las siguientes: (i) acabar con la islamización de Europa; (ii) expulsar a los desempleados extracomunitarios; (iii) reservar el derecho de asilo para las personas de origen europeo realmente perseguidas por razones políticas; (iv) restringir el acceso a la propiedad inmobiliaria; (v) prevenir la implantación estable de familias extracomunitarias; (vi) prevenir la creación de guetos étnicos, y (vii) salvar al pueblo belga del riesgo que constituye el islam conquistador (*l’Islam conquérant*)³⁵³.

Respecto del tercer panfleto, el Sr. Féret expresaba las supuestas molestias que ese centro para refugiados habría ocasionado a los habitantes de la zona: deterioro del mobiliario público, suciedad, desechos y altercados en ocasiones violentos. Afea a las autoridades que no hagan nada para atajar todos esos problemas y concluye criticando a los parlamentarios de los principales partidos por estar más preocupados por la suerte de los refugiados (alude aquí en concreto a personas de etnia gitana) que de sus propios ciudadanos³⁵⁴. El cuarto panfleto, en definitiva, asimilaba a los musulmanes con terroristas³⁵⁵.

³⁵¹ Vid. párrafos 8 a 10, 19, 20 y 35 a 38.

³⁵² Vid. párrafo 8.

³⁵³ Vid. párrafo 9.

³⁵⁴ Vid. párrafo 10.

³⁵⁵ Vid. párrafos 17 y 38.

El demandante consideró que la condena impuesta, consistente en 250 horas de trabajo comunitario en entidades que trabajan para la integración de extranjeros o en 10 meses de prisión, así como una privación de sufragio pasivo de diez años³⁵⁶, era contraria al artículo 10 CEDH por exceder con creces la limitación a los supuestos tasados el segundo apartado de ese mismo precepto³⁵⁷. El gobierno belga solicitó la inadmisión por mor del artículo 17 CEDH porque, a su juicio, el conjunto de mensajes difundidos por el Sr. Féret eran de corte racista y pretendía que ciertos colectivos bien identificados no tuvieran acceso al mismo estatus de igualdad que otros grupos; asimismo, consideraban esas autoridades que el Sr. Féret presentaba a quienes integraban esos grupos como seres humanos merecedores de menos respeto que otros³⁵⁸. Añadían las autoridades nacionales belgas que la equivalencia defendida por el demandante entre musulmanes y terroristas no hacía sino reforzar los argumentos a favor de la inadmisión *ex* artículo 17 CEDH, citando precedentes como *Glimmerveen*³⁵⁹.

El TEDH rechazó de manera muy sucinta la inadmisión por entender que los argumentos que acabamos de ver exigían resolver sobre el fondo, y más en concreto sobre si las limitaciones a la libertad de expresión cumplían con el canon fijado en el artículo 10.2 CEDH³⁶⁰. Podría verse en ello cierta parquedad argumental que cabría haber superado por el Tribunal con un mayor desarrollo más en aras de la necesaria seguridad jurídica derivada de la coherencia de sus decisiones. A nuestro entender, seguramente nada en la exposición del gobierno belga justificaba suficientemente la aplicación del efecto guillotina porque no se razonaba suficientemente el abuso que manda el artículo 17 CEDH, pero la existencia de casos previos como *Glimmerveen* quizá si hubiera aconsejado trazar algunas líneas divisorias, o bien aclarar que el TEDH no se sentía vinculado por esa decisión porque consideraba necesario reservar ese recurso para los casos más graves.

Tras considerar acreditada la concurrencia de dos de los tres requisitos *ex* artículo 10.2 CEDH (previsión legal y fin legítimo de la medida)³⁶¹, pasa al tercero, que suele ser en el que más restricciones desfallecen: la necesidad en una sociedad democrática. A ojos del Tribunal, este requisito también concurría en este caso porque las manifestaciones del demandante claramente incitaban a la discriminación y al odio racial por más que el Sr. Féret quisiera enmascararlas como discurso político legítimo en tiempo electoral, por lo que la injerencia de las autoridades nacionales belgas estaba suficientemente justificada³⁶². El TEDH reconoce que no existía una incitación a cometer actos violentos o delictivos concretos, pero este punto le resulta indiferente para apreciar o no la incitación a la discriminación, la hostilidad o el odio (en este caso racial), ya que “los atentados consistentes en injurias, ridiculizaciones o difamaciones hacia algunos grupos de la población, así como la incitación a

³⁵⁶ Vid. párrafo 34.

³⁵⁷ Vid. párrafo 48.

³⁵⁸ Vid. párrafo 49.

³⁵⁹ Vid. párrafo 50.

³⁶⁰ Vid. párrafo 52.

³⁶¹ Vid. párrafos 58 y 59.

³⁶² Vid. párrafo 78.

la discriminación, como es el caso, son suficiente para que las autoridades prioricen la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y atentatoria de la dignidad o de la seguridad de esos ciertos grupos”³⁶³. El Tribunal concluye ese mismo párrafo afirmando que todo discurso, por más que sea de carácter político, que incite al odio con base en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representa un peligro para la paz social y la estabilidad política, sin que tenga cabida bajo el paraguas del CEDH.

Para la mayoría del Tribunal (veremos que hay tres votos particulares), el Estado belga no ha condenado al Sr. Féret por el programa político de su partido, sino que lo ha hecho por la divulgación de los panfletos antes descritos. La constatación por los órganos judiciales nacionales de que la incitación a la discriminación, la xenofobia y la hostilidad es solo implícita no es un obstáculo insalvable si consideramos todas las expresiones vertidas por el demandante al respecto de los inmigrantes y refugiados extracomunitarios. Esas expresiones muestran un compromiso del Sr. Féret con esa discriminación que no puede desligarse de su proyección *ad extra* con capacidad para influir en terceros³⁶⁴. El TEDH entiende que tales palabras pueden constituir una incitación al odio porque los motivos pueden ser tanto religiosos, étnicos como culturales³⁶⁵, lo que supone una ampliación considerable de su campo de juego que luego permitirá resultados como el de *Vejdeland*.

Decíamos hace unas pocas líneas que la sentencia cuenta con tres votos particulares, lo que hace que esta sea una decisión controvertida porque la Sala estaba compuesta por siete magistrados, máxime si tomamos en consideración que las discrepancias son hondas³⁶⁶. En concreto, se trata de los jueces Sajó, Zagreblesky y Tsotsoria³⁶⁷, para quienes el pronunciamiento de la mayoría no es compatible con el debido respeto a la libertad de expresión. Se trata de un largo disenso – su extensión es de 23 párrafos – en el que dichos togados expresan su preocupación por lo que entienden es un desdibujamiento de las fronteras de la libertad de expresión, donde esa difuminación restringe excesivamente ese derecho³⁶⁸. El voto particular discrepa, también, de que no se esté dirigiendo el reproche penal, y con él, el del TEDH, hacia el programa político del *Front National* por cuanto una parte sustancial de las afirmaciones conducente a su condena penal se extraen del documento que contiene su programa político; los mismos pronunciamientos judiciales belgas reconocen que se está ante un discurso político del Sr. Féret³⁶⁹.

³⁶³ Vid. párrafo 73.

³⁶⁴ Vid. párrafo 70.

³⁶⁵ Vid. párrafo 73.

³⁶⁶ No en vano, ya en el primer párrafo del voto particular, los magistrados ponen negro sobre blanco que su concepción de la libertad de expresión es distinta del resto de sus compañeros.

³⁶⁷ El voto particular lo formula el juez Andras Sajó y los otros dos jueces se adhieren a él.

³⁶⁸ Vid. párrafos 1 y 22 del voto particular (salvo que digamos lo contrario, las referencias ulteriores lo serán a él).

³⁶⁹ Vid. párrafos 4 y 5.

Otra crítica que el voto particular dirige a la sentencia es que el Tribunal no ha tenido en cuenta adecuadamente el contexto, tanto en el sentido del ambiente en el que se pronuncian las palabras como el conjunto de declaraciones efectuadas por el Sr. Féret. A tal fin, cita otros pronunciamientos ya vistos, tales como *Gündüz*, para objetar el anacronismo con el que opera el TEDH al atribuir a declaraciones de 1999 un contenido implícito a partir de otras declaraciones de 2001 sobre las que cabría predicar un sentido ofensivo más explícito. Sobre este mismo punto, los magistrados no comparten que se prescinda del entorno en el que se realizaron algunas declaraciones, que es donde cobra sentido la mención a *Gündüz* en el sentido de que no se tuviera en cuenta que el público es capaz de contrarrestar el efecto de un determinado discurso tal y como con los contertulios del Sr. Gündüz podían hacer y efectivamente hicieron³⁷⁰.

Junto con lo anterior, los magistrados discrepantes ven inadecuado que se prescinda por completo de la necesidad que el discurso punible lo sea solo por palabras ofensivas o desagradables, ni que se prescinda de lo que ellos consideran un elemento psicológico fuerte consistente en procurar convencer a terceros para que se embarquen en actos ilícitos³⁷¹. Se termina configurando el discurso de odio como el catalizador de un “clima nebuloso” (sic) cuyo único efecto seguro será potenciar la autocensura no ya de la población en general, sino de los políticos que se supone han de proponer sus ideas a ese gran público y han de recoger el guante de quienes les han votado³⁷². Si todo ello se ubica en un contexto en el que al Sr. Féret, que contaba 60 años cuando se le impuso la condena, no podría presentarse a procesos electorales durante los siguientes diez años, para la minoría del Tribunal estamos ante una decisión completamente desproporcionada habida cuenta de la conducta por él desplegada³⁷³.

El análisis de *Féret* creemos que pasa por descomponerlo en los siguientes puntos: los hechos atribuidos al demandante, la condena impuesta y el encaje en la doctrina del TEDH. Solo así podremos cubrir los tres principales elementos del caso, a saber, la subsunción en el discurso de odio, la proporcionalidad de la respuesta y la coherencia jurisprudencial.

No hay duda alguna, o al menos así lo vemos nosotros, de que el discurso del Sr. Féret refleja unas posturas contrarias a la inmigración parecidas a las vistas en el caso del Sr. Wilders. No percibimos, sin embargo, una igualdad entre ambas posiciones – o al menos, en la exteriorización de sus convicciones políticas – en la medida en la que el político holandés fue mucho más vehemente y rotundo en su asociación colectiva de islam, musulmanes, con delincuencia. El Sr. Féret opina que la presencia de ciertos colectivos de inmigrantes está perjudicando en varios sentidos la buena marcha de

³⁷⁰ Vid. párrafo 5.

³⁷¹ Vid. párrafos 13, 14 y 17.

³⁷² Vid. párrafo 17.

³⁷³ Vid. párrafos 21 a 23.

la sociedad belga, pero no se explaya con tanta claridad en esa asociación criminógena. Tampoco se aprecia un proyecto tan omnímodo de expulsar a todos los musulmanes sin distinguir entre ciudadanos, extranjeros en situación regular y extranjeros en situación irregular, sino que más bien se infiere un problema con toda aquella inmigración extracomunitaria.

Con independencia de cuál sea el ámbito subjetivo de sus mensajes, es evidente que parte de sus propuestas pasan por expulsar a todos los inmigrantes en situación irregular, lo que justifica con base en el estricto cumplimiento de la ley. Nada hay que reprochar al cumplimiento escrupuloso de la ley, pero esa afirmación tan aparentemente neutra no impide que nos preguntemos si en la definición que hace del colectivo “inmigrantes en situación irregular” concurre alguna causa discriminatoria o si, por el contrario, se trata de una oposición simple entre inmigración regular e irregular. De ser este último el caso, cabría inquirir si el trato desigual es en sí mismo justificado o no. A ello se le suman otras propuestas en las que se habla de priorizar a belgas y europeos en aspectos como el empleo, las ayudas sociales, el acceso a la propiedad inmobiliaria y el derecho de asilo. Vuelve a relucir, pues, la distinción entre el bloque belgas/europeos, sin que se sepa muy bien si los europeos no belgas pueden considerarse inmigrantes, y todos los que no se incardinan en ninguna de esas categorías.

A priori, no existe en sus palabras una clasificación racial porque no existe algo tal que una raza europea y nada en el discurso permite inferir que alude con ello al hombre blanco nórdico o centroeuropeo que, por motivos que desconozco, se puede haber asentado en el ideario colectivo cuando se habla de “europeo”. Es más, parece que habla de europeo como el que proviene de un país de la UE. El Sr. Féret no habla de europeos blancos, o de europeos arios, ni tampoco califica de una manera especial a nivel racial a los que no son europeos ni belgas. Lo mismo podemos decir de la religión, del sexual o de la orientación sexual. En algún momento alude a detener la islamización de Europa o hacer calar el peligro del islam conquistador, pero la conexión entre unas cosas y otras nos parece demasiado débil.

Surge, así, la pregunta de si es lícito pedir que se distinga entre, por un lado, europeos (lo simplificamos porque todo belga es europeo en sentido político) y, por otro lado, no europeos. Puesto que un europeo no belga también puede tener la condición de inmigrante en ese país, también podría tener la condición de inmigrante en situación irregular, sin que el Sr. Féret hable sobre ello, quizá porque no conciba que exista tal cosa como un inmigrante irregular europeo o quizá porque este tipo de inmigración no le resulte problemática. No parece, pues, que podamos entender que distingue *prima facie* entre diferentes tipos de inmigrantes irregulares con base en criterios más arduos de justificar como la raza o la religión.

Por lo tanto, al hablar de la expulsión de inmigrantes en situación irregular, difícilmente puede verse una discriminación porque a los inmigrantes regulares no se les ha de expulsar, con lo que el tratamiento diferente tendría una justificación razonable conforme a la legislación vigente. Cosa distinta acontecería, evidentemente, si se dijera que solo se quiere expulsar a los inmigrantes irregulares *musulmanes*, o *negros* o cualesquiera otros criterios especialmente vedados. Muchas más dudas genera la propuesta sobre la limitación del acceso a la propiedad inmobiliaria, puesto que en la misma frase se habla de que con ello se busca salvar a Bélgica del islam conquistador; aquí sí podemos encontrarnos ante un criterio basado en la religión para modular la capacidad para adquirir bienes inmuebles, lo que sí sería una discriminación por razón de religión aunque se plantee la legislación en términos facialmente neutros, ya que se trataría de una discriminación indirecta o incluso encubierta.

Acerca de la restricción de las ayudas públicas de acuerdo con criterios como ciudadanía, extranjería regular o irregular, es dudoso que estemos ante categorías marcadamente discriminatorias porque la justificación de su empleo bien puede hallarse en prevenir legítimamente el efecto llamada; a fin de cuentas, estamos en una materia donde los recursos son limitados y la flexibilidad con las políticas públicas es mayor dada esa insuficiencia crónica. Claro que podemos encontrarnos con discriminaciones indirectas porque predominará el efecto sobre inmigrantes en situación irregular, pero ello sería relevante de pesar razones suficientes para emplear esas taxonomías.

Sea como fuere, si hemos tenido que llegar a un nivel de disquisición tal, y consideramos que es imperativo hacerlo para ser rigurosos con un límite a la libertad de expresión, nos parece un sacrificio excesivo a la libertad de expresión una condena por incitación a la discriminación. Ya no es que resulte dudosa la verdadera intención del autor, es que incluso nos resulta dudosa la concurrencia de verdadera discriminación, por lo que la duda ante la aptitud de la conducta para producir el efecto presuntamente deseada no puede resolverse, a nuestro entender, en contra de la libertad de expresión. Si al otro lado de la balanza tuviéramos un bien jurídico francamente en riesgo como la integridad física o moral, la decisión sería más complicada, pero aquí ese riesgo en el peor de los casos lo reputamos como moderado, mientras que la afectación a la libertad de expresión es máxima por darse una clara limitación.

Este caso nos lleva a articular uno de los requisitos que tendremos por imprescindibles en toda incitación a la discriminación: esta ha de ser clara. Nótese que no hablamos ahora de que la incitación haya de ser clara – que también, pero no porque lo digamos ahora –, sino que aludimos al carácter discriminatorio del discurso, entendido esto en términos antidiscriminatorios y no antisubordinatorios. Esta reflexión nos lleva imperiosamente, a su vez, a otra en relación con el principio antidiscriminatorio y antisubordinatorio.

El principio antidiscriminatorio impide una aplicación desorbitada de esta limitación a la libertad de expresión. Por el contrario, la aplicación del principio antisubordinatorio supondría que la libertad de expresión se puede limitar cuando se está hablando sobre cuestiones sumamente discutibles como la acción positiva o la discriminación por indiferenciación, en las que ni mucho menos hay un consenso ni legal, ni jurisprudencial ni doctrinal, mucho menos si hemos de proyectar esos tres ámbitos en lo internacional y el Derecho comparado. Pretender que se está incitando a la discriminación cuando se está pidiendo la derogación de una ley que instituye cuotas electorales, o que fija un suelo penológico superior en función del sexo de autor y víctima, equivaldría a silenciar el debate público en materias de enorme interés y sobre las que reina todo menos la unanimidad; casi cualquier caso plantea una indeterminación inicial que ha de resolverse, pero aquí no aludimos a los intrínsecos fácticos, sino a las categorías sobre las que se asentaría la condena. El principio antidiscriminatorio, en contraposición al antisubordinatorio, permite mantener un núcleo esencial de desvalor en torno al fenómeno discriminatorio sin expandirse hasta áreas donde el ejercicio de un derecho fundamental como la libertad de expresión no puede ser sacrificado en el altar de lo incierto.

No somos ajenos a que empleamos un criterio tan vaporoso como el consenso o la unanimidad, por lo que se nos podría decir que, si en algún momento la igualdad ante la ley por razones actualmente claras no mantuviera esa claridad, también podríamos admitir que la libertad de expresión dispondría de un uso legítimo para incitar a un trato desigual. Es aquí donde entraría en juego la dignidad como fundamento del orden político y de la paz social. Si ese trato desigual acarrearía una supresión tal de la personalidad jurídica que convirtiera el sujeto en objeto, en *res*, no habría falta de consenso que valiera; lo mismo valdría si la incitación a la discriminación, aun en su modalidad antisubordinatoria, nos llevara a este tiempo. Creemos que esta última posibilidad es mucho más limitada que la derivada del principio antidiscriminatorio porque este se suele concebir en términos de mejora de posición social y no de pérdida del estatus existente, pero evidentemente no podemos negar en abstracto tal posibilidad.

En suma, estamos convencido de que el principio antidiscriminatorio es el que ofrece mejores resultados en términos de respeto equilibrado a la libertad de expresión y al derecho a la igualdad, y ello tanto en situaciones ordinarias como extraordinarias. Asimismo, incluso en situaciones extraordinarias, permite dar cabida de manera también extraordinaria a un entendimiento antisubordinatorio de la interdicción discriminatoria.

Aplicado a este caso, no entendemos que se haya producido una afectación tal en ninguna de las modalidades de discriminación como para acceder a la *ultima ratio* de la dignidad, ni siquiera para estudiar su concurrencia aquí. En términos estrictamente políticos, o morales, podrá merecer una u otra opinión, pero es cierto que la combinación de las propuestas del Sr. Féret lleva a un escenario en el

que no habría inmigrantes en situación irregular y, por ello, no habría de considerar siquiera esa prioridad, que para él adquiriría condición contingente a la espera de lograr su objetivo. El examen contextual ha de poder servir también como argumento de descargo y no solo como argumento de condena.

Sobre si las palabras del demandante constituyen una incitación al odio, la hostilidad o la xenofobia, no mostraremos discrepancia alguna con la sentencia a diferencia de lo que sí ha ocurrido con la incitación a la discriminación. El conjunto de las afirmaciones atribuidas al demandante refleja indubitadamente su animadversión hacia la llegada a Bélgica de inmigrantes procedentes de fuera de la UE, hasta el punto de ser esta una de las banderas de su programa político, y pretende extender esa hostilidad a toda la sociedad belga proponiendo una serie de medidas para atajar parte de los males que aquejan a Bélgica³⁷⁴. En varios de sus mensajes, además, pretende convencer a la ciudadanía belga de que los inmigrantes irregulares y los refugiados se aprovechan del sistema belga para recibir todos los subsidios, mientras que el ciudadano promedio belga es esquilmado en pos de los extranjeros en situación irregular. No podemos descartar, además, que todo ciudadano belga (y de otro país de la UE) viviendo en aquel momento en Bélgica supiera perfectamente a qué grupos aludía el Sr. Féret por la situación social que se pudiera estar atravesando y que políticos de signo vario usaran como ariete político censurable.

No discutimos, en principio, la licitud de asignar recursos públicos en función de la coordinada ciudadanía-extranjería o extranjería *secundum legem* y *contra legem*, pero las medidas legales que puedan adoptarse no tienen por qué ir acompañadas de un aparato dialéctico que busca culpabilizar a personas habitualmente en situaciones precarias. No todo comentario ofensivo sobre este punto, o sobre cualquier otro, implica automáticamente una conversión en incitación a la hostilidad, pero la acumulación de estratos no puede ignorarse. El voto particular de *Féret* cuestiona el marco temporal elegido para el contexto y, aunque ya hemos advertido en idéntico sentido de este riesgo, no es uno que advertimos concretado *ad casum* porque observamos una línea argumental sostenida desde al menos 1999; los atentados de 2001 en las Torres Gemelas y su comentario sobre el “cuscús clan” no es sino una concreción de ese discurso antinmigración en un colectivo identificable por tener la misma religión que los perpetradores de esa atrocidad.

Hemos dicho que estudiar si los hechos atribuidos al Sr. Féret constituyen discurso de odio no era suficiente, ya que estamos en presencia de una sentencia que impone una inhabilitación de muy larga duración. Existe una evidente desproporción interna entre la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (250 horas) o la sustitutoria de prisión (10 meses) y la privación del derecho de sufragio

³⁷⁴ ELÓSEGUI ITXASO, M.: “Las recomendaciones...”, cit., p. 14; MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: “La tragedia de Charlie Hebdo: algunas claves para un análisis jurídico”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 50, p. 27.

pasivo durante nada más y nada menos que diez años. La inhabilitación en sí no nos resulta en modo alguna innecesaria o desproporcionada porque es innegable que algunas de las expresiones por las que se condena al Sr. Féret formaban parte de un programa político con el que se presentaba a las elecciones, pero tanto en términos absolutos como relativos ese lapso es excesivo: a nivel absoluto, porque genera un efecto desaliento en el debate público de temas espinosos al obligar a una sobrecontención para rehuir sanciones de esta extensión; a nivel relativo, porque, como acertadamente señalan los magistrados discrepantes, es una condena prácticamente a perpetuidad habida cuenta de que la edad del Sr. Féret al recaer esa sentencia. Veremos que en *Stomakhin* el TEDH hace gala de un mayor control sobre este tipo de condenas tan desorbitadas, sobre todo cuando tienen que ver con la participación o la influencia en los asuntos de público interés.

Por último, hemos de responder a si este pronunciamiento es acorde con la jurisprudencia del TEDH en asuntos similares. Si lo comparamos con *Glimmerveen*, la principal diferencia es que *Féret* sobrevivió al escrutinio del artículo 17 CEDH, pero el resultado en ambos casos no es sino la proscripción de cierto discurso teledirigido a ciertos colectivos en el que se destaca su potencial social lesivo y la necesidad de expulsarlos del país. Aunque con formas no exactamente coincidentes, la hostilidad que pretende despertarse es semejante. Si lo comparamos con *Gündüz*, que a continuación veremos, de acuerdo con los parámetros que maneja el Tribunal es lógico que el resultado no coincida porque el Sr. Gündüz no se había presentado a proceso electoral – por lo que el caso se acerca más *Refah* –, pero sí es cierto que vemos cierta tensión entre ambos casos porque en *Gündüz* también se singulariza el colectivo de personas secularizadas sin que ello merezca ni reproche ni sanción alguna por el TEHD. Si lo comparamos con otros casos posteriores, no vemos que *Féret* transite parajes completamente alejados; es más, en *Vejdeland* tendrá continuidad esa innecesariedad de incitar a actos concretos de odio, discriminación, hostilidad o violencia.

El siguiente será *Gündüz c. Turquía*, de 4 de diciembre de 2013. El Sr. Müslüm Gündüz presentó una demanda contra el Estado turco en la que denunciaba que la condena impuesta el 1 de abril de 1996, con base en un delito de incitación al odio y la hostilidad, había vulnerado su derecho a la libertad de expresión *ex* artículo 10 CEDH³⁷⁵. La condena impuesta por el Tribunal de Seguridad Nacional traía causa de unas declaraciones ofrecidas por el Sr. Gündüz en una entrevista emitida en televisión (a la que había acudido como representante de un grupo islámico llamado Tarikat Aczmendi³⁷⁶), y en la que el demandante había expuesto sus críticas al sistema democrático y secularizado turco resultante de las reformas implementadas por Kemal Atatürk a partir del 29 de octubre de 1923. En esencia, el demandante había expresado que todos los que creían en el proyecto político de Atatürk (también denominado kemalismo) eran impíos porque no tenían religión, sino que solo creían en valores

³⁷⁵ Vid. párrafos 3 y 25.

³⁷⁶ Vid. párrafo 10.

profanos como la democracia o la secularización, afirmando que la Turquía de su época era un Estado despótico, sin misericordia e impío³⁷⁷. Además, el Sr. Gündüz sostuvo que todo hijo nacido fuera del matrimonio celebrado conforme a las normas del Corán era *piç*, palabra que en turco tiene un significado equivalente a “bastardo”³⁷⁸.

Por último, el demandante abogaba abiertamente por derrocar el sistema democrático y sustituirlo por uno basado en la sharía (o ley islámica), donde no existiría la distinción entre el ámbito público y el privado por cuanto todo tendría que estar gobernado por los preceptos coránicos. En un momento del programa, uno de los tertulianos con los que compartía plató dijo que la gente que pensaba como el Sr. Gündüz era la responsable de la violencia ejercida contra quienes pensaban diferente, y que el propio demandante había sostenido que su objetivo era acabar con la democracia. A ello, el Sr. Gündüz expresó su deseo de que ello ocurriera, matizando ante el órgano judicial turco que sucedería no mediante coacción, violencia o armas, sino por la fuerza de sus argumentos³⁷⁹.

El TEDH, igual que hiciera en *Féret*, tras dar por buenos los requisitos de prescripción legal y fin legítimo de la medida nacional restrictiva de la libertad de expresión³⁸⁰, prosiguió su estudio con el requisito de la necesidad en una sociedad democrática. A tal efecto, sintetizó los motivos de la condena en tres: (i) describir las instituciones seculares como impías; (ii) criticar vehementemente conceptos como secularismo y democracia, y (iii) postularse claramente a favor de la sharía³⁸¹. Si bien para el Tribunal estos comentarios afloraban una actitud intransigente frente a las instituciones turcas y sus fundamentos democráticos y seculares, la integralidad del discurso del demandante no podía caer dentro de la categoría de incitación a la violencia o discurso de odio por motivos religiosos³⁸². En cuanto al término *piç*, era cierto que podría resultar ofensivo para muchas personas que habían optado por el matrimonio civil, pero dado que el programa se había emitido en directo era imposible eliminar ese comentario³⁸³.

Respecto de la defensa de la sharía como única ley aplicable en el Estado que defendía el Sr. Gündüz, el Tribunal considera que no es aplicable el precedente de *Refah Partisi y otros c. Turquía*, de 13 de febrero de 2003, porque allí el TEDH reputó justificada la disolución de un partido político que se había embarcado en acciones concretas para instaurar la sharía y que corría el riesgo de llegar a ser una alternativa de gobierno³⁸⁴. Para el TEDH, *Gündüz* presentaba unas características propias que lo distinguían de *Refah*: (i) las declaraciones se enmarcan en un programa que quiere presentar al líder de

³⁷⁷ Vid. párrafo 11.

³⁷⁸ Vid. párrafos 15 y 29.

³⁷⁹ Vid. párrafos 11 y 15.

³⁸⁰ Vid. párrafos 27 y 28.

³⁸¹ Vid. párrafo 46.

³⁸² Vid. párrafo 48.

³⁸³ Vid. párrafo 49.

³⁸⁴ Vid. párrafos 108 y 123 de *Refah*.

un grupo islámico; (ii) los puntos de vista del demandante eran ya conocidos por el gran público; (iii) en el programa, había personas con otros puntos de vista que procuraron rebatir los del demandante, por lo que las opiniones del Sr. Gündüz se expresaron dentro de un debate plural³⁸⁵. También podríamos integrar aquí la imposibilidad de retractarse que predica la sentencia del término *piç* debido a que, si careció de tiempo para echarse atrás o matizar palabras para esto último, debiera afectar igualmente al resto del discurso.

La sentencia tiene un voto particular emitido por el juez Türmen. La primera parte se dedica a expresar su discrepancia con que el término *piç* no merezca un mayor reproche por el Tribunal, percibiendo el magistrado una contradicción con otros pronunciamientos donde el TEDH sí había admitido restricciones a la libertad de expresión fundadas en ofensas a sentimientos religiosos³⁸⁶. A juicio del juez Türmen, emplear el término bastardo era discurso de odio porque discriminaba en función de la religión y calificaba de manera altamente ofensiva tanto a quienes concebían hijos en un matrimonio civil (al parecer, la mayoría por aquel entonces en Turquía) como a quienes eran concebidos en un matrimonio civil. Para el magistrado discrepante, no era cierto que el Sr. Gündüz carecía de la posibilidad de retractarse, ya que bien podría haber pedido disculpas al percatarse de lo que había dicho o bien podría haber matizado sus palabras, cosa que no hizo.

Empezando por la cuestión de quienes pudieran sentirse ofendidos por el término *piç*, convergemos con la sentencia en que su empleo no puede resultar suficiente para calificar la conducta de discurso de odio, tanto si lo vemos desde una óptica discriminatoria, de hostilidad o de violencia. MCHANGAMA y ALKIVIADOU han visto en esta sentencia un intento de definición del discurso de odio como aquel que ofende a partir de la cita que hace de *Jersild* en su párrafo 41³⁸⁷, no creemos que podamos extrapolarlo porque entendemos que el Tribunal está delimitando una de las posibles vertientes *ratione materiae* del caso que se le presenta. Estas expresiones, por más que puedan resultar exabruptos ofensivos o perturbadores³⁸⁸, incluso dolorosos para quienes se sientan afectados moralmente por verse llamados así o por ver llamados así a sus hijos, no dejan de ser fruto de una visión religiosa de lo que es el matrimonio; entendemos que ello es protegible no solo desde el artículo 10 CEDH, sino también del 9.

La libertad de expresión confiere autonomía para formarse la propia convicción del mundo y compartirla con ese mundo, de tal suerte que no solo se hable de sí mismo, sino que en muchas ocasiones se hable sobre cómo el sujeto percibe lo que y a quienes le circundan. Al llamar bastardos a los hijos nacidos fuera del matrimonio celebrado según el rito musulmán, también está exhibiendo su malestar por la mera posibilidad de que exista tal cosa como el matrimonio civil, reproche que no es

³⁸⁵ Vid. párrafo 51 de *Gündüz*.

³⁸⁶ *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, de 20 de septiembre de 1994, especialmente los párrafos 49 y 56.

³⁸⁷ MCHANGAMA, J. / ALKIVIADOU, N.: “Hate Speech...”, cit., p. 1015.

³⁸⁸ Vid. párrafo 49 de *Handyside*.

exclusivo del discurso islámico y que ni siquiera ha sido ajeno a la clasificación de los hijos en países como España en tiempos no muy lejanos. Por lo tanto, la descripción de categorías religiosas se usa también para criticar políticas gubernamentales, lo que se incardina en el plano de control de la acción de gobierno, por más equivocado que pueda parecer hablar en esos términos.

Se nos cabría objetar que, al igual que el Sr. Wilders, el Sr. Gündüz está empleando un criterio religioso para distinguir entre unos y otros hijos, de tal suerte que unos no son bastardos y los otros sí lo son. No creamos que ese sea el caso porque nacer dentro o fuera del matrimonio no está reñido con la condición de musulmán, que es patrilineal, así que no podríamos decir que las situaciones a comparar diferirían en función de si se es musulmán o no; a lo sumo, tendría que ver con el cumplimiento de un precepto coránico, lo que situaría la discriminación en diferencias de ortodoxia que no consideramos subsumibles en discriminación religiosa. Por este mismo motivo, no habría discriminación religiosa en cuanto a los padres que tienen hijos en el marco de un matrimonio celebrado conforme a los preceptos coránicos ya que esto, de nuevo, sería una cuestión de ortodoxia religiosa, ni tampoco creemos que se pueda reconducir al artículo 8 CEDH por no percibir una suficiente entidad en la afectación a la vida privada.

Más problemática vemos otra parte del discurso del Sr. Gündüz, a saber, aquella en la que aboga por la implantación de la sharía, y ninguno de los argumentos que emplea el Tribunal nos parece convincentes. Principiando por el que destaca el juez Türmen, convenimos con él en que el formato televisivo en directo solo impide retractarse *antes* de que el público oiga ciertas palabras, pero el demandante dispuso de tiempo suficiente para desdecirse o puntualizar lo dicho, ya que no estamos ante una entrevista a pie de calle en la que, tras responder, el periodista se marcha. En segundo lugar, la presencia en el programa de personas con otros puntos de vista está desconectado del desvalor intrínseco de un cierto mensaje, y de creer realmente el TEDH en este argumento casi toda limitación discursiva debiera perecer porque es extremadamente raro que no haya posibilidad de réplica a prácticamente cualquier discurso; no concebimos que la incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia sea menos incitación por este motivo. En tercer lugar, y sobre el *preconocimiento* que la opinión pública tenía del pensamiento del Sr. Gündüz, no alcanzamos a comprender por qué la reiteración es argumento de descargo cuando la insistencia tendría que ser precisamente un factor de riesgo, ni tampoco se nos ofrece más información sobre ese grado de conocimiento como para presumir tedio o hábito inocuo en la audiencia. En último lugar, no entendemos qué tipo de descargo es para el Sr. Gündüz que vaya en calidad de líder de un movimiento musulmán, cuando precisamente ese realce de su figura puede mover a más gente a adherirse a su causa.

La compatibilidad de la sharía con el CEDH se resuelve, sorprendentemente, de manera algo templada cuando el TEDH sostiene que los dogmas de la sharía “divergen de los valores del Convenio”³⁸⁹; el Tribunal cita alguno de los ejemplos donde esta discrepancia se daría, como el Derecho Penal o el papel de la mujer, aproximación ejemplificativa que también nos causa sorpresa. Lo dicho por el TEDH es palmariamente insuficiente, y los ejemplos no dan cuenta del verdadero alcance del problema, para reflejar cómo la sharía es estructuralmente incompatible con el Convenio y sus principios democráticos y diversos. No es una cuestión de que en ciertas áreas haya diferencias sustanciales, sino que lo nuclear es que el fundamento de la sharía se asienta sobre el deber de cumplir con un sinfín de preceptos indiscutibles, en tanto que los discutibles solo pueden reformarse por un grupo de jurisconsultos no electos directa ni indirectamente por la ciudadanía. Podríamos encontrar puntos de la ley islámica que tuvieran parangón en nuestras legislaciones, y eso no disminuiría un ápice esa oposición frontal. La sharía – igual que cualquier otro código religioso que comparta esos rudimentos – supone el fin de la democracia, de los derechos fundamentales, de una separación entre Iglesia y Estado: la sharía es la antítesis del CEDH.

Por lo tanto, sostenemos que cualquier proyecto que se proponga implantar ese tipo de códigos religiosos debe someterse a los rigores del artículo 17 CEDH. Se podrá argüir que en las palabras del Sr. Gündüz, igual que en las de otros que aboguen por implantar regímenes totalitarios y dictatoriales, no hay una sola palabra expresa sobre discriminación, hostilidad o violencia³⁹⁰. Es tan cierto como innecesario que así sea, por cuanto la pretensión de implementar ciertos regímenes lleva consigo una serie de consecuencias queridas por quien así piensa que tienen un impacto directo en la discriminación por múltiples razones: religión, sexo, orientación sexual. La incitación a la discriminación es indisociable, pues, de la incitación a finiquitar el régimen democrático para sustituirlo por uno idéntico o análogo al que desea el demandante. El Tribunal había sentado las bases para ello cuando sostuvo que “la tolerancia y el respeto por la igual dignidad de todo ser humano constituye el fundamento de la sociedad democrática y plural. Así las cosas, en principio se considera necesario en ciertas sociedades democráticas sancionar o prevenir toda forma de expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio basado en la intolerancia”³⁹¹.

Vejdeland y otros c. Suecia, de 9 de febrero de 2012 es otro caso que sienta precedente – podríamos emplear el término inglés *leading case* – en el TEDH porque, frente a los habituales casos de grupos religiosos, étnicos o nacionales, aquí hablamos por primera vez del colectivo LGTBI, específicamente del homosexual³⁹². Los demandantes, los Sres. Tor Fredrik Vejdeland, Mattias Harlin, Björn Täng y

³⁸⁹ Vid. párrafo 51.

³⁹⁰ Para Mchangama y Alkiviadou, esta sentencia admite la mera justificación como motivo bastante para limitar la libertad de expresión y no es precisa siquiera la incitación, aspecto con el que, por otro lado, no están conformes (vid. MCHANGAMA, J. / ALKIVIADOU, N.: “Hate Speech...”, cit., p. 1016).

³⁹¹ Vid. párrafo 40.

³⁹² Vid. párrafo 42 de la sentencia y 3 del primer voto concurrente; MCGONAGLE, T.: “Conundrums...”, cit., p. 12.

Niklas Lundström, fueron condenados por el Tribunal Supremo sueco a penas de prisión suspendidas, a multas que oscilaban entre los 200 y los 400.-€ (los tres primeros demandantes) y a libertad vigilada (el cuarto de los demandantes) por un delito de agitación contra un grupo nacional o étnico³⁹³. En concreto, la conducta que la mayoría de los magistrados del TS sueco tuvo en cuenta fue la distribución por los demandantes en un centro escolar de unos panfletos en los que, entre otras cuestiones, se denunciaba que la sociedad sueca había pasado en pocos años de rechazar la homosexualidad y otras desviaciones sexuales a aceptar la tendencia sexual desviada. Asimismo, se consideraba que la homosexualidad tenía un efecto moral destructivo y se instaba al alumnado a expresar a los profesores defensores de ese colectivo (y a quienes se consideraba antisuecos) que el VIH y el SIDA surgieron con los homosexuales y su estilo de vida promiscuo, así como que los lobbies homosexuales perseguían banalizar la pedofilia³⁹⁴.

El periplo judicial hasta llegar a esa sentencia del Alto Tribunal sueco estuvo, como acostumbra a suceder en estos casos, marcado por pronunciamientos dispares. En primera instancia, el Tribunal del Distrito de Bolinäs los condenó por delito de agitación contra un grupo nacional o étnico por considerar que la conducta de los acusados había ido más allá de una discusión objetiva sobre la homosexualidad para constituir un claro desprecio a ese colectivo³⁹⁵. En apelación, el Tribunal de Apelación del Sur de Norrland los absolvió al entender que la condena vulneraba su derecho a la libertad de expresión³⁹⁶. Finalmente, y tras el recurso presentado por la Fiscalía, el Tribunal Supremo volvió al punto de partida y condenó a los demandantes en los términos referidos *ut supra*.

Antes de pasar a los motivos que fundaron la condena para el TS sueco, nos detendremos en los motivos que fundaron la absolución en apelación. El Tribunal de Apelación optó por esa revocación de la sentencia condenatoria amparándose en un precedente del propio TS sueco, en concreto el caso NJA/2005, resuelto el 29 de noviembre de 2005³⁹⁷. En él, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de apelación, que había revocado la condena a un pastor (el Sr. Åke Green) que, durante un sermón, había aludido a la condena de la homosexualidad que se hace en la Biblia para referirse a esa orientación sexual como una anomalía o un tumor canceroso social³⁹⁸. A pesar de que el TS sueco reconoció que esas palabras se subsumían en el tipo de agitación contra un grupo nacional o étnico, refirió que seguramente una condena sería declarada por el TEDH incompatible con la libertad de

³⁹³ Vid. párrafo 15 de la sentencia (a partir de ahora nos referiremos al pronunciamiento mayoritario, salvo especificación en contra).

³⁹⁴ Vid. párrafo 8.

³⁹⁵ Vid. párrafo 11.

³⁹⁶ Vid. párrafos 12 y 13.

³⁹⁷ Vid. párrafos 13 y 20.

³⁹⁸ Puede leerse el texto íntegro en https://www.caec.org/bibleanswers/ake_green_sermon.htm. El Sr. Green había invitado a los medios locales a asistir al servicio en el que iba a ofrecer esa prédica, pero como solo acudieron los feligreses habituales (unos cincuenta), decidió enviarlo a un diario local para que lo publicara.

culto *ex* artículo 9 CEDH, por lo que decidió mantener la absolución acordada en apelación³⁹⁹. Como era de esperar, esta *ratio decidendi* causó gran revuelo en Suecia porque se veía como una deferencia excesiva a la libertad religiosa frente a discursos percibidos como ofensivos frente a un colectivo determinado por la orientación sexual⁴⁰⁰.

De vuelta a *Vejdeland*, el TS sueco, sabedor de que tenía que justificar no seguir el precedente de *Green*, basó su revocación de la absolución y ulterior condena en que ambos casos tenían suficientes diferencias para una decisión tan dispar. En primer lugar, los panfletos se distribuyeron en un centro escolar de secundaria (*gymnasieskola*, previsto para alumnos de entre 16 y 19 años⁴⁰¹) donde ellos no cursaban estudio alguno, por lo que se introdujeron en un ámbito que les estaba vedado salvo permiso expreso. En segundo lugar, la intromisión tuvo un contenido político, lo que todavía les aleja más del ámbito de interacción permitido con un centro educativo al carecer del visto bueno de su dirección. En tercer lugar, el alumnado se encontró con los panfletos en su taquilla sin haberlos solicitado, con lo que se condicionó su libertad de leerlos al no saber *ab initio* cuál era su contenido. En cuarto lugar, el contenido era innecesariamente ofensivo porque, como refirió el Tribunal de Distrito, se podría haber alcanzado el mismo objetivo – animar a un debate sobre la homosexualidad – sin ese nivel de hostilidad y animadversión⁴⁰².

El TEDH, tras los consabidos requisitos de previsión legal y de fin legítimo, que consideró acreditados, pasó a la necesidad de esa medida en una sociedad democrática. Como es habitual en casos de libertad de expresión, el Tribunal principia su análisis resaltando la importancia que ese derecho tiene no solo para acoger en su seno lícito las informaciones neutras o favorables al estatus quo, sino también aquellas que ofenden, impresionan o molestan⁴⁰³; también reitera que toda excepción a la libertad de expresión debe tener el alcance mínimo para proteger otros derechos en liza sin reducir esa libertad a la marginalidad⁴⁰⁴. Uno de los motivos admitidos por el TEDH para restringir esa libertad de expresión es la incitación al odio, que el Tribunal no concibe con una exigencia de llamar a actos concretos de violencia, así como otros actos delictivos, ya que es suficiente si los ataques discursivos insultan, ridiculizan o calumnian grupos sociales específicos⁴⁰⁵. El coronamiento

³⁹⁹ Puede consultarse el texto íntegro de la sentencia, traducida al inglés, en https://web.archive.org/web/20120218220008/http://www.domstol.se/Domstolar/hogstodomstolen/Avgoranden/2005/Dom_p_a_engelska_B_1050-05.pdf. Vid. las pp. 12 a 17, especialmente el segundo párrafo de la 16. El caso despertó el interés de grupos dentro y fuera de Suecia, hasta el punto de que el Centro Becket para la Defensa de la Libertad Religiosa (con sede en Washington DC) presentó dos *amicus brief*, uno ante el Tribunal de Apelación y otro ante el TS sueco. El contenido de este segundo *amicus brief*, como es de esperar favorable a la libertad religiosa del Sr. Green, puede consultarse en <https://becketpdf.s3.amazonaws.com/Ake-Green-Amicus-Brief.pdf>.

⁴⁰⁰ KAWESA, V.: *Legal Study on Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity*, Center Against Racism, Estocolmo, 2010, p. 25.

⁴⁰¹ Vid. <https://eurydice.eacea.ec.europa.eu/national-education-systems/sweden/glossary#G>.

⁴⁰² Vid. párrafo 15 de la sentencia.

⁴⁰³ Vid. párrafo 53.

⁴⁰⁴ Vid. párrafo 54.

⁴⁰⁵ Vid. párrafo 55. Este pronunciamiento recoge lo dicho por *Féret* y tendrá continuidad en otros pronunciamientos como *Atamanchuk c. Rusia*, de 11 de febrero de 2020, párrafo 52: “Incitar al odio no implica necesariamente una llamada explícita a actos de violencia u otras conductas criminales. Los ataques a personas mediante el insulto, la ridiculización o la calumnia

del edificio se realiza con la afirmación según la que la discriminación basada en la orientación sexual es tan grave como aquellas fundadas en la raza, en el origen o en el color⁴⁰⁶, aseveración que a continuación comprobaremos no tiene solo un mero propósito abstracto.

A la vista de cómo configura el Tribunal la incitación al odio, y que hace sembrar dudas razonables sobre la carencia de un concepto relativamente definido de discurso de odio, el TEDH entra en harina con los hechos específicos. En línea con lo resuelto por el TS sueco, la sentencia enfatiza algunos puntos particularmente sensibles del caso, y que afectan tanto a la forma como al fondo del discurso objeto de escrutinio. Sobre lo primero, el Tribunal no pasa por alto la introducción de los folletos en las taquillas sin consentimiento del alumnado o de la dirección del centro, “imponiendo” (sic) su lectura a ese alumnado⁴⁰⁷. Sobre lo segundo, no pasa por alto el TEDH (i) la relación explícita en esas octavillas entre homosexualidad y aparición de enfermedades tan graves como el VIH y el SIDA, (ii) la adjetivación de la homosexualidad como una desviación sexual tiene efectos moralmente destructivos de la esencia social, (iii) y el objetivo de los grupos de presión homosexuales para trivializar la pedofilia. Que no haya una incitación directa a cometer actos de odio no empece para que estemos ante frases muy graves y que reflejan evidentes prejuicios⁴⁰⁸.

Por último, el TEDH estudia si la pena impuesta (recordemos, penas de prisión suspendidas y multas que oscilan entre los 200 y los 400.-€ para tres de los demandantes, y libertad vigilada para el cuarto) no resultan desproporcionadas para el ilícito cometido, por lo que nada se le puede objetar a las autoridades nacionales⁴⁰⁹. En consecuencia, y no habiendo nada más que analizar, el Tribunal concluye el encaje dentro del artículo 10 CEDH de la condena acordada por el TS sueco⁴¹⁰.

Decíamos antes, a título enunciativo, que la sentencia cuenta con cuatro votos concurrentes agrupados en torno a dos bloques. El primero lo formulan los jueces Spielmann y Nussberger (el primero es el presidente de la Sección 5ª) y expresa su conformidad con el resultado desestimatorio de la demanda, pero sin compartir parte de su fundamentación. A su entender, la distribución de los panfletos en un centro escolar es el factor decisivo para validar la decisión de las autoridades nacionales, siendo el resto de los argumentos más dudosos. Los demandantes eran sabedores, y seguramente por eso lo dispusieron ahí, que sus mensajes causarían un gran impacto y revuelo en un segmento de la población muy influenciable e impresionable por el proceso madurativo en el que se encuentran⁴¹¹. La lucha contra la discriminación por razón de orientación sexual, tal y como refieren sendos togados, es un

de grupos concretos de la población pueden bastar a las autoridades para combatir el discurso xenófobo o discriminatorio ante el ejercicio irresponsable de la libertad de expresión.”

⁴⁰⁶ Vid. párrafo 55.

⁴⁰⁷ Vid. párrafo 57.

⁴⁰⁸ Vid. párrafo 56.

⁴⁰⁹ Vid. párrafo 59.

⁴¹⁰ Vid. párrafo 60.

⁴¹¹ Vid. párrafo 6 del primer voto concurrente (salvo indicación en contrario, a él aludiremos cada párrafo en lo sucesivo).

objetivo primordial en el ámbito europeo, a cuyo efecto citan normativa reciente – por aquel entonces – que apoya esa conclusión. Es enmarcado en la lucha en general contra este fenómeno, y muy significadamente en el ámbito escolar donde el acoso por motivos como este es una lacra, que este voto concurrente converge con la mayoría⁴¹².

El resto del pronunciamiento mayoritario, según apuntábamos, les parecen a ambos jueces más discutible. Primero, porque la conceptualización de la incitación al odio y del discurso de odio entienden que es novedosa desde una perspectiva más procesal que sustantiva, ya que sostienen que el *hate speech* se había entendido hasta *Vejdeland* como sinónimo del efecto guillotina⁴¹³. Sobre el mensaje en sí, sin perjuicio de reconocer su carácter indubitadamente ofensivo, señalan que, dado que nadie ha cuestionado la relevancia en abstracto del debate que se pone encima de la mesa, se tendría que haber afinado más en definir por qué esas concretas expresiones son suficientemente ofensivas para prohibirse. Se percibe cierta contradicción entre defender esa relevancia para, a renglón seguido, negarle el carácter necesario⁴¹⁴. Así, las autoridades nacionales debieran haber acometido una investigación más profunda acerca de las personas encartadas a fin de averiguar sus motivaciones.

En segundo lugar, el voto concurrente (que bien podría haber sido particular) de los magistrados Yudkivska y Villiger pone el foco en que la demanda tendría que haberse inadmitido *ex* artículo 17 CEDH. Consideran ambos jueces que la condena cuya revisión se solicita al Tribunal versa sobre unas palabras claramente subsumibles dentro de la noción estricta de *hate speech* por ir contra los valores del Convenio y, en coherencia, se tendría que haber aplicado el mecanismo al que señalaba el otro voto concurrente (aunque descartara aplicarlo por las razones vistas)⁴¹⁵. En la medida en la que se ha reputado *secundum* Convenio la sentencia del TS por ser la restricción necesaria para proteger la reputación y los derechos de terceros, estiman los dos jueces que se ha llegado a considerar la posibilidad de que el discurso pudiera protegerse, escenario que creen no podría haberse dado en ningún caso⁴¹⁶. Por ello, se propone que el Tribunal adopte la definición que de *hate speech* dio la ya estudiada R (97) 20: “toda expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia”⁴¹⁷.

Nuestra aproximación a *Vejdeland* pasará por examinar la admisión de la demanda, la forma y el fondo del discurso objeto de punición nacional.

⁴¹² Vid. párrafo 7.

⁴¹³ Vid. párrafo 4.

⁴¹⁴ Vid. párrafo 4.

⁴¹⁵ Vid. párrafo 8 del segundo voto particular (salvo indicación en contrario, a él aludiremos cada párrafo en lo sucesivo).

⁴¹⁶ Vid. párrafo 9.

⁴¹⁷ Vid. párrafo 3.

El Tribunal dedica apenas dos líneas a admitir la demanda con base en la inexistencia de óbice alguno que lo impida⁴¹⁸. No parece que los magistrados confieran demasiada importancia a este punto, que solo sale a relucir en el segundo voto concurrente; cabría pensar que ello revela una prístina conciencia por el TEDH de estar completamente alejados del discurso de odio, pero desde *Féret* esta conclusión nos parece aventurada. El discurso de odio, al igual que en *Féret*, planea por toda la sentencia – votos concurrentes incluidos – de manera expresa y en sintagmas como “incitación al odio”, y en el primer voto concurrente se reconoce que la mayoría se basa en el discurso de odio para avalar la condena, por más que crean que ese discurso de odio no es el que hasta ahora se usaba por el Tribunal. No creemos que pueda sostenerse, y luego tendremos ocasión de volver sobre ello, que el discurso de odio sea solo un apunte en la sentencia o un *obiter dicta*.

En *Féret* y *Vejdeland*, asistimos al parto de un nuevo entendimiento del discurso de odio como categoría que admite los suficientes matices para que solo sus formas más graves se remitan al artículo 17 CEDH. Es sintomático que ni siquiera el tercero interviniente adujera la inadmisión a trámite con base en ese artículo a pesar de solicitar al TEDH la ampliación al colectivo LGTBI del discurso de odio⁴¹⁹, y tampoco que el segundo voto concurrente aludiera expresamente a ese precepto. Es imposible pensar que ello es un obstáculo a la aplicación del discurso de odio dada la literalidad de ambos fragmentos de la resolución, y esa cierta ambivalencia solo logramos explicarla por la inviabilidad de marcar fronteras claras cuando se está avanzando sobre terreno desconocido, situación en la que ni se es plenamente del lugar de origen ni del de destino.

Dicho lo anterior, no suscribimos que la demanda debiera haberse inadmitido por ser los panfletos manifiestamente contrarios a los fundamentos del CEDH. Las diferentes manifestaciones que se hacen en ellos son, qué duda cabe, sumamente ofensivos por la asociación entre homosexualidad y enfermedad, entre homosexualidad y pedofilia y entre homosexualidad y desviación. El nivel de ofensa no tiene la magnitud de casos como *Lenis*, donde la cantidad y calidad de los mensajes de odio, hostilidad y discriminación excede con muchas creces el de *Vejdeland*, lo que le hace acreedor de una inadmisión *ex* artículo 17 CEDH.

En cuanto a la forma del discurso, su inserción en las taquillas es una parte sustancial porque se busca influir en las nuevas generaciones para crear un estado de opinión que detenga lo que sus redactores consideran una desviación en la que la enfermedad y la pedofilia son, si no consustanciales, sí al menos factores relevantes. Los centros escolares, y menos aquellos que acogen a estudiantes de 16 a 19 años, no han de ser templos de la asepsia política, religiosa o moral, ya que son precisamente lugares en los que los jóvenes del hoy se forman convicciones que determinarán los adultos del

⁴¹⁸ Vid. párrafo 22 de la sentencia.

⁴¹⁹ Vid. párrafos 41-46.

mañana. La libertad de expresión como derecho a recibir información halla un terreno fértil en quienes más estímulos del mundo exterior han de tener para evitar la homogeneidad ideológica resultante de un sistema educativo que, indudablemente, tiende a ser un espejo de las mayorías políticas en cada momento. Tal y como el Derecho no es asepsia moral o política, la educación sigue la misma suerte.

Se discute tanto por la mayoría como por los votos concurrentes que los demandantes emplearan un método que aseguraba la lectura del material por el alumnado. No podemos hacerle a ello reproche alguno, y ciertamente nos parece contradictorio sostener que el tema es de relevancia pública y, a la vez, sostener que seguir un método eficaz de comunicación vaya en detrimento de apreciar un uso *ex lege* de ese derecho. Los demandantes no interrumpieron el normal curso de las clases entrando, por ejemplo, mediante el uso de la fuerza o de la intimidación en las aulas para exponer, a voz en grito, su mensaje. Que incumplieran, quizá, alguna norma sobre el régimen de entrada en el centro escolar podrá tener sus consecuencias en el plano administrativo, pero no podemos compartir que afecte *per se* al legítimo ejercicio de la libertad de expresión. Por ello, no suscribimos el primer voto concurrente al cargar las tintas contra el *modus operandi* a la par que se pone en tela de juicio la aptitud del discurso *per se* para colmar las exigencias del discurso de odio.

Es aquí donde entra lo que realmente consideramos el núcleo del caso, a saber, el fondo o mensaje *stricto sensu*. Del conjunto de esos mensajes, no podemos sino colegir que hay un claro y evidente desprecio por los homosexuales, a quienes se les considera generadores y propagadores de enfermedades, desviados, corrompidos morales y propensos a la pedofilia. Son palabras inaceptables no solo desde una perspectiva política o moral, sino también jurídica porque no incitan a ningún debate sobre la normalización normativa de la condición homosexual. Si el objetivo de los demandantes era iniciar, animar o encender el debate, ni una sola de esas palabras era necesaria, e incluso nos atreveríamos a decir que tampoco es apta para discusión alguna que discurra en términos de respeto al otro. La incitación a la discriminación y la hostilidad hacia el colectivo homosexual se da cuando se presenta todo ese grupo en los términos ya expuestos, sin que haya otra posible teleología que animar a marginarlos por encarnar todos esos males y vicios.

Solo a partir de esas premisas, entendemos que cabe introducir como elemento de desvalor el contexto en el que se dio la distribución de esos panfletos, en el sentido de *Handyside* y conforme a lo que en España podríamos reconducir al artículo 20.4 CE. El guante de seda con el que actuaron los demandantes no puede esconder el puño de hierro con el que golpearon en un lugar donde el acoso escolar por condiciones como la orientación sexual; invitar a que los alumnos expongan a sus profesores, en el transcurso de una clase, que el lobby homosexual quiere normalizar la pedofilia o que los homosexuales son desviados contribuye a la hostilidad hacia quienes tienen tal orientación sexual. Por más que esas opiniones son juicios de valor (extremo discutible porque parece hablar de hechos),

es aplicable aquí la jurisprudencia del TEDH que niega un paraguas absoluto a la emisión de opiniones que carecen de todo tipo de asidero fáctico o en contra de hechos asentados⁴²⁰.

Pasemos ahora al antepenúltimo pronunciamiento que veremos: *Stomakhin c. Rusia*, de 9 de mayo de 2018. Este caso tiene como origen una serie de publicaciones del demandante, el Sr. Boris Vladimirovich Stomakhin, en un boletín mensual intitulado “Radikalnaya Politika” (“Política Radical”) entre los años 2003 y 2004, así como su participación, en febrero de 2004, en una manifestación no autorizada. Algunas de esas publicaciones eran suyas, mientras que otras eran de personas a quienes ofrecía ese altavoz, y en cualquier caso la mayoría de las publicaciones versaban sobre asuntos chechenos⁴²¹.

De entre los varios artículos, destacaremos los siguientes: (i) en una entrevista ofrecida por el Sr. Udugov, viceprimer ministro de la autoproclamada República chechena de Ichekria, se calificó la toma de rehenes en el teatro Dubrovka (Moscú) en octubre de 2002 de “acción de heroicos rebeldes chechenos”; (ii) en relación con ese mismo tema, otro articulista – no era del Sr. Stomakhin – aprobaba esa toma de rehenes y simpatizaba con las motivaciones para ello; (iii) en otro artículo, el Sr. Stomakhin sostenía que el ejército ruso estaba lleno de maníacos, sádicos sanguinarios, asesinos y degenerados, y pedía que quienes integraban la policía, los servicios de inteligencia, el ejército y la marina (incluido Vladimir Putin) fueran sometidos a un examen psiquiátrico obligatorio, todo ello tras haberse declarado no culpable por demencia a un oficial ruso de alto rango juzgado por torturar y asesinar a una mujer chechena de 18 años; (iv) en ese mismo artículo, hizo un llamamiento para que decenas de francotiradores chechenos tomaran posiciones y mataran a agresores e invasores rusos; (v) el Sr. Stomakhin se hizo eco de una operación policial rusa destinada a liberar a ciudadanos uzbekos que habían sido sometidos a esclavitud por ciudadanos rusos, lo que le llevó a escribir un artículo titulado “Rusos tienen esclavos y se atreven a graznar algo sobre los chechenos”; (vi) en otra ocasión, tituló un artículo diciendo que los ortodoxos se habían vuelto completamente locos porque algunos de sus teólogos habían afirmado supuestamente que Jesucristo había sido crucificado no por judíos, sino por chechenos; (vii) en otro artículo, llamo a una guerra civil chechena y a destruir Rusia, justificando el atentado en el metro de Moscú de 2004 como algo natural y lícito⁴²².

A causa de todo ello, se inició contra el Sr. Stomakhin un procedimiento penal por incitación a actividades extremistas, así como odio racial, nacional y social. Tras la celebración del juicio, fue condenado a cinco años de prisión y a tres años de inhabilitación como periodista, a cumplir esto último a la par que la privación de libertad. Para el Tribunal, no había duda de que el demandante había atentado contra la integridad territorial rusa al defender la independencia por las armas de ciertos

⁴²⁰ Vid. párrafos 47 y 53 de *Lehideux e Isorni*, así como los apartados 1.16 y 1.19 de *Garaudy*.

⁴²¹ Vid. párrafo 7.

⁴²² Vid. párrafos 8 a 35 para una descripción completa de todos los artículos por lo que fue juzgado.

territorios pertenecientes a la Federación Rusa, había abogado por acciones violentas contra el ejército ruso y, además, había causado menoscabo a su dignidad y la de la población rusa en general⁴²³.

Al igual que en los otros casos, el TEDH analiza si concurre una previsión legal para la condena, cuya respuesta es afirmativa, pero a diferencia de otros casos que hemos visto, al llegar al fin legítimo se detiene para analizar una peculiaridad de este supuesto. El Tribunal constata que la legislación en cuestión protege a sujetos tales como el pueblo ruso, los creyentes ortodoxos, los funcionarios rusos y las fuerzas del orden rusas. Por otro lado, también entiende el Tribunal de la normativa rusa traída a colación que se protege la seguridad nacional, la integridad territorial, la paz pública y se previene el desorden y el crimen. Sin perjuicio de que algunos de estos bienes jurídicos sean muy amplios, la especial situación en Chechenia hace que el TEDH adopte una postura más flexible de lo que exhibiría en circunstancias menos conflictivas⁴²⁴, por lo que la conclusión es que tanto los bloques personales como conceptuales son fines legítimos a los efectos que nos ocupan⁴²⁵.

En lo tocante a los colectivos protegidos, este pronunciamiento ha de conjugarse con el contenido en *Savva Terentyev c. Rusia*, de 28 de agosto de 2018 y dictado por la misma Sección (la 3ª) que resolvió *Stomakhin*. Esta última sentencia se pronunció en el contexto de una condena por el mismo delito por el que se condenó al Sr. Stomakhin⁴²⁶ y, al hablar sobre la policía y las fuerzas del orden como colectivo protegido por esa norma (además de otros), expuso que difícilmente podían tenerse por grupos históricamente desprotegidos o vulnerables⁴²⁷. Ello no les cierra la puerta como colectivo digno de tuición, pero sí que exige una mayor intensidad en los ataques para concluir que se ha rebasado el mayor umbral de críticas que se les ha de exigir como funcionarios⁴²⁸; la lectura conjunta de *Stomakhin* y de *Savva Terentyev* apunta, pues en una misma dirección⁴²⁹.

En sede de necesidad de la medida para una sociedad democrática, el TEDH se aproxima al sinfín de textos atribuidos al demandante dividiéndolos en tres bloques, única manera de enjuiciar con precisión quirúrgica la adecuación de mensajes tan variopintos al artículo 10 CEDH⁴³⁰. El primer grupo de comentarios son los que ensalzan acciones terroristas conducentes a lograr la independencia respecto de Rusia para el territorio de Ichekria, objetivo que para el Sr. Stomakhin justifica la toma de rehenes

⁴²³ Vid. párrafos 46 a 62.

⁴²⁴ Acerca de la jurisprudencia del TEDH en materia de conflicto checheno, vid. *Dmitriyevskiy c. Rusia*, de 3 de octubre de 2017, especialmente el párrafo 87 con su abundante cita de otras resoluciones parejas.

⁴²⁵ Vid. párrafos 82 a 87; ELÓSEGUI ITXASO, M.: “El principio...”, cit., p. 25. El artículo, escrito por la magistrada del TEDH que integra la Sección que enjuició este caso, es una fuente interpretativa de valor incalculable.

⁴²⁶ Vid. párrafo 21 de *Savva Terentyev*.

⁴²⁷ Vid. párrafos 75 y 76 de *Savva Terentyev*.

⁴²⁸ Vid. párrafo 77 de *Savva Terentyev*; vid. también los párrafos 103, 106 y 117 de *Stomakhin*.

⁴²⁹ En este último pronunciamiento, el párrafo 78 de la sentencia apuntala que, en abstracto, los grupos no relegados tradicionalmente pueden ser los destinatarios de la incitación al odio o a la hostilidad. En efecto, tal apartado de la resolución analiza, y descarta, que *ad casum* se haya producido tal situación, lo que solo es posible si, como decíamos, en línea de máxima tal posibilidad se contempla.

⁴³⁰ Vid. párrafo 97; ELÓSEGUI ITXASO, M.: “El principio...”, cit., p. 17.

o la colocación de explosivos en medios de transporte. El Tribunal considera que este tipo de palabras, que amparan a la par que jalonan este tipo de conductas, no tienen cabida en la libertad de expresión, sin que tenga ninguna incidencia que algunas de esas palabras fueran escritas por terceros a los que el demandante cedía espacio en su boletín⁴³¹. Sobre esto último, el TEDH no se contradice con *Jersild* por cuanto en *Stomakhin* estima que el demandante se asoció explícitamente con esos postulados al publicar artículos semejantes, por lo que ese espacio lo cedió a terceros para que se sumaran a su proyecto político⁴³².

De existir solo mensajes de este tipo, no sería descabellado predecir que el TEDH habría inadmitido la demanda con base en su consolidada jurisprudencia en materia de glorificación, ensalzamiento y promoción del terrorismo⁴³³, así como sobre la incitación directa a la violencia⁴³⁴. No obstante, como quiera que los mensajes comprenden más que esa normalización y promoción del terrorismo y de la violencia, el resultado no podría ser la aplicación *in totum* del artículo 17 CEDH, dado que la literalidad del artículo 35.3a) CEDH habla de la inadmisión de la demanda en su conjunto. Sin embargo, si como parece las condenas lo son por varios tipos penales en función del tipo de mensaje, no consideramos que conculque ese precepto inadmitir esta parte y seguir analizando el resto de la demanda. Si la preocupación subyacente es la proporcionalidad, extremo relevante este caso, la estimación de la demanda en sus otros puntos no impediría seguir entrando en ella; es más, si un determinado discurso categóricamente excluido lleva a una condena desproporcionada, no vemos tampoco óbice alguno para separar entre reproche y sanción a los efectos del artículo 17 y 35 CEDH.

El segundo bloque de mensajes son los que permitieron apreciar a las autoridades judiciales rusas la llamada a actividades extremistas y a la incitación del odio y la enemistad hacia las fuerzas del orden rusas. Se alude aquí, en concreto, a la petición del demandante para que se haga acopio y se odien los crímenes cometidos por las autoridades rusas en Chechenia; también nos referimos a la petición de someterse a un examen psiquiátrico aludida *ut supra* en relación con la absolución de un oficial ruso de alto rango. El Tribunal no puede converger en esto con los tribunales rusos⁴³⁵ porque percibe en estas palabras una crítica dura, áspera, contra las autoridades rusas, pero cuya intensidad no supera el criticismo que el TEDH ha declarado y seguirá declarando en varias ocasiones que los entes gubernamentales y sus integrantes han de soportar⁴³⁶, máxime cuando las opiniones que se expresan son contrarias al sentir mayoritario⁴³⁷.

⁴³¹ Vid. párrafos 102, 103, 106 y 109.

⁴³² Vid. párrafo 102.

⁴³³ Por todas, vid. la ya analizada *Roj TV A/S*, párrafos 46/47; *Orban y otros c. Francia*, de 15 de enero de 2009, párrafo 35.

⁴³⁴ Por todas, vid. *Belkacem*, párrafo 31; *Romanov c. Ucrania*, de 16 de julio de 2020, párrafos 163-166.

⁴³⁵ Vid. párrafo 113.

⁴³⁶ Por todas, vid. *Mamère c. Francia*, de 7 de noviembre de 2006, párrafo 27; *Janowski c. Polonia*, de 21 de enero de 1999, párrafo 33.

⁴³⁷ Vid. *Dink c. Turquía*, de 14 de septiembre de 2010, párrafo 137.

El corolario al que llega el TEDH nos resulta plenamente conforme con las exigencias que impone el respeto a la libertad de expresión en términos de análisis ambiental de la emisión de determinado discurso. Las críticas mordaces que el demandante publica están conectadas directamente con un conflicto enquistado como es el checheno, que con cierta periodicidad sale a la palestra por acciones emprendidas por unos u otros, aunque es cierto que normalmente nos llegan las acciones chechenas y las correspondientes reacciones rusas. Desde esta perspectiva, es lícito que el Sr. Stomakhin exprese su descontento ante la injusta situación que cree sufre lo que él entiende que es un pueblo oprimido, sin que nos competa enjuiciar si es cierto o no dada la complejidad que entraña ese negociado. Por más que el demandante apele directamente a odiar los crímenes cometidos por las fuerzas rusas (frase de la que cabría inferir una incitación al odio hacia esas mismas fuerzas, como si alguien azuzara el odio hacia las prácticas homosexuales), el Tribunal no lo considera suficiente para calificarlo de incitación al odio, y ello porque parece presumir – correctamente, a nuestro entender – que cierto nivel de hostilidad hacia quienes detentan el poder no puede equipararse a la misma dosis respecto de otros grupos.

En lo atinente a las menciones a la salud mental las incardinamos sin problema alguno en la sátira, concepto que recordemos está presente en la RPG n.º 15 con el propósito de evitar que todo discurso ofensivo o humillante se transforme en discurso de odio. Con independencia de las vicisitudes del caso que motiva la burla del Sr. Stomakhin, y que son completamente irrelevantes a estos efectos, el demandante explota lo que es sin lugar a duda una veta, a saber, que se reconozca la inimputabilidad por razón de salud mental de un oficial ruso de alto rango. Además, no se trata de ese reconocimiento en un caso cualquiera, sino en el del homicidio de una mujer chechena de apenas 19 años tras haber sido torturada, por lo que la conexión con la temática sobre la que versan en general los mensajes del Sr. Stomakhin es de primer orden. Sale a relucir, de nuevo, la mayor resistencia que han de mostrar – y se les ha de exigir – a quienes ocupan posiciones de poder ante aquellos a quienes se supone han de servir.

Por último, el Tribunal examina los comentarios que el demandante realiza al calor del caso ya explicado en el que se detuvo a una serie de personas – de nacionalidad rusa – por mantener a varias mujeres en situación de esclavitud; también incluye aquí la crítica a los teólogos rusos que sostuvieron que fueron los chechenos quienes crucificaron a Jesucristo. El óbice que el TEDH refiere para mantener este argumento de condena es la vaguedad e imprecisión con la que las autoridades rusas lo justificaron⁴³⁸, sin citar documentos en concreto⁴³⁹. Por más que el Tribunal acepte en términos generales que el margen de apreciación nacional es mayor cuando de sentimientos religiosos se

⁴³⁸ Para el primer voto concurrente, emitido por los jueces Jäderblom Keller, el principal problema estribaría en que los artículos cuyos titulares habrían servido de base para la condena desarrollan el tema de una manera incompatible con admitir restricción alguna a la libertad de expresión (vid. párrafo 6 de ese voto concurrente).

⁴³⁹ Vid. párrafo 123.

trata⁴⁴⁰, advierte un escollo probatorio insalvable que conduce a concordar en este punto con la demanda.

Este análisis desglosado da, pues, como resultado que únicamente la condena puede sostenerse a partir del primer bloque, restricción que ha de tener su correlativo en la proporcionalidad. La condena de cinco años de prisión y de tres años de prohibición para ejercer como periodista ha de verse necesariamente como desproporcionada porque tal cantidad de pena obedecía a tres motivos, dos de los cuales han desaparecido por ser contrarios al artículo 10.2 CEDH. A ello hay que añadir la escasa difusión que tuvieron los artículos de su boletín mensual. No sorprende, por lo tanto, que el Tribunal concluya la vulneración también desde la perspectiva relacional de hechos y penas⁴⁴¹. Particularmente censurable le resulta al TEDH la segunda de las penas, a cuya incompatibilidad estructural apunta sin desarrollarla⁴⁴², quizá por ser innecesaria dado que ya se ha declarado la desproporcionalidad concreta.

El Tribunal, a nuestro juicio, toma una decisión coherente con la estimación parcial de la demanda. La determinación de si una pena es excesiva nunca resulta sencilla, máxime si no se tiene en cuenta todo el sistema penológico de un determinado país a fin de saber cuál es su marco promedio, ni tampoco se conoce cuál es el promedio de años con el que la jurisprudencia se desenvuelve para un delito dado, pero no es por ello menos relevante. Apuntábamos antes que no por ser una conducta ilícita el Estado tiene una libertad absoluta para atribuir determinada, y ello tanto por el propio efecto desaliento en sede de libertad de expresión como por consideraciones de trato degradante *ex* artículo 3 CEDH o el derecho a la libertad *ex* artículo 5.

En este supuesto, asimismo, concurre otra pena cuya mera existencia estimamos incompatible con la libertad de expresión, a saber, la prohibición de ejercer el periodismo, y ello con total independencia del lapso que se prevea para esa pena. El primer obstáculo para la convencionalidad de esta pena es su alto grado de indeterminación práctica, ya que el periodismo es una profesión no reglada que puede ejercerse de muchas y variadas maneras, por lo que las autoridades gozan de un margen de discrecionalidad inasumible que roza la arbitrariedad. El segundo impedimento es el la sobreinclusión, en el sentido de que siempre se condenará a un periodista por unas opiniones determinadas, lo que en abstracto parecería conectado con la pena, pero realmente no existe esa ilación en la medida en la que se le prohíbe ejercer el periodismo en general; si se le impidiera ejercer el periodismo para hablar de una sola materia – la que le llevó a la condena –, también incurriríamos en sobreinclusión porque se le vetaría hablar en términos distintos a los que empleó. Incluso si solo se le permitiera hablar en los mismos términos que empleó tampoco lo aceptaríamos porque ello no sería una pena, sino un

⁴⁴⁰ Vid. el reciente caso de *Zhablyanov c. Bulgaria*, de 27 de junio de 2023, párrafo 104; *Sekmadienis Ltd. c. Lituania*, de 30 de enero de 2018, párrafo 69; *Movimiento raeliano suizo c. Suiza*, de 13 de julio 2012, párrafo 76. Ese margen no es ilimitado, como se ve en *Open Door y Dublin Well Woman c. Irlanda*, de 29 de octubre de 1992, párrafo 68.

⁴⁴¹ Vid. párrafos 129 y 130.

⁴⁴² Vid. párrafo 128.

recordatorio de la ley, o en el peor de los casos un *bis in idem* si diera lugar a dos condenas, una por la nueva infracción de la norma y la otra por la infracción de la pena o medida accesoria impuesta.

El tercer reproche a este tipo de penas es que infringen la vertiente de recibir información por el público que articula la libertad de expresión. Es de la máxima relevancia pública que quien ha sido condenado por enfrentarse a las autoridades rusas en un tema tan espinoso como el checheno tenga la capacidad de seguir ejerciendo su labor periodística desde el centro penitenciario. Su posición privilegiada para convertirse en cronista de lo que allí sucede, de cómo lo tratan y de cuáles son sus vivencias no pueden cercenarse con la imposición de una pena como esa a cumplir simultáneamente con la de privación de libertad; cabría una interpretación bienintencionada según la que esa concurrencia busca afectarle lo menos posible tras su salida de la cárcel al permitirle continuar con su labor periodística, pero dado el perfil del demandante no podemos despreciar que se busque su neutralización evitando que se convierta en un referente para independentismo checheno. Si a ello se le añade ese ingrediente de discrecionalidad o arbitrariedad en la interpretación de qué es periodismo, la censura está servida.

El penúltimo caso sobre el que hablaremos es *Lilliendahl c. Islandia*, de 12 de mayo de 2020. La importancia de esta sentencia estriba seguramente más en la sistematización que se acomete del discurso de odio y no tanto en el supuesto de hecho (que también tiene su enjundia por el umbral del TEDH), si bien haremos algunos apuntes sobre el aparato fáctico para contextualizar el pronunciamiento. La demanda, presentada por el Sr. Carl Jóhann Lilliendahl, denuncia la vulneración del artículo 10 CEDH a raíz de la condena dictada por el Tribunal Supremo islandés el 14 de diciembre de 2017, pronunciamiento que revocaba la absolución acordada en primera instancia y que, en consecuencia, lo condenaba por denigrar a un colectivo con base en su orientación sexual o identidad de género⁴⁴³. En concreto, la condena fue a una multa de 800.-€ a la vista de la edad del acusado (69 años cuando cometió los hechos) y de que era delincuente primario⁴⁴⁴.

La conducta del Sr. Lilliendahl que dio origen al procedimiento penal y posterior condena fue un comentario publicado a renglón seguido de un artículo que el Sr. Ó.S.Ó. había escrito. Este último texto traía causa de la discusión pública que se había generado a raíz de una iniciativa del gobierno local de Hafnarfjörður para sensibilizar en los centros escolares sobre la importancia de respetar la orientación sexual y la identidad de género; una radio local decidió habilitar un número de teléfono para que los radioyentes llamaran y dejaran sus comentarios sobre esa medida, lo que generó opiniones favorables y otras que no lo fueron tanto. Es aquí donde entra en juego el Sr. Ó.S.Ó., uno de los promotores de esa iniciativa popular, que escribió un artículo en internet criticando al programa en

⁴⁴³ Vid. párrafos 8 a 11 de la sentencia.

⁴⁴⁴ Vid. párrafo 17.

cuestión por no mostrar su rechazo expreso ante esos comentarios no tan agradables y se ofreció para ir al susodicho programa a defender la propuesta local⁴⁴⁵.

Al Sr. Lilliendahl no pareció gustarle mucho la idea de que el Sr. Ó.S.Ó. acudiera a la radio, así que decidió responder a renglón seguido de ese artículo con las siguientes palabras: “Los oyentes de este programa no tenemos ningún interés en las innecesarias explicaciones de este desviado. Es asqueroso. Adoctrinas a niños sobre cómo los desviados fornican como animales en la cama. Ó.S.Ó. puede quedarse en su casa en lugar de entrometerse en el programa. Qué asco”⁴⁴⁶. El Sr. Lilliendahl fue denunciado ante la policía, quien inició una investigación que pronto acabaría en una imputación *ex* artículo 233.a del Código Penal islandés, que castiga la amenaza, la burla, la difamación o la denigración de un grupo de personas por su orientación sexual o identidad de género⁴⁴⁷. Según decíamos, la sentencia de primera instancia fue absolutoria al concluir el Tribunal del Distrito de Reikiavik que primaba la libertad de expresión y que no constaba acreditada la intención del acusado de infringir ese precepto penal⁴⁴⁸.

Para revocar la decisión adoptada por el Juzgado *a quo*, el TS islandés tuvo en cuenta que los comentarios publicados por el demandante eran gravemente hirientes y reveladores de prejuicios, sin que el empleo de palabras como “desviado” o “fornicar” (se empleó el término islandés “eðla sig”, que designa normalmente el sexo entre animales⁴⁴⁹, y de ahí que lo hayamos traducido como “fornicar como animales”) fuera en absoluto necesario para expresar su oposición a la medida que el gobierno local quería aprobar. Al TS, pues, le resulta imposible de ver qué propósito de iniciar una discusión razonable puede haber. Considera, asimismo, el Alto Tribunal islandés que no era implausible que los estudiantes acabaran leyendo estos comentarios dado que la controversia sobre esa política pública se había enconado⁴⁵⁰. En consecuencia, el Tribunal Supremo considera que la condena del Sr. Lilliendahl sirve a los fines de proteger la reputación y los derechos de terceros en el marco fijado por el artículo 10.2 CEDH⁴⁵¹.

Desplegado el terreno de juego, es momento de saber el juicio que de todo lo anterior realiza el TEDH. La aplicación del artículo 17 CEDH es algo que se plantea expresamente por el Tribunal en el trámite de admisión, lo que no siempre sucede con esa literalidad, a lo que el TEDH responde que no concurren los requisitos para aplicarla: incitación al odio o la violencia y que con ello se pretenda la destrucción de los derechos reconocidos en el Convenio⁴⁵². Sin perjuicio de lo que luego dirá, no le

⁴⁴⁵ Vid. párrafos 3 y 4.

⁴⁴⁶ Vid. párrafo 5.

⁴⁴⁷ Vid. párrafos 6 y 7.

⁴⁴⁸ Vid. párrafo 8.

⁴⁴⁹ Vid. párrafo 5.

⁴⁵⁰ Vid. párrafo 16.

⁴⁵¹ Vid. párrafo 12.

⁴⁵² Vid. párrafo 25.

parece evidente *prima facie* que estemos en esa tesitura, por lo que continuando con la línea restrictiva en la apreciación del artículo 17 CEDH⁴⁵³, prosigue con el fondo de la controversia⁴⁵⁴.

A diferencia de lo que hemos visto hasta ahora, el Tribunal antepone un apartado a la legalidad, finalidad legítima y necesidad en una sociedad democrática de la medida; este apartado antecedente constituye seguramente lo que antes hemos llamado la primera sistematización de lo que constituye el discurso de odio para el TEDH, que la Sala sostiene acometer a partir de una jurisprudencia acumulada que implícitamente se reconoce como el método empleado hasta el momento⁴⁵⁵. No deja de ser muy revelador que no se aluda a ninguna sentencia cuando se constata la doble concepción del discurso de odio⁴⁵⁶, sino que esas alusiones solo se hacen al hablar de cada una de las vertientes.

En primer lugar, el Tribunal señala que el discurso de odio⁴⁵⁷ tal y como se ha empleado por el TEDH puede clasificarse en dos categorías distintas: (i) la reconducible a los casos de inadmisión *ex* artículo 17 CEDH por ser los supuestos más graves, a saber, la que adversa una incitación al odio o a la violencia que incorpora una voluntad de liquidar todos o alguno de los derechos convencionales; (ii) la que admite una ponderación de acuerdo con el artículo 10 CEDH, ya que consiste en la formas menos graves de discurso de odio, con cita de sentencias vistas *ut supra* como *Vejdeland* o *Féret*⁴⁵⁸. No sorprende, pues, que la mención a estos dos precedentes vaya de la mano de la consabida fórmula según la que el discurso de odio no solo se da cuando concurre una incitación al odio o a la violencia, sino cuando se recurre a injurias, ridiculizaciones o difamaciones hacia algunos grupos de la población⁴⁵⁹; aunque no se mencione la incitación a la discriminación, no consideramos que se esté excluyendo y hemos de integrar el *stare decisis* resultante de los pronunciamientos antecedentes.

Hechas esas consideraciones generales, que arrojan una nada desdeñable luz sobre el *hate speech* en la jurisprudencia del TEDH, el Tribunal pasa a analizar la adecuación de la condena islandesa al CEDH. Valiéndose del aparato conceptual que la propia sentencia ofrece, se clasifican los concretos comentarios en el segundo grupo de discurso de odio, es decir, el menos grave, lo que explica que no se haya aplicado el efecto guillotina. Manifiesta el Tribunal su conformidad con la adjetivación como graves por el TS islandés de las palabras empleadas por el Sr. Lilliendahl, circunstancia que habilita a no darle una importancia decisiva a que el texto del demandante se dirigiera hacia colectivos o personas vulnerables a diferencia de *Vejdeland*⁴⁶⁰. Esta última afirmación podría resultar extraña, máxime cuando al final de la sentencia se alude a la protección de las minorías sexuales y de

⁴⁵³ *Perinçek c. Suiza*, de 15 de octubre de 2015, párrafos 113-115.

⁴⁵⁴ Vid. párrafo 26.

⁴⁵⁵ Vid. párrafos 32 y 33.

⁴⁵⁶ Vid. párrafo 33.

⁴⁵⁷ En este apartado se alude al “hate speech” entrecomillándolo siempre, lo que da a entender que no se trata de un concepto originario de la jurisprudencia del TEDH, realidad coherente con ese casuismo.

⁴⁵⁸ Vid. párrafo 35.

⁴⁵⁹ Vid. párrafo 36.

⁴⁶⁰ Vid. párrafo 29.

género⁴⁶¹, pero creemos que se explica si atendemos a que el destinatario primario era el Sr. Ó.S.Ó., sin que ello excluya que se haga por razones de su pertenencia a una minoría en cuanto a la orientación sexual. En cualquier caso, no es cosa menor advertir que el TEDH no juzga imprescindible que ese afectado principal se considere un colectivo o persona especialmente vulnerable, siendo ello concordante con lo visto en *Stomakhin*.

En cuanto al fallo, el Tribunal resuelve a favor del Estado islandés, inadmitiendo la demanda por compartir los criterios y el resultado alcanzado por su Tribunal Supremo. Las palabras del demandante constituyen un exceso dialéctico que acabó afectando a esos derechos de terceros sin que hubiera la más mínima necesidad para ello. Al respecto de la proporcionalidad, considerando que la legislación aplicable contemplaba penas privativas de libertad, la imposición de una multa por un total de 800.-€ era una medida ajustada al reproche⁴⁶². Nótese que hemos hablado de inadmisión y no de desestimación, y es que el TEDH apela al artículo 35.4⁴⁶³, que le permite acordar esa inadmisión en cualquier momento del procedimiento, situación que se da aquí.

A nuestro juicio, el lenguaje empleado por el Sr. Lilliendahl fue de una virulencia tal que se desconectó manifiestamente del plan municipal para insertarse en la descalificación grosera, que además venía motivada por una incuestionable discriminación por razón de la orientación sexual del Sr. Ó.S.Ó. Hemos de reparar en que ese mensaje se publicó como respuesta a uno en el que dicha persona se ofrecía a dar explicaciones en la radio acerca del programa municipal, con lo que el demandante pretendía que él – y con él todos los que tienen la misma orientación sexual – se mantuviera al margen y no pudiera participar por ser un “desviado” y “fornicador” (sic). Un punto que la sentencia no aclara es si el Sr. Ó.S.Ó. era un cargo público o simplemente alguien que había logrado influir como particular en el acuerdo municipal; esta precisión la hacemos porque, si estuviéramos en el primer caso, debería haberse examinado si como cargo público tenía que soportar verse zaherido de esta manera, pero asumimos que si el TEDH no se refiere a ello es porque estamos en el segundo caso. De todos modos, incluso si estuviéramos en el primer supuesto, no consideraríamos que el demandante pudiera alcanzar un nivel de hostilidad verbal con el que busca apartar a alguien de un debate público sobre un tema de su interés solo por ser homosexual⁴⁶⁴.

Dentro del elenco de resoluciones del TEDH, el caso de *Lenis c. Grecia*, también reciente porque se ha resuelto hace apenas un año (27 de junio de 2023), es uno cuyas repercusiones para el futuro de la doctrina del *hate speech* del TEDH – y, es de presumir, para los Tribunales nacionales – suponen una auténtica revolución por la aplicación del artículo 17 CEDH en relación con su artículo 10: en *Lenis*, y

⁴⁶¹ Vid. párrafo 47.

⁴⁶² Vid. párrafos 44 a 47.

⁴⁶³ Vid. párrafos 48 y 49.

⁴⁶⁴ En esta misma línea entendemos que se sitúa *Lenis*, en concreto su párrafo 47.

de manera novedosa en la doctrina del Tribunal, se falla que el discurso homófobo puede reconducirse al temido efecto guillotina que encarna ese precepto. Con él, terminaremos nuestro particular *nóstr*os por la jurisprudencia del TEDH.

La sorpresa inicial debe atemperarse si consideramos la evolución que la protección dispensada al colectivo LGTBI ha tenido en la jurisprudencia del TEDH, que ha pasado de una casi total deferencia hacia las autoridades nacionales en los albores de la Comisión Europea de Derechos Humanos a la máxima protección en *Lenis*. Y es que, si bien inicialmente la Comisión admitió en términos categóricos que la homosexualidad se subsumía en el artículo CEDH, se mostró dispuesto a no contrariar a los Estados cuando estos alegaban la protección de la moral y los derechos de terceros como motivos (los de los adolescentes varones inseguros de su sexualidad) para controlar los actos homosexuales (lo que incluía en algunos países su criminalización). Solo con *Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981, se viró el rumbo y se pasó a dar más peso a esa idea, muy germinal en los pronunciamientos de la Comisión, de que la homosexualidad era innata y, por ello, no podía modificarse solo para lograr adaptarse a un entorno hostil en lo social y en lo cultural⁴⁶⁵. *Dudgeon* también le sirvió al Tribunal para declarar que la orientación sexual representa un aspecto esencial de la vida íntima y una manifestación esencial de la personalidad (párrafos 52 y 60 de la sentencia); en este marco, no era aceptable validar su criminalización si ello exigía conceder a los Estados un amplio margen de apreciación en franca contradicción con una falta de respuesta social al abandono por las autoridades de procesamiento por este delito, que indicaría estar ante un asunto ajeno a la moral y los derechos de terceros⁴⁶⁶.

Este caso – secundado por otros como *Norris c. Irlanda*, 26 de octubre de 1988, o *Modinos c. Chipre*, de 22 de abril de 1993⁴⁶⁷ – todavía se movía en la delgada línea que separa lo público de lo privado, sin aclarar si cualquier persona podía vivir públicamente su homosexualidad en pie de igualdad con la población heterosexual, o si bien ello quedaba confinado a las cuatro paredes de su vida privada⁴⁶⁸. La sentencia, aunque sea en el plano *obiter dicta*, no descartaba la imposición de restricciones penales a la actividad homosexual – y a la sexual en general –, pero la legislación norirlandesa no entra en esa

⁴⁶⁵ JOHNSON, P.: *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Routledge, Abingdon, 2014, pp. 46-49 y 93.

⁴⁶⁶ La demanda se presentó por el Sr. Jeffrey Dudgeon, de 35 años y residente en Belfast. Este último dato es importante porque en Irlanda del Norte, por aquel entonces, subsistía la Sección 11 de la Ley de 1885, que punía con hasta dos años de prisión la comisión por uno o varios varones, tanto en público como en privado y sin importar la edad, de actos de indecencia grosera (*gross indecency*). Aunque ese término no tenía definición legal, el entendimiento común era que se aplicaba a actos de índole sexual cometidos por hombres y que consistían en masturbación mutua, el sexo intercrural (también conocido como sexo femoral) y cualquier contacto de tipo oral-genital. Si bien el Sr. Dudgeon nunca fue condenado con base en esa ley, presentó la demanda alegando el miedo y el sufrimiento psicológico que esa norma le causaba, máxime después de significarse a favor de modificar esa legislación y de que la policía registrara su domicilio en busca de droga y requisara documentación privada en la que se describían prácticas homosexuales (párrafos 14, 32, 33 y 37 de la sentencia).

⁴⁶⁷ La peculiaridad de este caso surge porque el Tribunal Supremo chipriota dio por buena una condena a un soldado de 19 años por mantener contacto carnal con otro hombre – no identificado en el procedimiento – en una tienda de campaña militar, y para ello se basó en el voto particular del juez Zeika – chipriota, para más señas – en *Dudgeon* (párrafo 11 de la sentencia de *Modinos*).

⁴⁶⁸ JOHNSON, P.: *Homosexuality...*, cit., pp. 103-112.

categoría por su formulación excesivamente amplia (párrafos 49 y 62)⁴⁶⁹. Tampoco es ocioso decir que algunos de los votos particulares a *Dudgeon* empleaban un lenguaje difícilmente imaginable en nuestros tiempos en una sentencia, ya que, por ejemplo, el juez Zekia hablaba de la sodomía y *otras* prácticas antinaturales (párrafo 2 de su voto particular) en el marco de su convicción de que la interdicción de ciertas prácticas era imperativa desde una perspectiva moral. El juez Walsh, en su voto particular, distingue entre la homosexualidad innata – incurable – y la adquirida por un desarrollo sexual inidóneo – curable –, sosteniendo que las actividades anormales de los primeros deben tratarse con compasión y tolerancia al partir de impulsos incontrolables por quien las sufre (párrafo 13 del voto particular).

Hoy, esta cuestión está ampliamente superada en la jurisprudencia del TEDH⁴⁷⁰ como demuestra ese reciente pronunciamiento en *Lenis* en el que ahora entraremos de lleno, si bien con el tiempo las demandas que siguen llegando al TEDH revelan una mayor sutileza en las limitaciones de los derechos por razón de orientación sexual⁴⁷¹. La sutileza no es precisamente lo que caracteriza al Sr. Amvrosios-Athanasios Lenis, demandante en el caso que nos ocupará ahora, tal y como tendremos ocasión de comprobar. Su demanda frente al TEDH viene motivada por su disconformidad con la condena impuesta por las autoridades judiciales helenas, en concreto por su Tribunal Supremo al confirmar la sentencia de apelación en lo tocante a lo que nos interesa, que a su vez había revocado la absolución acordada en primera instancia⁴⁷².

Los hechos tras esa condena son los siguientes. En 2015, empezó a discutirse en el Consejo de los Helenos (nombre que recibe el Parlamento griego) una proposición de ley para aprobar la unión civil de personas del mismo sexo⁴⁷³. Tal y como sucediera con el Sr. Lilliendahl, la cuestión homosexual despertaba en el Sr. Lenis un notable interés, que en parte quizá se explicara por ser en aquel entonces el Metropolitano de la Iglesia Ortodoxa de Kalavryta y Aigialeia, por lo que entendió conveniente ofrecer su opinión al respecto en un artículo publicado en su blog personal e intitulado “La escoria de la sociedad ha asomado la cabeza. Escupámosles”⁴⁷⁴.

El Sr. Lenis, tras afirmar que está en su derecho de criticar las acciones de los políticos, así como el pecado sin juzgar a los pecadores, se refiere a la homosexualidad como “una desviación de las leyes

⁴⁶⁹ Para Johnson, este tipo de afirmaciones darían pábulo a seguir considerando a los homosexuales como depredadores sexuales (vid. JOHNSON, P.: *Homosexuality...*, cit., p. 101).

⁴⁷⁰ DUCOULOMBIER, P.: “The Protection of Sexual Minorities in European Law”, en IPPOLITO F. / IGLESIAS SÁNCHEZ, S. (EDS.): *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2015, p. 209.

⁴⁷¹ Vid. *Berkman c. Rusia*, de 1 de diciembre de 2020, o *Alekseyev c. Rusia*, de 21 de octubre de 2010. En el primer caso se declara vulnerado el artículo 11 CEDH en relación con el 14, mientras que en el segundo solo el 11 CEDH, compartiendo ambos supuestos la restricción de manifestaciones a favor del colectivo LGTBI.

⁴⁷² Vid. párrafos 7 a 11.

⁴⁷³ Esta proposición de ley traía causa de una condena dictada por el TEDH contra el Estado griego por haber discriminado a las parejas homosexuales en su legislación sobre uniones civiles (vid. *Vallianatos y otros c. Grecia*, de 7 de noviembre de 2013, párrafo 92).

⁴⁷⁴ Vid. párrafo 5.

naturales”, “un crimen social” y “un pecado”. En su opinión, “quienes lo experimentan [la homosexualidad] o la apoyan no son personas normales. Son la escoria de la sociedad. Desgraciadamente, hermanos, esa gente mezquina gobierna Grecia.” Unas líneas más abajo, vuelve de nuevo a calificar a los homosexuales como “la escoria de la sociedad, gente marginal, tarada, humillado, gente oscura que ahora, con el auge de la izquierda, asoman la cabeza. Os aconsejo que no vayáis tras ellos. No los escuchéis. No confiéis en ellos. Son los apestados de la sociedad. Están en su derecho, por supuesto, de vivir en privado como quieran. Pero esta gente desgraciada no puede defender las pasiones de sus almas en público.” Poco después, y como anunciaba en el título, anima a “escupir a los homosexuales”, “condenarlos” y “difamarlos” porque “no son humanos”, sino “perversiones de la naturaleza.” Junto a lo anterior, los considera “enfermos mentales, y peores y más peligrosos que muchos pacientes de psiquiátricos.” Concluye citando un pasaje del salmo 103 en el que se dice que todos los pecadores desaparecerán de la tierra y los malvados dejarán de existir, recalando su opinión de que ese tipo de personas han de desaparecer de la faz de la tierra⁴⁷⁵.

Días más tarde, y ante el revuelo que sus palabras habían causado, el Sr. Lenis publicó una nueva entrada en su blog personal aclarando que su crítica se dirigía hacia un diputado que había hecho pública su condición homosexual y había defendido la proposición de ley para que esa orientación sexual no fuera un impedimento para celebrar uniones civiles, lo que a él le parecía mal porque esa orientación era la forma más desagradable de inmoralidad. En ningún caso, había querido incitar a la violencia contra ese colectivo y toda alusión a escupirles debía interpretarse en el sentido de despreciarlos⁴⁷⁶. Ello no impidió que se le procesara por incitación pública a la violencia o el odio por razón de la orientación sexual, que hemos adelantado que en primera instancia le granjeó un pronunciamiento absolutorio por considerar el Juzgado que no se daba el elemento incitador a la violencia o al odio exigido por el tipo⁴⁷⁷. En sede de apelación, se estimó el recurso de apelación presentado por el Ministerio Fiscal y se condenó al demandante por concluir el Tribunal que las palabras del Sr. Lenis iban dirigidas a todo el colectivo homosexual y suponían una clara incitación a la violencia y el odio, lo que fue confirmado por el TS heleno⁴⁷⁸.

El TEDH empieza examinando si la interpretación de las autoridades nacionales sobre los destinatarios de las diatribas del demandante eran solo cargos públicos o todo el colectivo homosexual, decantándose por esta última opción a la vista del conjunto del mensaje y no dando valor alguno a lo publicado más tarde por el Sr. Lenis⁴⁷⁹. Para el Tribunal, pocas dudas hay de que la primera publicación incitaba al odio y a la violencia contra el colectivo homosexual al negarles su humanidad y defender que deberían desaparecer de la faz de la tierra, expresiones que se ven agravadas por la

⁴⁷⁵ Para el contenido completo de su publicación, vid. párrafo 5.

⁴⁷⁶ Vid. párrafos 6 y 7.

⁴⁷⁷ Vid. párrafos 8 y 9.

⁴⁷⁸ Vid. párrafos 10 y 11.

⁴⁷⁹ Vid. párrafos 43 y 44.

posición especialmente influyente que ocupaba el demandante⁴⁸⁰. Por si lo anterior no fuera suficiente, se empleó internet como medio de difusión y en todo momento se identificó claramente a un grupo – el homosexual – especialmente necesitado de tuición frente al discurso de odio⁴⁸¹. A la vista de todos esos factores y sin que concurra ninguna mitigación de la responsabilidad en la que incurrió el demandante, *ratione materiae* el TEDH acuerda inadmitir la demanda porque percibe una instrumentalización de la libertad de expresión con el único fin de privar a los homosexuales de derechos esenciales como la vida o la integridad física y moral⁴⁸².

Compartimos plenamente la decisión adoptada por el Tribunal, que no cuenta con voto concurrente o particular alguno, por cuanto la primera publicación del Sr. Lenis no solo intentaba deshumanizar explícitamente a los homosexuales, sino que abogaba por su desaparición como colectivo depravado y corruptor de la moral. Si solo hubiera sido por la adjetivación de la homosexualidad como pecado o condición contraria a cierta concepción religiosa, entendemos que sus proclamas hubieran hallado acomodo en el artículo 9 CEDH, pero bajo ningún concepto se quedaron encapsuladas en el dominio de lo confesional. Las repetidas alusiones para escupir a los homosexuales o su condición de escoria de la sociedad se sumaban a citas bíblicas que, de nuevo, no se quedaban ahí, sino que eran explicadas en términos de subsunción específica de todo homosexual. La segunda publicación la vemos solo como una cortina de humo para intentar rebajar el tono tras percatarse del impacto que su discurso había tenido, sin que la tozudez de la literalidad del primer mensaje permita mucho margen de maniobra; incluso de ser cierto que el objetivo eran los políticos favorables a esa ley de uniones civiles, ya hemos dicho al comentar *Lilliendahl* que el exabrupto es muy superior a lo que un cargo electo ha de soportar.

El recorrido jurisprudencial que hemos acometido, y que esperamos sea lo suficientemente representativo, nos permite articular esa teoría a la que aludíamos del discurso de odio en el TEDH. La postura del Tribunal no ha seguido un *continuum* conceptual a lo largo del tiempo, en línea con la poca propensión que algunos juristas han visto en el Tribunal a elaborar definiciones demasiado cerradas⁴⁸³, aseveración cierta como mucho hasta *Lilliendahl* en materia de discurso de odio. Este aspecto, más que una crítica, es una constatación de una evolución acompasada a las diferentes sensibilidades históricas con las que el Tribunal se ha encontrado o que ha pretendido encontrarse. Piénsese que, por más que las causas para limitar la libertad de expresión se expresan en términos amplios, se trata en definitiva de un *numerus clausus* cuya única cláusula de fuga la constituye el artículo 17 CEDH, posibilidad esta última que ya hemos visto resulta cada vez más para el TEDH una más que *ultima ratio*.

⁴⁸⁰ Vid. párrafos 48 y 49.

⁴⁸¹ Vid. párrafos 50 y 51.

⁴⁸² Vid. párrafo 57.

⁴⁸³ OETHEIMER, M.: “La Court Européene...”, cit., p. 64.

Cuando no hay llamamientos directos a la violencia, hay ciertos motivos restrictivos de la libertad de expresión a los que el Tribunal no puede recurrir, lo que le conduce a valerse de criterios mucho más amplios, tales que la moral o los derechos de terceros⁴⁸⁴. Respecto de lo primero, que es el concepto más conflictivo por su especial apertura semántica, no podemos dejar de ver en *Dudgeon* un adelantamiento a la moral imperante en la época más que un simple acompasamiento, como lo demuestran los votos particulares traídos a colación. No solo aludimos a los que discrepan de la *ratio decidendi* por reputar adecuadas al CEDH las restricciones de actividades homosexuales, sino que también nos referimos a los que discrepan de que el demandante tuviera legitimación activa, por lo que parece que la mayoría del Tribunal estaba buscando un caso icónico para superar una jurisprudencia poco alineada con la función contramayoritaria de la que hemos hablado en este trabajo. No deja de ser *Dudgeon* una crítica velada a la hipocresía que supone mantener artificialmente ciertas prohibiciones cuyo impacto en la psique de quienes las sufren es harto difícil de negar, constatación que el Tribunal vincula hábilmente con una pérdida de relevancia de ciertos actos para la moral social mayoritaria. No consta que, tras esa sentencia, Irlanda del Norte se levantara en armas para defender esas interdicciones, ni que hubiera una revolución para exigir su mantenimiento.

La jurisprudencia del TEDH transita, pues, entre dos aguas: la de incorporar tantas excepciones a la libertad en general, y a la libertad de expresión en particular, que ambos acaben en derechos residuales, o que esos dos derechos conviertan en residual el derecho a no sufrir discriminación, tratos degradantes o contrarios a la intimidad. De ahí que el Tribunal haya de esmerarse en alejarse tanto de la sobre-reacción como de la infrareacción porque las dos posturas tienen daños colaterales que deben evitarse en una sociedad democrática⁴⁸⁵. Nuevos tiempos traen un incremento de los actos discriminatorios contra ciertos grupos, tesitura ante la que el TEDH no puede ser, y no es, ajeno. Siempre ha existido un suelo de actos de ese tipo contra algunos colectivos, que en nuestras latitudes occidentales se han cebado con judíos, mujeres, homosexuales, gitanos, negros y todo tipo de minorías religiosas.

Sin embargo, es frecuente observar un recrudecimiento de las hostilidades cuando esos colectivos empiezan a asomar por la vida jurídica y se normaliza su presencia en el espacio público en pie de igualdad con los colectivos más favorecidos. Más que a un incremento de la discriminación, creemos que ello responde a algo más profundo relacionado con la discriminación *personal* latente: mientras los grupos desfavorecidos mantengan un perfil discreto, hay una necesidad escasa de reforzar los

⁴⁸⁴ Vid. *Dilipak c. Turquía*, de 15 de septiembre de 2015. En su párrafo 62, solo si se incita a actos violentos pueden los Estados recurrir a argumentos de protección de la integridad territorial, seguridad nacional, defensa del orden público o prevención de la delincuencia.

⁴⁸⁵ En esto, seguimos a Westen y Block, para quienes las decisiones motivadas racionales son las que minimizan el impacto negativo de una decisión en pos de maximizar sus efectos más positivos (vid. WESTEN, D. / BLAGOV, P.S.: "A clinical-empirical model of emotion regulation: From defenses and motivated reasoning to emotional constraint satisfaction", en GROSS, J.J. (ED.): *Handbook of emotion regulation*, Guilford. Nueva York, 2007, pp. 373-392). Asimismo, sobre la anticipación de resultados en los procesos decisorios, vid. WESTEN, D.: *Self and Society Narcissism, Collectivism, and the Development of Morals*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 36.

patrones de exclusión porque el sistema ya se encarga de ello con su discriminación estructural. Por el contrario, y cuando esa estructura que se daba por descontada se resquebraja, la discriminación latente irrumpe en aquellos que, con sus palabras, quieren alertar a la sociedad de una tendencia que consideran negativa o, en el peor de los casos, en aquellos que con sus actos violentos pretenden una suerte de autotutela del estatus quo que ven en peligro.

Frente a estas realidades cambiantes, el Tribunal no puede permanecer impasible y ha de modular el qué y el cómo de sus respuestas a los desafíos que enfrenta en cada época. Lo que inicialmente era una lucha sin cuartel para lograr erradicar el discurso racista y antisemita en todas sus formas ha devenido con los años en una pugna por cortar de raíz el discurso homófobo y antinmigración, sobre todo dirigido contra los musulmanes por una cuestión numérica. Y de la misma manera que las temáticas, o su preponderancia, han cambiado, idéntico razonamiento podemos hacer de los métodos para diseminar el discurso discriminatorio. La inventiva humana que enmascara fines ancestrales bajo sutiles formas halla un terreno fértil en construcciones inflexibles cuyo abandono exige esfuerzos titánicos cuyo precio suelen pagar quienes viven en una época de transición, por lo que solo desde estándares con un núcleo estable, pero reducido, y unas ramificaciones flexibles se puede afrontar eficazmente la protección de los más expuestos a su falta de poder.

Algo sí podemos decir en firme sobre el discurso de odio en el TEDH tras todo lo visto, y es que admite dos vías distintas en función de la intensidad de la amenaza que el Tribunal detecta en el mensaje en cuestión⁴⁸⁶. Si, por un lado, infiere que la conducta sometida a su escrutinio tiene – de triunfar – el potencial para derribar los cimientos del CEDH por negar sus valores subyacentes, la respuesta será extirpar con base en el artículo 17 CEDH un mal cuyo potencial es inadmisibles⁴⁸⁷. El Tribunal no se va a detener a analizar si se cumplen los requisitos del artículo 10.2 CEDH para restringir la libertad de expresión porque ello sería admitir, en abstracto, que tras ese cotejo la expresión concreta podría admitirse como parte de tal libertad de expresión; hay mensajes que

⁴⁸⁶ Lilliendahl, párrafo 33; CONSEJO DE EUROPA: *Links...*, cit., p. 99; ARTICLE XIX: *Towards...*, cit., p. 6; TULKENS, F.: “When to Say...”, cit., p. 2; KEANE, D.: “The Innocence of Satirists: Will Caricatures of the Prophet Mohammad Change the ECHR Approach to Hate Speech?”, consultado en <https://www.ejiltalk.org/the-innocence-of-satirists-will-caricatures-of-the-prophet-mohammad-change-the-echr-approach-to-hate-speech/>; CRUZ ÁNGELES, J.: “La protección...”, en ALONSO SANZ, L. / VÁZQUEZ ALONSO, V.J. / CORTINA ORTS, A. (DIRS.): *Sobre la libertad...*, cit., pp. 87-88; CARUSO, C.: “El hate speech...”, en ALONSO SANZ, L. / VÁZQUEZ ALONSO, V.J. / CORTINA ORTS, A. (DIRS.): *Sobre la libertad...*, cit., pp. 117-118; BUSTOS GISBERT, R.: “Los derechos...”, en GARCÍA ROCA, F.J. / SANTOLAYA MACHETTI, P. (COORD.): *La Europa de los derechos...*, cit., pp. 774-775; LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 28; CONTRERAS MAZARÍO, J.M.: “Discurso de odio...”, en MENDOZA CALDERÓN, S. / SÁNCHEZ RUBIO, A. (DIRS.): *El discurso de odio...*, cit., pp. 611-612; ROIG TORRES, M.: *Delimitación...*, cit., p. 31. La claridad de esta autora es meridiana afirma que el artículo 17 CEDH solo se aplica cuando, además de un discurso de odio, las declaraciones son tan graves como para conculcar los principios esenciales del Convenio; ALCÁCER GUIRAO, R.: *La libertad del odio...*, cit., pp. 45-46; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso de odio...*, cit., pp. 54-55; DÍEZ BUESO, L.: *Los límites...*, cit., pp. 33-34; ROLLNERT LIERN, G.: “El discurso del odio y los límites de la libertad de expresión: de la zona intermedia a los estándares internacionales”, en MIRÓ LLINARES, F. (DIR.): *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 267-268.

⁴⁸⁷ OETHEIMER, M.: “La Court Européene...”, cit., p. 66.

categoricamente jamás merecerán tal examen, lo que tiene una función nomofiláctica tanto jurídica como social al declarar que no hay garantía del artículo 10.2 CEDH que vaya a desplegarse⁴⁸⁸.

Sin embargo, no todo discurso de odio va a caer en esa categoría tan drástica. Habrá pretendidos usos de la libertad de expresión en los que exista suficiente margen de duda como para admitir el examen con base en los criterios plasmados en el artículo 10.2 CEDH. Aquí, el Tribunal se plantea la posibilidad real de que la libertad de expresión del demandante se haya visto conculcada por la medida estatal impugnada, de tal suerte que el demandante podría salir victorioso de la contienda. Cosa distinta es que atribuirle *ab initio* la etiqueta de “discurso de odio” dificulte que ambos lados de la balanza partan del mismo nivel, pero la proximidad de esta segunda modalidad de discurso de odio con mensajes que simplemente ofenden, impactan o molestan, hace que tal etiquetamiento sea determinante de la suerte que haya de correr la posición del demandante. Sobre si es posible que el discurso de odio sea lícito, nos remitimos a lo ya visto para afirmar que sí, lo que nos acerca a cuanto hemos dicho en el marco de la ICCPR acerca de la insuficiencia de la apología del discurso de odio nacional, racial o religioso; es imprescindible la presencia de una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia como segundo elemento del ilícito.

Retomando la perspectiva nomofiláctica del artículo 17 CEDH en relación con el 10, hemos de ampliarla también a los casos enjuiciables solo conforme a ese último precepto, aunque con otra perspectiva. Mientras que en los casos donde el efecto guillotina es procedente vemos un mensaje dirigido al demandante conforme al que su petición ni siquiera pasará el filtro de admisión, en los casos donde ese efecto guillotina no tiene cabida vemos un mensaje dirigido primariamente al Estado, por cuanto lo que se enjuicia es si su respuesta a ciertas expresiones es conforme con el Convenio. El artículo 17 CEDH, con su interdicción del abuso de derecho, es la garantía del mantenimiento del *status quo*; el artículo 10 CEDH, con su enumeración de causas tasadas, es la garantía para el particular de que los poderes públicos solo podrán silenciarlo si estos se ciñen a su exigente canon, y es aquí donde se despliega su virtualidad nomofiláctica al invalidar toda restricción indebida.

De lo anterior, no creemos que pueda sostenerse la existencia de dos tipos de discurso de odio prohibidos, siempre que por ello entendamos dos *conceptos* distintos. Hemos visto que el TEDH emplea la misma expresión de *hate speech* en los casos que reconduce al artículo 17 CEDH y en aquellos que permanecen en los confines del artículo 10.2 CEDH⁴⁸⁹, y ello entendemos es argumento más que suficiente para desterrar esa doble concepción. Consideramos, por el contrario, que existe un solo discurso de odio proscrito en el que la variable es la intensidad, y es en sede de esta intensidad donde se deslinda el discurso de odio categoricamente excluido de aquel que solo lo es tras la ponderación de

⁴⁸⁸ ARTICLE XIX: *Towards...*, cit., p. 6.

⁴⁸⁹ SARDO, A.: “Hate Speech...”, cit., pp. 66-68.

intereses en juego. Lo que sí podemos sostener es que existe un discurso de odio punible y otro no punible conforme a los parámetros del Tribunal, lo que añade complejidad al concepto de discurso de odio, pero también destierra la idea de que existe una conducta antinormativa calificada por la exteriorización de un sentimiento.

La realidad poliédrica del discurso odio no nos permite compartir el parecer de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS y URÍAS MARTÍNEZ, para quienes el concepto que el TEDH maneja de discurso de odio se circunscribe exclusivamente al de matriz racista, antisemita y negacionista⁴⁹⁰; para ambos juristas, además, discurso de odio equivale a aplicación automática del artículo 17 CEDH⁴⁹¹. Incluso cuando URÍAS MARTÍNEZ habla de *Vejdeland*, lo circunscribe en una conducta que incita a la discriminación, lo que para él sería algo distinto del discurso de odio⁴⁹². Sin embargo, esta conceptualización del discurso de odio en el TEDH es contradictoria con *Lilliendahl* y *Lenis*⁴⁹³, y no toma en su debida consideración que la innecesaridad – constatada en *Vejdeland* – de incitar directamente a actos de odio no supone que no estemos ante un discurso de odio, sino que el discurso de odio no requiere tal incitación directa⁴⁹⁴, además de no tomar en consideración la ampliación de motivos de *odio* enunciados en *Féret*⁴⁹⁵. El discurso de odio es un concepto en cuyos extremos nos hallamos, respectivamente con las formas permisibles y con aquellas absolutamente inadmisibles en términos literales del filtro de admisión *ex* artículo 17 CEDH, existiendo entre medias de esos dos puntos una plétora de posibilidades que constituyen los verdaderos problemas decisorios⁴⁹⁶.

En materia de discurso de odio, y de vuelta al artículo 17 CEDH, surge la pregunta de si toda expresión reconducible a dicho precepto *debe* ser proscrita por los ordenamientos nacionales. A diferencia de lo que ocurriría con los mensajes encuadrables en el artículo 10.2 CEDH, donde los Estados más parecieran estar *facultados* que *obligados*, las tipologías discursivas que dan lugar a una inadmisión de la demanda no tienen cabida en términos absolutos y sobre los Estados recaería un mandato positivo de prohibirlas⁴⁹⁷. En apoyo de esta postura pueden citarse pronunciamientos como *Erbakan c. Turquía*, de 6 de julio de 2006, donde el Tribunal sostuvo que: “En principio, podemos juzgar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar para prevenir todas las formas de

⁴⁹⁰ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Libertad de expresión...*, cit., pp. 237-238; URÍAS MARTÍNEZ, J.: “La libertad...”, en ALONSO SANZ, L. / VÁZQUEZ ALONSO, V.J. / CORTINA ORTS, A. (DIRS.): *Sobre la libertad...*, cit., pp. 55-56.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 55.

⁴⁹² *Ibid.*, p. 58.

⁴⁹³ Es de justicia decir que, cuando Urías Martínez escribió esas palabras, todavía no se habían dictado ni *Lilliendahl* ni *Lenis*. Nuestra principal discrepancia es, pues, con su lectura de *Féret* y *Vejdeland*.

⁴⁹⁴ NIEUWENHUIS, A.: “A positive obligation under the ECHR to ban hate speech?”, *Public Law*, Año 2019, Abril, p. 331.

⁴⁹⁵ Rodríguez Montañés, al abordar *Féret*, expresa su perplejidad ante la decisión de no inadmitirlo con base en el artículo 17 CEDH, ya que ello hubiera sido lo coherente conforme a la jurisprudencia del TEDH (vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Libertad de expresión...*, cit., pp. 242-243). A nuestro entender, y sin perjuicio de concordar con la jurista en que el TEDH quizá debiera haber explicitado algo más su postura, llegar a analizar el caso bajo el prisma del artículo 10.2 CEDH obedece a que no todo discurso de odio se reconduce al artículo 17 CEDH.

⁴⁹⁶ SARDO, A.: “Hate Speech...”, cit., p. 69.

⁴⁹⁷ TULKENS, F.: “When to Say...”, cit., p. 5, para una exposición de la postura favorable, la desfavorable y la intermedia, que es la que sostiene el autor.

expresión que propagan, incitan, promueven o justificación el odio basado en la intolerancia (incluyendo la intolerancia religiosa), siempre que las formalidades, condiciones, restricciones o sanciones impuestas sean proporcionales al objetivo legítimamente perseguido”⁴⁹⁸.

A nuestro entender, la pregunta que nos hemos de formular es si, tal y como ocurre en los casos del odio como agravante, en el discurso de odio manifiestamente contrario al Convenio las autoridades nacionales han de implementar un celo tal que suponga prohibir esas formas de discurso de odio. Aunque fuera en sede de odio como agravante, el TEDH realiza una afirmación en *Nachova y otros c. Bulgaria*, de 6 de julio de 2005, que bien podemos trasladar al discurso de odio: “las autoridades han de usar todos los medios disponibles para combatir el racismo y la violencia racista, reforzando la visión democrática de una sociedad en la que la diversidad no se percibe como una amenaza, sino como una fuente de enriquecimiento”⁴⁹⁹. Evidentemente que ello no significará perseguir por un igual todo el discurso de odio, pero sí significará adoptar las medidas precisas de acuerdo con la proporcionalidad y necesidad que los intereses en liza exigen. Por más que la libertad de expresión se configure, por lo general, como una libertad negativa, ello no significa que toda restricción derivada de una obligación de restringirla sea impropia de ese tipo de derechos.

No se trata de que, con una obligación positiva de actuar consistente en restringir ciertos usos de la libertad de expresión, se esté protegiendo la libertad de expresión; se nos antoja difícil sostener que se protege un derecho prohibiendo su ejercicio ilícito, ya que a lo sumo lo que se hace es delimitar su alcance. De lo que hablamos es de no permanecer impasibles mientras, a la vista, ciencia y paciencia de las autoridades, se ondea la bandera de la libertad de expresión para afectar derechos de terceros como la integridad moral (artículo 3 CEDH), su vida privada (artículo 8 CEDH), su derecho a no sufrir discriminación (artículo 14 CEDH), e incluso en casos más extremos, el derecho a la vida (artículo 2 CEDH). Se nos objetará que la mayoría de estos derechos también son libertades negativas, pero como dijimos en el capítulo oportuno no deberíamos confundir deber de actuar de los poderes públicos con interferencias en los derechos.

Lo dicho nos permite sostener que, si bien no ha habido un *continuum* en el contenido y alcance del discurso de odio, sí que percibimos un trasfondo común que impregna la jurisprudencia del TEDH como un todo, y es que el control sobre los discursos de odio siempre se ha hecho abiertamente respecto del contenido (*content-based*)⁵⁰⁰ y sin aceptar nunca la idea del libre mercado de las ideas

⁴⁹⁸ Vid. párrafo 56.

⁴⁹⁹ Vid. párrafo 145.

⁵⁰⁰ SARDO, A.: “Hate Speech...”, cit., p. 68; TSOMIDIS, T.: “Freedom of expression in turbulent times – comparative approaches to dangerous speech: the ECtHR and the US Supreme Court”, *The International Journal of Human Rights*, vol. 26, n. 3, p. 387.

(*free market of ideas*)⁵⁰¹. La combinación de una defensa de la libertad de expresión como derecho, que incluye comentarios ofensivos, con la validación de restricciones como la de *Handyside* lleva a autores como TSOMIDIS a calificar la jurisprudencia del Tribunal como de faz de Jano (*Jano-faced jurisprudence*) por cuanto parece quitar con una mano lo que parecía haber dado con la otra⁵⁰². Continuando con el paralelismo con el dios Jano, cuando el TEDH detecta que ha de tomar las armas – jurídicas – para la defensa de la democracia, las puertas del templo de ese dios se abren de par en par para admitir las necesarias restricciones a la libertad de expresión en aras de mantener esa democracia⁵⁰³.

Dentro de ese fondo más o menos común, percibimos una configuración del discurso de odio como integrante de la tríada estudiada de discriminación, violencia y odio. Hemos podido comprobar de primera mano cuán habitual es que estos tres vocablos se encuentren a renglón seguido los unos de los otros cuando de fijar límites a la libertad de expresión se trata. Importante es destacar que no se trata de límites que se muevan en diferentes planos de gravedad, ya que lo contrario no puede inferirse de la jurisprudencia del TEDH, por lo que podemos sostener que el discurso de odio y el discriminatorio constituyen dos categorías tan contrarias al artículo 10 CEDH como la violencia⁵⁰⁴. Es más, al menos en una ocasión ha establecido que la inexistencia de promoción de la violencia, la resistencia armada o la insurrección impiden apreciar la existencia de discurso de odio⁵⁰⁵, ilación que tiene que ver con esa reminiscencia de la unión entre el discurso de odio y la violencia⁵⁰⁶.

Sin abandonar la cuestión de la violencia y de la incitación a ella, el juez Bonello se ha erigido en una de las voces que con mayor recurrencia y extensión han pedido una formulación clara por el TEDH, y se ha postulado a favor de un entendimiento más cercano al del TS estadounidense en el sentido del *clear and present danger test*⁵⁰⁷. A ello le añade la distinción conceptual entre llamamientos peligrosos y no peligrosos a la violencia, sirviéndose para distinguir entre ambos de la probabilidad de materializarse actos efectivamente violentos que traigan causa sea ese discurso⁵⁰⁸. Como último peldaño en su argumentación, el jurista incorpora una sugerente alusión a que el llamamiento a la violencia en defensa de los valores y principios del Convenio deberían hallar acomodo en la libertad

⁵⁰¹ WALDRON, J.: “Dignity and Defamation: The Visibility of Hate”, *Harvard Law Review*, vol. 123, n.º 7, p. 1639; TULKENS, F.: “When to Say...”, cit., p. 1.

⁵⁰² TSOMIDIS, T.: “Freedom...”, cit., p. 382. El autor también recurre como ejemplos al caso clásico de *Partido Comunista de Alemania* y a otro algo más reciente, *Sener c. Turquía*, de 18 de julio del 2000.

⁵⁰³ TSOMIDIS, T.: “Freedom...”, cit., p. 383.

⁵⁰⁴ *Erbakan*, párrafo 56; NIEUWENHUIS, A.: “A positive obligation...”, cit., p. 329.

⁵⁰⁵ *Han c. Turquía*, de 13 de septiembre de 2005, párrafo 32.

⁵⁰⁶ LESTER, A.: “Freedom of Expression”, en MACDONALD, R. ST. J. / MATSCHER, F. / PETZOLD, H. (EDS.): *The European System for the Protection of Human Rights*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1993, p. 473.

⁵⁰⁷ Vid. el párrafo cuarto de su voto concurrente en *Ceylan c. Turquía*, en la que expone que: “Creo que el castigo por las autoridades nacionales se justificaría en una sociedad democrática solo si la incitación creara un *clear and present danger*”. Recordamos aquí su voto particular en *Sürek*.

⁵⁰⁸ BONELLO, G.: “Freedom of Expression and Incitement to Violence”, en CASADEVALL MEDRANO, J. (ED.): *Freedom of Expression – Essays in honour of Nicolas Bratza*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2012, pp. 349 a 359.

de expresión, apuntando a un tipo de violencia legítima⁵⁰⁹ que tiene mucho – aunque no lo exprese así – de derecho de resistencia. A la luz de la jurisprudencia del TEDH, con casos como *Féret* o *Dilipak*, esa inmediatez de la violencia no es necesaria en materia de discurso de odio, por más que exista cierta convergencia con la inclusión de la posibilidad de la violencia⁵¹⁰.

Quizá sea la separación entre el discurso de odio y la violencia una de las principales señas de identidad de la jurisprudencia actual de TEDH en la materia. Así como inicialmente la fusión entre ambas era tal como para permitir los pronunciamientos hasta *Féret*, con el paso de los años el odio como delito se ha ido abriendo paso sin que sea preciso recurrir a la violencia como elemento configurador del discurso prohibido *ex* artículo 10.2 CEDH. No podemos decir lo mismo del artículo 17 CEDH, ya que en *Lenis* se advierte la concurrencia de discurso de odio *e* incitación a la violencia, coordinación de requisitos que suscribimos para llegar a la aplicación de un precepto tan drástico y convertirlo así en la *ultima ratio*.

En resumidas cuentas, la jurisprudencia del TEDH ha evolucionado desde una perspectiva en la que odio y violencia (tanto su incitación como su glorificación) acostumbraban a ir de la mano hacia el efecto guillotina del artículo 17 CEDH, sin que en ese primer momento se hubiera desarrollado una reconducción sistemática al artículo 10.2 CEDH del discurso de odio sin incitación a la violencia. Deberíamos esperar quince años para que, en *Féret*, la evitación del efecto guillotina en *Jersild* empezara a generalizarse, lo que vino de la constatación de que puede haber discurso de odio sin recurso a la violencia⁵¹¹. Es a partir de este momento en el que conviven la tríada discriminación, odio y violencia, sin negar por supuesto que existan varias combinaciones entre ellos con consecuencias fatales si se advierte una especial gravedad e intensidad en la afectación estructural al sistema de derechos consagrado en el CEDH. En cualquier caso, el artículo 17 CEDH ha ido cediendo el testigo al artículo 10.2 CEDH, reservándose aquel solo para los casos más palmarios a ojos del Tribunal.

Asimismo, en esos primeros compases el odio no revelaba necesariamente motivos discriminatorios especialmente tasados en el artículo 14 CEDH, sino que era un término empleado también como sinónimo de animadversión entre diferentes grupos conducente a confrontaciones cruentas en los términos ya vistos de *Sürek* o *Han*. Lo que al principio era un concepto ciertamente *sui generis* del Tribunal ha ido dejando paso a otro más ajustado a las diferentes RPG y textos internacionales como la ICCPR, por lo que no es de extrañar que *Féret* marque un camino que desembocará en pronunciamientos impensables hace unos años como *Lenis*. Sin lugar a duda, la preocupación por el enquistamiento de ciertas discriminaciones y la pervivencia de ciertos discursos está detrás de ese

⁵⁰⁹ BONELLO, G.: “Freedom...”, cit., p. 357.

⁵¹⁰ TULKENS, F.: When to Say..., cit., p. 14.

⁵¹¹ Vid. *Han*, párrafo 32; *Sürek*, párrafo 62.

claro mensaje que envía sobre la especial protección que dispensará a minorías y colectivos vulnerables.

El panorama con el que se encuentra quien se aproxima a la jurisprudencia del TEDH no es sencillo de desentrañar porque disponemos de muchos estratos acumulados durante décadas de soluciones a las tesituras más variopintas. No hay rosa sin espinas. El gran reto del Tribunal es no cesar en su diálogo con quienes hablan diferentes lenguas, proceden de orígenes dispares, piensan en la trascendencia según el arcano de su conciencia, exhiben múltiples coloraciones de piel, aman según los dictados de su corazón y ven, en definitiva, el mundo a través de sus propias lentes. La diversidad le habla al Tribunal y el Tribunal le habla a la diversidad, por lo que creemos firmemente que tan solo asegurándola frente a quienes quieren negarla cumplirá con la noble misión a la que sido consagrado.

4. Ámbito europeo II: Unión Europea

El ámbito comunitario ha destacado tradicionalmente por emplearse a fondo en las libertades más de *lex mercatoria* – incluso la de personas no deja de ser instrumental para otras como la de mercancías o capitales – y solo en los últimos años a tomado impulso en otras más desprovistas de ese contenido patrimonial⁵¹². Ya hemos aludido, siquiera nominalmente, *ut supra* a la CDFUE, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, que constituye un hito en la configuración de una UE que se acerque más a una Federación que una Confederación o a Estados asociados en una suerte de UTE internacional. A nuestro juicio, trascender de la mera esfera jurídico-patrimonial es positivo en términos generales por lo que ofrece de unión más profunda, y también lo es en términos particulares por la voluntad de dotarnos de un texto que se emule en gran medida las Constituciones nacionales y el CEDH para sellar que no solo los bienes importan, sino también las personas que apelen a la democracia, la justicia y los derechos fundamentales⁵¹³.

En la materia que nos ocupa, los artículos 1, 11, 21 y 54 CDFUE son los primeros en los que hemos de fijar nuestra atención⁵¹⁴. El primero se expresa a imagen y semejanza del ya visto artículo primero de la Ley Fundamental de Bonn en el sentido de consagrar la dignidad como “inviolable” (sic); el segundo reconoce la libertad de expresión y de información, prohibiendo la injerencia de los poderes públicos y las barreras transnacionales que cupiera encontrarse; por su parte, el tercero articula la

⁵¹² MORÁN ROSADO, M.: “La caracterización general de la Unión Europea”, en CAMISÓN YAGÜE, J.A. (DIR.): *Lecciones básicas de Derecho e instituciones de la Unión Europea*, Universidad de Extremadura, Cáceres, 2015, pp. 37-40; ORTIZ HERNÁNDEZ, E.: “Evolución histórica del proceso de construcción europea”, en MARTÍNEZ PÉREZ, E.J. Y SALINAS ALCEGA, S. (COORD.): *Lecciones para el estudio del Derecho de la Unión Europea*, Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2019, p. 20.

⁵¹³ O’FLAHERTY, M.: “The Chapter of Fundamental Rights of the European Union. 20 year later”, en RIPOL CARULLA, S. Y UGARTEMENDÍA UCEIZABARRENA, J.I. (COORDS.): *La carta de derechos fundamentales de la Unión Europea veinte años después*, Colegio Notarial de Cataluña, Madrid, 2022, p. 21.

⁵¹⁴ Para un elenco completísimo de todas las normas que, de un modo u otro, se relacionan con el objeto de nuestro trabajo, vid. GÓMEZ MARTÍN V.: *Delitos de discriminación...*, cit., pp. 36-39.

interdicción de la discriminación; finalmente, el artículo 54 incorpora la prohibición de abuso de derecho al modo que lo hace el artículo 17 CEDH. Disponemos, pues, de una tetralogía de previsiones que, coordinadas entre sí, dan lugar a un resultado enormemente parejo al que tenemos con el CEDH, sin que sorprenda a nadie que en el artículo 52.3 CDFUE aluda a ese texto normativo como una protección *de minimis* que puede verse ampliada por la CDFUE. Es importante señalar, pues, que el carácter aparentemente ilimitado de la libertad de expresión *ex* artículo 11 CDFUE ha de relacionarse con esa crucial cláusula de abuso.

Si centramos todavía más el tiro, en materia de delitos de odio disponemos de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. Con un nombre tan ilustrativo, no extraña que ya en su artículo 1.1 se expliciten una serie de acciones punibles como la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico, o bien como apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Cumple decir, y no es menor, que ese mismo precepto presupone la intención en toda conducta (“conductas intencionadas”). La necesidad de implementar medidas penales está fuera de toda duda si atendemos al artículo 3, donde se contempla expresamente esa rama del ordenamiento jurídico, siempre bajo el prisma de la efectividad, proporcionalidad y disuasión; esta última nota se predica, claro está, de las conductas antinormativas al amparo de la libertad de expresión y no como aplicación del *chilling effect* en materia de libertad de expresión, por lo que la prioridad por este derecho queda seriamente en entredicho.

Asimismo, y en materia de delitos de odio *stricto sensu*, el artículo 4 es igualmente claro cuando indica que “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la motivación racista y xenófoba se considere como una circunstancia agravante, o bien que los tribunales tengan en cuenta dicha motivación a la hora de determinar las sanciones.” Se consagra, así, la doble vía de agravar hechos base y de crear tipos específicos cuando el injusto se entiende vinculado a actividades propias de la libertad de expresión. En ello, vemos la consagración a nivel comunitario de un entendimiento alejado de postulados absolutos en materia de la libre expresión al contemplar también el odio como delito, y que comprobaremos es el patrón seguido por el Código Penal español. Todo ello se predica sin perjuicio de que la Decisión Marco, sabedora de que ha de aplicarse a una multiplicidad de sensibilidades jurídicas, admita cierta flexibilidad en función de las tradiciones constitucionales *ex* artículo 7.

Por otro lado, en fechas recientes se han promulgado dos instrumentos comunitarios que, en mayor o menor grado, inciden en el objeto de nuestro trabajo. El primero es la Resolución del Parlamento

Europeo 2023/2068(INI), de 18 de enero de 2024, sobre la ampliación de la lista de delitos de la UE a la incitación al odio y a los delitos de odio. Aquí, nos encontramos con una decidida voluntad de dar un mayor realce a las conductas consistentes en la incitación al odio y los delitos de odio por cuanto se insta al Consejo a incluirlos en la lista de infracciones penales contemplada en el artículo 83.1 del TFUE. Este precepto conmina, mediante la aprobación de directivas, a definir “las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes.” No hablamos, pues, de algo menor, tanto por la norma comunitaria a la que apela (el TFUE), sino porque el artículo concreto está previsto para aquellos delitos especialmente graves.

No se queda aquí la Recomendación y prosigue, en su artículo 8 con la apelación a la protección de la dignidad y la igualdad, luchando contra el odio y la intolerancia “con independencia de su motivación” (sic). Sobre este último término, no consideramos que se esté refiriendo a que puedan proscribirse conductas imprudentes, sino que no es posible operar con criterios excesivamente selectivos en cuanto a las razones subyacentes, lo que parece congruente con que en el artículo 9 hable de una protección universal. El artículo 11 discurre en términos análogos, ya que se apuesta por un “enfoque abierto por el que no se limite la lista de motivos de discriminación a una lista cerrada.” Ello no es incompatible, según refiere en el ya citado artículo 9, con una especial protección de colectivos vulnerables.

Acerca del papel que, conforme a esta Recomendación, ha de jugar la libertad de expresión en la legislación penal, el texto no duda en destacar en su artículo 10 la importancia que tiene ese derecho, cerrando la puerta a toda restricción injustificada y que se adopte obviando las exigencias de necesidad y proporcionalidad. No obstante, se matiza que en ningún caso la libertad de expresión puede ser el paraguas que ampare el discurso de odio en particular y los delitos de odio en general, lo que tiene un cierto aroma al artículo 54 CDFUE por más que no se traiga a colación. Una vez más, vemos cómo se bascula no solo hacia una doble criminalizadora, sino que se acota la libertad de expresión cuando de incitación al odio se trata.

5. Consideraciones comunes

El panorama internacional en materia de delito y discurso de odio es ciertamente complejo. A la multiplicidad de actores se suma que cada uno de ellos ha elaborado diversos documentos que, en ocasiones, no parecen ser fruto de una coordinación que evite discrepancias o contradicciones. Al analizar los diferentes textos, nos envuelve la sensación de que, en función del autor o del organismo al que se adscribe, la aproximación es ostensiblemente diferente y se bascula más hacia un polo u otro, lo que es particularmente alarmante cuando ese fenómeno se advierte en una misma institución. Así,

cuando se elabora un informe o recomendación sobre la libertad de expresión, se tiende a ensalzar este derecho y a confinar a muy estrechos reductos sus limitaciones; en cambio, cuando se elabora un informe o recomendación sobre la discriminación de la índole que sea, se tiende a priorizar la lucha contra ese trato desigual injustificado por encima de derechos como la libertad de expresión.

La complejidad que advertimos en la regulación de las figuras jurídicas llamadas a cumplir un rol transnacional no puede escindirse de que esa voluntad de estandarización se topa necesariamente con dosis de disparidad entre ordenamientos jurídicos, en ocasiones mínimas y, en otras ocasiones, profundas hasta el punto de situarnos ante el día y la noche como resultado de culturas dispares. El encaje de bolillos en el que prácticamente siempre se convierte el alcanzar consensos se trasluce en redactados donde se intenta llegar a un punto en el que nadie presente enmiendas a la totalidad. Por si eso no fuera suficiente en el aspecto sincrónico, en el diacrónico las cambiantes alianzas entre países o regiones, así como la alteración de la correlación de fuerzas por motivos ajenos a lo jurídico, tienen un evidente impacto en la evolución de la aproximación a algunas temáticas.

A pesar de todos esos pesares, no podemos perder de vista la importancia capital que algunos organismos internacionales han tenido a la hora de tender puentes entre esas diferentes culturas y sensibilidades ante tantos aspectos de la vida. No es necesario llegar a sostener posturas de un gobierno mundial para darnos cuenta de que esos espacios institucionales compartidos han hecho más bien que mal a poner coto a prácticas que no pasarían de afectar a las relaciones bilaterales, pasando ahora a un mundo mucho más interconectado y multilateral donde no es tan sencillo sustraerse a la acción de esos organismos. Por ello, prestar la debida atención a esos instrumentos internacionales es, además de un imperativo constitucional *ex* artículo 10.2 CE, un imperativo de una emergente conciencia social que nos habla de que lo que ocurre lejos de nuestras fronteras no tiene que sernos indiferente solo por esa distancia. El acatamiento de las decisiones adoptadas por organismos como el Comité de Derechos Humanos de la ONU, o incluso las sentencias del TEDH, descansa en última instancia como decíamos en el capítulo anterior en la *bona fides* de los Estados firmantes, por lo que la *auctoritas* es aquí mucho más importante que la *potestas* y quizá así deba seguir siendo por el momento si es la conciencia y no a la fuerza a la que apelamos.

El delito de odio, entendido *lato sensu*, es un fenómeno que se observa global porque esa humanidad compartida a la que nos referíamos en el capítulo anterior universaliza una sorprendente capacidad para, en proporciones más o menos homogéneas, acercar y alejar, respetar y maltratar, amar y odiar. Una de las virtudes de que las distancias se acorten es que podemos tomar conciencia de que el grupo discriminado, vilipendiado y relegado al ostracismo en un lugar es el grupo dominante en otra latitud, donde se emplea con la misma furia contra otros colectivos que, a su vez, llevan la voz cantante en otros enclaves. Nadie parece ser inmune al veneno que son el racismo, la xenofobia o la intolerancia

religiosa y, quizá, uno de los pocos antidotos sea ampliar el objetivo y ver que no hay supuesta superioridad universal de tipo racial, étnica, nacional, religiosa... que resista unas cuantas horas de viaje.

Dentro de ese propósito de limitar al máximo las conductas y expresiones que priven a terceros de sus derechos por razón de pertenecer a ciertos colectivos (delito de odio *stricto sensu*), o bien que persigan privarlos de esos mismos derechos, en especial la igualdad (discurso de odio *stricto sensu*), hay muchas más semejanzas que diferencias entre los instrumentos internacionales y los europeos. Nos atreveríamos a decir que el punto de separación es más una cuestión cuantitativa que cualitativa, es decir, qué peso específico otorgamos en la ponderación a cada plato de la balanza. Que las discrepancias lo sean más de matices nos sitúa tras la pista de que los delitos de odio *lato sensu* han venido para quedarse – sin que el discurso de odio, en tanto que modalidad más conflictiva de delito de odio, sea una excepción – y formar parte de nuestros ordenamientos jurídicos como ocurrió en su momento con la igualdad ante la ley o la interdicción discriminatoria. Quizá veamos en la ICCPR una mayor relevancia de la libertad de expresión a diferencia de la ICERD, situándose el CEDH en un punto intermedio dado que la falta de previsión expresa del discurso de odio le permite una mayor libertad de movimientos.

Esos indudables puntos de conexión nos permiten articular ya una aproximación que goza de mayor empaque que la que podríamos haber intentado previamente. En primer lugar, hemos de clarificar el alcance de dos expresiones que hemos estado utilizando y que claramente no son intercambiables⁵¹⁵, por más que puedan concebirse al modo de género-especie o categoría y subcategoría: los delitos y los discursos de odio⁵¹⁶. Insistimos en que, dado que todavía estamos en los prolegómenos del análisis ambos bloques delictivos, tómese lo que ahora sigue de manera seminal, sin perjuicio del necesario despliegue que luego acometeremos especialmente para el caso español.

Por un lado, tenemos los delitos de odio *lato sensu*, que serían todos aquellos injustos en los que el sujeto activo actúa movido por un móvil intolerante, prejuicioso o por animadversión respecto del sujeto pasivo⁵¹⁷, normalmente con el propósito de no encapsular el trato injustamente diferenciado, hostil o violento en ese acto concreto, sino con la expectativa de que haya cierta repercusión o generalización a partir de su conducta. De ahí que la publicidad suela ser una nota característica asociada a este tipo de crímenes porque el victimario tiende a querer crear un estado de opinión

⁵¹⁵ ELÓSEGUI ITXASO, M.: “Las recomendaciones...”, cit., p. 3; REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., p. 79; EL MISMO: “Discurso del odio...”, en REVENGA SÁNCHEZ, M. (Dir.), *Libertad de expresión...*, cit., p. 52.

⁵¹⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., pp. 31-34 y pp. 39-45; LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 25; DÍAZ LÓPEZ, JUAN A.: “El artículo 22.4 CP y la motivación discriminatoria *online*”, en MIRÓ LLINARES, F. (Dir.): *Cometer delitos...*, cit., pp. 107-109; LAURENZO COPELLO, P.: “La categoría de los delitos de odio como fuente de expansión del Derecho Penal”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (Dir.) / DE PABLO SERRANO, A. (Coord.): *Delitos de opinión...*, cit., pp. 209-2014.

⁵¹⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., p. 32.

pública en el que el eco mediático sea la caja de resonancia que multiplique la difusión de lo hecho⁵¹⁸. En todo delito de odio hay una percepción en el autor de la otredad de la víctima⁵¹⁹ a partir de diferencias percibidas por el autor (tanto si son reales como si no)⁵²⁰, no el mero sentido de percibir en términos naturales que es un ser distinto a ese autor, sino a partir de esas ciertas características o condiciones personales y sociales que hemos visto en este y en capítulos precedentes⁵²¹.

Por su parte, los discursos de odio (también llamados *del odio*) serían todos aquellos delitos de odio en los que el modo comisivo, el *actus reus* o elemento objetivo del tipo, viene de la mano de aquellas actividades físicas que asociamos con la libertad de expresión⁵²². Esa expresión, o conducta expresiva en términos de discurso simbólico, es el canal que utiliza el autor para difundir un discurso, tanto en su vertiente más tradicional (publicación escrita, mensaje televisivo o radiofónico o comentario en red social) como en su vertiente menos clásica (vestimenta, gesticulación, expresiones artísticas). Comparten, pues, con los delitos de odio *lato sensu* el sustrato discriminatorio, hostil o violento que informa el proceder del sujeto activo, el porqué, pero cambian el cómo y el qué.

Cierto es que esa división podría resultar *prima facie* algo artificiosa porque en toda conducta no reconducible a los contornos habituales de la libertad de expresión podría verse un acto expresivo, según la famosa afirmación acuñada por el juez Holmes según la que toda idea es una incitación (*every idea, an incitement*)⁵²³. De todos modos, y aun compartiendo que en cualquier acto puede anidar una voluntad comunicativa o expresiva dispuesto a granar, no es menos cierto que, sobre todo si no adoptamos una visión naturalísticocausal de la acción⁵²⁴, estamos en condiciones de distinguir un homicidio motivado por motivos racistas y un panfleto en el que se usan epítetos racistas contra alguien para menoscabar bienes jurídicos como la dignidad o la igualdad⁵²⁵.

Podemos decir, pues, que todo discurso de odio es un delito de odio⁵²⁶, pero no todo delito de odio es un discurso de odio, o no al menos *stricto sensu*, a lo que contraponemos una visión *lato sensu* de discurso de odio, que vendría a significar lo mismo, pero desde un enfoque distinto. Esa visión provendría de que en todo delito de odio siempre hay una narrativa peculiar que el sujeto activo quiere

⁵¹⁸ LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., pp. 67-68.

⁵¹⁹ MOSHMAN, D.: "Us and Them: Identity and Genocide", *Identity: An International Journal of Theory and Research*, Año 2007, n.º 7, p. 118; LINGAAS, C.: "In the Eyes...", cit., p. 289; HAQUE, A.A.: "Group Violence and Group Vengeance: Toward a Retributivist Theory of International Criminal Law", *Buffalo Criminal Law Review*, Año 2005, n.º 9, p. 316.

⁵²⁰ HOLSLAG, A.: "The Process of Othering from the 'Social Imaginaire' to Physical Acts: An Anthropological Approach", *Genocide Studies and Prevention*, Año 2015, n.º 9, p. 96.

⁵²¹ LINGAAS, C.: "In the Eyes...", cit., pp. 292-293.

⁵²² Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 135/2020, de 7 de mayo (caso Hásel). Para Lorenzo Copello, el uso que se hace de ese discurso de odio para condenar por alabanza o justificación de acciones terroristas es de dudosa exactitud dogmática. Vid. LAURENZO COPELLO, P.: "La categoría...", en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Delitos de opinión...*, cit., p. 200.

⁵²³ LENDLER, M.: *Gitlow v. New York: Every Idea an Incitement*, University Press of Kansas, 2012, pp. 90-123.

⁵²⁴ RUIZ ANTÓN, L.F. (1998). "La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 51, pp. 5-34.

⁵²⁵ DÍAZ LÓPEZ, J.A.: "El artículo 22.4 CP...", cit., pp. 107-108.

⁵²⁶ En contra, TERUEL LOZANO, G.: "El discurso...", cit., párrafo decimotercero del epígrafe segundo.

imprimir y que busca enviar un mensaje a la sociedad o a un colectivo diana, con lo que en todo motivo discriminatorio subyacería un discurso que el autor incorpora de manera más o menos explícita y que sería su sello propio que lo distinguiría del mismo delito desprovisto de esa carga de profundidad. Imaginemos un homicidio cometido por motivos racistas, donde con el motivo discriminatorio se busca acabar con la vida y no simplemente incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

Por su parte, LANDA GOROSTIZA, sin lugar a duda uno de los autores que más y mejor han tratado los delitos de odio, ofrece una aproximación alternativa y no contrapuesta a la vista⁵²⁷ y que entronca con algunos pasajes vistos en la jurisprudencia del TEDH, sobre todo en la más reciente. El discurso de odio podría concebirse como un fenómeno previo a su criminalización, por lo que esta solo cubre parcialmente el fenómeno que, en abstracto, está formado tanto por expresiones admisibles como inadmisibles desde una óptica de la libertad de expresión, y los delitos de odio serían solo las concreciones típicas de ese discurso que rebasan los lindes de tal derecho⁵²⁸. La compatibilidad proviene de que, empleando la misma terminología, podemos considerar, como hemos dicho en el párrafo anterior, que el delito de odio expresa en su sentido amplio tanto delitos de propaganda (el *hate speech*) como delitos de actos de odio (*hate crime* en su acepción estricta), y aquí sí operaría regla género-especie antedicha⁵²⁹.

Por último, y de nuevo en el seno de este planteamiento inicial, conviene que nos preguntemos, en un plano taxonómico, qué relación tendrían los delitos de odio *lato sensu* con la discriminación, pregunta que no es superflua al haber constatado en el capítulo anterior la interrelación entre ambos destacada por la mayoría de la doctrina. Recuperamos aquí el análisis que hemos hecho de algunos casos del TEDH, muy especialmente *Féret* porque allí hemos señalado qué tipo de discriminación tenemos por relevante a los efectos que nos ocupan. A partir de lo dicho en ese caso, sostenemos que todo delito de odio *lato sensu* tiene necesariamente un componente discriminatorio debido a que en todos ellos se selecciona a la víctima o se emplean categorías en el discurso de acuerdo con criterios *ex* artículo 14 CEDH y 14 CE, sin que exista motivo para ello (v.gr. nadie tiene menos derecho a la vida por su raza, etnia, religión...). Si suprimimos ese componente selectivo, sea cual sea la acción que se emprenda, ni habría agravación ni habría discurso de odio, por lo que es un dato inescindible del caso y su posterior

⁵²⁷ En idéntico sentido, vid. también CÁMARA ARROYO, S.: “El concepto...”, cit., p. 154; RODRÍGUEZ RAMOS, M.: “Discurso de odio, delitos de odio y la agravante de discriminación del artículo 22.4 CP. Especial referencia a la circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 CP”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Entre la libertad...*, cit., pp. 121-122.

⁵²⁸ LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., pp. 24-25; TERUEL LOZANO, G.: “Expresiones intolerantes, delitos de odio y libertad de expresión: un difícil equilibrio”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 36, p. 187. Este último autor distingue entre discurso de odio (punible) y discurso odioso, intolerante o extremo (no punible). En sintonía con ello, vid. los votos particulares emitidos por la Excm. Sra. Dña. Adela Asua Batarrita y los Excmos. Sres. D. Fernando Valdés Dal-Ré y D. Juan Antonio Xiol Ríos a la STC n.º 177/2015, de 22 de julio.

⁵²⁹ LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 25.

enjuiciamiento, sin perjuicio de que esa discriminación pueda ser más o menos intensa y distinguible según dijimos en *Féret*.

Lo que ocurre es que el legislador español ha tipificado una serie de conductas cuya motivación discriminatoria está inserta en el elemento subjetivo del tipo, y que la doctrina suele reconducir a los artículos 314, 510.1, 511 y 512 CP⁵³⁰. Podríamos decir, pues, que existen delitos de discriminación *stricto sensu* – dentro de los que nos encontraríamos con el discurso de odio – delitos de odio *stricto sensu* que solo serían discriminatorios *lato sensu* y, por último, delitos en los que no es posible apreciar esa agravante so riesgo de incurrir en *non bis in idem*⁵³¹. Y, sin embargo, la discriminación por indiferenciación nos impide equiparar – por ejemplo – un delito de lesiones básico con uno que se agrava por razón discriminatoria ni el plano práctico (que conculcaría gravemente el deber de perseguir toda forma de discriminación) ni tampoco en el teórico por la concurrencia de la agravante, sea cual sea su fundamento último⁵³². Ello aconseja, en consecuencia, referirnos a delitos discriminatorios y delitos agravados por la discriminación: los primeros serían aquellos en los que, sin la presencia de la discriminación, el delito perdería sustantividad, en tanto que los segundos podrían subsistir sin ese móvil.

En cuanto a los delitos discriminatorios así configurados, conviene notar que se trata esta de una categoría en la que se engloba el discurso de odio y no al revés. Todo discurso de odio es un delito discriminatorio – con la puntualización que haremos en el párrafo siguiente –, pero no todo delito

⁵³⁰ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 30, con abundante cita en la nota 8 del importante sector doctrinal que así lo estima. Para Güerri Fernández, em cambio, los delitos discriminatorios serían solo los artículos 314, 511 y 512, mientras que el 510 se incluiría en la categoría de delitos de odio con el 170, 174, 515, 518, 522-525, 607 y 607bis (vid. GÜERRI FERNÁNDEZ, C.: “La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación. Aportaciones a la lucha contra los delitos de odio y el discurso del odio en España”, *InDret*, 1/2015, p. 6. Coincide en ello Cámara Arroyo en EL MISMO: “El concepto...”, cit., pp. 181-182; EL MISMO: “Consideraciones críticas sobre la tutela penal de la libertad religiosa y los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 69, n.º 1, p. 167). A nuestro entender, tal separación tiene algo de artificiosa porque en la propia enunciación de los delitos que no serían propiamente de discriminación se alude a ella.

⁵³¹ RODRÍGUEZ RAMOS, M.: “Discurso de odio...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Delitos de opinión...*, cit., p. 122. La autora apunta, y con razón, que una doble capa de discriminación (discriminación en el delito base y discriminación en la agravante) sería incompatible con el *non bis in idem* (ibid., pp. 123-124). Vid. también, en sentido concordante, GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “La agravante...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Delitos de opinión...*, cit., pp. 181-183; REBOLLO VARGAS, R.: “Controversias y propuestas interpretativas sobre la agravante de discriminación por razón de odio”, en LANDA GOROSTIZA, J.-M. / GARRO CARRERA, E. (COORDS.): *Delitos de odio...*, cit., p. 201; HORTAL IBARRA, J.C.: “La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4º CP): Una propuesta restrictiva de interpretación”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 108, p. 56; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B.: “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, año 2018, n.º 20-27, p. 6; SEOANE MARÍN, M.J. / OLAIZOLA NOGALES, I.: “Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4º CP)”, *Estudios Penales y Criminología*, vol. XXXIX, p. 482; OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N.: “La agravante de discriminación por razones de género fuera del ámbito de la pareja o expareja. comentario a la sentencia del Tribunal Supremo número 444/2020, de 14 de septiembre”, *UNED – Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n.º 25, p. 349; LLORIA GARCÍA, P.: “La regulación penal en materia de violencia familiar y de género tras la reforma de 2015. Especial referencia al ámbito tecnológico”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 31, p. 12. La única excepción vendría por el desbordamiento de los contornos típicos para incluir algún ánimo discriminatorio especial, como expone la STS 444/2020, de 14 de septiembre, en la que se admite la agravación por discriminación si en una agresión sexual se busca “la sumisión sexual de la mujer, reducida a la condición de objeto para el desahogo carnal. Los presupuestos sobre los que asienta la agravante cuestionada surgen con nitidez, suficientemente diferenciados y como un plus respecto de los que conforman la tipicidad del delito de violación (vid. FD 3º, apartado primero, penúltimo párrafo).

⁵³² Para una exposición de las diferentes posturas, que luego trataremos en mayor detalle, vid. GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., pp. 41-44.

discriminatorio es discurso de odio. Esta afirmación trae causa de que el discurso de odio tiene una ubicación legal precisa – más allá de los debates sobre la precisión legislativa – que permite confinar el discurso de odio en un concreto precepto, sin que sea riguroso pretender una categoría todavía mayor de discurso de odio que la definida en el artículo 510 CP. Ello no le impide tener sus zonas de confluencia con otros delitos discriminatorios, pero sin llegar a fundirse en uno solo.

Antes de acabar con este punto, permítasenos una puntualización íntimamente conectada con nuestro examen de algunas sentencias del TEDH. Si bien todo discurso de odio está teñido esencialmente de discriminación, no en todo discurso de odio será este el elemento determinante porque, tal y como sucede a nivel internacional, europeo y español, la incitación puede serlo no solo a la discriminación, sino a la hostilidad, la violencia o el odio (esto último, en el caso español). Es decir, la motivación discriminatoria puede manifestarse de tal suerte que lo relevante del mensaje no sea *solo* el trato discriminatorio que se pretende, sino la apelación a acciones violentas u hostiles frente al sujeto pasivo discriminatoriamente designado. Por lo tanto, desde la óptica del móvil discriminatorio, todo discurso de odio es discriminatorio, pero en atención a la teleología de la acción habrá objetivos en los que, por más que se integre esa discriminación, este no será su rasgo definitorio más importante.

6. Ámbito español

6.1. Marco legal

6.1.1. La agravante del artículo 22.4º del Código Penal

La presencia en nuestro ordenamiento jurídico de los delitos de odio *lato sensu* puede situarse en el primer Código Penal de la democracia constitucional instaurada en 1978, lo que cronológicamente lo sitúa antes que el artículo 510 CP⁵³³, sin que la preeminencia temporal le exima de polémica⁵³⁴. Ciertamente es que, en materia de delito de odio *stricto sensu*, textos como el CP de 1822 hablaban en el artículo 106 de agravantes como “la tierna edad, el sexo femenino, la dignidad, la debilidad, indefensión, desamparo o conflicto de la persona ofendida”⁵³⁵, pero sería mucho decir que en categorías como la debilidad, la indefensión o el desamparo podemos encontrar un antecedente sólido para los motivos

⁵³³ FUENTES OSORIO, J.L.: “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 19, n.º 27, p. 2.

⁵³⁴ Vid. STS n.º 2446/2015, del 16 de abril de 2015, FD 19º.

⁵³⁵ BARJA DE QUIROGA, J. / RODRÍGUEZ RAMOS, L. / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias. Volumen I*, BOE, Madrid, 2022, p. 40. Semejante redacción se encuentra, por ejemplo, en el CP de 1848, en cuyo artículo 10.20º se habla de “Ejecutar el hecho con ofensa ó desprecio del respeto que por la dignidad, edad ó sexo mereciere el ofendido, ó en su morada cuando él no haya provocado el suceso.” (ibid., p. 336). Es interesante el empleo de esa dignidad como sinónimo de cargo o posición que se ocupaba, y que resulta el asidero más cercano al concepto de igualdad dimanante no ya de ese cargo, sino de la humanidad compartida que hemos tratado en el capítulo anterior. En el Código Penal de 1973, el artículo 10.16º se expresaba en términos muy parecidos, añadiendo la edad y el sexo después de la dignidad.

discriminatorios del artículo 22.4º CP, aunque sí cabe una semejanza parcial. En el CP inmediatamente anterior al aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, la redacción del artículo 10.17º – el predecesor del 22.4º – era la siguiente: “Cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima.” Las causas discriminatorias eran solo parcialmente coincidentes con las del artículo 14 CE, y es que ni al antisemitismo, ni el origen étnico o nacional, ni las creencias se encuentran allí, y algunas como el sexo – presente en el precepto constitucional – estaban ausentes en el penal. Vemos también una limitación del campo de acción de la agravante a delitos personales y patrimoniales, a la postre de brevísima duración⁵³⁶.

Su génesis responde a la armonización de la legislación española con los instrumentos internacionales y europeos en los que se persigue la delincuencia que tiene un sustrato discriminatorio, históricamente surgido como respuesta a la violencia teñida de racismo y antisemitismo⁵³⁷ y que en España empieza a coger cuerpo en la última década del siglo XX de la mano de unos nuevos flujos migratorios⁵³⁸ que trajeron un auge de grupos con una marcada tendencia racista y xenófoba⁵³⁹. Esto lleva a algún autor a considerar que el punto de partida de la agravante es, esencialmente antixenófobo⁵⁴⁰, mientras que otros se han referido a ella como “agravante antirracista”⁵⁴¹ para designar todo su articulado y no solo ese concreto motivo. No obstante, en nuestra doctrina destaca DÍAZ LÓPEZ por el nexo que establece entre esta agravante y la tradición jurídica estadounidense⁵⁴², cuestión que no puede orillarse a la vista de que hemos referido en el capítulo antecedente que el fenómeno discriminatorio en tierras europeas no puede desconectarse de lo acontecido al norte del Nuevo Continente.

El siguiente estadio legislativo es el CP de 1995 en su versión dada por esa LO 10/1995. Nos encontramos con una redacción de ese precepto cuya teleología es idéntica a la actual, a saber, proteger ciertas condiciones o circunstancias personales o sociales en el marco fijado por el artículo 14

⁵³⁶ Landa Gorostiza apunta a que el proyecto de 1992 impulsado por el Gobierno era incluso más restrictivo y solo contemplaba su aplicación a los delitos personales, posición que tuvo que abandonar el Ejecutivo ante el rechazo frontal y unánime de la oposición (vid. LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 119, con cita de González Cussac, defensor de mantener solo ese ámbito delictual personal).

⁵³⁷ GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “La agravante...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Delitos de opinión...*, cit., p. 151; vid. la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código Penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio. En su penúltimo párrafo *in fine*, se alude a la ya vista STC 214/1991, de 11 de noviembre (caso Violeta Friedman) para justificar que ni la libertad ideológica ni la de expresión son excusa alguna para la apología o difusión de las ideologías que defiendan el racismo o la exclusión étnica. Al respecto de las diferentes legislaciones europeas sobre la agravante, puede consultarse el estudio panorámico que nos brindan QUESADA ALCALÁ, C. Y MARCOS MARTÍN, T.: “Estudio comparativo de los crímenes de odio en el ámbito de la unión europea: hacia una clasificación y sistematización de los crímenes de odio que nos permita desarrollar una serie de buenas prácticas”, *Cuadernos de Análisis – Movimiento contra la Intolerancia*, n.º 45, pp. 20-22.

⁵³⁸ DÍAZ LÓPEZ, JUAN A.: *El odio...*, cit., pp. 14-18.

⁵³⁹ DEFENSOR DEL PUEBLO: *Informe anual 1990 y debates en las Cortes Generales*, Publicaciones del Congreso de los Diputados – Secretaría General (Dirección de Estudios), Madrid, 1993, pp. 30-33.

⁵⁴⁰ LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 119.

⁵⁴¹ VVAA: *Cómo ganar un juicio penal*, Martínez Roca, D.L., Barcelona, 2002, p. 119.

⁵⁴² DÍAZ LÓPEZ, JUAN A.: *El odio...*, cit., p. 13. En esta página, alude, entrecomillándolo, a los orígenes estadounidenses de nuestro artículo 22.4º CP. Ello no es en detrimento de la influencia europea, a la que se refiere más adelante (ibid., pp. 19-20).

CE: “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.” Las principales novedades respecto de esa versión anterior son la desaparición de la limitación a delitos personales y patrimoniales⁵⁴³, la notable⁵⁴⁴ ampliación de supuestos para cubrir el sexo, la orientación sexual, la enfermedad y la minusvalía, así como la adición de la raza⁵⁴⁵. Notamos aquí un rasgo que nos acompañará a lo largo de cada reforma legislativa: la adición de motivos discriminatorios. La aprobación de esta norma dio pie a un interesante pronunciamiento por parte de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Castellón, que en su sentencia de 10 de mayo de 1996 (caso Guillem Agulló i Salvador⁵⁴⁶) declaró que su todavía falta de vigencia no impedía tomar en consideración su contenido para determinar la pena concreta en el marco previsto para el tipo de referencia (en este caso, el homicidio).

Este precepto ha sufrido numerosas modificaciones desde esa primera versión, que ahora presentaremos haciendo breves apuntes en cada una para luego acometer un estudio diferencial más detallado. Mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se modificó el precepto en dos puntos: la discapacidad y la identidad sexual. Así, su texto pasó a decir lo siguiente: “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad.” El largo Preámbulo (31 apartados) no contiene ni una sola referencia a por qué se introduce la identidad junto a la orientación sexual, ni tampoco por qué se modifica el término “minusvalía” para pasar a “discapacidad”⁵⁴⁷.

Parte de la doctrina señala que pasar de minusvalía a discapacidad puede obedecer a una convergencia con la nomenclatura empleada en el Derecho Comunitario⁵⁴⁸, además de que emplear la minusvalía

⁵⁴³ LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 118; HORTAL IBARRA, J.C.: “La circunstancia agravante...”, cit., p. 39. Por su parte, Álvarez Álvarez manifestó su discrepancia por considerar que solo en esos bloques típico cobraba sentido la agravante (vid. VVAA: *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 328).

⁵⁴⁴ LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos de odio*, cit., p. 118; ABEL SOUTO, M.: “Política criminal de la diversidad cultural: la agravante de obrar por motivos discriminatorios”, *Revista Penal*, n.º 25, 2010, p. 5; ALONSO ÁLAMO, M.: “La circunstancia agravante de discriminación”, en Díez Ripollés, J.L.: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 534.

⁵⁴⁵ Para Gómez Martín, es superflua porque ya se habla de motivos racistas, así que debería simplificarse en aras de mantener una sola expresión (vid. GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 48. En idéntico sentido, vid. GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “La agravante...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Delitos de opinión...*, cit., p. 178, así como HORTAL IBARRA, J.C.: “La circunstancia agravante...”, cit., pp. 59-60). La misma opinión le merece la existencia del antisemitismo como causa específica, cuestión de la que discrepamos y que examinaremos más abajo.

⁵⁴⁶ Este caso enjuiciaba a un grupo de personas acusadas de dar muerte a Guillem Agulló i Salvador, de apenas 19 años, de una cuchillada en la localidad castellonense de Montanejos. Uno de los puntos críticos del juicio fue la posibilidad de que el delito se hubiera cometido por motivos ideológicos, aspecto que finalmente se rechazó por la Sala.

⁵⁴⁷ GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “La agravante...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Delitos de opinión...*, cit., p. 177.

⁵⁴⁸ Sobre la importancia que tuvo la adaptación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, vid. *ibid.*, p. 177.

podría verse como una duplicidad con el empleo de la enfermedad como otro motivo explícito⁵⁴⁹. El TJUE ha declarado en varias ocasiones que la discapacidad y la enfermedad no pueden asimilarse⁵⁵⁰, lo que reforzaría este cambio y ello sin perjuicio de que el hiato entre enfermedad y discapacidad sea insalvable⁵⁵¹. Junto a estas razones, también cabría apreciar una tendencia a evitar vocablos como minusválidos o disminuidos, y que ha motivado la modificación del artículo 49 CE. Por otro lado, la adición de la identidad sexual respondería a una laguna preexistente que impedía apreciar la agravante de discriminación transfoba⁵⁵², que lleva a algunos autores a preferir la expresión “identidad de género” por aludir a la percepción que tiene el sujeto y no al sexo biológico con el que nace⁵⁵³. A nuestro entender, en 2010 aludir a la identidad sexual era ilustrativo de que se refería a la transexualidad, si bien es cierto que hoy esta afirmación tendría que matizarse mucho más con la irrupción del género en los textos legislativos, fenómeno al que el artículo 22.4º CP no es en modo alguno ajeno según comprobaremos *ad infra*.

Cinco años más tarde, y en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se modificó de nuevo este mismo precepto para ampliar los supuestos discriminatorios. Su redacción pasó a ser la siguiente: “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.” La única modificación consistió en incorporar las razones de género, que el Preámbulo, ahora sí, justifica en su apartado XXII por el acompasamiento de la legislación española con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa, de 7 de abril de 2011, sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. También se modifican los artículos 510, 511 y 512 (pero, inexplicablemente, no el 314, cosa que sucedería en la siguiente reforma) para incluir referencias al género, por más que no lo mencione el Preámbulo.

Este documento juega un papel decisivo en la tuición contra discriminaciones por género. En él, se conmina a los Estados a “prestar especial atención a las mujeres víctimas de violencia basada en el

⁵⁴⁹ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 48; BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación...*, cit., p. 46.

⁵⁵⁰ STJUE, de 18 de enero de 2018, caso *Ruiz Conejero* (C-270/16), párrafo 38; STJUE, de 11 de abril de 2013, en el caso *HK Danmark* (C-335/11 y C-337/11), párrafo 75; GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “La agravante...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Delitos de opinión...*, cit., p. 178.

⁵⁵¹ Como reconoce la STS (Sala de lo Social) n.º 492/2022, de 31 de mayo, la enfermedad de corta o larga duración “puede equipararse a discapacidad si acarrea limitación, siempre que, además, tal limitación sea de larga duración.”

⁵⁵² GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 46; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: Agravante de motivos discriminatorios, ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (DIR.): *Memento Experto. Reforma penal 2010*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid 2010, p. 643; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO J.: La agravante por discriminación, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (DIR.): *Estudios sobre la reforma del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Civitas, Madrid, 2011, p. 59; PORTILLA CONTRERAS, G.: Delitos en los que concurre un móvil discriminatorio basado en la identidad sexual de la víctima (art. 22.4º CP), en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.): *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 37.

⁵⁵³ GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “La agravante...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Delitos de opinión...*, cit., p. 172.

género en la aplicación del presente Convenio”⁵⁵⁴, entendiendo por violencia basada en el género “naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”⁵⁵⁵. Finalmente, hemos de considerar que el género es un criterio distinto del biológico por incardinarse en “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”⁵⁵⁶. La idea que subyace en este texto es que hay una parte de la discriminación cometida contra los mujeres no lo es tanto por sus atributos sexuales en comparación con los masculinos, sino en los patrones sociales que marcan una frontera en las posiciones que ocupan hombres y mujeres⁵⁵⁷, y de ahí que se inste a los Estados a implementar medidas educativas⁵⁵⁸ y de discriminación positiva hacia las mujeres⁵⁵⁹. Sobre esta cuestión, volveremos en detalle cuando tratemos este motivo.

Seis años más tarde, y mediante la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, se altera una vez más el artículo 22.4º CP. En esta ocasión, el incremento de motivos discriminatorios lo es por partida triple, además de incorporar la discriminación por asociación o errónea, de tal suerte que el precepto quedaba configurado así: “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta.” Véase cómo se incorporan la edad, la aporofobia y la exclusión social⁵⁶⁰— pero esta última inexplicablemente solo

⁵⁵⁴ Vid. artículo 2.2. También, artículo 18.3.

⁵⁵⁵ Vid. artículo 3.a.

⁵⁵⁶ Vid. artículo 3.c; vid. STS n.º 420/2018, de 25 de septiembre, FD 1º.2, párrafo décimo.

⁵⁵⁷ Parte de la doctrina discrepa de la necesidad de este móvil, que califica de mera reforma simbólica e innecesario dado que existe la categoría del sexo (vid. AGUILAR CÁRCELES, M.M.: “Circunstancias agravantes genéricas”, en MORILLAS CUEVA, L. (DIR.): *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 63; LAURENZO COPELLO, P.: “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, *Jueces por la Democracia*, n.º 34, p. 22).

⁵⁵⁸ Vid. artículo 14.

⁵⁵⁹ Vid. artículo 6.

⁵⁶⁰ Parte de la doctrina había criticado su ausencia, como en GÜERRI FERNÁNDEZ, C.: “La especialización...”, cit., p. 7; DÍAZ LÓPEZ, J.A.: *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2012, p. 236; BUSTOS RUBIO, M.: *Aporofobia y delito: la discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4CP)*, JMB Bosch Editor, Barcelona, 2020, pp. 26-27; GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “La agravante...”, cit., p. 179; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., pp. 83-84; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Memoria elevada al Gobierno de S.M.*, Centro de Estudios Jurídicos – Ministerio de Justicia, Madrid, 2016, p. 677; FISCALÍA PROVINCIAL DE BARCELONA: *Memoria del año 2015*, Servicio de Delitos de Odio y Discriminación, Barcelona, 2015, p. 40. La Fiscalía aludía a la aporofobia por medio del sintagma “situación socioeconómica”, añadiendo una petición para que se incluyera el uso de lenguas oficiales del Estado español (vid. también GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “La agravante...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Delitos de opinión...*, cit., p. 179), el origen territorial y el aspecto físico. Por su parte, Cámara Arroyo también comparte estas demandas (ya satisfechas), si bien añade que podrían subsumirse en una categoría más general de circunstancias personales y socioeconómicas, en términos análogos a la Fiscalía Provincial de Barcelona (vid. CÁMARA ARROYO, S.: “El concepto...”, cit., pp. 183-184). La opinión que a Landa Gorostiza le merecía la ausencia de causas como la aporofobia parece ser más neutro, limitándose a constatar su ausencia (vid. LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos de odio*, cit., p. 118, nota 220). En un plano más filosófico, Cortina Orts argumentaba la necesidad de reconocer la gravedad de los ataques fundados en la situación socioeconómica de la víctima (vid. CORTINA ORTS, A.: *Aporofobia, el rechazo del pobre. Un desafío para la democracia*, Paidós, Barcelona, 2017, pp. 49-59).

en la agravante – junto con la noción de discriminación percibida erróneamente por el sujeto activo, o bien predicada por asociación con quienes se vincula el sujeto pasivo, de conformidad con lo visto en el capítulo anterior.

Contamos, al igual que en la reforma anterior, con una explicación de tal cambio legislativo en el párrafo 49 del segundo apartado del Preámbulo, aunque ceñida solo a los nuevos motivos discriminatorios. Dicho Preámbulo refiere que, con la edad, se busca cubrir no solo el espectro de la infancia y la adolescencia (como parecería apuntar el título de la LO), sino también a las personas de edad avanzada⁵⁶¹, aunque sin concretar en ninguno de ambos casos las edades que determinan su inclusión en tales categorías. Sobre la aporofobia y la exclusión social, parecen ir de la mano como causas de discriminación dada la dicción de ese párrafo, que apela al artículo 21 CDFUE en tanto que este precepto alude expresamente a ellas. La razón por la que aporofobia y exclusión social se han insertado en una ley sobre infancia y adolescencia obedece a que “dentro del espíritu de protección que impulsa este texto legislativo, se ha aprovechado” (sic) la reforma para incluirlos. Al igual que en la reforma previa, se modifican los artículos 510, 511 y 512, así como el 314 para estas nuevas tres causas y para añadir el género, preterido sin explicación alguna en la reforma previa según hemos apuntado.

En cuanto a la ampliación a la discriminación por asociación o por error, y a pesar del silencio del Preámbulo, cabe interpretar que responde a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que había negado tal posibilidad con la literalidad previa en sentencias tan icónicas como la n.º 983/2016, de 11 de enero de 2017 (el caso Blanquerna). Parte de la discusión en casación era si era procedente apreciar la agravante ideológica *ex* artículo 22.4º CP, y que a juicio de la Audiencia Provincial de Madrid no concurría por no apreciar en el sujeto activo la intencionalidad requerida⁵⁶². A la vista del recurso del Ministerio Público, el TS casi en parte la sentencia porque sí apreciaba ese móvil en los acusados, y aprovechó para recordar su jurisprudencia sobre que el móvil discriminatorio en el sujeto activo tenía que coincidir con la existencia en la víctima del rasgo por el que se la discriminaba⁵⁶³. Esta sentencia, no obstante, fue anulada parcialmente por el Tribunal Constitucional en su sentencia n.º 1/2020, de 14 de enero, por entender que el TS no había respetado la garantía procesal de audiencia y contradicción al apreciar en casación la agravante de ideología que se había descartado por la Audiencia Provincial⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Memoria...*, cit., p. 677.

⁵⁶² Vid. FD 1º.1. Compárese esta línea jurisprudencia con la que exhibiría *Škorjanec* ese mismo año en el TEDH.

⁵⁶³ Vid. FD 1º.3, con abundante cita de dicha jurisprudencia, como la STS n.º 314/2015, de 4 mayo (vid. el párrafo séptimo de su FD 19º).

⁵⁶⁴ Vid. FJ 5º.

Para un sector de la doctrina⁵⁶⁵, así como para la FGE⁵⁶⁶, un ámbito de actuación así para la agravante era posible ya con la dicción anterior a la reforma de 2021. No podemos compartir, sin embargo, esta postura porque la literalidad de ese 22.4º CP dejaba poco margen a la duda al predicar exclusivamente todo el elenco de causas discriminatorias de su concurrencia en la víctima, centrándose en la efectiva lesión del derecho a la no discriminación del sujeto pasivo⁵⁶⁷. No contenía la norma por aquel entonces alusión alguna a suposiciones, presunciones o errores, por lo que toda alusión a la víctima tenía que serlo a su ser y no a su *podría* ser. Sería extraño incluir lo más (la creencia) cuando solo está incluido lo menos (la realidad), ya que de ser así el precepto seguramente no se expresaría en términos de *inclusio unius est exclusio alterius*. Una conducta de estas características siempre sería inidónea para colmar las exigencias objetivas del tipo, que deben darse junto a las subjetivas, tal y como no se condenaría a nadie por valerse de un arma peligrosa que no lo es por más que el sujeto activo crea que sí lo es. Cosa distinta es que la fisonomía del artículo 22.4º CP resultara insuficiente para cubrir el espectro de acciones con un enorme potencial lesivo que se cometen por motivos censurables, por más desacoplados de la realidad que estén.

En último lugar (aunque no erraríamos si mantuviéramos un sempiterno “en penúltimo lugar”), Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ha traído consigo un nuevo móvil discriminatorio. Se trata del antigitanismo, que se incorpora tanto al artículo 22.4º como al 510.1 y 510.2 CP. Con independencia de la sensatez que acompaña a una enmienda de este tipo a la vista de la comunidad especialmente marginada a la que protege, esa ley guarda silencio sobre por qué se decide incluir en ese momento el antigitanismo como móvil discriminatorio, y ello por más que la norma solo tenga un artículo destinado a esta modificación. De todos modos, como quiera que esa Ley Orgánica es, como su nombre indicia, complementaria de la ya examinada Ley 15/2022, podemos recurrir a su Preámbulo para formarnos una cabal idea al respecto, ya que la única alusión en el articulado lo es al respeto y

⁵⁶⁵ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., pp. 43-44; AYA ONSALO, A.: *Delitos de odio, evolución legislativa y perspectiva actual*, en LANDA GOROSTIZA, J.-M. / GARRO CARRERA, E. (COORDS.): *Delitos de odio...*, cit., p. 311; LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 124; EL MISMO: *La intervención...*, cit., pp. 69-70; BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación...*, cit., p. 67. A nivel jurisprudencial, la STS n.º 1341/2002, de 17 de julio, podría generar dudas sobre si acogió esta posibilidad al hablar, en su FD 5º de la “supuesta tendencia sexual” (sic) de la víctima. No obstante, si partimos de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, dictada por la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Barcelona el 13 marzo 2000, queda claro que la agresión se produjo tras actos de esa víctima que revelaban concluyentemente su homosexualidad (vid. FD 5º).

⁵⁶⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Circular 7/2019, de 14 de mayo...*, cit., apartado 10º, párrafo 14.

⁵⁶⁷ HORTAL IBARRA, J.C.: *La circunstancia agravante...*, cit., pp. 48-49; LAURENZO COPELLO, P.: *La discriminación en el Código Penal de 1995, Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 19, p. 276. En ambos casos, sus opiniones no solo buscan interpretar el texto en sus justos términos, sino que proponen que no se legisle en el sentido actual de incluir la discriminación por error. A su entender, esta ampliación socavaría el Derecho Penal del hecho y la imputación subjetiva elaborada en la teoría general del delito (HORTAL IBARRA, J.C.: *La circunstancia agravante...*, cit., p. 50). Alonso Álamo y Bernal de Castillo tampoco consideran que tenga cabida la discriminación por error, y ello a pesar de sostener posiciones subjetivistas de la agravante, porque consideran que tiene que darse el sustrato objetivo preciso (vid. ALONSO ÁLAMO, M.: “La circunstancia agravante...”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La ciencia...*, cit., p. 539 y BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación...*, cit., pp. 66-67).

conocimiento de la cultura gitana en el ámbito educativo, aspecto tan interesante como demasiado ajeno a nuestro trabajo.

El apartado inicial de ese Preámbulo, *in fine*, contiene la primera alusión al pueblo gitano al referirse al Marco Europeo de Estrategias Nacionales de Inclusión de los Gitanos hasta 2020, de 5 de abril de 2011. El texto⁵⁶⁸ es un hito a nivel de la UE en la protección y promoción integral de ese colectivo, al que siguió el Marco estratégico de la UE para la igualdad, la inclusión y la participación de los gitanos, de 7 de octubre de 2020⁵⁶⁹, y al que sin motivo aparente ese Preámbulo no cita. El segundo texto señala la satisfacción por los progresos que considera se han hecho en la integración del colectivo gitano, pero a su vez declara su propósito de continuar en esa senda porque todavía se advierten delitos de odio fundados en el antigitanismo⁵⁷⁰. Muy destacadamente, se encomienda a los Estados “luchar contra la incitación al odio y los delitos de odio en tanto que manifestaciones del antigitanismo y promover la denuncia de los delitos, el acoso y la violencia motivados por prejuicios”⁵⁷¹.

En segundo lugar, el Preámbulo, y en línea con un marco comunitario al que añade la Resolución del Parlamento Europeo 2017/2038, de 25 de octubre de 2017, para prevenir y combatir la discriminación contra las personas gitanas y el antigitanismo, declara como uno de sus objetivos hacer frente a “formas históricas de discriminación como el antigitanismo”⁵⁷². Inspirándose en ese y otros textos⁵⁷³, los ámbitos de actuación en los que se propone incidir la norma son: (i) combatir eficazmente este tipo de discriminación; (ii) defender a sus víctimas; (iii) tener datos concretos y fiables; (iv) conocer su alcance y dimensión, y sensibilizar a la sociedad y a las autoridades con datos oficiales e información sobre el mismo. Es en toda esta retahíla de normas internacionales y europeas, que entroncan con nuestro artículo 14 CE, que a buen seguro se inserta la reforma de los artículos 22.4º y 510 CP, y que también a buen seguro hubieran aconsejado dar el mismo tratamiento en artículos como el 314, el 511 o el 512⁵⁷⁴.

⁵⁶⁸ Puede consultarse en: https://www.gitanos.org/upload/66/39/Marco_UE_para_las_Estrategias_Nacionales_de_la_Poblacion_Gitana.pdf.

⁵⁶⁹ Puede consultarse en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0620&from=EN>.

⁵⁷⁰ Vid. párrafo tercero del apartado “Introducción”.

⁵⁷¹ Vid. punto quinto del Anexo I – Directrices para la planificación y aplicación de marcos estratégicos nacionales para la inclusión de los gitanos.

⁵⁷² Vid. párrafo undécimo del tercer apartado del Preámbulo.

⁵⁷³ RPG n.º 13 de la ECRI, de 24 de junio de 2011: <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-13-on-combating-anti-gypsyism-an/16808b5aef>; Recomendación general n.º 27 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, relativa a la discriminación de los romaníes, 57º período de sesiones, año 2000: <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/Sgencom27.html>.

⁵⁷⁴ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos discriminatorios...*, cit., pp. 45 y 75, destacando en esta última la injustificada asimetría con la legislación laboral; HORTAL IBARRA, J.C.: “La circunstancia agravante...”, cit., p. 61. En contra de la conveniencia de dar un tratamiento homogéneo a los preceptos con causas discriminatorias, vid. BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación...*, cit., p. 39.

En la evolución legislativa, se advierte dos elementos comunes: la existencia de un *numerus clausus* y la constante ampliación de ese *numerus* de motivos⁵⁷⁵, lo que ha conducido a una ampliación general del campo de acción de la lucha contra la discriminación. Este crecimiento es criticado por quienes consideran que los tribunales están manipulando su aplicación de tal suerte que se coarta en exceso la libertad de expresión y no se acaba protegiendo a los colectivos más desfavorecidos⁵⁷⁶, en tanto que otros autores proponen una interpretación restrictiva a fin de salvaguardar los principios de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad⁵⁷⁷. Ya desde un primer momento existía una divergencia entre los móviles discriminatorios y el artículo 14 CE, al contener aquel precepto razones no previstas en este (antisemitismo, orientación sexual, etnia o minusvalía), una tendencia que no ha hecho más que acentuarse con el tiempo.

También vemos una progresiva difuminación o superposición parcial o total de algunas categorías, sin que sea fácil distinguir su ámbito de aplicación estricto exigible de acuerdo con los principios informadores del Derecho Penal. Da la sensación de que, al incorporar una agravante estrechamente vinculada con un derecho fundamental, concretada en varias causas discriminatorias, se hubiera trasladado al ámbito penal la distinción entre contenido esencial y halo de indeterminación. Esta bifurcación tiene un evidente peligro de sobreincriminación contraria a la *ultima ratio* penal porque impide distinguir *prima facie* qué ha de ser objeto de reproche y sanción penal y qué no, fiándolo todo al casuismo con el que la jurisprudencia se acabará desenvolviendo.

Un aspecto que sí juzgamos positivo sin paliativos es la potencialidad de la agravante para aplicarse a la práctica totalidad de los delitos, siendo las limitaciones las estrictamente necesarias para evitar el *bis in idem* o en aras de evitar aplicaciones disfuncionales⁵⁷⁸. Parte de la doctrina incluye en esa interdicción del *bis in idem* los delitos en los que detecta una punición directamente vinculada a la especial lesión de la dignidad como valor y principio conculcado reflejamente al vulnerarse la igualdad en su modalidad antidiscriminatoria⁵⁷⁹. Sin embargo, no podemos compartir esta posición porque, conforme a lo argüido en el capítulo anterior, no toda infracción de derechos en los que se proyecta la dignidad afecta suficientemente a esta, ni tampoco se conculca en general la dignidad, sino

⁵⁷⁵ GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “La agravante...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Delitos de opinión...*, cit., pp. 154 y 163.

⁵⁷⁶ Ibid., pp. 151-152. Para esta jurista, lo único que comparten los motivos incorporados con los años es que son factores que sirven para caracterizar a una persona, en el sentido de diferenciarla del resto (ibid., p. 154). Para Landa Gorostiza, y nótese que lo decía antes de las reformas de 2021 y 2022, el listado de causas prácticamente no conoce límites en los colectivos protegidos (vid. LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos de odio*, cit., p. 118).

⁵⁷⁷ HORTAL IBARRA, J.C.: “La circunstancia agravante...”, cit., p. 40.

⁵⁷⁸ García Álvarez destaca, y con razón a nuestro entender, que en una agresión sexual no es posible apreciar la agravante de sexo o de género (vid. GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “La agravante...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Delitos de opinión...*, cit., p. 184). Hortal Ibarra niega su concurrencia en las formas más graves de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual, aunque en su caso lo hace porque ya considera que esas modalidades prevén un plus de penalidad por la vulneración de la dignidad de la víctima (vid. EL MISMO: *La circunstancia agravante...*, cit., p. 58). Por su parte, Bernal del Castillo sostiene la imposibilidad práctica de aplicarse a delitos contra el patrimonio como el robo con fuerza por cuestiones de prueba (vid. BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación...*, cit., p. 70).

⁵⁷⁹ HORTAL IBARRA, J.C.: “La circunstancia agravante...”, cit., pp. 58-59.

a través de concretos derechos. Por lo tanto, es posible que el ataque a la dignidad traiga causa de la igualdad y de la integridad moral o psíquica, dualidad que permitiría la agravación sin incurrir en una doble punición por el mismo hecho.

Restringir los móviles discriminatorios únicamente a delitos personales y patrimoniales – por no hablar de hacerlo solo para los personales – supone desconocer o no conferirle suficiente relevancia a la penetración de esa discriminación en tantos ámbitos de nuestra vida y de nuestra sociedad. Consideramos que los operadores jurídicos, y particularmente el Poder Judicial, ha de disponer de esa herramienta para cubrir el máximo espectro posible de conductas con motivos impermisibles, sin que percibamos que las lagunas parciales de impunidad que otras soluciones ofrecerían reporten beneficio alguno que supere los perjuicios en términos de desprotección específica que acarreen. De otro modo, no nos situaríamos lejos de una discriminación por indiferenciación que el TEDH ha dicho en reiteradas ocasiones que no es contraria al artículo 14 CEDH, y por ello debería ser contraria en buena lid a nuestro artículo 14 CE.

Otra cuestión que podemos plantearnos es si esas bases discriminatorias adicionales del artículo 22.4º CP tienen, en abstracto, anclaje constitucional en el artículo 14 CE. *Prima facie*, la respuesta se nos antojaría obvia a la vista del artículo 14 CE *in fine*, pero la cuestión quizá no quede zanjada tan rápidamente si atendemos al desacoplamiento que puede haber entre la doctrina del TC y la legalidad de un momento dado. Tomemos como ejemplo la enfermedad, causa que consta nominalmente ya en el CP de 1995. La doctrina del TC ha tenido varias ocasiones de pronunciarse sobre si la enfermedad es o no una causa discriminatoria predicable por analogía del resto de las expresas, y las respuestas que ha ofrecido no han sido concluyentes. Así, en su sentencia n.º 62/2008, de 26 de mayo, el Tribunal afirmó que “no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE”⁵⁸⁰, siempre que “el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece”⁵⁸¹. No obstante, unos párrafos antes, el TC señala que una enfermedad temporal “difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter general como un factor de discriminación prohibido por el art. 14 CE”⁵⁸². En cualquier caso, nos movemos en el plano del *obiter dicta*.

Esta sentencia ha de conectarse con otra más reciente, en concreto la n.º 118/2019, de 16 de octubre de 2019. En dicho pronunciamiento, el Tribunal avala la constitucionalidad del despido de las personas

⁵⁸⁰ Vid. FJ 6º, párrafo primero.

⁵⁸¹ Ibid. Esta afirmación entronca con uno de los motivos principales por los que ya desde 1995 tenemos esta causa, y es que se pretendía atajar todo tipo de discriminación cometida especialmente hacia quienes padecían VIH y SIDA (vid. BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación...*, cit., p. 45). Sobre esta cuestión, vid. también.

⁵⁸² Vid. FJ 4º, párrafo tercero.

trabajadoras enfermas *ex art. 52.2.d ET*⁵⁸³, y lo más significativo de la *ratio decidendi* sobre la cuestión de constitucionalidad que da lugar a esa decisión es que la mayoría ni siquiera menciona una potencial discriminación por razón de enfermedad. Esta circunstancia solo se pone de manifiesto en los votos particulares, especialmente en el emitido por la Excmo. Sr. D. Fernando Valdés Dal-Ré⁵⁸⁴. Si bien creemos exagerado afirmar que la doctrina del TC excluye la enfermedad como causa análoga al resto del artículo 14 CE⁵⁸⁵, salta a la vista que estamos lejos de poder concluir que se trata de una causa asimilable a las explícitas, lo que rompería el vínculo absoluto entre esta causa – como paradigma de todas las no contempladas – y la interdicción de la discriminación. Las consecuencias de este postulado para la justificación de la agravante se antojan evidentes.

Se podrían ofrecer tres argumentos alternativos para resolver esta cuestión. El primero, que como quiera que el artículo 2 de la Ley 15/2022 reconoce la enfermedad como una causa de discriminación, el debate ha quedado zanjado al desarrollar esa norma el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación. Dijimos en el capítulo, y lo mantenemos aquí, que esa disposición es una ley ordinaria, carente por completo del rango normativo exigido por el artículo 81.1 CE para regular el contenido esencial de un derecho fundamental. No podemos dudar de que esa esencialidad se da en este caso por pretender incorporar una nueva discriminación a partir de la cláusula *in fine* del artículo 14 CE. Por lo tanto, no vemos recorrido en esta justificación.

El segundo argumento estriba en que el CP, como ley orgánica, sí cumpliría los requisitos formales de rango normativo de los que la Ley 15/2022 carece. Puesto que, entre otros, el artículo 22.4º CP recogería el guante y consagraría una vertiente de la no discriminación en forma de interdicción de su proyección sobre la enfermedad, se podría considerar este un desarrollo del derecho a no sufrir discriminación. Esta posibilidad, en efecto, tendría el punto fuerte de estar ante una ley orgánica, aunque nos preguntamos si lo que este precepto contempla es un desarrollo *ratione materiae* del artículo 14 CE, o bien qué ocurre cuando se incurre en una conducta discriminatoria en una determinada acción. Pensemos en el artículo 138 CP como un desarrollo del derecho a la vida *ex* artículo 15 CE que se va afectado por el artículo 20.4º CP. La combinación de sendos preceptos configura un derecho a la vida limitado por las agresiones ilegítimas hacia terceros, ya que en tal caso esos terceros tienen a su disposición la legítima defensa para dar muerte al agresor sin incurrir en antijuricidad y proteger así su propio derecho a la vida frente a aquel que se ha extralimitado.

⁵⁸³ Artículo derogado por el Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

⁵⁸⁴ Vid. párrafo 8 de dicho particular.

⁵⁸⁵ Esta es la opinión mantenida por GORDO GONZÁLEZ, L.: “Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo”, *Labos*, vol. 4, Número extraordinario ‘Tormenta de reformas’, p. 106.

Este razonamiento, sin embargo, no es reproducible para el artículo 22.4º CP por cuanto el derecho a la vida se enuncia constitucionalmente puro, simple, mientras que la discriminación no se enuncia pura y simplemente, sino que depende de razones concretas (raza, sexo, religión...). El CP no toma, pues, una categoría abstracta de discriminación, sino una adjetivada por motivos incrustados en ella, pero desde el punto de vista de la proscripción; la norma penal prevé un castigo para una acción partiendo de la base de que la sanción encaja en una cierta causa discriminatoria, pero seguramente nos falte esa norma interpuesta en la que se reconozca una causa no prevista expresamente en la Constitución. La Ley 15/2022, inspirándose en la LO 3/2007, hubiera sido una ocasión propicia para ello, pero hemos señalado los óbices que impiden tenerla por tal norma interpuesta. Ante esa carestía, mucho nos tememos que artículos como el 22.4º CP contienen una plétora de móviles cuya relación con la discriminación en términos estrictos no es homogénea a partir de esos dos primeros argumentos.

El tercer argumento sí nos parece, en cambio, más prometedor. Se trata de considerar que el artículo 10.2 CE nos permite considerar como esas normas interpuestas todos los tratados internacionales suscritos por España en materia de derechos fundamentales. Hemos tenido la ocasión de analizar los más icónicos y, en todos ellos, se habla de diferentes causas de discriminación que no están recogidas en nuestro ordenamiento jurídico, pero que por mor del artículo 14 CE *in fine* podemos incorporar sin rubor ni temor a equivocarnos; es más, se trata de una obligación que impone la Constitución para evitar asimetrías en un aspecto tan sensible del ordenamiento como los derechos fundamentales. Solo así creemos que podemos mantener la necesaria coherencia terminológica a partir de los necesarios presupuestos normativos.

A fin de evitar todos estos conflictos, algunos autores han propuesto una solución (por ello no lo hemos incluido en el elenco de argumentos anteriores) que pasa por incorporar en el artículo 22.4º CP una cláusula de cierre al estilo del artículo 14 CE (“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”), que además de esa economía textual tendría la virtud de impedir las asimetrías entre preceptos en los términos que hemos resaltado⁵⁸⁶. Sin embargo, y como otros autores han destacado⁵⁸⁷, esta opción plantearía serios problemas de taxatividad al incluir una cláusula de fuga que cristaliza una analogía *contra reo* más que una simple interpretación extensiva, ya que esas circunstancias o condiciones personales o sociales no son motivos, sino criterios para determinarlos por analogía con el resto⁵⁸⁸. No concebimos que la solución al inflacionismo o la imprecisión legislativo sea, paradójicamente, conceder carta de naturaleza a ese inflacionismo e imprecisión, y es que una cosa es

⁵⁸⁶ BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación...*, cit., p. 48; PORTILLA CONTRERAS, G.: “Delitos en los que concurre un móvil discriminatorio basado en la identidad sexual de la víctima”, en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.): *La reforma penal...*, cit., p. 37; FISCALÍA PROVINCIAL DE BARCELONA: *Memoria...*, cit., pp. 40-41. En la jurisprudencia, vid. la STS n.º 1160/2006, de 9 de noviembre, que se decanta por que el legislador no establezca unas categorías tasadas. Aunque ello redunde en la seguridad jurídica, se corre el riesgo de no tener en cuenta supuestos equiparables de apreciación necesaria en un Estado social y democrático de Derecho (FD 23º).

⁵⁸⁷ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 47; GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “La agravante...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Delitos de opinión...*, cit., p. 180.

⁵⁸⁸ Vid. STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3º, párrafo quinto.

aceptar que el artículo 14 CE permite ampliar causas y otra muy distinta, que un precepto penal pueda resultar *ex ante* tan abierto; la Constitución en este punto permite un desarrollo legislativo que no se colma volviendo al punto de partida. Si algunos términos como exclusión social o aporofobia son de por sí complicados de definir, echarse en brazos de las circunstancias o condición personal o social todavía dificultaría más saber de qué estamos hablando.

Todo lo anterior nos conduce irremisiblemente a abordar el fundamento y naturaleza de esta agravante, cuestión que en la doctrina y en la jurisprudencia ha levantado una considerable polvareda. Las opciones que estudiaremos pasan por radicarla en sede de culpabilidad (en el sentido de una mayor culpabilidad), por vinculado con una mayor carga de injusto (con división de sus elementos subjetivos y objetivos), por darle una faz híbrida entre ambos (a partir de un mayor injusto se da una mayor culpabilidad) o, en definitiva, por exigir un análisis *ad casum*. Si bien todas ellas pueden darse respecto del papel que las motivaciones juegan en la agravación de la responsabilidad criminal, evidentemente nos centraremos en la agravante concreta que nos ocupa⁵⁸⁹. Adelantamos que descartamos esta última postura⁵⁹⁰ en lo que se refiere a los diferentes motivos agravatorios *ex* artículo 22.4º CP, ya que todos ellos han de compartir la misma naturaleza al predicarse el mismo efecto penológico, a saber, la aplicación de la a pena en su mitad superior. A lo sumo, esa variante podría servirnos para discriminar entre la naturaleza de los motivos que integran una agravante que tienen ese efecto (delito de odio *stricto sensu*) y la naturaleza de un motivo que sirve para calificar en sí el hecho desde una óptica de tipicidad (delito discriminatorio *stricto sensu*)⁵⁹¹.

Tanto en la doctrina⁵⁹², en la jurisprudencia⁵⁹³ como en la FGE⁵⁹⁴, la posición mayoritaria es aquella que se decanta, en términos generales, por el aspecto subjetivo que se revela en la acción agravada por

⁵⁸⁹ Para un estudio pormenorizado sobre los aspectos más generales de este debate, vid. PERALTA, J.M.: *Motivos reprochables: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho Penal liberal*, Marcial Pons, Bogotá, 2012, pp. 121-195.

⁵⁹⁰ Sobre la aproximación casuística de las agravantes, vid. *ibid.*, pp. 151-195.

⁵⁹¹ DÍAZ LÓPEZ parece defender esta posibilidad en EL MISMO: *El odio discriminatorio...*, cit., pp. 356-357.

⁵⁹² BERNAL DEL CASTILLO, J.: “La discriminación...”, cit., pp. 59-65; ALONSO ÁLAMO, M.: “La circunstancia agravante...”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La ciencia...*, cit., p. 537; CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal español*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 100; MUÑOZ CONDE F.: *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 541 y 542; COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, T.S.: *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 897; CUERDA ARNAU, M.L.: “Artículo 22.4º CP”, en VIVES ANTÓN, T.S. (DIR.): *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 240; AYA ONSALO, ALFONSO: “Delitos de odio...”, en LANDA GOROSTIZA, J.-M. / GARRO CARRERA, E. (COORDS.): *Delitos de odio...*, cit., p. 313; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: “La agravante...”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (DIR.): *Estudios...*, cit., p. 56; ESCRIBUELA CHUMILLA, F.: *Todo Penal*, La Ley, Madrid, 2011, p. 231.

⁵⁹³ STS n.º 1145/2006, de 23 de noviembre; STS n.º 360/2010, de 22 de abril; STS de 22 de junio de 2011; STS n.º 314/2015, de 4 mayo. En el FD 19º de esta última se afirma sobre esta agravante que “se basa en algo que pertenece al juicio interno del autor, lo que impide encontrar razones por las que la gravedad objetiva del delito sea mayor”, así como que “se trata, en definitiva, de un elemento subjetivo atinente al ánimo o móvil específico de actuar precisamente por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia”, lo que es perfectamente admisible por cuanto “no se encuentran bajo la protección constitucional la realización de actos o actividades que, en desarrollo de aquellas ideologías, vulneren otros derechos constitucionales.” Se trata esta de una postura que apenas ha sufrido variaciones en el tiempo, como destacan LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 128; SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B.: “Estudio dogmático y jurisprudencial sobre la agravante de discriminación por razones de género (22.4º CP)”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, p. 331; SEOANE MARIN, M.J. / OLAIZOLA NOGALES, I.: “Análisis de la circunstancia...”, cit., p. 463. Podemos anotar dos excepciones: la primera, la STS n.º 1160/2006, de 9 de noviembre, donde se afirma que la motivación discriminatoria “aumentaría el injusto subjetivo del hecho, por la negación del principio de igualdad”; la segunda, la constituye la STS n.º

el 22.4º CP y, en particular, por una ubicación del fundamento en la culpabilidad. Se produciría “un mayor reproche del autor de un delito en función de su actitud vital orientada en contra del valor del respeto a la dignidad igual de los demás”⁵⁹⁵, lo que excluye un mayor desvalor – sea de acción o de resultado – porque no hablamos de circunstancias referidas a la concreta acción⁵⁹⁶. El principal foco se pone en la interpretación del “motivo”⁵⁹⁷ al que alude la apertura del artículo 22.4º CP, que se concebiría como un equivalente de motivación o razón de actuar como parte de un proceso psíquico o interno que determina la comisión del delito⁵⁹⁸, y que daría lugar a una mayor culpabilidad basado en la actitud interna del autor por más que se castigue un hecho⁵⁹⁹.

En segundo lugar, nos encontramos con quienes, desde una posición minoritaria que va ganando adeptos⁶⁰⁰, sitúan el fundamento material de la agravante en sede del injusto; a su vez, estos se dividirían entre los que apelan más a factores objetivos y los que apelan más a los de índole subjetiva. Empezando por esto último, supone asumir que no toda subjetividad ha de llevarnos a la culpabilidad, sino que también es posible que nos lleve a los elementos subjetivos del injusto en tanto que negadores del principio de igualdad⁶⁰¹. Siguiendo con lo primero, esa objetividad se fundaría en la mayor importancia que hemos de darle al colectivo por encima del sujeto pasivo concreto del caso, de tal suerte que los motivos *ex* artículo 22.4º CP no serían el punto focal, sino que este estribaría en el mensaje intimidatorio que se envía a ese colectivo en términos de poner en tela de juicio su seguridad como un adicional desvalor de resultado⁶⁰².

571/2020, de 3 de noviembre, que en su FD 5º refiere sobre la agravante por razones de género que “el comportamiento de quien agrede cuenta con un plus de antijuricidad que conlleva el que sea manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradicionalmente a los hombres y las mujeres”, por lo que “bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado dé cuenta de tales elementos que aumentan el injusto”.

⁵⁹⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Circular 7/2019*..., cit., apartado 10º, párrafos 4, 5 y 12.

⁵⁹⁵ BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación*..., cit., p. 65.

⁵⁹⁶ BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación*..., cit., p. 65.

⁵⁹⁷ Para Hortal Ibarra, su inserción se trataría de una torpeza legislativa habida cuenta de la inseguridad que genera su significado y, por ello, su aplicación (vid. HORTAL IBARRA, J.C.: “La circunstancia agravante...”, cit., pp. 43-44).

⁵⁹⁸ ALONSO ÁLAMO, M.: “La circunstancia agravante...”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La ciencia*..., cit., p. 541.

⁵⁹⁹ ALONSO ÁLAMO, M.: “Sentimientos y Derecho Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 106, p. 42.

⁶⁰⁰ LAURENZO COPELLO, P.: “La discriminación...”, cit., pp. 274-281; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal*..., cit., p. 652. Para una exposición más detallada y argumentada de la postura mantenida véase LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *La política criminal*..., p. 185; QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I*, Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 302; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal*..., cit., p. 656; GARCÍA ÁLVAREZ, P.: *El Derecho penal*..., cit., p. 289; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Motivos racistas o similares”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (DIR.): *Memento Práctico Penal 2011*, Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 377-380; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “¿Cómo prevenimos...?”, cit., pp. 23-35. Por su parte, Díaz López, en una monografía sobre el 22.4º CP que constituye una referencia indispensable en nuestra doctrina, se plantea dos hipótesis alternativas, una en sede de injusto objetivo y otra en sede de culpabilidad, aunque reformulando en cierta medida la concepción de la culpabilidad para dar cabida a los motivos que guían al sujeto activo (vid. DÍAZ LÓPEZ, J.A.: *El odio discriminatorio*..., cit., pp. 405-416 y 489-491).

⁶⁰¹ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Barcelona, 2015, pp. 26-32. Acerca de la vertiente objetiva a partir del punto en común de la protección de la igualdad, vid. GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “La agravante...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Delitos de opinión*..., cit., p. 162.

⁶⁰² LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos*..., cit., pp. 123-125. Para este jurista, esta explicación tendría la ventaja de englobar la discriminación por asociación y por error, ya que el mensaje intimidatorio se enviaría de todos modos (ibid., p. 124). Acerca de esa intimidación en la acción, vid. también DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Motivos...”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (DIR.): *Memento*..., cit., pp. 377-380.

A su vez, nos encontraríamos, con la posición que aúna, en sede de injusto, los elementos objetivos y subjetivos, tesis que cabe calificar de mixta en sede de injusto⁶⁰³. Esta propuesta se articula sosteniendo una fundamentación material en sede subjetiva del injusto, a la par que se reconoce un efecto agravatorio de la pena con base en el incremento del injusto doloso en el hecho. Tendríamos, así, un mayor desvalor subjetivo de la acción conectado con el motivo conducente a la comisión de un cierto ilícito, y también un mayor desvalor de resultado en tanto que se niega el principio de igualdad siempre que la conducta sea objetivamente adecuada a tal fin⁶⁰⁴.

Si atendemos la literalidad del precepto, este nos marca claramente dos pautas interpretativas que no podemos descuidar en este debate. La primera, que tiene que haber una causa discriminatoria, esto es, de trato desigual injustificado por una serie de criterios tasados a imagen y semejanza del artículo 14 CE. La relación con el principio de igualdad, en su faceta antidiscriminatoria, es innegable y es la única que explica la razón de política criminal que conduce a incorporar ese precepto en nuestro ordenamiento, lo que tendrá sus consecuencias en el bien jurídico del discurso de odio. Sobre el término “motivo”, conviene que nos detengamos algo más porque desentrañar el misterio de su significado aquí requiere mayor extensión.

El vocablo “motivo” no se prodiga en exceso en apariciones a lo largo del CP, encontrándonoslo apenas en trece ocasiones. En lo que a este trabajo interesa, nos lo encontramos en los artículos 23 (“según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito”), 83.1.4º (“ocasión o motivo para cometer nuevos delitos”), 319.1 (“o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección”) y 320.1 (“o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción”⁶⁰⁵). Solo en un caso, el CP nos ofrece un potencial sinónimo (ocasión), siempre que la conjunción “o” la interpretemos con ese valor y no simplemente con su función alternativa no sinonímica. Si observamos su significado, las dos primeras acepciones son las más próximas a lo que parece designar el precepto, es decir, la causa, razón o motivación para emprender algo⁶⁰⁶. Cabría inferir, pues, que estamos ante un elemento subjetivo del injusto, pero no creemos que ello sea así por lo que ahora diremos.

No podemos descuidar de que estamos hablando de discriminación, lo que presupone una acción de *trato* diferenciado que trasciende el mero valladar del pensamiento para, en este caso, anudarse a otra acción que la exterioriza. En ocasiones parece que, al hablar de discriminación, sea imprescindible que concurra la animadversión hacia el afectado por aquella, o que incluso hablemos de simples

⁶⁰³ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos discriminatorios...*, cit., pp. 43-45; HORTAL IBARRA, J.C.: “La circunstancia agravante...”, cit., p. 45. Para un desarrollo de la posición mixta en el sentido de antijuricidad y culpabilidad, vid. RUEDA MARTÍN, MARÍA A.: “Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penale y Criminología*, p. 28.

⁶⁰⁴ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos discriminatorios...*, cit., pp. 43-44.

⁶⁰⁵ Se repite con igual dicción en el artículo 329.1 CP.

⁶⁰⁶ Real Academia Española (s.f.). Motivo. En Diccionario de la lengua española. Consultado el 10 de octubre de 2024 en <https://dle.rae.es/motivo>.

posicionamientos frente a terceros, pero no consideramos que sea imprescindible ni que con ello hablemos de discriminación *stricto sensu*; recordemos que la discriminación es un *trato* desigual injustificado, no un *sentimiento* o *pensamiento* desigual injustificado, por cuanto lo valorado para apreciarla es un *trato*, es decir, un *hacer*. A lo sumo, pues, los motivos informarían los *efectos*⁶⁰⁷, que es lo único que el precepto contempla.

Entre la inacción y la acción se interpone la utilización de un criterio selectivo basado en motivos vedados por nuestro ordenamiento, y es esta *acción* de escoger la acción ulterior – y que solo se castiga cuando se exterioriza – la que comprende la agravante. No hay una proscripción de estados mentales no comunicados, de pensamientos o incluso de ideología que permanece en el fuero interno o se expresa de otros modos: lo que hay es una reprensión de acciones discriminatorias o hechos que expresan esa discriminación, y que pueden adoptar varias formas. Que esta noción se entrelaza con el delito base desde el momento en el que el sujeto activo concibe la acción delictiva supone que, ya desde los estadios incipientes de la acción, toda sanción de la conducta tenga en cuenta esta agravante. Es por ello por lo que consideramos que nuestra ventaja sortea la objeción formulada por DÍAZ LÓPEZ a que la objetividad se entienda como una atribución al hecho de un significado comunicativo⁶⁰⁸, razón por la que la propuesta de LANDA GOROSTIZA nos parezca interesante, pero igualmente sujeta a esa crítica⁶⁰⁹.

Existen múltiples formas de discriminar y, en Derecho Penal, se puede discriminar al atacar bienes jurídicos por una decisión de que las víctimas merecen un trato inferior al de aquellos a los que no se atacará por haber decidido que no merecen la condición de víctima. Toda acción dolosa supone el empleo de criterios para atacar a alguien y excluir al resto, como cuando se decide solo robar con violencia o intimidación a quien se cree opondrá menos resistencia, pero no a quien se ve claramente que tiene fuerza suficiente para repeler el ataque. Siempre habrá, pues, elecciones tras una acción, pero hay algunas de esas elecciones que *deben* castigarse porque se asientan sobre causas intolerables. Los *motivos* que llevan a cada cual a elegir pura y simplemente a un tercero conforme a esos parámetros inaceptables, es decir, los motivos de la discriminación, resultan completamente irrelevantes⁶¹⁰.

De ello colegimos que la agravante *ex* artículo 22.4º CP tiene una naturaleza estrictamente objetiva que se enmarca en un mayor desvalor de acción por consistir en la afectación a bienes jurídicos con base en individualizaciones especialmente desvaloradas por el ordenamiento jurídico. Esa objetividad

⁶⁰⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, F.: *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, J.M. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 739-741.

⁶⁰⁸ DÍAZ LÓPEZ, J.A.: *El odio discriminatorio...*, cit., p. 378.

⁶⁰⁹ Por otro lado, nos parece que el énfasis de la seguridad colectiva acometido por Landa Gorostiza es más un efecto reflejo de la interdicción discriminatoria que su eje central. No concebimos otra protección primaria que la igualdad en su modalidad antidiscriminatoria, lo que no impide que mediatamente se protejan otros derechos o intereses tributarios de aquella igualdad.

⁶¹⁰ GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “La agravante...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Delitos de opinión...*, cit., p. 157. Sobre esa irrelevancia general de los motivos, vid. también KAUFMAN, W.R.P.: “Motive, Intention, and Morality in the Criminal Law”, *Criminal Justice Review*, vol. 28, n.º 2, pp. 317-335.

nos permite acoplar el fundamento de esta agravante a que despliegue sus efectos incluso si la víctima no pertenece a ese grupo, ya que lo importante es haber decidido actuar – y haber actuado – a partir de unas coordenadas proscritas, con independencia de si en efecto se proyecta sobre una verdad óptica entendida como correspondencia con la realidad de los hechos. Cómo se ha formado el sujeto activo esa voluntad, sus motivos, sus creencias, son completa y absolutamente superfluas a estos efectos porque el mero hecho actuar a partir de esa *acción selectiva* tiene una respuesta reforzada por el CP.

Ello también nos permitiría orillar la segunda objeción formulada por este jurista, y que responde a la simulación de la motivación racista⁶¹¹, porque, de nuevo, los motivos serían indiferentes. Así, imaginando un “delito de falsa bandera” con el que se pretende generar un clima de opinión contrario al grupo contrario de aquel que comete la acción, la discriminación seguiría existiendo porque el criterio selectivo no cambia. Si se ha elegido a una persona por una determinada raza, que se haya hecho con independencia de que se odie o no a esa raza es indistinto: objetivamente, se ha escogido a una persona por su raza y se ha decidido individualizar en ella la conducta criminal con base en esa clasificación. No habría, pues, sobreincriminación porque la respuesta penal obedecería a lo estrictamente hecho por el sujeto activo⁶¹².

Por ello, rechazamos que sea en sede de culpabilidad donde hayamos de buscar la naturaleza de esta agravante, y ello tanto por motivos de estricta legalidad como por cuestiones conceptuales acerca de la culpabilidad. En cuanto a lo primero, porque el artículo 22.4º CP nos habla de motivos al cometer el hecho, por lo que de ninguna manera concebimos que pueda separarse esta agravante del concreto hecho para insertarse en un reproche general a la actitud hostil que el sujeto activo tenga frente a la víctima y el colectivo en el que se inserta. Esa actitud interna es *per se* irrelevante hasta que no se conjuga con una determinada acción que se combina con el criterio selectivo ya aludido, lo que se demuestra porque el precepto no nos sitúa en la esfera de una animadversión en abstracto que se plasma en un hecho, sino en un hecho cometido a partir de ese motivo. Que por cuestiones probatorias recurramos a indicios que nos conduzcan a estudiar más ampliamente la interacción del sujeto activo con el colectivo del pasivo es solo una cuestión indiciaria que no exime de ver *en el hecho* algún elemento determinante de esa selección discriminatoria, y en cualquier caso ello sería solo una cuestión probatoria ajena a si concurrió ese criterio selectivo.

Por otro lado, y desde la óptica conceptual, la culpabilidad solo ha de servir para determinar la imputación de un hecho a una determinada persona, analizando si concurren causas para su

⁶¹¹ DÍAZ LÓPEZ, J.A.: *El odio discriminatorio...*, cit., pp. 378-379.

⁶¹² Entendemos que, con ello, también salimos al paso de la desnaturalización que ese autor observa del término “motivos” en ciertas propuestas de corte objetivo o mixtas (ibid., pp. 379 y 382).

inexistencia o para su modulación, nunca para su agravación⁶¹³. Si realmente nos creyéramos que reside en la culpabilidad deberíamos entonces atribuir más pena – dentro del marco penal fijado por la agravante – para quien en general en su vida (es decir, no solamente por ese hecho) exhibe un mayor desprecio por ese colectivo. Es más, ello sería letal para la presunción de inocencia en materia de agravante porque todo acto de un sujeto tal contra personas de esos colectivos sería visto casi automáticamente como una concreción de tal ánimo interno. Más tarde volveremos sobre el Derecho Penal del autor, pero ya dejamos apuntado aquí lo que la doctrina ha dicho acerca de las implicaciones que la culpabilidad tendría para ello⁶¹⁴.

Finalmente, y en lo tocante a las aproximaciones del injusto, las que ponen el foco en lo subjetivo y las mixtas en sede injusto nos parecen perfectamente razonables, pero nos hemos decantado por la estrictamente objetiva porque creemos que es todavía más razonable si consideramos el valor que hemos de darle a la discriminación como hecho. A fin de cuentas, a nuestro entender el mayor foco en lo objetivo se dirime en el reino de los matices (y, por ello, nos sentimos más cerca de la mixta porque la estrictamente subjetiva desprende un cierto aroma a culpabilidad⁶¹⁵), pero en cualquier caso es innegociable para nosotros que la agravante no tiene absolutamente ninguna relación con la culpabilidad y cualquier posible justificación de su naturaleza ha de desenvolverse siempre en el terreno del injusto.

Daremos comienzo ahora al análisis del artículo 510 CP, tanto en su versión actual como en sus predecesores, tanto aquellos que comparten su misma numeración como aquellos que no. Puesto que ya hemos visto, al hablar de la reformas sobre el artículo 22.4º CP, la variación – al alza – que han sufrido los móviles discriminatorios, aquí entraremos en el resto de las cuestiones que afectan a la dicción del precepto que contiene el discurso de odio *stricto sensu*.

6.1.2. El artículo 510 CP

a) Antecedentes de la regulación vigente

Si la agravante del artículo 22.4º CP ha sido cuestionada por un sector de la doctrina, y en términos generales ha conllevado y conlleva una buena dosis de discusión doctrinal y jurisprudencial, el debate en torno al artículo 510 CP ha traído un auténtico vendaval de comentarios, la mayoría de los cuales

⁶¹³ MIR PUIG, S.: *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 125-133; EL MISMO: *Derecho Penal...*, cit., pp. 22-28; GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos discriminatorios...*, cit., p. 43; DÍAZ LÓPEZ, J.A.: *El odio discriminatorio...*, cit., pp. 366 y 404.

⁶¹⁴ CÁMARA ARROYO, S.: *El concepto...*, cit., p. 151; GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “La agravante...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Delitos de opinión...*, cit., p. 155; DÍAZ LÓPEZ, J.A.: *El odio discriminatorio...*, cit., p. 397.

⁶¹⁵ DÍAZ LÓPEZ, J.A.: *El odio discriminatorio...*, cit., pp. 375-376.

dentro la mayor parte de ellos moviéndose en el espectro de lo crítico y lo muy crítico. Ello es especialmente cierto si nos referimos a la fisonomía legal tras la reforma de la LO 1/2015, y especialmente si lo vemos desde la óptica doctrinal. Dado que la versión que tenemos hoy no es la aprobada *ab origine* con el CP de 1995 (tanto por la LO 4/1995 como por la LO 10/1995), acometeremos primeramente un estudio sobre su formulación inicial y luego pasaremos al texto actual, transitando por los cambios el cambio – de calado – intermedio derivado de esa LO 1/2015.

Al igual que sucede con la agravante genérica por discriminación, el discurso de odio se encuentra presente desde los albores del CP de 1995⁶¹⁶, tanto mediante la LO 4/1995 como mediante la subsiguiente LO 10/1995. Por más que no sean versiones vigentes, es imprescindible detenernos en ellas para comprobar cómo la estela que dejó el ayer sigue informando el hoy, que se integra en un *continuum* que le dota de sentido.

Sobre la LO 4/1995, que hemos visto cómo aprobaba también el artículo 10.17 CP (antecedente del actual 22.4º CP), se incorporó el artículo 165 ter para castigar con prisión y multa a “Los que provoquen o inciten, directamente o mediante la apología, a través de medios de comunicación o por cualquier otro sistema que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por motivos referentes a su origen racial, étnico o nacional, o a su ideología, religión o creencias.” Tan importante como esta primera parte del precepto es la segunda, según la que “La apología existe cuando, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor y que, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito.” La coordinación de sendas partes lleva a RAMOS VÁZQUEZ a concluir que se castigaba una conducta apologética que exigía el llamamiento a cometer delito⁶¹⁷; no obstante, con ello solo vemos que se dé respuesta a una parte del precepto, ya que las acciones típicas de provocar o incitar se proyectan *alternativa* y no *cumulativamente* sobre “directamente” y “mediante la apología”, con lo que puede existir una provocación o incitación directa a la discriminación sin tener que pasar por conminar a delito alguno.

Quizá sea esa inteligencia del precepto la que pusiera en guardia a parte de la doctrina y la llevara a exigir que toda conducta del artículo 165 ter estuviera ordenada a incitar a la comisión de delitos concretos. Como atinadamente puso de manifiesto LANDA GOROSTIZA, la discriminación de la que habla el precepto se traduciría en ocasiones en acciones delictivas, pero en otras ocasiones no sería así⁶¹⁸. Sin embargo, todo intento de orillar una literalidad que se nos antoja palmaria sería lo mismo

⁶¹⁶ Sobre esos primeros compases, vid. GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos discriminatorios...*, cit., p. 119; RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: “La declaración de inconstitucionalidad del delito del “negacionismo” (artículo 607.2 del código penal español)”, *Nuevo Foro Penal*, n.º 72, pp. 135-136; LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *La política criminal...*, cit., pp. 32-71. Sobre la situación previa, a 1995, ibid., pp. 16-32.

⁶¹⁷ RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: “La declaración...”, cit., p. 135.

⁶¹⁸ LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *La política criminal...*, cit., p. 55.

que arrojarlos al vacío con una interpretación *contra legem* que, por otro lado, no haría justicia al bien jurídico de la no discriminación como uno que razonablemente pudiera adscribirse a la norma en cuestión. No en vano, la literalidad del artículo 165 ter responde a las exigencias del artículo 4a) de la ICERD y del artículo 20.2 ICCPR⁶¹⁹, por lo que mutilar sus palabras para que diga lo que no dice tampoco es compatible con esos compromisos internacionales asumidos por España y que, una vez asumidos, se reconducen al artículo 10.2 CE.

La protección de la no discriminación frente a provocaciones o incitaciones a ella no solo aseguraría la constitucionalidad del precepto, sino que también entendemos que lo haría frente a reproches sobre su inadecuación a principios del Derecho Penal como el democrático, el hecho o la *ultima ratio*⁶²⁰. Acerca del principio democrático, no puede entenderse de manera aislada respecto del social, de los valores superiores del ordenamiento jurídico o de los fundamentos del orden político y de la paz social, además de que ha de conectarse con el respeto a los derechos fundamentales, entre los que no solo está la libertad de expresión. Acerca del hecho, no se proscriben actitudes internas, sino que, en línea con lo dicho para el artículo 22.4º CP, se castigan criterios selectivos basados en categorías especialmente protegidas por el artículo 14 CE; estos criterios informan la provocación o la incitación. Ello nos lleva al último principio, el de la *ultima ratio*, que tampoco se conculcaría porque no castiga simples opiniones sobre tratos discriminatorios, sino solo aquellas con las que se provoca o se incita a ella.

Por otro lado, esa LO 4/1995 introducía el artículo 137 bis, b), que proscribía la apología de los delitos de genocidio a partir de un concepto de apología en solfa con la incitación directa al delito que hemos visto para el artículo 165 ter. Aquí sí hemos de dar todo el crédito a la opinión de RAMOS VÁZQUEZ según la que este delito exigía tal apelación a un genocidio y no simplemente una provocación o incitación por más directa que fuera⁶²¹. Asimismo, y junto a las meras expresiones laudatorias del genocidio, se exigía difusión pública y aptitud para la provocación⁶²² en aras de obtener una interpretación restrictiva que evitara aplicaciones inconstitucionales por incompatibles con el ámbito propio de la libertad de expresión⁶²³.

Por aquel entonces, la incorporación de un concepto de apología que no requería, ni en su versión del artículo 137 bis, b) ni en la del 165 ter, que se proyectara sobre delitos de terrorismo, rompiendo una tónica habitual desde el siglo XIX hasta aquel entonces, fue notada en términos críticos por algunos

⁶¹⁹ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 121; LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *La política criminal...*, cit., p. 78; VVAA: *Manual pràctic...*, cit., p. 188; GASCÓN CUENCA, A.: *El discurso del odio...*, cit., p. 37; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., p. 21; AL HASANI MATURANO, A.: *Discurso del odio...*, cit., p. 151.

⁶²⁰ Por su parte, Landa Gorostiza refleja su discrepancia sobre el respeto a estos principios en LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *La política criminal...*, cit., p. 57.

⁶²¹ RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: “La declaración...”, cit., p. 136.

⁶²² RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: “La declaración...”, cit., p. 135, nota 9 con cita de Barquín Sanz.

⁶²³ LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *La política criminal...*, cit., p. 54.

autores. Estos veían cómo los límites de la libertad de expresión se estrechaban por cuanto tales limitaciones ya no son “expresión de la discrepancia política en sentido estricto, sino más bien, del mero disenso frente a las ideas sociales dominantes”⁶²⁴. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ destacaba que la mayor proximidad de la apología con la provocación (lo que es especialmente cierto del artículo 165 ter) constituía una punición de la libertad de expresión⁶²⁵. A juicio de LANDA GOROSTIZA, el incremento del radio de acción del CP generaba recelo sobre su legitimidad⁶²⁶, sobre todo si tenemos en cuenta esa interacción conflictiva con el artículo 20 CE.

Incluso cuando trabajamos con el artículo 137 bis, b), nos encontramos a juicio de la doctrina de aquel momento con una apología propia e impropia, siendo esta otra novedad junto con la ya vista proyección sobre delitos distintos del terrorismo. La apología impropia sería la caracterizada por la negación, banalización o justificación, estadios más alejados del ensalzamiento o glorificación del crimen o de su autor, y que por lo tanto se distanciarían de un apoyo directo e inequívoco de los delitos de genocidio⁶²⁷. Nos encontraríamos ante meros síntomas de una aprobación encubierta de los delitos de genocidio, y habría expresiones como las conducentes a rehabilitar regímenes políticos generadores de delitos de genocidio que ni siquiera alcanzarían ese umbral⁶²⁸.

Sin ánimo de extendernos en una legislación de vida tan efímera – pero que da para reflexiones que no pueden ser ajenas –, discrepamos de que la justificación del genocidio nos sitúe un paso más lejos del apoyo directo e inequívoco de ese delito. La justificación pasa, en primer lugar, por reconocer abiertamente la existencia de un genocidio y, aun así, no condenarlo porque se entiende que asistían poderosas razones para cometer tamañas acciones contra colectivos definidos por características especialmente vedadas. Es más, pretender enjuiciar en abstracto que la justificación no equivale a un apoyo no atiende a las concretas palabras que se empleen en tal defensa, que pueden resultar mucho más incitadoras de más actos parecidos que el enaltecimiento de su autor. Lo mismo vale para la banalización, que puede obedecer a un rebajamiento de la humanidad de las víctimas hasta hacer parecer que el delito de genocidio se cometió contra seres cuya vida tampoco era, a fin de cuentas, tan importante. Sobre la negación, nos remitimos a lo que dijimos en el comentario a la STC 235/2007.

Ni qué decir tiene que la afectación a la libertad de expresión en términos cronológicamente diferenciales es un argumento que, *per se*, no es suficiente para declarar inconstitucional una norma, o para sostener que se está afectando al contenido esencial de ese derecho. No podemos suscribir que la

⁶²⁴ LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *La política criminal...*, cit., pp. 52-53, nota 138 de la primera con cita de Cuerda Arnau.

⁶²⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, José María Bosch, Barcelona, 1997, pp. 153-155.

⁶²⁶ LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *La política criminal...*, cit., p. 53.

⁶²⁷ LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *La política criminal...*, cit., p. 53, nota 140 con cita de Barquín Sanz.

⁶²⁸ LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *La política criminal...*, cit., p. 53, nota 141 con cita de Cuerda Arnau. Para esta autora, tal regulación era inconstitucional por ser un límite materialmente injustificado de la libertad de expresión, irrespetuoso con su contenido esencial.

justificación o la banalización de un delito de genocidio tenga que subsumirse en el núcleo más interior de un derecho como la libertad de expresión porque el único fundamento que concebiríamos para su protección – el de la autonomía – ha de ceder aquí frente al cobijo y pábulo que se le da a una conducta criminal cuyos efectos son devastadores. No son estas ideas que perturban, impactan o molestan, sino que son apoyos directos a hechos con una lesividad difícil de medir y, por ello, de comparar con otros delitos, porque han barrido a grupos humanos enteros y han puesto en jaque la supervivencia de otros tantos.

Pasemos ahora a la regulación dimanante de la LO 10/1995, una reforma de calado no solo para los preceptos que nos ocupan, sino en general para todo el CP. En lo que interesa para el discurso de odio, podemos decir a vista de pájaro que los precedentes artículos 137 bis, b) y 165 ter se transforman, respectivamente, en el artículo 607.2 y 510, si bien ello requerirá de ciertas precisiones por no ser una traslación literalmente idéntica. Ello afectará, como no podría ser de otro modo, a la interpretación que de ellos hagamos en comparación con la regulación previa.

Empecemos por la literalidad del art. 510 CP, y más concretamente su apartado primero: “Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.” Hay dos diferencias que son perceptibles con una lectura superficial, y que no son otros que la eliminación de la apología y la incitación, la adición del odio y la violencia como proyecciones de la provocación, y finalmente el incremento sustancial de móviles discriminatorios. Una lectura comparativa algo más pausada nos permite advertir que la alusión a la violencia podría entenderse implícita en la apología a la comisión de delitos referida en la anterior redacción, pero ahora ese sustantivo brilla con luz propia y sin mención alguna a que derive de actividades delictivas.

Sobre la alusión a la violencia, la doctrina ha visto en esa alusión una apelación a los *delitos* violentos como el homicidio, las lesiones, delitos contra la libertad y análogos⁶²⁹. No obstante, una lectura sistemática de esa violencia en relación con las otras proyecciones de la provocación nos lleva a concluir que no es necesario que la violencia revista las notas de tipicidad porque el resto tampoco lo exige⁶³⁰, sin que veamos motivos textuales para darle a la violencia un tratamiento especial solo porque ella *pueda* vincularse con tipos concretos. Por lo tanto, si se despenalizara alguna forma concreta de delito violento (imagínese una supresión del delito leve de lesiones), ello no supondría que una incitación a actos concretos de violencia sin incidencia penal carecería de relevancia a los efectos

⁶²⁹ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 133.

⁶³⁰ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 129; BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación...*, cit., p. 88.

del artículo 510 CP. Esta reflexión podemos trasladarla al actual 510 CP por no ser, en este punto, diferente de la que ahora analizamos.

La preterición de la apología en el artículo 510 *ex* LO 10/1995 ha sido uno de los principales puntos controvertidos – si no uno de los dos más controvertidos – de esa reforma, y ello porque durante largo tiempo se ha discrepado sobre si por “provocación” hemos de entender lo mismo que el CP entiende por tal en su artículo 18. Desde un prisma de coherencia interna del CP, la respuesta casi instintiva es decantarse porque, efectivamente, la provocación del artículo 510 no puede significar cosa distinta a la del artículo, de tal suerte que allí tendríamos una concreción de lo que aquí se define⁶³¹; para reforzar esa posición, podríamos argumentar que la acción típica consiste en *provocar*, sin que, a diferencia de lo que ocurre con la reforma de la LO 1/2015, comparta escenario con otros verbos que distorsionen ese razonamiento. Sin embargo, un examen detenido del precepto obliga a replantearse esa respuesta inicial perfectamente lógica *ex ante*.

Como ha señalado GÓMEZ MARTÍN, sin lugar a duda otro de los autores que más y mejor han tratado la materia que nos ocupa, no podríamos identificar en el CP cuáles son los delitos de odio a los que se refiere el artículo 510, ya que, según hemos visto más arriba, no hallaremos en todo el Código mención alguna a esta tipología delictiva⁶³². Sí que podríamos, en cambio, señalar cuáles son los delitos discriminatorios (artículos 314, 510.2, 511, 512 y 515.5º CP) y cuáles los ilícitos penales donde la violencia juega un papel determinante (homicidio, lesiones, detención ilegal y otros análogos)⁶³³. Por si advertir la inexistencia de una sola presunta categoría delictiva no fuera razón suficiente, este mismo jurista añade que el marco penológico *ex* artículo 510 CP se desconectaría abiertamente del efecto penológico propio de la provocación como acto preparatorio punible, que supone la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados del delito correspondiente⁶³⁴. A nuestro entender, el solo hecho de que se prevea una pena concreta para la provocación es la razón de más peso para concluir que el CP está valiéndose de términos homógrafos, pero con vida propia e independiente; de haberse usado “incitación” (ya presente en el artículo 165 ter, en el artículo 515.5º CP, así como en textos como la ICCPR), seguramente el debate no hubiera sido tal, por lo que hemos de considerarlos vocablos sinónimos.

Podemos recurrir también a otra razón que justifica la irrelevancia del artículo 18 CP a los efectos del artículo 510 CP, y es que, en la formulación dada por la LO 10/1995, se prescinde de toda alusión a “medios de comunicación o por cualquier otro sistema que facilite la publicidad”. Junto con la

⁶³¹ TAMARIT SUMALLA, J.M.: “Comentario al art. 510 CP”, en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.) / MORALES PRATS, F. (COORD.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 1967; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 841; BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación...*, cit., p. 76.

⁶³² GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 129.

⁶³³ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 128.

⁶³⁴ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 129. Vid. el delito de daños con el que se ejemplifica esta disociación.

incidencia que ello tendrá en materia de publicidad, y que veremos *ad infra*, observamos que en el artículo 510 CP no se incorpora esta mención, que sí se integra en cambio en el artículo 18 CP. De haber mantenido el vínculo con este precepto, no creemos que se hubiera suprimido la referencia a lo que constituye para de su articulado.

Una de las consecuencias de todas esas conclusiones, siguiendo a GÓMEZ MARTÍN, es que la LO 10/1995 no consagra una provocación a la comisión de delitos de odio, de discriminación o violentos. Por el contrario, articula un *delictum sui generis*⁶³⁵ con un bien jurídico mixto individual-colectivo, esto es, “el derecho fundamental a la igualdad y la protección de ciertas minorías vulnerables frente a actuaciones idóneas para iniciar procesos agresivos y de hostilidad contra aquellas”⁶³⁶. En palabras de LANDA GOROSTIZA, el artículo 510 CP contiene una tutela adelantada a la comisión de actos (que no delitos) donde se manifiestan la discriminación, el odio o la violencia. Para este autor, tales actos no tienen por qué referirse a lo que le sucedería a un sujeto concreto, ya que ello supondría desatender la lógica antidiscriminatoria de proteger a colectivos, sea directamente o a través de la tutela del individuo concreto), por lo que la supraindividualidad es una nota indispensable para interpretar el bien jurídico del artículo 510 CP⁶³⁷. En nuestra opinión, la inclusión en el precepto solo de “grupos o asociaciones” suponía por aquel entonces una tuición solo de bienes jurídicos colectivos, situación patentemente distinta a lo antecedente, donde sí se refería tanto a personas como a grupos, lo que nos obliga a aplicar *a sensu contrario* el principio según el que *ubi lex non distinguit, distinguere nec nos debemus*.

Otra de las consecuencias es que, al prescindir del tenor del artículo 18 CP, la publicidad no es un requisito indispensable *secundum legem*. Esto también constituye una innovación respecto del artículo 165 ter, donde ya hemos dicho que se explicitaba la necesidad de dotar al mensaje de la publicidad suficiente, lo que era visto por la doctrina como una exigencia interpretativa de signo restrictivo⁶³⁸ para evitar una aplicación desahogada de la norma. Surge la duda, pues, acerca de qué hacer con un precepto que orillaba la publicidad de su *actus reus* y que ha cortado amarras con el puerto que constituye el artículo 18 CP. El tamiz del principio de *ultima ratio* apuntaría a una publicidad imprescindible para impedir la persecución de mensajes reclusos en la práctica intimidad, pero no

⁶³⁵ El *delictum sui generis* es un concepto de largo desarrollo porque podemos trazar sus inicios a la Alemania de la primera mitad del siglo XVIII (por aquel, entonces, un conglomerado de Estados, donde destaca Prusia). Inicialmente, designaba los delitos de preparación, tentativa, complot y favorecimiento de otros delitos previstos especialmente en la ley, pero a partir de la primera mitad del siglo XX la doctrina alemana empezó a prestarle mayor atención, fraguando un concepto más centrado en las características que nos permiten reconocerlo en la práctica que en un gran andamiaje teórico. Sus contornos, marcados por una discusión harto densa que excede con creces este trabajo, vienen marcados por la aparente dependencia de otro tipo a partir de criterios o indicadores formales y sustantivos, pero cuya accesoriad queda descartada tras un proceso inductivo en el que se infiere su autonomía (vid. el completísimo análisis de GÓMEZ MARTÍN, V.: La doctrina del “*delictum sui generis*”: ¿queda algo en pie?, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 7, n.º 6, *passim*, pp. 7-9, 47-52).

⁶³⁶ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., pp. 129-130; LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *La política criminal...*, cit., pp. 96-97; EL MISMO: *Delitos...*, cit., p. 67. Este último autor habla, junto a la igualdad, de “las condiciones de seguridad existencial de colectivos especialmente vulnerables.”

⁶³⁷ LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *La política criminal...*, cit., pp. 88-89.

⁶³⁸ LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *La política criminal...*, cit., p. 59.

sabemos hasta qué punto ese principio sería más bien una intromisión en el principio de legalidad habida cuenta de una evolución legislativa que apunta a prescindir de esa mínima proyección *ad extra* a los efectos penales.

La segunda parte del artículo 510 CP no tiene parangón en la regulación de la LO 4/1995, y dice así: “2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.” Cabría pensar que asistimos aquí a la autonomización de lo que podría ser un delito de injurias agravado *ex* artículo 22.4º CP por razones discriminatorias, pero dado el sujeto pasivo del que se predica podríamos concluir que asistimos realmente a un delito de nuevo *sui generis* de *iniuria colectiva*⁶³⁹. Por ello, su ubicación cobra pleno sentido a renglón seguido del discurso de odio *stricto sensu* porque comparte esa vocación de proteger un bien jurídico supraindividual, aunque aquí no concebimos que se apele a una tuición de las condiciones de supervivencia del colectivo afectado.

En último lugar, hemos de ver cómo queda configurado con la LO 10/1995 el antiguo artículo 137 bis, b), que pasa en términos generales al artículo 607.2 CP, aunque también con matices que conviene destacar. Empecemos por su literalidad, que es la siguiente: “La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.” Nota RAMOS VÁZQUEZ que el cambio legislativo ha comportado una desaparición de la apología para hablar solo de difusión ordenada a la negación o justificación de los delitos de genocidio⁶⁴⁰. La desconexión con el artículo 18 CP se completa con la supresión de la apología, que se suma a la provocación prevista en el mismo precepto.

Por ello, no es precisa una difusión – que al menos sí lleva ínsita la idea de un determinado auditorio⁶⁴¹– que incite o provoque la comisión de delitos concretos, ni siquiera el propio de genocidio, a pesar de que parte de la doctrina se postuló a favor de esa solución⁶⁴². Esta posibilidad queda descartada de raíz si tenemos en cuenta que, por aquel entonces, el artículo 615 CP preveía concretamente la provocación de la comisión de delitos de genocidio, previendo además un marco penológico plenamente compatible con ser una prolongación del artículo 18 CP. Es comprensible, y hasta sano, proponer interpretaciones restrictivas en aras de mantener incólumes principios propios del

⁶³⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., p. 157.

⁶⁴⁰ RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: “La declaración...”, cit., p. 136.

⁶⁴¹ Real Academia Española (s.f.). Difundir. En Diccionario de la Lengua Española. Recuperado el 16 de octubre de 2024 en <https://dle.rae.es/difundir?m=form>.

⁶⁴² Vid. las notas al pie 11 y 12 en RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: “La declaración...”, cit., p. 136. Por su parte, Landa Gorostiza lo califica como una conducta adelantada al delito de genocidio (vid. LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 76).

Derecho Penal, pero ello no puede llegar al punto de sacrificar el principio de legalidad, que por otro lado es otro de esos principios penales, máxime cuando claramente se está recurriendo a la figura del *delictum sui generis*.

b) Regulación *ex* Ley Orgánica 1/2015

El siguiente hito legislativo es la reforma operada por esta Ley Orgánica, cuya incidencia lo es en varios frentes. Como hemos hecho con las anteriores formulaciones, presentaremos en primer lugar el tipo, que debido a su extensión expondremos por partes. Principiaremos por el artículo 510.1a) CP, que dice así: “Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses 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 aquél, por motivos racistas, antisemitas 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, enfermedad o discapacidad.”

En el artículo 510.1 nos encontraremos con aquellas conductas de incitación al odio y a la violencia que, de acuerdo con el apartado XXVI de la Exposición de Motivos, resulten más graves, de lo que esa letra a) no es una excepción. La dupla “incitación al odio y a la violencia” no es nuestra, sino que es la empleada por esa Exposición de Motivos, manera peculiar de referirse a un tipo que también incluye a la discriminación y la hostilidad. Es más, resulta peculiar que no se alude en esa Exposición de Motivos a la hostilidad, que se introduce por primera vez con esa reforma, aunque se entrevé la influencia del artículo 20.2 ICCPR, de la R (97) 20, de la jurisprudencia del TEDH y de la STC n.º 214/1991⁶⁴³. Por otro lado, la insistencia en hablar de incitación al odio sin mencionar siquiera, a los efectos de dicha Exposición de Motivos, parece diluir en cierta medida el peso de la discriminación como figura más aséptica, aunque no podemos descuidar que la incitación al odio y a la violencia es un binomio muy presente en el ámbito internacional y europeo que hemos analizado.

Volviendo a la literalidad del artículo 510.1a), advertimos el uso del adverbio “públicamente”⁶⁴⁴ siquiera antes de iniciar con los verbos típicos; la norma no echa a rodar con un verbo, ni siquiera con una delimitación de sujetos activos o pasivos concretos, sino que empieza con esa nota de publicidad. El legislador está poniendo el foco en que cuantas acciones vayan a explicitarse en el texto han de proyectarse sobre una alteridad suficiente como para considerarse que trasciende lo suficiente del

⁶⁴³ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., p. 127.

⁶⁴⁴ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 165; LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 70, para quien la publicidad es un reductor de la esfera típica; VVAA: *Manual pràctic...*, cit., p. 196; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., p. 126; TAPIA BALLESTEROS, P.: “El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Entre la libertad de expresión...*, cit., p. 52.

sujeto activo y de un círculo demasiado estrecho como para poner en tela de juicio el bien jurídico protegido. Con ello, creemos que queda zanjado definitivamente el debate sobre la publicidad que, habida cuenta de la dicción anterior, no quedaba en absoluto definida, y no podemos dejar de ver aquí la huella de la Decisión Marco de 2008 y su artículo 1.a), influjo que explicará la incorporación de acciones típicas como incitar⁶⁴⁵.

Acerca de si esta publicidad ha de revestir alguna forma especial, o si se exige un volumen considerable de destinatarios, el tipo no dice nada, pero sí podemos integrar aquí lo dicho en el artículo 510.3 CP, que impone las penas del artículo 510.1 en su mitad superior si “se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas.” Es decir, que la publicidad del tipo no exige para su consumación que la difusión se realice por los más modernos medios de comunicación, ni tampoco que pueda llegar a una masa crítica elevada de receptores⁶⁴⁶. Podríamos decir, pues, que la publicidad impone, por supuesto, el solipsismo, pero también el mantenimiento en un ambiente de práctica intimidad, sin que se obligue tampoco a advenir una audiencia cuantiosa.

Tras la publicidad, otro gran giro jurisprudencial radica en la adición de múltiples acciones que se emplean en lugar de la provocación (fomento, promoción o incitación)⁶⁴⁷ y que, a nuestro entender, y siguiendo la doctrina más autorizada en la materia, entierran toda discusión sobre si alguno o todos los verbos típicos han de leerse a la luz de la provocación *ex* artículo 18 CP⁶⁴⁸. No podemos olvidar que, aunque las exposiciones de motivos carezcan de efectos vinculantes, en ese apartado XXVI de la Exposición de Motivos se habla del artículo 510 CP como “conductas de incitación al odio y a la violencia”. La provocación cede su puesto de manera definitiva a la incitación, que es la que acapara ahora todos los focos al mencionarse en ese apartado XXVI de manera omnicompreensiva para la panoplia de conductas del artículo 510 CP. Más abajo veremos qué interpretación puede darse a cada verbo típico.

⁶⁴⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., pp. 119-120.

⁶⁴⁶ LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 70.

⁶⁴⁷ Para Tapia Ballesteros, estamos “ante una descripción tan amplia de la conducta prohibida que tiene cabida, prácticamente, todo.” (vid. TAPIA BALLESTEROS, P.: “El discurso de odio...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Entre la libertad de expresión...*, cit., p. 51, y p. 53 para un desarrollo similar). Por su parte, Alastuey Dobón habla sobre que “la voluntad del legislador parece clara: su objetivo ha sido ampliar el ámbito de aplicación del precepto y evitar los posibles resquicios de interpretaciones restrictivas de su tenor literal” (vid. ALASTUEY DOBÓN, C.: “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18-14, p. 16).

⁶⁴⁸ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 164; LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 66-67; PORTILLA CONTRERAS, G.: “Lección 10ª. La represión penal del discurso del odio”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.) / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. / VENTURA PÜSCHEL, A. (COORDS.): *Tratado de Derecho Penal español. Parte especial. IV: Delitos contra la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 387; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., pp. 120-122; TAPIA BALLESTEROS, P.: “El discurso de odio...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Entre la libertad de expresión...*, cit., p. 52.

Todas esas acciones deben hallar refrendo en el odio, la discriminación, la hostilidad o la violencia, tetralogía que también es nueva porque supera la tríada odio-discriminación-violencia para unir la hostilidad⁶⁴⁹. La hostilidad, como cualidad de aquello que es hostil⁶⁵⁰, significa todo aquello que es contrario o enemigo⁶⁵¹, lo que denota una confrontación u oposición entre dos términos (somos enemigos *de*, nos enemistamos *con* o somos contrarios *a*), pero sin que sea necesaria una bidireccionalidad (ser enemigo de o contrario a alguien no significa forzosamente que ese alguien haya de exhibir la misma animadversión por aquel que le ha declarado enemistad). Ni el sustantivo hostilidad ni el adjetivo hostil – incluso el verbo hostilizar – son propios del artículo 510 CP, sino que nos los encontramos en los siguientes preceptos: 173.1, párrafos tercero y cuarto (“actos *hostiles* o humillantes”); 184.1 (“intimidatoria, *hostil* o humillante”); 515.4º (“odio, *hostilidad*, discriminación o violencia”); 583.2º y 3º (“*hostilizar* a España”); 595 (“que intente *hostilizar*”); 612.3º (participar directamente en las *hostilidades*); 613.1a), d) e i), así como el 613.2 (“actos de *hostilidad*”); 614 (“conducción de las *hostilidades*”). Con la reforma operada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, se añadiría un segundo párrafo al artículo 173.4 que traería otra alusión más (“humillante, *hostil* o intimidatoria”).

No es sencillo intentar encontrar un patrón común a todas las alusiones al sustantivo, adjetivo y verbo, ya que en función del precepto da la sensación de que se adopta un nivel de enemistad con un grado distinto. En artículos 173.1 o 173.4, más parece que se dan a entender actos de hostigamiento (como cuando en el artículo 172 ter, apartado quinto, se habla de “acoso, hostigamiento o humillación”) que de violencia, pero en cambio en preceptos como el 583.2º y 3º parecemos estar más cerca de actos de estricta violencia. En cuanto al artículo 510 CP, no procede darle un valor igual al de la violencia porque esta ya se encontraba en la fórmula legal anterior, lo que nos conmina a agudizar el ingenio para dotarla de una fisonomía propia, autonomía que también lo habrá de ser respecto del odio y la discriminación, presentes en igual medida que la violencia en la dicción previa a la LO 1/2015. La propuesta que aquí realizamos es la de considerar la hostilidad junto con el ambiente, es decir, que consistiría en crear un clima⁶⁵², entorno o ambiente⁶⁵³ hostil que propicie la expresión recurrente de desprecio por el común de la sociedad hacia un colectivo o persona por su pertenencia a aquel.

Sin dejar todavía el capítulo de las novedades sustanciales, nos dirigimos a otra de ellas, a saber, el desdoblamiento entre directa e indirectamente, en el sentido de que el odio, la discriminación, la hostilidad o la violencia pueden ser fomentados, promovidos o incitados directa o indirectamente. Es

⁶⁴⁹ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 164.

⁶⁵⁰ Real Academia Española (s.f.). Hostilidad. En *Diccionario de la Lengua Española*. Recuperado el 17 de octubre de 2024 en <https://dle.rae.es/hostilidad>.

⁶⁵¹ Real Academia Española (s.f.). Hostil. En *Diccionario de la Lengua Española*. Recuperado el 17 de octubre de 2024 en <https://dle.rae.es/hostil?m=form>.

⁶⁵² Landa Gorostiza hablaría en su momento de “envenenamiento del clima social y político contra determinados grupos” (vid. LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *La política criminal...*, cit., p. 79).

⁶⁵³ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., p. 130.

aquí donde parte de la doctrina ha visto la posibilidad de atribuirle al fomento y a la promoción un sentido indirecto, en tanto que reservan el sentido directo para la incitación⁶⁵⁴. La incitación se ha propuesto también como el elemento nuclear alrededor del que ha de girar la norma porque en él se revelan los elementos tendenciales⁶⁵⁵ que mejor condensan la esencia del injusto, y que no son otros que la implicación paulatina de sectores de la población en un enfrentamiento colectivo⁶⁵⁶. Los otros dos verbos serían comparsas de esa incitación cuyo valor equivaldría a ese “mover voluntades” hacia conductas de odio, discriminación, hostilidad o violencia hacia colectivos diana⁶⁵⁷.

Sin embargo, tales exégesis no son viables con el precepto en mano. Respecto de la diferenciación los verbos conforme al eje directo-indirecto, la norma no distingue entre verbos y lo directo e indirecto se ubica a renglón seguido del fomento, promoción e incitación. No se comprende, pues, por qué la incitación no puede ser indirecta, mientras que el fomento y la promoción solo pueden indirectas o tender más hacia esta característica. Así como no se puede atribuir un verbo a cada proyección (no hablamos de que el fomento estaría más cerca del odio, por ejemplo), no creemos que pueda prosperar esa otra distribución. Acerca de la preeminencia de la incitación, textualmente tampoco es posible inferirla cuando ni siquiera es el verbo inicial, sino que es el tercero, sin que el resto de las acciones tengan necesariamente que ser tributarios del peso específico que adquiere la incitación en el texto.

Sobre esto último, recurrir al significado de cada verbo tampoco parece apoyar esa hipótesis. La definición que el DLE ofrece sobre fomentar parece apuntar en la dirección sinonímica porque su primera acepción es “excitar, promover, impulsar o proteger algo”⁶⁵⁸, es decir, alude expresamente a la promoción. Respecto de promover, si bien no contiene una alusión cruzada a fomentar, sí que lo hace a impulsar en su primera acepción⁶⁵⁹. Finalmente, la que se sale con mayor notoriedad de este raíl semántico es el verbo incitar, que se relaciona con una inducción que viene calificada por realizarse con fuerza⁶⁶⁰. Pero no deberíamos confundir intensamente con directamente, ya que se puede exhibir lo primero – incluso llegando a la vehemencia – sin alcanzar lo segundo. La doble apertura de verbos y adverbios no es bien vista por algunos autores, que perciben un alejamiento del bien jurídico que protege el tipo⁶⁶¹, de tal suerte que el resultado final es un abanico de posibilidades excesivamente amplio⁶⁶². Especialmente difícil será determinar la lesividad del fomento, promoción o incitación a

⁶⁵⁴ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 164; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., p. 122; PORTILLA CONTRERAS, G.: La represión penal..., en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.): *Comentarios a la reforma...*, cit., p. 725.

⁶⁵⁵ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 164; LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., pp. 67-68.

⁶⁵⁶ *Ibid.*, p. 68.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, p. 68.

⁶⁵⁸ Real Academia Española (s.f.). Fomentar. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 21 de mayo de 2023 de <https://dle.rae.es/fomentar?m=form>.

⁶⁵⁹ Real Academia Española (s.f.). Promover. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 21 de mayo de 2023 de <https://dle.rae.es/promover?m=form>.

⁶⁶⁰ Real Academia Española (s.f.). Incitar. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 21 de mayo de 2023 de <https://dle.rae.es/incitar?m=form>.

⁶⁶¹ ALASTUEY DOBOÓN, C.: “Discurso del odio...”, cit., p. 19.

⁶⁶² TAPIA BALLESTEROS, P.: El discurso de odio..., en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Entre la libertad de expresión...*, cit., p. 53.

actos de odio, ya que, además de no ser estos necesariamente delictivos, no dejan de basarse en un sentimiento o estado de ánimo⁶⁶³.

Por otro lado, que el artículo 510.1a) refiera esa dupla directo-indirecto consideramos que también impide, al menos *de lege lata*, aplicar solo este tipo cuando es inminente el paso al acto⁶⁶⁴ en los términos de la prueba *clear and presen danger test*⁶⁶⁵ o el test de Brandenburg. Pocos pueden dudar de que la tipificación de conductas que indirectamente puedan promover, fomentar o incitar incrementa exponencialmente el radio de acción del artículo 510.1a), máxime si tenemos en cuenta que ya la promoción, fomento o incitación desconectados de la provocación *stricto sensu* es un adelantamiento perceptible de la barrera punitiva. No extraña que autores como MAGRO SERVET hayan destacado que ello permite incluir el escarnio o la burla por los móviles discriminatorios fijados en el precepto⁶⁶⁶. Si bien no encuadramos este tipo de expresiones en el artículo 510.1a), sino que lo hacemos más en el artículo 510.2 CP, consideramos que la inclusión de ese tipo de mensajes es sintomática del grado de apertura punitiva ante el que estamos⁶⁶⁷.

Por lo que respecta al artículo 510.1a), se nos antoja complicado que esa inminencia o notabilísima cercanía con la acción sea compatible con que los verbos típicos puedan actuar indirectamente sobre el odio, la discriminación, la hostilidad o la violencia. Que no todo fomento, promoción o incitación haya de serlo en términos directos quiere decir que también es típico crear las condiciones necesarias para que se produzcan esos actos de odio, discriminación, hostilidad o violencia, sin que se esté apelando directamente a su comisión⁶⁶⁸. En nuestra opinión, exigir esa proximidad con la acción pasa por mantener cierto vestigio de la pretérita provocación, que suponía la llamada directa a cometer delitos, sustantivo este último que ahora se sustituiría por actos de odio, discriminación, hostilidad o violencia. Guste o no, el legislador parece haber tomado una considerable distancia de esa lógica, sin que nada de ello empezca a la idoneidad de la conducta⁶⁶⁹ porque vendría predicada de su capacidad de generar esas condiciones.

⁶⁶³ MIRÓ LINARES, F.: Derecho Penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión, en MIRÓ LINARES, F. (DIR.): *Cometer delitos...*, cit., p. 52; PORTILLA CONTRERAS, G.: El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas, en MIRÓ LINARES, F. (DIR.): *Cometer delitos...*, cit., p. 95; EL MISMO: La represión penal..., en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.): *Comentarios...*, cit., p. 723.

⁶⁶⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., p. 131.

⁶⁶⁵ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 165. Landa Gorostiza interpreta ese pacto al acto no como el riesgo de explosión colectiva inminente (que lo relacionada con una forma agravada del 510 CP), sino como un punto intermedio entre la agitación y esa inminencia de la acción; esa inminencia la define en términos de producción en condiciones *ex ante* que convierten en muy probable (vid. LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 69). Esta interpretación del paso al acto no nos parece muy convincente porque crea demasiada distancia con la acción y diluye esa cercanía que intuitivamente percibimos en esa expresión.

⁶⁶⁶ MAGRO SERVET, V.: “Casuística y alcance interpretativo del delito de odio del artículo 510 del Código Penal”, *Diario La Ley*, n.º 8960, 12 de abril de 2017.

⁶⁶⁷ Sobre el riesgo de solapamiento de los artículos 510.1 y 510.2 CP, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., p. 156, con cita de Manzanares Samaniego.

⁶⁶⁸ Recuperamos el término de “conducta de tendencia” que acabamos de ver. De todos modos, somos conscientes de que los autores citados no lo emplean exactamente con el alcance que le damos nosotros porque él se postula a favor de una mayor inminencia en la acción que se fomenta, promueve o incita (ibid., p. 165).

⁶⁶⁹ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 166.

Asimismo, y como la doctrina y la jurisprudencia señalan, estamos ante un delito de peligro abstracto⁶⁷⁰. Ello nos obliga a ser cautelosos con exigir elementos objetivos del tipo que lo acerquen más a un delito de peligro concreto, aunque tampoco podemos alejarlo demasiado para tornarlo en peligro presunto, por lo que la interpretación se moverá en una delgada línea sin que uno sepa a ciencia cierta si acierta o yerra en la aplicación *ad casum*.

Sea como fuere, el abandono definitivo de la provocación motiva que la doctrina se muestre partidaria de una interpretación restrictiva para evitar desbordar unos límites ya de por sí difusos⁶⁷¹, pretensión que nos parece no solo razonable, sino imprescindible. Se ha propuesto darle en cierto modo la vuelta a la dicción del artículo 510.1a) para que la conducta tendencial sea suficientemente relevante como para que el odio, la discriminación, la hostilidad o la violencia despertadas sean los medios precisos para, en una suerte de retroalimentación, promover, fomentar o incitar su repetición. Solo así se evitaría criminalizar la simple generación de malos sentimientos, coacciones vagas e imprecisas o discriminaciones solo en el plano formal⁶⁷². También se ha propuesto que se exija una intención clara de cometer actos de violencia, hostilidad, intimidación o discriminación, o al menos que se dé un riesgo inminente de acontecer⁶⁷³.

Compartimos parcialmente ese umbral mínimo. En lo tocante a la discriminación formal, para nosotros sí es criterio suficiente porque precisamente está en el corazón del derecho a no sufrir discriminación *ex* artículo 14 CE. De lo contrario, estaríamos precisamente ampliando los confines del tipo al exigir una discriminación material, sustantiva o real, que más tendría de acción positiva que de neutralización de la discriminación de corte más clásico. Sobre esa intención comisiva clara, no la consideramos imprescindible en el sujeto activo del artículo 510.1a), ya que no vemos por qué ha de ser obligatorio que haya coincidencia entre el orador y el ejecutor. Nótese que se está fomentado, promoviendo o incitando, con lo que sería extraño que se exigiera el paso a la acción por el propio autor de esas palabras. Además, no podemos olvidar que también deberían incluirse la realización de actos de odio, sin que se sepa muy bien qué es eso y, peor aún, a partir de qué límite es punible. Lo que sí debería darse es un propósito de que esos actos se den, ya sea empleando términos directos o indirectos.

Sobre si la promoción, fomento o incitación han de ser graves, no lo concebimos como un requisito del *actus reus*⁶⁷⁴. Cuando el artículo quiere predicar esa nota de la conducta, lo hace explícitamente según sucede en preceptos como el artículo 510.1c), por lo que buscar reducir el ámbito del injusto a

⁶⁷⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., pp. 129-130..

⁶⁷¹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: El control constitucional de las leyes penales, en BECERRA MUÑOZ, J. / NIETO MARTÍN, A. / MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. (DIRS.): *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, Bogotá, 2016, p. 377.

⁶⁷² LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 69.

⁶⁷³ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., p. 131.

⁶⁷⁴ En contra, LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 72.

partir de ese vector nos parece excesivo a la luz del principio de legalidad. El legislador ha tipificado una retahíla de conductas que considera *per se* suficientemente graves y no deberíamos aderezar la receta legislativa con más condimento del necesario para evitar romper el principio de vigencia. El argumento acerca de la pena privativa de libertad de hasta cuatro años⁶⁷⁵ tampoco nos resulta decisivo debido a que se trata este del techo (con salvedad que luego desgranaremos) del tipo, pero no podemos olvidar que hay una horquilla de uno a cuatro años, donde el suelo está previsto – como en todo delito – para las formas menos graves dentro de la gravedad que se le presupone *iuris et de iure* a todo injusto, y el techo para las más lesivas⁶⁷⁶. De otro modo, también podríamos referir que, por ejemplo, el blanqueo de capitales típico solo es el grave porque tiene una pena en abstracto que llega a los seis años, pero no podemos desconocer que su mínimo es de seis meses.

La última entrega de los principales cambios del artículo 510.1a) es la relativa a los sujetos pasivos, que sufren una notable ampliación. Recordemos que, con el derogado 510.1 de la LO 10/1995, solo los grupos o las asociaciones podían ostentar tal condición de víctimas, lo que aparentemente dejaba fuera a los particulares, sin que, de nuevo aparentemente, fuera relevante que los exabruptos contra ellos dirigidos lo fueran por su pertenencia a esos mismos colectivos o asociaciones cuyas características protegían los móviles discriminatorios. Tal y como sucede con la provocación, toda duda queda despejada con la inclusión expresa de los particulares, aunque con la salvedad de que ha de dirigirse contra ellos todo elemento objetivo del injusto por razón de la pertenencia aludida⁶⁷⁷.

Demos paso ahora al artículo 510.1b), que veremos cómo es accesorio o dependiente del que acabamos de estudiar⁶⁷⁸. Transcribiremos solo su primera parte, que dice así: “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...” Interrumpimos aquí la transcripción porque el resto no es más que la copia del artículo 510.1a), y hasta ese punto llega la accesoriedad. Dada esta última nota definitoria, la doctrina ha entendido que se tipifica la cadena de difusión o la facilitación de las conductas proscritas en la primera letra del artículo 510.1⁶⁷⁹, conclusión que solo consideramos que se aplicaría sobre las conductas dentro de esa letra b) que favorezcan el conocimiento por parte de terceros (“faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan”) de los mensajes subsumibles en ese artículo 510.1a). En opinión de GÓMEZ MARTÍN y LANDA GOROSTIZA, esos cuatro verbos integrarían

⁶⁷⁵ Ibid., p. 69.

⁶⁷⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., p. 133.

⁶⁷⁷ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 165.

⁶⁷⁸ Esa dependencia obliga a que el carácter peligroso del material en cuestión elaborado, o bien de la participación en su cadena de difusión, sea análogo al de las conductas del artículo 510.1a) CP (vid. LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 76; VVAA: *Manual pràctic...*, cit., p. 197).

⁶⁷⁹ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 168; LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., pp. 73-74; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., p. 144; TERUEL LOZANO, G.: “La libertad...”, cit., p. 32.

un conglomerado de conductas que podrían llegar a solaparse con este último artículo⁶⁸⁰, en la que hablamos del acto creador de material que fomenta, promueve o incita.

Finalmente, tendríamos la posesión con la finalidad de distribuir (queda excluida la mera posesión personal⁶⁸¹), figura híbrida porque presupone que el poseedor no lo ha elaborado (de otro modo, se le castigaría por elaborar o producir, sin que quepa duplicidades por incurrir en *bis in idem*), pero no exige su facilitación a terceros, sino solo preordenar a ello tal posesión⁶⁸². Solo cabría la posesión por quien ha elaborado en un caso algo alambicado en el que se hubiera elaborado un material con la finalidad de reservarlo para sí, pero luego se hubiera decidido compartirlo con terceros – pero sin llegar a hacerlo –, con lo que la posesión antaño inocua pasaría a ser penalmente relevante; este supuesto, evidentemente, entrañaría enormes problemas de prueba. El CP no aclara qué concepto de posesión civil se maneja, pero como exige que con ella se persiga la distribución, entendemos que lo más coherente es que se trate de la posesión inmediata, sin importar si es de buena o mala fe, justa o injusta, en concepto de dueño o en otro concepto. La tenencia material y no solo mediata es la única manera que concebimos de que sea idónea la teleología distribuidora, ya que de otro modo el poder jurídico estaría desprovisto de un control efectivo que posibilitara – incluso en abstracto – el acceso físico al bien.

El marco penológico para ese artículo 510.1b) coincide con el de la letra anterior, regulación que resulta discutible para algunas de las conductas; no consideramos, como arguye parte de la doctrina⁶⁸³, que la desproporción lo sea *in totum* por cuanto es necesario distinguir bloques de acciones en términos análogos a los analizados *ut supra*. Si atendemos a las conductas de ordenadas a la distribución, pero sin concretarla por estar ante un delito de peligro abstracto⁶⁸⁴, convergemos plenamente en que resulte poco afortunado equiparar la sanción penal con las conductas en las que concurre publicidad, sin que se alcance a comprender qué papel juega realmente la publicidad si aquí se prescinde de ella sin consecuencias penológicas a la baja⁶⁸⁵; ello es especialmente cierto de la mera posesión, donde el sujeto ni ha confeccionado el material (salvo en el caso cuasi de laboratorio propuesto) ni tampoco lo ha compartido con terceros. Desde un punto de vista preventivo, además, es desacertado equiparar la pena de quien no ha llegado a distribuir con la de quien sí lo ha hecho. De todos modos, esa desproporción no la predicamos de quien contribuye a la difusión del material, por

⁶⁸⁰ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 168; LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 74.

⁶⁸¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., p. 145.

⁶⁸² Por su parte, Landa Gorostiza interpreta la posesión como un equivalente funcional de su producción material (vid. LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 74). No consideramos que poseer ostente con la producción material suficientes puntos de conexión para tal semejanza, salvo que se interprete muy ampliamente la posesión como *aseguramiento* de lo producido, cosa que no creemos esté en el ánimo del autor. La posesión, que solo puede castigarse en términos generales cuando el poseedor no ha elaborado el material, no participa de proceso de creación alguno, sino que solo conserva en su haber un determinado bien. En términos críticos con la tipificación de la posesión, vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, cit., p. 705.

⁶⁸³ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 168.

⁶⁸⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., p. 145.

⁶⁸⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., p. 145.

cuanto se intuye, y no es descabellado, una asimilación con la cooperación necesaria, pudiéndosele aplicar la pena en su mitad superior *ex* artículo 510.3.

Como era de esperar, un precepto con un volumen tan notorio de acciones, con unas más inocuas que otras en relación con el artículo 510.1a), ha sido blanco de múltiples críticas que discurren entre lo templado y lo vehemente. Al hilo de lo que hemos expuesto unas líneas más arriba, ciertamente algunos puntos del artículo son discutibles, especialmente si atendemos a la sanción aparejada, y apostamos por un altamente deseado limado de algunas asperezas en su redactado, aunque no consideramos imprescindible su derogación íntegra como defiende parte de la doctrina. Este resultado se ubicaría en las antípodas de lo que ahora tenemos, sin que abogemos por una solución tan drástica que dejara al descubierto conductas imprescindibles para dotar de sentido la expansión de las conductas *ex* artículo 510.1a).

El artículo 510.1 concluye con su letra c), que es la que contiene la nueva formulación del artículo 607.2 CP a raíz de la STC n.º 235/2007 y de la Decisión Marco de 2018⁶⁸⁶, o al menos eso es lo que leemos en el apartado XXVI de la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, ya que parte de la doctrina estima que la nueva redacción puede suscitar dudas sobre su constitucionalidad a la luz de la decisión del Alto Tribunal⁶⁸⁷. No transcribiremos íntegramente su literalidad porque lo más relevante son las acciones típicas alternativas, siendo el resto una reproducción del móvil discriminatorio *ex* artículo 510.1a)⁶⁸⁸. Inicialmente nos encontramos con tres verbos: negar, trivializar gravemente y enaltecer⁶⁸⁹, en este último caso tanto a los autores como a los delitos de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado⁶⁹⁰, y en cualquier caso acciones a las que se anuda doctrinalmente la publicidad⁶⁹¹. El único verbo que lleva anudado un adverbio que lo califica es “trivializar”, por lo que no toda detracción de importancia⁶⁹² será penalmente relevante, sino solo aquella que se pueda acercar más a la justificación⁶⁹³ (formalmente suprimida con la reforma⁶⁹⁴).

⁶⁸⁶ BERNAL DEL CASTILLO, J.: “La justificación y enaltecimiento del genocidio en la Reforma del Código Penal de 2015”, *InDret*, 2/2016, pp. 2-7; LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., pp. 77-78; TERUEL LOZANO, G.: “La libertad de expresión...”, cit., p. 6.

⁶⁸⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., pp. 153-154; TERUEL LOZANO, G.: “La libertad de expresión...2, cit., p. 7.

⁶⁸⁸ Para Teruel Lozano, lo poco que se puede salvar del precepto es su ubicación, que responde coherentemente a la proscripción de conductas emparentadas con el discurso de odio (vid. TERUEL LOZANO, G.: “La libertad de expresión...”, cit., p. 34).

⁶⁸⁹ Tal y como pone de manifiesto Teruel Lozano, son los tres verbos propuestos por la Decisión Marco de 2008 en su artículo 1.1c) (vid. TERUEL LOZANO, G.: “La libertad de expresión...”, cit., p. 34).

⁶⁹⁰ Para Landa Gorostiza, estamos ante la ampliación al elenco delictivo propio del Derecho Penal Internacional más consolidado (vid. LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 79), No en vano, emplea la categoría de “Apología de crímenes de derecho penal internacional” como un modo alternativo de referirse al artículo 510.1c) CP, con la apología cumpliendo una función no estricta en términos del artículo 18 CP (vid. *ibid.*, pp. 76 y 80).

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 79; TERUEL LOZANO, G.: “La libertad de expresión...”, cit., p. 34.

⁶⁹² Real Academia Española (s.f.). Trivializar. En Diccionario de la Lengua Española. Recuperado el 18 de octubre de 2024 en <https://dle.rae.es/trivializar>; GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 169;.

⁶⁹³ Por su parte, Portilla Contreras argumenta que la justificación ha quedado absorbida por el enaltecimiento, con lo que sigue viva a través de esta última (vid. PORTILLA CONTRERAS, G.: Lección 10ª..., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.) / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. / VENTURA PÜSCHEL, A. (COORDS.): *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 403). En contra de la rehabilitación de la justificación, vid. GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 170.

En lo que atañe a los otros dos verbos, vemos cómo la negación subsiste, lo que *prima facie* nos llevaría a concluir que no ha habido un acatamiento de esa STC n.º 235/2007, pero *in fine* del precepto vemos cómo los tres verbos han de tender a promover o favorecer “un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación” contra grupos o personas que pertenezcan a ellos en atención a los motivos discriminatorios vistos en las letras previas del artículo 510.1 CP⁶⁹⁵. Sin embargo, el mantenimiento de la negación sigue resultando problemático para la mayoría de la doctrina porque no ve que la solución adoptada genere la necesaria seguridad jurídica tras el pronunciamiento del TC⁶⁹⁶. El principal problema que vemos en la negación, al igual que en la trivialización grave y el enaltecimiento, no es tanto que se empleen esos verbos, sino que su relevancia típica se haga pender de que *se* promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación. La primera cuestión es si ello supone que estemos ante un delito de peligro concreto⁶⁹⁷, aspecto que resolvemos apostando por el delito de peligro abstracto en la misma línea que el resto de lo visto para el 510.1 CP.

La segunda cuestión que surge es que la formulación mediante el pronombre impersonal “se” admite dos posibilidades, sin que esté claro por cuál se decanta la norma: o bien se habla de un elemento del injusto sobre el que se ha de proyectar el dolo, aunque sea eventual, o bien se trata de una consecuencia cuya adveración es puramente objetiva y sin ilación con la *mens rea*. A nuestro entender, y por más que hayamos mostrado nuestra discrepancia parcial con ella, una recta comprensión de la STC n.º 235/2007 impide la primera lectura porque volveríamos a la casilla de salida, pero la norma podría haberse expresado con mayor precisión. Esta falta de concreción se pone de manifiesto por la doctrina, que reprocha que su deficiente redacción entraña peligros directos para la libertad de expresión⁶⁹⁸, a cuyo fin se ha propuesto lo que hemos referido con anterioridad, a saber, que estemos hablando de casos en los que ha recaído sentencia por tribunales internacionales, admitiéndose aquellos nacionales que apliquen el Derecho Penal Internacional⁶⁹⁹; asimismo, se ha defendido que, necesariamente, esta modalidad delictiva ha de equivaler a una conducta grave de incitación a repetir esos crímenes tipificados en el Derecho Penal Internacional⁷⁰⁰.

Por otro lado, sorprende que, después de dos letras del 510.1 CP que nos hablan de promoción, fomento o incitación, el final de la letra c) use la promoción o el favorecimiento, como si la tríada ya vista fuera perfectamente intercambiable por cuantos sinónimos se nos ocurra o como si estuviéramos

⁶⁹⁴ La supresión de la justificación es causa de sorpresa en la doctrina por ignorar lo dicho por el TC en su STC n.º 235/2007 (vid. LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 78).

⁶⁹⁵ Para Landa Gorostiza, esto explica que la conducta haya de compartir rasgos tendenciales con el resto del artículo 510 CP. Solo así se proscribirían las conductas verdaderamente aptas de afectar a la seguridad existencial del colectivo diana (vid. LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 77).

⁶⁹⁶ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 169.

⁶⁹⁷ Teruel Lozano defiende esta posición en TERUEL LOZANO, G.: “La libertad de expresión...”, cit., p. 35.

⁶⁹⁸ PORTILLA CONTRERAS, G.: Lección 10ª..., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.) / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. / VENTURA PÜSCHEL, A. (COORDS.): *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 405.

⁶⁹⁹ TAMARIT SUMALLA, J.M.: “Capítulo IV...”, en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.) / MORALES PRATS, F. (COORD.): *Comentarios...*, cit., p. 1669.

⁷⁰⁰ LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 80.

– sin explicación alguna – ante un nuevo haz de conductas. El mantenimiento de la promoción es un indicio de no que estamos en lo último, pero la taxatividad y la sistematicidad aconsejarían una modificación en aras de la homogeneidad. Además, por arte de birlibirloque nos encontramos con “el clima”, palabra que solo volverá a salir en el artículo 510.2b), párrafo segundo, constituyendo estas las dos únicas ocasiones en las que aparece en el CP. Asalta la duda razonable de si, hasta este preciso instante, el CP no hablaba de que el odio, la discriminación, la hostilidad y la violencia promovida, fomentada o incitada no se enmarcaba en la creación de un clima en ese sentido; hemos visto que la doctrina califica habitualmente estos delitos de como de clima y, a la vista de este precepto, solo podría encuadrarse en él y no en otras partes del artículo 510.1 CP.

Se pregunta la doctrina si, para advenir los elementos objetivos del tipo, se impone que los delitos negados, gravemente trivializados o enaltecidos se recojan en una sentencia firme⁷⁰¹. La disyuntiva es importante porque optar por una u otra opción ensancha o empequeñece considerablemente el espacio del injusto, sobre todo para los hechos actualmente subsumibles en esos tipos, pero que en su momento eran tipos inexistentes. La solución creemos que, en gran medida, pasa por distinguir esos dos momentos, fijando el 8 de agosto de 1945 como el punto de inflexión, ya que en esa fecha se suscribió el Acuerdo de Londres para el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg⁷⁰²; es aquí donde se sitúa la génesis de los delitos de lesa humanidad y contra el derecho de gentes⁷⁰³. Así, por imposibilidad ontológica de ser condenado antes de esa fecha por tales delitos, sería inadecuado exigirle a toda situación previa una condena con base en alguno de ellos. En cambio, para los delitos “contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado” hemos de retrotraernos algo más, en concreto hasta el IV Convenio de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, de 18 de octubre de 1907⁷⁰⁴, ya que en él se disponía – a diferencia de sus antecedentes – responsabilidades por la violación de sus disposiciones⁷⁰⁵.

Es verdad que no sería hasta el 17 de julio de 1998 que, mediante el Estatuto de Roma, se crearía la Corte Penal Internacional con competencias para todos los delitos de los que habla el artículo 510.1.c)⁷⁰⁶, pero el criterio que empleamos aquí es la existencia de normativa internacional sobre crímenes de guerra, genocidio y lesa humanidad; es a partir de ese momento que los Estados pueden sancionar conductas de esa naturaleza⁷⁰⁷, tanto para hechos cometidos en sus fronteras como para los

⁷⁰¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., pp. 154-155; TERUEL LOZANO, G.: “La libertad de expresión...”, cit., p. 34.

⁷⁰² El documento puede consultarse en https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf.

⁷⁰³ SERVÍN RODRÍGUEZ, C.A.: “La evolución del crimen de lesa humanidad en el Derecho Penal Internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, Año XLVII, n.º 139*, p. 217. Esta es, por otro lado, una referencia que la Decisión Marco de 2008 realiza en su artículo 1.1d).

⁷⁰⁴ El documento puede consultarse en https://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1851920/Convenio_IV_de_la_Haya_de_1907.pdf/816306c0-6008-4959-972b-c07d84ea51b1.

⁷⁰⁵ SERVÍN RODRÍGUEZ, C.A.: “La evolución...”, cit., pp. 218-220.

⁷⁰⁶ SERVÍN RODRÍGUEZ, C.A.: “La evolución...”, cit., p. 236.

⁷⁰⁷ España es uno de los firmantes del IV Convenio de La Haya.

cometidos en el extranjero. Tras esas dos fechas, los crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio habrán de ser, de manera prioritaria, solo aquellos en los que ha recaído sentencia condenatoria firme, pero también consideramos que se puede ampliar el elenco para incluir los no condenados siempre que se ofrezcan razones suficientes para ello en la sede judicial donde se enjuicie la posible comisión de un delito *ex* artículo 510.1c) CP. Con ello, queremos brindar una protección suficiente a colectivos especialmente marginados a lo largo de la historia, y que no siempre han obtenido el reconocimiento que se merecían precisamente por causa de su escaso acceso al poder⁷⁰⁸.

Una última cuestión sobre el artículo 510.1c) CP es el alcance que se le ha de dar al vocablo “autores”. La aproximación más conforme con la literalidad de la norma, que felizmente en este caso coincide con un entendimiento restrictivo, es la que propone GÓMEZ MARTÍN en términos de autoría (y coautoría) estricta, así como sus modalidades asimiladas de inducción y cooperación necesaria por mor de los artículos 28a) y 28b) CP. Los cómplices quedan fuera de la ecuación⁷⁰⁹ por cuanto, aunque cooperen con la ejecución, no pueden ser reputados como autores en su acepción penalmente descrita. La comparación con la alusión a “quienes hayan participado en su ejecución” *ex* artículo 510.2b) es un refuerzo argumentativo para una solución diferencial.

Examinado en su integridad el artículo 510.1, es el turno del 510.2, relacionado con el anterior, pero sin que podamos establecer una asimilación⁷¹⁰, a imagen y semejanza de lo que ocurría con el artículo 510.2 CP previo a la LO 1/2015 en relación con el 510.1. Sin embargo, la textualidad de los artículos antes y después de esa LO es completamente diferente, sin perjuicio de que se pueda entrever un mismo poso, especialmente en su primer apartado. Las espadas están por todo lo alto cuando se inicia un precepto como el artículo 510.2a) aludiendo a la dignidad como bien jurídico lesionado⁷¹¹ (ahora no nos detendremos en la cuestión del bien jurídico, que dejamos para un tratamiento unificado *ad infra*) en los siguientes términos: “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...” No proseguimos transcribiendo porque lo que sigue en esta primera sección del artículo 510.2 es una enumeración de los móviles *ex* artículo 510.1 CP, si bien de una entidad menor que justifica una pena inicial inferior⁷¹².

⁷⁰⁸ Además de por una cuestión teleológica, no podemos dejar de notar el argumento *a sensu contrario* a partir del artículo 1.4 de la Decisión Marco de 2008. España no se ha servido de esa restricción típica, por lo que no hay ningún motivo para que debamos sobrentenderla en la ley.

⁷⁰⁹ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., pp. 169-170; VVAA: *Manual pràctic...*, cit., p. 198.

⁷¹⁰ Por ello, no suscribimos el parecer de Landa Gorostiza, para quien el artículo 510.1 sería el faro para el resto del artículo 510 CP (vid. LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 72). Qué duda cabe de que se trata de la figura típica más emblemática del artículo 510, pero el artículo 510.2 CP dispone de unos lindes propios muy definidos, como a continuación veremos.

⁷¹¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., p. 158.

⁷¹² Esta diferencia penalidad se ha criticado por parte de la doctrina, que ve desproporción en la menor pena para un delito que requiere la lesión de un bien jurídico, mientras que las actividades tendenciales merecen una pena superior (vid. ALASTUEY DOBÓN, C.: *Discurso del odio...*, cit., p. 32). Por su parte, De Vicente Martínez se sitúa en la posición contraria,

El cambio, como se ve, respecto de la versión anterior, es drástico en la forma. Se suprime toda referencia a la injuria⁷¹³, se incorpora la dignidad en tanto que bien jurídico y se introduce la tríada de humillación, menosprecio o descrédito. A ello podemos sumar que la segunda sección del artículo 510.2a) se incorpora *in totum* la panoplia de conductas del artículo 510.1.c) en su segundo bloque, haciendo globalmente de él un tipo mucho más amplio⁷¹⁴. Apunta parte de la doctrina que, para colmar de contenido a esa tríada humillación-menosprecio-descrédito deberemos recurrir a los delitos contra el honor⁷¹⁵ porque es aquí esos vocablos han recibido un tratamiento profuso por nuestros Juzgados y Tribunales; de todos modos, esa misma doctrina pone el acento en que no deberá ser cualquier tipo de humillación, menosprecio o descrédito, sino únicamente la apta para conculcar la dignidad hasta el punto en el que se deshumanice al colectivo y se le prive de toda dignidad, siempre partiendo de la exigencia de publicidad⁷¹⁶. En caso contrario, podría reconducirse la conducta a los tipos comunes contra el honor⁷¹⁷, asumiendo que a ellos debería aplicárseles la agravante *ex* artículo 22.4º CP. Otros, en cambio, ven mayores similitudes con los delitos contra la integridad moral⁷¹⁸, mientras que otros ven una simbiosis entre ambos⁷¹⁹.

La peculiaridad del artículo 510.2a) es que integra también las conductas de facilitación y de cadena de difusión, en lugar de incorporarlas en un apartado independiente como sucede con el artículo 510.1b) CP. Otra peculiaridad, en este caso de mayor calado y sin justificación aparente, es que las acciones de la segunda parte del artículo 510.2a) requieren que con ellas se cause una *grave* humillación, menosprecio o descrédito, cuando en la primera mitad del precepto nada se nos dice al respecto sobre tal gravedad⁷²⁰. Podría pensarse en una aplicación de la *ultima ratio*⁷²¹, pero entonces no se explica por qué ese primer apartado no discurre por idénticos derroteros, si la segunda mitad no es sino tributaria de la primera en esos términos facilitadores y distribuidores. También se ha visto por parte de la doctrina la innecesaridad de que, en la segunda mitad del 510.2a), se exija móvil

que suscribimos, al considerar que de menor gravedad la conducta del artículo 510.2a) por faltarle el elemento del clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación (vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., p. 159-160; en idéntico sentido, GASCÓN CUENCA: A.: *El discurso del odio...*, cit., p. 200). El argumento definitivo lo vemos en que el artículo 510.2 equipara la pena con el artículo 510.1 CP si concurre la promoción o favorecimiento de tal clima.

⁷¹³ A pesar de ello, hay autores que siguen viendo esta figura muy cercana a las injurias, en este caso de carácter colectivo (vid. LAMARCA PÉREZ, C.: Tema 24. Delitos contra la Constitución, en LAMARCA PÉREZ, C. / ALONSO DE ESCAMILLA, A. / MESTRE DELGADO, E. / RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. (DIRS.): *Delitos. La parte especial del derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 955). Aunque no la encuadremos plenamente en los delitos contra el honor, sí que creemos que les asiste mayor razón a los que apelan en términos generales a esos delitos y no solo a la injuria.

⁷¹⁴ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 171.

⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 171; EL MISMO: “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, en MIRÓ LLINARES, F. (DIR.): *Cometer delitos...*, cit., p. 191; EL MISMO: “Incitación...”, cit., p. 15; VVAA: *Manual pràctic...*, cit., p. 198; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S.: “Hacia una interpretación restrictiva de la nueva regulación penal de la incitación al odio”, en MIRÓ LLINARES, F. (DIR.): *Cometer delitos...*, cit., p. 167.

⁷¹⁶ LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., pp. 85-86.

⁷¹⁷ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 171; LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., pp. 81-82 y 85.

⁷¹⁸ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., p. 157; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, cit., p. 715.

⁷¹⁹ ALASTUEY DOBÓN, C.: “Discurso de odio...”, cit., p. 32.

⁷²⁰ TERUEL LOZANO, G.: “La libertad de expresión...”, cit., p. 36; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., p. 159.

⁷²¹ Ello podría servir de contrapunto a quienes critican la asimilación penológica de las dos partes en las que se descompone el artículo 510.2a) y 510.2b), donde la gravedad exigida en la segunda mitad sería la clave de bóveda que justificaría esa igualdad en las penas.

discriminatorio alguno⁷²², conclusión que no creemos compatible con que el precepto sí mencione *in fine* “por razón de su pertenencia a los mismos”.

Acerca de la publicidad, nada tenemos que objetar, pero no podemos decir lo mismo tanto de la exigencia de especial o grave afectación a la dignidad como de la posible reconducción de conductas que no encajen en el tipo, y ello por los problemas exegético que ello presenta; conforme a nuestro leal saber y entender, son problemas interpretativos que consideramos poder ahorrarnos si enfatizamos la distinta dinámica tuitiva del artículo 510.2 en comparación con la del artículo 510.1 CP. Mientras que este responde bastante bien a la aplicación de criterios tendenciales, aquel parte de una lesión efectiva de un bien jurídico protegido como es la dignidad⁷²³. No estamos ante incitaciones, promociones o fomentos, lo que consiste en una protección adelantada del mañana, sino que nos encontramos ante protecciones del presente. Incluir dosis de lo que cabe esperar a futuro convierte al artículo 510.2 CP en un apéndice del inmediatamente anterior, y con ello desdibujamos sus elementos objetivos propios, en los que las hipotéticas consecuencias a corto o medio plazo solo son relevantes si se dan los requisitos del artículo 510.4 CP. Por otro lado, la necesidad de alcanzar el umbral de la deshumanización nos resulta excesiva porque no se compadece con las acciones de humillación, menosprecio o descrédito, que no vienen acompañadas expresamente de una exigencia de gravedad como si ocurre en otros puntos del artículo 510 CP y también en las conductas facilitadoras y de difusión *ex* artículo 510.2a); tampoco parecería compatible con la deshumanización una pena de seis meses a dos años.

Dicho lo anterior, la primera objeción exegética es que la particular lesividad de las conductas *ex* artículo 510.2a) CP solo lo es en su segundo bloque, es decir, en aquellas clonadas a partir del artículo 510.1c) CP, sin que se pueda entender que esa grave humillación afecte al primer bloque porque, de ser así, integrar el principio y el final del precepto daría lugar a este extraño resultado: “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 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, enfermedad o discapacidad... 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.” Una coordinación así es poco plausible.

⁷²² DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., p. 159.

⁷²³ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., p. 158.

Por otro lado, remitirse a artículos como el 205 (calumnias) o el 208 (injurias) también puede suponer algún contratiempo aplicativo. En lo tocante a las calumnias⁷²⁴, la pena prevista es exactamente idéntica a la del artículo 510.2a) CP (seis meses a dos años de prisión) si hubiera publicidad en la calumnia, aunque es cierto que hay una pena alternativa de multa que va de los doce a los veinticuatro meses. Como quiera que la gravedad en las calumnias viene determinada por la publicidad, mientras que en el 510.2a) CP no puede decirse lo mismo, reconducir a la calumnia aquella conducta con publicidad, pero no suficientemente grave, de ese precepto daría como resultado paradójico una potencial misma pena de prisión. Por demás, sería atípica la conducta no suficientemente grave en la que estuviera ausente el conocimiento de la falsedad o el temerario desprecio a la verdad, pero que por otro lado se preordenara a la humillación o el descrédito; la paradoja aquí sería que la atipicidad lo sería por elementos del injusto que no estaban en la formulación inicial del artículo 510.2a) CP, pero que sí se exigirían con base en su remisión al artículo 205.

Asimismo, si cupiera recurrir a las injurias, es de ver que tan solo las graves hechas con o sin publicidad son aquellas cuya tipicidad es compatible con el segundo párrafo del artículo 208 CP, lo que se confirma por los elementos objetivos del injusto *ex* artículo 209 CP, así que aquí no cabría la figura de la injuria leve. Nótese que ese artículo 208 CP, en este caso el párrafo primero, también habla de la conculcación de la dignidad, con lo que ello no sería un elemento diferencial respecto del artículo 510.2a) CP; en ambos casos se exige que haya una afectación a la dignidad, que algunos creen ha de ser grave para el 510.2a) CP, lo que cortocircuitaría cualquier aplicación subsidiaria del 208 y 209 CP. Se podrá argumentar que las injurias leves no están plenamente despenalizadas, pero ello solo lo es para el conjunto de sujetos pasivos designados expreso en el artículo 173.2 CP de acuerdo con el apartado 4 de este precepto, además de que en él no se protege la dignidad, sino la integridad moral.

El sujeto pasivo también plantearía disfuncionalidades cuando estemos ante humillación, menosprecio o descrédito proferido contra un grupo y no contra una persona por su pertenencia a aquel. Así como el artículo 510.2 CP admite una víctima colectiva⁷²⁵ – es más, se trata del primer sujeto pasivo que designa –, el artículo 208 CP claramente habla en términos de personas singularmente consideradas, sin aceptarse expresamente su carácter colectivo. Claro que podríamos ver en todo conglomerado humano una suma de individuos, pero si la conducta se refiere genéricamente a ese agregado de personas, pareciera retorcer en exceso aceptar la descomposición en tantas unidades como deseemos si

⁷²⁴ Por más que vocablos como humillación o menosprecio apunten casi exclusivamente a las injurias, no podemos desechar el potencial lesivo que tiene la falsa atribución de hechos delictivos en el marco de un descrédito generalizado contra un determinado grupo. No es excepcional que los sentimientos de animadversión se cultiven en el terreno de las elevadas tasas de delincuencia atribuidas a algunos colectivos, o de la desproporcionada representatividad en injustos tenidos por especialmente graves. Siempre resulta una estrategia más convincente, y más fácilmente presentable por recurrir a una supuesta objetividad, hablar de cifras.

⁷²⁵ Para Landa Gorostiza, tal apelación a un ente colectivo es la piedra de toque del precepto en clave de interpretación restrictiva, con los particulares como representantes del grupo al que se dirige el ataque (vid. LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 81). En análogo sentido, aunque crítico con la preponderancia del elemento grupal, vid. TERUEL LOZANO, G.: “La libertad de expresión...”, cit., p. 36.

ya hay un precepto – el 510.2 CP – previsto para ello. La solución de exigir la gravedad en este artículo conduciría, a nuestro entender, a una innecesaria atipicidad en estos supuestos.

Nuestra aproximación al artículo 510.2a) CP parte de que estamos ante un delito autónomo que aún algunos elementos objetivos de los delitos contra el honor (sobre todo las injurias) y de los delitos contra la integridad moral (especialmente, el artículo 173.1), y los cualifica por el empleo de móviles discriminatorios. Es por ello por lo que, si analizamos el marco penológico comparándolo con el artículo 173.1 CP, advertimos que la igualdad en la pena privativa de libertad trae causa de que un trato degradante o humillante que no menoscaba gravemente la integridad moral se agrava por esa motivación contraria al artículo 14 CE. Lo mismo acontece con las calumnias, que en su forma más lesiva acarrea alternativamente pena de prisión o multa, mientras que en las conductas difamatorias subsumibles en el 510.2a) CP acarrear pena cumulativa de prisión y multa. De nuevo, idéntica conclusión cabe de las injurias, donde el salto es todavía mayor pasando de una multa de seis a catorce meses a esa pena de prisión con multa del artículo 510.2a). En definitiva, el artículo 510.2a) CP sería, igual que el 510.1a), un *delictum sui generis* cuya génesis se puede explicar a partir de otros preceptos, pero cuya aplicación deviene autónoma.

Todo lo que suponga apartarse de esa singular naturaleza entraña desafíos teóricos y prácticos que nos parecen más fácilmente sorteables si lo vemos desde ese ángulo *sui generis*. Ello permite también explicar que haya una agravación de la pena en forma de pena superior en grado si, a los hechos cometidos conforme al artículo 510.2 CP, se les suma la alteración de la paz pública o la creación de un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo (artículo 510.4 CP). El artículo 510.2, al igual que el artículo 510.1, sería un tipo base sobre el que construir esa agravación, sin que esta se entendiera a su vez como la agravación de otra agravación, que sería cómo habría que interpretar el artículo 510.2 CP en el escenario planteado por parte de la doctrina.

Lo anterior no implica, en modo alguno, que la interpretación del artículo 510.2a) CP haya de permitir la punición de cualesquiera ofensas dirigidas contra una persona, una parte de un grupo o un grupo por ciertos móviles discriminatorios. Hemos comprobado que la jurisprudencia del TEDH ha repetido hasta la saciedad que el discurso ofensivo, molesto y chocante ha de permitirse en una sociedad donde la libertad de expresión es un derecho esencial, por lo que no existe un derecho a no ser ofendido⁷²⁶. Es cierto que ni la humillación, ni el menosprecio ni el descrédito forman parte de la Directiva Marco 2008⁷²⁷, pero no por ello su redacción es menos afortunada que si se hubiera elegido, por ejemplo, el término insultante, que a buen seguro hubiera provocado airadas críticas de la doctrina. Lo que recoge

⁷²⁶ DE PABLO SERRANO, A.L.: “En defensa de la tipificación penal del discurso difamatorio contra colectivos vulnerables”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Entre la libertad de expresión...*, cit., p. 69.

⁷²⁷ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, cit., p. 745.

el artículo 510.2a) ha de ser a la fuerza, pues, un estadio intermedio entre la ofensa y la grave humillación, menosprecio o descrédito, gravedad que solo se predica de las acciones de facilitación o difusión. Dado que ese precepto contempla tanto una vertiente de honor y otra de integridad moral, podemos atribuir la humillación y el menosprecio a lo último, en tanto que el descrédito a lo primero; en cualquier caso, hablar de humillación, menosprecio y descrédito lleva consigo una carga esencial de gravedad⁷²⁸ que no es preciso agravar para el tipo básico.

Precisamente este precepto puede servir a modo de atenuación de los rigores del todo o nada que cabría predicar del artículo 510.1 CP, y ALASTUEY DOBÓN ha señalado que se trata “de un delito que presenta menos problemas de legitimación que los demás, y al que probablemente podrían reconducirse la mayoría de las conductas negacionistas o caracterizadas como discurso del odio”⁷²⁹. Señala, y con razón, DE PABLO SERRANO que el artículo 510.2 CP ha recibido mucha menor atención que el artículo 510.1, sobre todo su letra a)⁷³⁰, y es una lástima que así sea porque hemos comprobado que para aquel precepto disponemos de herramientas exegéticas más consolidadas gracias a la experiencia con los delitos contra el honor y contra la integridad moral. No se trata, por supuesto, de que el artículo 510.2 CP sirva como cajón de sastre para todo lo que no encaje en el artículo 510.1, y habrá conductas que no se subsuman en ninguno de los dos, pero sí que se trata de no ser maximalistas.

No consideramos, sin embargo, que el carácter restrictivo del artículo 510.2a), ni en general de ningún precepto enmarcado en el delito o discurso de odio, deba venir por el flanco de la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo por su integración en grupos históricamente desfavorecidos⁷³¹. Centrándonos ahora solo en la distinción entre el modelo de hostilidad y el de selección discriminatoria⁷³², no es un hiato lo suficientemente pronunciado como para fundar un canon hermenéutico para el artículo 510.2a) CP, y es que la elección (o selección) se realiza por un idéntico móvil discriminatorio. Lo que en la agravante genérica se funde con la acción que da origen al delito base, en preceptos como este se trata de la acción en sí, que en este caso es lesiva *per se* de los bienes jurídicos que la norma protege.

En cuanto al artículo 510.2b), se trataría de una adaptación del artículo 510.1c), pero con una proyección sobre delitos más amplios que los solos del 510.1c) como luego veremos, exhibiendo solo dos conductas típicas, a saber, el enaltecimiento y la justificación, y sin exigir publicidad a juicio de

⁷²⁸ Vid. el FJ 5º, letra c), párrafos tercero y cuarto de la STC n.º 56/2019, de 6 de mayo.

⁷²⁹ ALASTUEY DOBÓN, C.: “Discurso del odio...”, cit., p. 32.

⁷³⁰ DE PABLO SERRANO, A.L.: “En defensa...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Entre la libertad de expresión...*, cit., p. 68.

⁷³¹ Ibid., pp. 92-97 y 100.

⁷³² Ibid., pp. 91-92. Sobre el texto de la OSCE que sirva de base a esa clasificación, vid.: <https://www.osce.org/odihr/36426>.

TERUEL LOZANO⁷³³, afirmación que no compartimos porque esa publicidad es consustancial al tipo. No se incluye la negación ni la trivialización, seguramente porque tampoco se exige la creación de ese clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación al que compele el artículo 510.1c); tras la STC n.º 235/2007, seguramente no hubiera pasado el filtro de constitucionalidad mantener la negación y la mera trivialización con esos mimbres, especialmente si se contempla una pena privativa de libertad⁷³⁴. Otra divergencia, apuntada brevemente al hablar del artículo 510.1c), es que no se habla de enaltecer el delito y a sus *autores* sino a quienes hayan *participado en la ejecución* del delito. Si en sede del 510.1c) decíamos que solo cabían el autor y el cooperador necesario, en buena lid no podemos decir aquí lo mismo y los cómplices habrán de engrosar las filas de esos partícipes por cooperar con la ejecución según el artículo 29 CP.

LANDA GOROSTIZA advierte que el artículo 510.2b) CP no excluye el enaltecimiento o justificación de los delitos – así como sus autores – que integran el artículo 510.1c), por lo que surgen zonas de posible confluencia entre ambos preceptos. Su propuesta, dado que las penas son distintas, es que sirvan como graduaciones de la respuesta penal en función de la gravedad, que esencialmente se reconduce a su potencial incitador, reconociendo de antemano la obra de orfebrería jurídica en la que consiste ese deslinde⁷³⁵. Nuestra reflexión sobre ello es que como sigue. El artículo 510.2b) solo permite hablar en su primer párrafo de los delitos *ex* artículo 510.1c), sin que quepa en el segundo párrafo por dos razones. La primera, el principio de vigencia, por cuanto convertiríamos el artículo 510.1c) en un páramo al solo castigar su contenido material si se dan las condiciones de otro precepto. La segunda, porque se daría la irresoluble contradicción de incorporar inexplicablemente la figura del cómplice que se excluye en este último precepto y llegar al mismo resultado penológico que el del artículo 510.1c); si quisiéramos también incluir esos delitos del artículo 510.1c) en el párrafo segundo del 510.2b), tendríamos que reformular las consideraciones sobre la autoría, escenario que nos resulta incompatible con el principio de legalidad y con una interpretación sistemática.

Para evitar estas tensiones hermenéuticas, es tentador excluir en el artículo 510.2b) los delitos del artículo 510.1c), pero nos damos de bruces en este caso con la proporcionalidad, y casi diríamos que con el sentido común. Sería atípico justificar o enaltecer esos ilícitos si no se favorece un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación, y sería típico ese mismo enaltecimiento o justificación si

⁷³³ TERUEL LOZANO, G.: “La libertad de expresión...”, cit., p. 37. Para este jurista, es necesario que el mensaje se haga llegar a varias personas, pero no es imprescindible que sea públicamente. Este razonamiento no nos resulta convincente porque la publicidad no requiere un auditorio multitudinario, sino una alteridad suficiente que nos permite hablar ya de esa publicidad.

⁷³⁴ Para De Vicente Martínez, incluso así es dudosa su constitucionalidad porque no se exige ni incitación directa a la comisión de delitos, ni idoneidad alguna para crear un clima de hostilidad (vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., p. 165). Sorprende que la jurista exija aquí al menos uno de esos elementos objetivos del tipo cuando no hace lo propio con el artículo 510.2a), tal y como vimos unas páginas antes. Por otro lado, De Vicente Martínez se suma al argumento de Portilla Contreras según el que este precepto no exige el elemento subjetivo de los delitos discriminatorios (vid. PORTILLA CONTRERAS, G.: “La represión penal...”, en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.): *Comentarios a la reforma...*, cit., p. 749), cuestión que nos parece dudosa porque el enaltecimiento o justificación ha de serlo por delitos cometidos por esos móviles discriminatorios, lo que acarrearía la concurrencia de ese móvil en el sujeto justificador o enaltecedor.

⁷³⁵ LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 84.

versa sobre delitos cuya gravedad es menor si consideramos que estamos hablando de delitos cometidos por razones especialmente repudiadas por el ordenamiento jurídico, y sin que sea necesario que concurra ese clima. Subsiste, no obstante, una contradicción para la que no hay respuesta con estos mimbres en la mano: enaltecer o justificar a los cómplices es típico cuando no hablamos de los delitos del artículo 510.1c), pero es atípico si hablamos de esos delitos.

Todavía en sede de qué delitos – y sus ejecutores – son aquellos que hay que enaltecer o justificar, se ha planteado que sean solo los cometidos por razones discriminatorias, racistas, xenófobas y análogas⁷³⁶, así como que se trate de delitos sobre los que haya recaído sentencia firme⁷³⁷. Reiteramos íntegramente la visión sustantiva o material expuesta para el artículo 510.1c) CP, y creemos que es la única respetuosa con el artículo 510.2b)⁷³⁸, pero tenemos más dudas para la cuestión formal o procesal. *Prima facie* cabría pensar que la interpretación más adecuada es esta desde una óptica de interpretación restrictiva, pero planea el contrargumento de la consagración de una desprotección inicial hacia los colectivos afectados, sobre todo cuando estos son grupos vulnerables.

Estadísticamente, en la mayoría de los casos se justificarán o enaltecerán delitos cometidos contra colectivos sin apenas poder actual, lo que a su vez traerá causa de un *continuum* histórico, por lo que no es descabellado que esos delitos justificados o enaltecidos nunca llegaran a ser enjuiciados o, de serlo, acabaran en condenas por delitos menores completamente desconectados del móvil discriminatorio. Hemos visto cómo el TEDH ha resuelto casos en los que, en nuestros tiempos, se ha dado carpetazo a casos de discriminación flagrante solo porque sus víctimas son irrelevantes, o que se han impuesto condenas irrisorias tras investigaciones mero-decorativas, así que podemos formarnos una idea de cómo sería la situación unos cuantos años atrás o en nuestros días, pero en latitudes donde la lucha contra el fenómeno discriminatorio es cuestionable. Por lo tanto, reducir el espectro de delitos a solo los que han merecido sentencia condenatoria firme nos resulta demasiado cercano a dejar en manos de una de las partes el cumplimiento de los presupuestos objetivos del injusto, y a cristalizar posiciones de dominio pretéritas que sirven de base para idénticas o similares posiciones actuales. Otro tanto cupiera decir de los hechos que prescriben porque sus presuntos autores se encuentran en ignoto paradero o porque han encontrado cobijo en terceros países sin que se les extradite.

No desconocemos que la flexibilidad con la que operamos es fuente de desasosiego por relativizar la importancia de la taxatividad o predictibilidad del sistema en su conjunto, pero creemos que es irrenunciable tener una mirada más amplia y no frustrar el campo de la acción de la norma cuando más

⁷³⁶ Ibid., p. 85; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., p. 166.

⁷³⁷ LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 85.

⁷³⁸ En contra, ALASTUEY DOBÓN, C.: “Discurso del odio...”, cit., p. 33. Para esta jurista, es un “despropósito” una proyección tal porque la considera demasiado amplia al ser el elenco de delitos demasiado diversa. A nuestro entender, esa diversidad no es tan acusada, ya que lo importante es el móvil discriminatorio reconducible a la agravante genérica o a los móviles discriminatorios insertados en tipos concretos.

precisamos de sus frutos. Tampoco se trata de afectar subrepticamente a la cosa juzgada en su sentido material, y por supuesto menos todavía en su faceta formal, sino de considerar cómo el sujeto encartado se vale de un caso supuestamente anodino desde la óptica discriminatoria para fines que son claramente discriminatorios, y a partir de aquí analizar los entresijos de ese caso con la mira puesta en esa teleología tuitiva.

Por último, nos detendremos en las consecuencias jurídicas aparejadas a estos delitos de acuerdo con los artículos 510.5 y 510.6 CP, párrafo segundo. Sobre aquel precepto, impone⁷³⁹ (única manera de entender “en todos los casos”) “la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre”, cuya duración se fija a partir de sumar entre tres y diez años a la duración de la pena privativa de libertad; su determinación concreta dependerá de factores como “la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurren en el delincuente”. Vayamos por partes debido a que en poco espacio se condensa, según lo percibimos, una profunda problemática jurídica que algunos no tienen reparos en calificar de censura⁷⁴⁰; no llegaremos tan lejos en nuestro análisis, pero no será porque la ley no deje razonable espacio para ese calificativo o, cuanto menos, para la crítica.

Lo primero es analizar en qué actividades se concreta esa interdicción laboral. Su carácter abiertamente sobreinclusivo es a duras penas salvable, por cuanto se incluyen ocupaciones cuya vinculación con las conductas proscritas no es en modo alguno necesaria. Puede llegar a compartirse, según se resolvió en *Ross*, que pueda alejarse temporalmente de las aulas a quien haya incitado a la discriminación o a la violencia contra un determinado colectivo, o incluso a quien haya denigrado con sus comentarios a tal o cual grupo, pero resulta excesivo cubrir todo el espectro educativo. Es preciso distinguir entre funciones docentes y no docentes, pudiendo permitir que se mantenga un cierto vínculo con este ámbito si es aquel con el que el sujeto activo se gana el pan; es posible conjugar todos los intereses en liza sin poner en jaque el sustento de nadie, por más que su conducta merezca reproche y sanción penal. Algunos critican esta previsión desde el ángulo de la libertad de cátedra⁷⁴¹, pero dudamos de que este reproche prospere en la medida en la que entendemos que el reproche deberían formularlo al tipo y no a sus consecuencias jurídicas, ya que conceptualmente no deja de tener sentido que durante un cierto tiempo se impida impartir docencia a quien puede haberse valido o pueda valerse de ese altavoz.

⁷³⁹ LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Los delitos...*, cit., p. 88.

⁷⁴⁰ PORTILLA CONTRERAS, G.: “Lección 10ª...”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.) / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. / VENTURA PÜSCHEL, A. (COORDS.): *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 410.

⁷⁴¹ TAPIA BALLESTEROS, P.: “El discurso de odio...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Entre la libertad de expresión...*, cit., p. 58, con referencias en la nota 105 a Landa Gorostiza y Portilla Contreras.

Junto con eso, la proscripción de empleos deportivos es sobreinclusiva casi en su integridad porque, si bien pudiera considerarse que con esas labores puede influirse negativamente en la infancia y la juventud⁷⁴² (artículo 20.4 CE a nivel nacional, y la Convención de los Derechos del Niño⁷⁴³), es más que evidente la existencia de una retahíla de trabajos en el sector del deporte desconectados de zonas de riesgo para la perpetuación de ciertos mensajes. Piénsese en un entrenador personal, cuyo público no estará constituido principalmente por personas cuyas franjas de edad no encajen ni en la infancia ni en la juventud; piénsese, y este ejemplo es todavía más rotundo, en quien se quiere dedicar al deporte de alta competición sin instruir a nadie. Y qué decir de las actividades de tiempo libre. Es tan omnímodo el precepto que se sustrae a la taxatividad dando rienda suelta a la creatividad de los operadores jurídicos.

Si el ámbito objetivo es altamente cuestionable, su aspecto temporal es directamente insostenible: es posible prohibir una actividad profesional durante dieciséis años si se suman diez años a la pena superior en grado del artículo 510.4 CP, y en el mejor de los casos el suelo es de cuatro años. Ciertamente cabría un mejor escenario todavía, que sería aquel en el que la pena principal pudiera suspenderse conforme al artículo 80 CP, y que en este caso comportaría la suspensión de la pena de inhabilitación al ser accesoria⁷⁴⁴. En cualquier caso, incluso el suelo sería de una considerable duración, lo que suscita dudas de constitucionalidad a la luz del pronunciamiento del TEDH en *Stomakhin*, sobre todo si uno de los factores para determinar el lapso es “las circunstancias que concurran en el delincuente”, expresión que puede servir de paraguas para emplear veladamente criterios estrictamente atinentes a la personalidad *peligrosa* del reo.

En último lugar, el artículo 510.6 CP incurre en sobreinclusión parcial cuando contempla el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación de portales de acceso a internet o servicios de la sociedad de la información, siempre que difundan exclusiva o preponderantemente contenidos prohibidos conforme a los artículos 510.1 y 510.2 CP. Cuando nos hallemos ante la exclusividad, nada tendremos que objetar porque la instrumentalización de una plataforma para esos fines parecerá clara y su condición de vocero de esos mensajes puede granjearle el cierre, pero discrepamos de que esta haya de ser la solución también cuando haya preponderancia de contenidos de tal calado. La proporcionalidad invita, a nuestro entender, a no tomar tan drástica decisión por un vector cuantitativo que solo significa el mayor peso de una cosa sobre otra⁷⁴⁵, esto es, la mayoría simple de los presentes. Nos remitimos

⁷⁴² TAMARIT SUMALLA, J.M.: “Capítulo IV...”, en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.) / MORALES PRATS, F. (COORD.): *Comentarios...*, cit., p. 1661, ensañándose virulentamente con la previsión sobre la destrucción de toda clase de soporte material del delito, que considera “el mayor ataque a la libertad de expresión desde el franquismo” (ibid., p. 411); DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., p. 169.

⁷⁴³ Resolución 44/25, aprobada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de la ONU.

⁷⁴⁴ Vid. el Auto dictado por el TC el 17 de junio de 2020 en el marco del recurso de amparo n.º 1638/2020. En el segundo párrafo de su FJ 5º, se reafirma la doctrina constitucional sobre que las penas accesorias han de seguir la misma suerte que las principales a los efectos suspensivos.

⁷⁴⁵ Real Academia Española (s.f.). Preponderancia. En *Diccionario de la Lengua Española*. Recuperado el 18 de octubre de 2024 en <https://dle.rae.es/preponderancia>.

íntegramente nuestro comentario a la STC n.º 83/2023 porque *ratione materiae* lo allí dicho es plenamente extrapolable aquí.

c) Consideraciones comunes: bien jurídico y sujeto pasivo

Al hablar sobre la igualdad, discriminación y dignidad, hemos tenido ocasión de ver la importancia que la doctrina confiere tanto al bien jurídico de igualdad, no discriminación y dignidad⁷⁴⁶. Habrá especialidades por preceptos, de tal suerte que esa dignidad será más visible en el artículo 510.2 que en el artículo 510.1 CP, pero ambos bienes jurídicos se entrelazan con facilidad y frecuencia en el artículo 510 CP. Es el momento de ofrecer nuestra perspectiva sobre si ello es así, debiera ser así y, en caso contrario, cómo creemos que debería ser en caso de discrepar total o parcialmente del entendimiento mayoritario. Luego pasaremos a la cuestión del sujeto pasivo, que en cierto modo bebe de esta primera aproximación.

La naturaleza antidiscriminatoria del artículo 510 CP nos parece fuera de toda duda, así como nos lo parecía la agravante genérica del artículo 22.4º CP. El centro de gravedad alrededor del que orbitan las diferentes conductas proscritas es la lucha contra el fenómeno discriminatorio en términos de victimización por una serie de razones especialmente repudiadas por el ordenamiento jurídico; incluso aquellas propuestas como la de LANDA GOROSTIZA precisan de una concreción del sujeto pasivo por detentar alguno de esos rasgos, y de ahí que consideremos que, en última instancia, esa seguridad colectiva se funde con el bien jurídico de la no discriminación hasta el punto de constituir una unidad al igual que sucedía con el artículo 22.4º CP. Por ello, la coherencia con lo dicho en materia de agravante genérica nos empuja a sostener que no hay aquí mayor dosis de culpabilidad, sino que nos moveremos siempre en el elemento objetivo del injusto.

El bien jurídico de la no discriminación (que no de la igualdad y la no discriminación, binomio innecesario porque la primera no entra aquí en acción) a veces se erigirá como *el* bien jurídico, pero no siempre será así y habrá ocasiones en las que será *uno de los* bienes jurídicos. El artículo 510.1a) exige una promoción, fomento o incitación al odio, la discriminación, la hostilidad o la violencia por razones discriminatorias, con lo que aquí se dan la mano el bien jurídico de la discriminación y el de la seguridad colectiva de ciertos grupos, o si se prefiere, hay un bien jurídico consistente en esa seguridad colectiva determinada por características grupales. Salvo en el caso de la estricta llamada a la discriminación, la discriminación *per se* no será criterio suficiente, y de ahí que se trate de un delito de peligro abstracto porque la infracción del artículo 14 CE será necesaria, pero no suficiente. En el caso de la apelación exclusiva a la discriminación, nos encontraremos con un supuesto residual (solo

⁷⁴⁶ En aras de la necesaria economía textual, nos remitimos íntegramente a las notas 5 y 6 del capítulo precedente. No es ocioso recordar la posición que defiende Landa Gorostiza, que da un mayor realce a las condiciones de seguridad colectiva de los grupos afectados por la conducta del sujeto activo.

se aplicará cuando no se promueva, fomenta o incite el odio, la hostilidad o la violencia) en el que el bien jurídico es uno solo, pero con una doble exigencia temporal: discriminar en el ahora con el criterio selectivo y pretender que esa sea la tónica en el mañana, y de ahí que nos sigamos moviendo en el plano del peligro abstracto.

Respecto del artículo 510.1c), la solución es análoga en materia de bien jurídico por exigir una intersección entre un móvil discriminatorio y una amenaza contra la seguridad de un colectivo. En este precepto, esa amenaza no solo pasa por trasladarse a un futuro donde podrían ocurrir crímenes de esa gravedad, sino que es una actualización del proceso de victimización al dar pábulo y elevar a los altares lo ocurrido en el pasado, que no siempre será remoto. Es por ello por lo que la seguridad colectiva como bien jurídico está aquí a flor de piel por el recuerdo que se trae al presente en términos apoloéticos *lato sensu*.

Hemos visto en el capítulo anterior que la discriminación admite un sentido contrapuesto antidiscriminatorio y otro antisubordinatorio, y resulta de la máxima relevancia que nos preguntemos cuál de los dos es el anudado al bien jurídico en liza. A nivel de estricta legalidad, huelga decir que no encontraremos la respuesta, por lo que es procedente recurrir a los principios rectores del *ius puniendi* dimanantes del artículo 9.3 y 25 CE, que maridan bien con los consabidos de *ultima ratio* y subsidiariedad, así como con el espacio que necesitan derechos como la libertad de expresión. De ello obtenemos que es radicalmente incompatible abrazar la lógica antisubordinatoria porque su resultado sería una criminalización prácticamente completa de cualquier interacción entre sujetos de colectivos no vulnerables y sujetos de colectivos vulnerables, máxime si consideramos que el fomento, promoción o incitación pueden ser indirectos. Partir de una situación de discriminación estructural cuya solución pasa por articular medidas compensatorias en todos los ámbitos donde esa discriminación se produce equivaldría a tener que actuar en casi todos los ámbitos, en tanto que la sistematicidad está forzosamente por doquier. Las medidas compensatorias pueden articularse mediante otras ramas del ordenamiento jurídico, pero no a costa de penas privativas de libertad por actos donde el móvil discriminatorio sería más una presunción *iuris et de iure* que un elemento objetivo sobre el que se ha de proyectar el subjetivo.

Acerca de la dignidad como bien jurídico, especialmente a la luz de la dicción del artículo 510.2 CP, hemos de manifestar nuestra reticencia a emplearla de manera estricta y conforme a su sentido *ex* artículo 10.1 CE. Hemos visto en el capítulo precedente cuán elevada es la posición que ocupa dicha dignidad en nuestro ordenamiento jurídico, y una interpretación conjunta con la jurisprudencia del TEDH torna esa posición en todavía más primordial. No hemos negado que se pueda conculcar la dignidad, pero ello ocurrirá normalmente cuando se conculque algún derecho que sea su proyección directa; solo en casos excepcionalísimos podremos llegar a tocar directamente la dignidad como para

infringirla sin que sea preciso estar y pasar por esos derechos que la concretan. En el caso que nos ocupa, no consideramos coherente sostener la dignidad como bien jurídico y asignarle una pena de seis meses a dos años de prisión, o en el supuesto más agravado, de hasta cuatro años de prisión y de doce meses de multa. Tampoco advertimos esa coherencia en que la dignidad como fundamento de nuestro orden político y de la paz social se infrinja por la humillación, el menosprecio o el descrédito.

A resultas de lo anterior, proponemos una lectura de la dignidad de acuerdo con el artículo 208 CP, esto es, como sinónimo de fama o propia estima, y que solo a partir de la vulneración de esta se alcance en cierto modo la dignidad *stricto sensu*⁷⁴⁷. En tanto que personas, tenemos una determinada fama o reputación social – o nos esforzamos en mayor o menor medida por tenerla, aunque a veces sea una tentativa inidónea –, es decir, tenemos una manera de comportarnos en sociedad que genera en los demás una opinión sobre que desempeñamos ese papel, lo que puede asimilarse por espiritualización contemporánea con la idea de *dignitas* como cargo. Por ello, es perfectamente admisible que los demás enjuicien esa dignidad de un modo más o menos acorde con nuestras expectativas. Hasta aquí, todo queda cubierto por el espacio propio de la libertad de expresión en tanto que no podemos impedir al resto del mundo que se abstenga de exponer sus puntos de vista sobre un aspecto relacional. No obstante, cuando se apagan los focos de la libre expresión y se encienden los de la humillación, menosprecio o descrédito, se activa la respuesta penal del artículo 173, del artículo 205 o del 208, en función de si hablamos de una cuestión más interna (la integridad moral o la propia fama) o de una más externa (la reputación social).

En sede de bien jurídico es donde se revela con mayor necesidad prescindir del concepto de odio en el plano de la legalidad, ya que pudiera parecer que lo que protege el tipo es el amor de acuerdo con la ya clásica contraposición formulada por Empédocles de Agrigento. Para él, que como buen presocrático se preocupaba por definir el *ἀρχή* (*arjé*) o elemento cósmico primordial, los cuatro elementos primitivos (fuego, aire, tierra y agua) se mezclaban gracias a la concurrencia alternativa de las dos fuerzas cósmicas: el amor y el odio⁷⁴⁸. Más allá de lo loable que es promover una suerte de amor planetario que trascienda las barreras de la raza, la etnia, la religión, el sexo..., no parece que se vaya a imponer sentimiento sincero alguno si lo que le queda al díscolo es estar y pasar por un procedimiento penal.

Una vez hemos llegado a ese territorio, entra en juego el artículo 510.2 si el sujeto pasivo no es *común*, sino que es específico por singularizarse con base en causas discriminatorias; no solo acontece ello en su letra a), sino en su letra b) por ser la actualización de esa humillación y escarnio. La dignidad es, en

⁷⁴⁷ Vid. el FJ 4º, párrafo quinto, de la STC n.º 56/2019, de 6 de mayo, en la que se conecta el artículo 15 CE con la dignidad ex artículo 10.1 CE. A este respecto, CORREA CARRASCO, M.: “El concepto de acoso moral en el trabajo en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, agosto-septiembre 2019, pp. 166-167.

⁷⁴⁸ BERNABÉ PAJARES, A. (TRAD.): *Fragmentos presocráticos. De Tales a Demócrito*, Alianza Editorial, Madrid, 2008, p. 186.

este contexto, sinónimo de esa fama e integridad moral. Si se entendiera de otro modo, estaríamos ante la peculiar situación en la que se protegería más – por vía de una mayor punición – un derecho fundamental (la no discriminación) que uno de los fundamentos de ese derecho (la dignidad), y solo podríamos equiparar puniciones si la afectación a esta última fuera grave, lo que se compadece mal con esa prelación.

Sobre el sujeto pasivo, la indiferenciación en el contenido discriminatorio es la única posibilidad que creemos compatible con nuestra visión del artículo 14 CE y que ya hemos expresado al hablar de temas como la violencia de género. La ausencia de una protección alternativa para los colectivos no vulnerables es patente desde el mismo momento en el que estamos ante un *delictum sui generis* que no tiene parangón en otros preceptos del CP, lo que hemos visto que se ha destacado sin cesar por la doctrina y que, precisamente, está en la base de considerarlo algunos un ejemplo del Derecho Penal del autor (sobre ello hablaremos tras haber completado el panorama del discurso de odio con la jurisprudencia). A diferencia de lo que ocurre con la violencia de género, donde sí que existe una tuición pareja para los hombres, aquí no se encuentra tal mínima correspondencia en los sujetos pasivos que se mantendrían al margen del artículo 510 CP. Por ello, sostenemos la inconstitucionalidad de cualquier interpretación de ese artículo que discrimine dentro de los móviles discriminatorios en función de categorías vetadas a tal fin.

Se nos podría objetar que la conducta del artículo 510.2a) sí que guarda cierta relación con tipos comunes como el 173, el 205 o el 208, y que ahí es donde tendríamos nuestra protección análoga. No sería, sin embargo, aceptable para nosotros este razonamiento porque ninguno de esos tipos protege específicamente a los colectivos no vulnerables, de tal suerte que también cubren objetivamente a los colectivos vulnerables si no se dirige contra ellos ataque alguno por razón de pertenecer a tales contingentes humanos. La única posibilidad sería admitir que los delitos de esos tres últimos preceptos admiten la agravante genérica del artículo 22.4º CP, pero ello sería como salir de la sartén para caer en las brasas, ya que obligaría a aplicar solo parcialmente la agravante para evitar que se convierta en una duplicidad – para los colectivos vulnerables – del artículo 510.2a). Por demás, ello no cubriría en ninguna circunstancia el artículo 510.2b).

Todo lo que exponemos no rema en contra de que, con la jurisprudencia del TEDH en mano, se haya de poner un especial celo en la persecución de actos que atenten contra los grupos más desprotegidos. La necesidad de ser cuidadosos con extender efectivamente el manto tuitivo de nuestro sistema jurídico responde a cuestiones de forma más que de fondo, y no empece lo más mínimo para reprochar y sancionar las conductas discriminatorias dirigidas hacia colectivos menos desfavorecidos. Ello permitirá también una graduación en la que las investigaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado habrá de mostrar especial atención a no ignorar móviles discriminatorios que puedan

enmascararse bajo actuaciones *prima facie* inocuas. Lo que no podemos compartir es una consecuencia, extrema para nosotros, que lleve al máximo esta protección hasta el punto de ser innecesariamente excluyente, sin que alberguemos duda alguna de que hay la misma dosis de injusto en unos y otros casos.

Esa caracterización de los rasgos que ha de reunir el sujeto pasivo es la única que nos parece compatible con la necesaria obliteración del principio antidiscriminatorio en el ámbito penal. Quienes se postulan a favor de una reducción del ámbito subjetivo de las víctimas lo hacen con base en una interpretación restrictiva del tipo, pero no somos capaces de ver tal restricción cuando, cuantitativamente, esa propuesta apenas minimiza el caudal de condenas y, a nuestro juicio, corre el riesgo de incrementarlas por el foco en colectivos tradicionalmente preteridos. Si se trata de atender solo a estos grupos, no puede ser sino porque se busca un tratamiento diferenciado – en términos positivos – que compense su desigualdad en comparación con otros agregados de personas; tal conclusión nos parece tan lógica siguiendo esos postulados como abocada a una configuración antisubordinatoria que devora cualquier intento de acotar el espacio en el que se mueven los tipos estudiados.

Discurrir por otros derroteros supondría, a nuestro entender, incorporar un elemento objetivo ajeno al artículo 14 CE y al tipo, obligando asimismo a dotar de significado a un concepto jurídico indeterminado como es el de “grupo vulnerable” o expresiones análogas. Con la mejor de las intenciones damos entrada a una mayor incertidumbre, que se suma a una retahíla de sustantivos, verbos y adverbios cuya recta comprensión práctica es ya de por sí un desafío; al menos, para fomentar, promover, incitar, hostilidad, odio, discriminación, violencia y demás vocablos tenemos definiciones y, en algunos casos, criterios exegéticos de otros tipos. En cambio, las minorías vulnerables, los grupos especialmente desfavorecidos y otros sintagmas semejantes son más bien conceptos sociológicos, antropológicos, políticos, cuya existencia es tan cierta como complicada de aprehender para el lenguaje jurídico, y todavía más para el penal. Nada tenemos en contra de la inserción de este tipo de conceptos en el discurso jurídico, pero si el texto de la ley no los contiene, ha de haber poderosas razones para añadirlos, y aquí no las vemos.

Más allá del reino teórico, recurrir a grupos vulnerables como los únicos sujetos pasivos entraña también órdenes en el práctico. La primera, que a buen seguro tendríamos pronunciamientos dispares a lo largo y ancho de nuestra geografía sobre algo que es binomial, esto es, o se es un grupo vulnerable o no se es, por lo que sería arduo de digerir que tal calificativo dependiera del Juzgado o Tribunal que conociera del caso concreto. Es perfectamente viable que esa vulnerabilidad pueda variar en función del territorio, pero no porque se exhiban criterios diferentes que nada tengan que ver con variables como esa. Los delitos de odio *lato sensu* son una materia presta para generar una elevada dosis de

discrepancia, pero es mucho más comprensible que ello sea así por la singularidad de cada caso a partir de la interpretación de verbos como fomentar o de la gravedad que entrañe cierta conducta, sin que nos parezca aconsejable que ello se traslade a una parte en la que no debiera haber divergencia, salvo por razones muy justificadas. A fin de cuentas, la vulnerabilidad debiera ser una cuestión más fáctica que puramente valorativa porque se basaría en la continuidad de una historia de sometimiento.

El segundo desafío es de orden temporal. No nos referimos a cuándo se pierde o se adquiere la condición de vulnerabilidad, aspecto que sería una de las caras del escollo del párrafo anterior, sino que aludimos a las consecuencias que tendría la pérdida de esa condición para aquel penado cuya condena sigue vigente. Si en pronunciamientos del TEDH como *Del Río Prada c. España*, de 21 de octubre de 2013, se admite – aunque con cautelas y reservas varias⁷⁴⁹ – la retroactividad jurisprudencial *in peius*, a *fortiori* se admitirá la que sea *in bonam partem*. La pregunta es, pues, si cabe la excarcelación, remisión de consecuencias jurídicas (piénsese en el lapso durante el que se puede prolongar la inhabilitación para ciertas profesiones) o la revocación de una condena suspendida por un cambio jurisprudencial del TS que declara que un cierto grupo ya no es vulnerable a los efectos del artículo 510 CP. Y ello nos lleva en parte a lo dicho en párrafo anterior, a saber, si corresponde a los Juzgados y Tribunales determinar tal cosa cuando, recordemos, no responde al principio de legalidad y taxatividad, haciendo depender la protección de grupos enteros solo de que en un momento determinado el TS dicte una serie de sentencias que declaren la existencia o no de tal nota.

Se ha dicho – y con razón, a nuestro entender – que en la configuración del discurso del odio ha jugado un papel crucial el proceso de multiculturalización moderno⁷⁵⁰ sufrido especialmente por los países europeos, donde los flujos inmigratorios de las últimas décadas han traído consigo una diversidad étnica, racial, religiosa y cultural sin parangón en nuestra historia reciente. Ese fenómeno sería de tipo poliétnico⁷⁵¹ o multicultural⁷⁵² en lugar de multinacional porque no se trata de que un Estado absorba otras realidades nacionales geográficamente localizadas como sucedió con las poblaciones autóctonas estadounidense y canadiense, sino que hablamos de procesos migratorios donde Europa (en este caso concreto) recibe a contingentes de orígenes variopintos que no necesariamente se agrupan territorialmente al asentarse⁷⁵³. Además, se da la circunstancia de que muchos de estos contingentes son portadores de una cultura⁷⁵⁴ *distante y distinta* del país de destino,

⁷⁴⁹ Vid. párrafo 125.

⁷⁵⁰ CARNEVALI RODRÍGUEZ, R.: “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”, *Política Criminal*, n.º 3, p. 2.

⁷⁵¹ BASILE, F.: “Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati”, *Política criminal*, vol. 6, n.º 12, p. 341.

⁷⁵² CARNEVALI RODRÍGUEZ, R.: “El multiculturalismo...”, cit., p. 2.

⁷⁵³ BASILE, F.: “Il diritto penale...”, cit., pp. 341-343.

⁷⁵⁴ Sobre el concepto de cultura, se han escritos infinidad de obras. A nuestros efectos, nos remitimos a DONOVAN, J. M. Y GARTH, J.S.: “Delimiting the Cultural Defense”, *Quinnipiac Law Review*, vol 109, n.º 16, pp. 123-127; BERNAL DEL CASTILLO, J.: “Política Criminal en España y discriminación xenófoba: la centralidad de los delitos de provocación a la discriminación”, *Política Criminal*, vol. 9, n.º 18, p. 372; BASILE, F.: “Il diritto penale...”, cit., p. 346; BUENO, G.: *El mito de la cultura*, Prensa Ibérica, Madrid, 1996, pp. 35, 45-46, 239-240; Real Academia Española (1729). *Cultura*. Diccionario de la

tanto por cuestiones que no trascienden del arcano de la conciencia como por aspectos visuales tales que la vestimenta⁷⁵⁵.

Paradójicamente, la insistencia en la necesaria – y casi deseable – diversidad cultural que la Antropología acometió desde principios del siglo XX como valladar frente al racismo que todo lo explicaba a partir de divergencias filogenéticas dio paso a un recrudecimiento de las hostilidades hacia ciertos colectivos. Ello es así porque una de las posibles derivadas de esa disparidad cultural no era otra cosa que la imposibilidad de comunicación entre pueblos que exhibían culturas disímiles. El relativismo cultural, concebido como la inexistencia de un solo patrón por el que todos han de estar y pasar, curiosamente hizo planear sobre el ambiente que, si no podemos convertir al otro porque carecemos de legitimidad para ello, solo nos queda someterlo en caso de que nos resulte molesto, lo que reviste particular relevancia en entornos multiculturales⁷⁵⁶. De ahí la perplejidad de colocarnos frente al dilema de si es adecuado, según una óptica tuitiva, establecer la existencia de grupos concretos que se apartan del estándar común: por un lado, podemos responder que sí porque la identificación es la antesala imprescindible de la protección; por otro lado, si resaltamos sus contornos propios, corremos el riesgo de marcarlos con la indeleble señal de Caín.

Por ello, no concebimos mejor instrumento para evitar lagunas de desprotección contra los grupos más desfavorecidos, y para evitar una singularización demasiado pronunciada que lleve a resultados contraproducentes, que la indiferenciación en aquellos que caen en la noción de víctima. Por extraño que resulte *prima facie*, es la única garantía para dichos colectivos.

6.2. Los móviles discriminatorios

Al analizar la dicción de los artículos 22.4º y 510 CP, hemos visto que existen una serie de motivos discriminatorios singularizados, que evidentemente han ido teniendo una configuración diacrónica cambiante. Lo que ahora acometeremos es un estudio de esas causas discriminatorias en aquellos aspectos que resulten nucleares y más controvertidos, tomando en consideración que no todas están presentes por un igual en ambos preceptos. Asimismo, deberá considerarse que el criterio de vulnerabilidad moderado del que hemos hablado en el discurso de odio no tendrá ninguna relevancia

lengua castellana, p. 699; VVAA: *Teoría de la cultura. Un mapa de la cuestión*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2005, p. 39; WILLIS, P.: “Notas sobre cultura común. Hacia una política cultural para la estética terrena”, *Arxius de Sociologia – Universitat de Valencia*, n.º 3, p. 18; LLOBERA, J.R.: *El mètode i el camp de l'antropologia*, UOC, Barcelona, p. 20; ARIÑO, A.: *Sociología de la cultura. La constitución simbólica de la sociedad*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 45. También es de ver la definición contenida en el párrafo quinto del preámbulo en la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural de 2 de noviembre de 2001, así como en la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales (México, 1982), de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo (Nuestra Diversidad Creativa, 1995) y de la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo (Estocolmo, 1998).

⁷⁵⁵ BASILE, F.: “Il diritto penale...”, cit., pp. 343.

⁷⁵⁶ DELGADO RUIZ, M.: “Multiculturalismo y sociedad. La diversidad cultural y sus usos”, *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo*, n.º 15, p. 98.

cuando de delitos de odio *stricto sensu* estemos hablando porque aquí la infracción del derecho a la no discriminación no solo se circunscribe a la afectación por actos dimanantes de un pretendido ejercicio de la libertad de expresión. Piénsese que, en muchos casos, estaremos ante la privación de la vida, la integridad física o moral, o la libertad, por lo que la conculcación de un derecho fundamental base justifica un umbral tuitivo mayor.

Podría aducirse que, a diferencia de lo que ocurriría con un criterio de vulnerabilidad estricto en sede del artículo 510 CP, en el ámbito de la agravante no habría identidad de razón por cuanto ya se castigaría el hecho base. No obstante, la reprobación y sanción de este en ningún caso se vincula con el derecho a no sufrir discriminación, sino solo con otros bienes jurídicos, por lo que desde esa perspectiva habría una tuición completamente asimétrica por razones contempladas en el artículo 14 CE, en el sentido de que habría colectivos completamente desprovistos de una protección análoga en materia antidiscriminatoria por el sencillo motivo de que esta faltaría por completo. Entendemos, pues, que el régimen de sujeto activo y pasivo ha de unificarse entre los artículos 22.4º y 510 CP.

6.2.1. Racismo

Sobre el racismo, consiste en la creencia de que hay razas superiores a otras⁷⁵⁷ y que, por lo tanto, está justificado tratar de manera desigual – siempre en sentido negativo, claro está – a las personas en función de ciertos rasgos físicos, que normalmente tienen que ver con el color de la piel⁷⁵⁸. La aplicación primigenia a las personas de este vocablo, al menos el que consta en lengua castellana, no presagiaba nada bueno porque inicialmente se aplicaba para designar la casta de los caballos castizos y solo con el tiempo se empleó para diferenciar a los seres humanos. Ello es compatible con el origen etimológico que actualmente se le da a partir del italiano *razza*⁷⁵⁹, que a su vez proviene por aglutinación (y falsa deglutinación del artículo) del francés *haraz*, donde designaba la crianza de caballos⁷⁶⁰.

Ya en el Diccionario de Covarrubias (1611), se recogía que el uso neutro lo era para los equinos, mientras que cuando se empleaba para personas lo era “en mala parte” y para designar a “Moro o Iudio”⁷⁶¹. Que no designaba en aquel momento la diferencia en rasgos físicos es evidente porque, por

⁷⁵⁷ VVAA: *Manual pràctic...*, cit., p. 42; PÉREZ DE LA FUENTE, O.: *Odio...*, cit., pp. 63-64. Para Rey Martínez, y siguiendo a Dworkin, “la discriminación racial es la más odiosa de todas porque expresa desprecio y es profundamente injusta. Es completamente destructora de las vidas de sus víctimas. No les priva simplemente de alguna oportunidad abierta a otros, sino que les daña en casi todos los proyectos y esperanzas que puedan concebir” (vid. REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho antidiscriminatorio*, cit., pp. 283-284).

⁷⁵⁸ LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *La intervención penal...*, cit., pp. 54-55.

⁷⁵⁹ Real Academia Española (s.f.). En Diccionario de la lengua española. Recuperado el 30 de julio de 2024 de <https://dle.rae.es/raza>.

⁷⁶⁰ Treccani (s.f.). Recuperado el 30 de julio de 2024 de <https://www.treccani.it/vocabolario/razza/>.

⁷⁶¹ DE COVARRUBIAS Y OROZCO, S. (2006). *Tesoro de la lengua castellana o española*, Iberoamericana Editorial Vervuert.

entonces, España había entrado en contacto con los pueblos amerindios y se había normalizado el tráfico de esclavos africanos. Sin embargo, nada de eso dice Covarrubias y se limita a señalar a quienes, por razón de religión, eran vistos de manera diferente, seguramente influidos por el ambiente durante y tras la Reconquista⁷⁶². Solo sería en pleno siglo XVIII que se suprimiría la alusión religiosa para referirse a su uso general en mala parte⁷⁶³.

Tenemos que esperar, siguiendo de nuevo el Treccani, hasta el advenimiento de la antropología física del siglo XIX y principios del siglo XX para que ciertos rasgos tales que el color de la piel, el tipo de pelo, o la forma del rostro, de la nariz o de los ojos, se convirtieran en supuestos criterios científicos para clasificar a las personas. Esa clasificación, claro está, no era inocente a los meros propósitos investigativos, sino que escondía evidentes propósitos políticos como tristemente la historia nos muestra. Nótese que el empleo de la palabra ha caído en tal descrédito (o quizá nunca haya tenido crédito, o solo haya sido un crédito de dudosa reputación) que la adición del sufijo -ismo, normalmente empleada para designar ideologías, doctrinas o actitudes⁷⁶⁴ (socialismo, catolicismo, individualismo), tiene una connotación sumamente peyorativa, sin que haya *razólogos* o *raciólogos* mientras sí hay etnólogos, nacionalistas o sexólogos.

Por ello, es lo mismo actuar por motivos racistas (véase cómo es casi imposible que de los mecanismos de derivación a partir de raza surja algún vocablo al menos neutro) discriminar a alguien por razón de la raza (duplicidad en la que incurre el artículo 22.4º CP), ya que en ambos casos estamos hablando del mismo móvil⁷⁶⁵. No se habla aquí, o cuanto menos no es preciso, que ese desprecio por otras razas lo sea respecto de todas las razas distintas del hablante, sino que basta que lo sea con respecto de una de ellas. No puedo dejar de citar aquí el tratamiento paródico que acomete Borges en su relato *El atroz redentor Lazarus Morell*, donde habla de que el padre Bartolomé de las Casas tuvo mucha lástima de los indios que se extenuaban en los laboriosos infiernos de las minas de oro antillanas, y propuso al emperador Carlos V la importación de negros que se extenuaran en los laboriosos infiernos de las minas de oro antillanas⁷⁶⁶.

A nivel legal, nos encontramos con una definición del racismo en la Declaración de la UNESCO sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, fechada el 27 de noviembre de 1978. En su artículo 2.1 describe el racismo como “Toda teoría que invoque una superioridad o inferioridad intrínseca de grupos raciales o étnicos que dé a unos el derecho de dominar o eliminar a los demás, presuntos inferiores, o que haga

⁷⁶² LIANO, D.: “Definición, etimología e historia del vocablo “raza”, *Centroamericana*, vol. 30, n.º 2, p. 85.

⁷⁶³ Real Academia Española (1737). Raza. En *Diccionario histórico de la lengua española*. Recuperado el 30 de julio de 2024 de <https://apps2.rae.es/DA.html>.

⁷⁶⁴ Real Academia Española (s.f.). Ismo. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 30 de julio de 2024 de <https://dle.rae.es/-ismo>.

⁷⁶⁵ GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “La agravante...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Delitos de opinión...*, pp. 164-165.

⁷⁶⁶ BORGES, J.L. (1998). *Historia universal de la infamia*, Alianza Editorial, p. 5.

juicios de valor basados en una diferencia racial, carece de fundamento científico y es contraria a los principios morales y éticos de la humanidad.” Asimismo, el punto segundo de ese mismo precepto entiende que es racismo toda ideología, actitud, comportamiento, disposición o práctica basada en prejuicios raciales, discriminación por razón de la raza o justificación científica de la inferioridad y superioridad de unas razas. Finalmente, el punto tercero vincula el racismo con relaciones asimétricas de poder, especialmente asentadas en diferencias económicas y sociales.

La fórmula que acabamos de transcribir quizá no sea la más depurada posible o, al menos, deja una serie de dudas interpretativas de calado que afectan directamente a su operatividad. En primer lugar, al añadir el adjetivo *intrínseco* permite preguntarnos qué ocurre con aquellas actitudes en las que la inferioridad o superioridad se predica de circunstancias muy puntuales, como si alguien dijera que mientras tal o cual raza no supere sus debilidades nunca será superior a otra raza, con lo que se está diciendo que no hay nada estructural o intrínseco en esa desigualdad porque tal grupo puede sobreponerse a esa desigualdad. También nos podemos cuestionar qué significa “juicios de valor basados en una diferencia racial” y si afirmaciones como que los atletas de cierto continente son mejores que los de otros continentes en ciertas disciplinas deportivas acrece al racismo⁷⁶⁷. Por último, es difícil saber si la dupla de ética y moral responde a una verdadera voluntad de incluir dos entidades separadas (la ética como rama del conocimiento y la moral como el objeto de estudio⁷⁶⁸) o bien responde a una suerte de *totum revolutum* que persigue cercenar hiperbólicamente cualquier compatibilidad entre el racismo y el comportamiento aceptable.

La diferencia no es menor porque, de reputarse un uso preciso de ambos términos, podríamos llegar al razonable corolario de que incluso plantearse en términos dialécticos – en un trabajo académico, por ejemplo – si la diferencia de trato entre personas de razas diversas está justificada remaría contra la interdicción del racismo, por cuanto sería incompatible con esa Declaración siquiera plantearse tal posibilidad al afirmarse rotundamente *ex ante* su anticientificidad. Del mismo modo, cualquier eventual debate sobre si ha habido razas más opresoras que otras a lo largo de la historia – o razas más oprimidas – también podría caer dentro de esa prohibición por resultar, igual que en el ejemplo de los atletas, un juicio de valor racialmente motivado. Ciertamente este texto no impone obligaciones concretas a los Estados firmantes, pero no es menos cierto que, en el caso español, el artículo 10.2 CE obliga a interpretar los derechos fundamentales conforme a las declaraciones suscritas al respecto por España, y esta tiene un ineluctable impacto al menos en el artículo 14 CE que impone una

⁷⁶⁷ Es interesante la distinción realizada en PÉREZ DE LA FUENTE, O.: *Odio...*, cit., p. 66. El autor se hace eco de la distinción entre el racismo heteróforo (clásico o biológico) y el heterófilo (cultural o diferencialista). Este último, por más que pareciera positivo, o más positivo que el primero, esconde “sacralizar las diferencias, fenotípicas o culturales, entre los grupos humanos...”. Es palmaria la facilidad con la que se puede derivar de ese racismo heterófilo un encapsulamiento del otro en la parcela que se considera más apta para sus especiales características físicas o culturales, impidiéndole el libre desarrollo de la personalidad.

⁷⁶⁸ CAMPS CERVERA, V.: *Breve historia de la ética*, RBA Libros, Barcelona, 2017, p. 10.

interpretación que no conduzca a una parálisis del pensamiento por el siempre latente temor a represalias jurídicas.

Hasta ahora no hemos hablado sobre si el criterio mayoritario juega algún papel en la determinación de si el racismo es penalmente relevante. La cuestión, además, admite una serie de casuísticas que hacen inviable una respuesta tajante porque las combinaciones son varias: (i) sujeto de la raza mayoritaria en su país hacia una raza minoritaria en su país; (ii) sujeto de la raza mayoritaria en su país hacia una raza mayoritaria en otro país, cuando esta raza es minoritaria en el país del sujeto activo; (iii) sujeto activo de raza minoritaria en su país hacia la raza mayoritaria en su país; (iv) sujeto activo de raza minoritaria en su país hacia otra raza minoritaria en su país; (v) sujeto activo de raza minoritaria en su país hacia la raza mayoritaria en otro país, cuando esa raza es mayoritaria en el país del sujeto activo; (vi) sujeto activo de raza minoritaria en su país hacia la raza mayoritaria en otro país, cuando esa raza es minoritaria en el país del sujeto activo. Lo que digamos en esta sede será aplicable *mutatis mutandis* al resto de las categorías, ya que bien podría suceder algo similar con la etnia, la religión, la ideología o las creencias.

En primer lugar, todas esas clasificaciones refuerzan, a nuestro entender, cuán inadecuado es construir los delitos de odio a partir de su exclusiva protección de minorías⁷⁶⁹, ya que este es un criterio que se plantea como más restrictivo en aras de la *ultima ratio*, pero que en la práctica genera grandes problemas interpretativos completamente innecesarios. Pues bien, con base en nuestro criterio de vulnerabilidad moderado, la respuesta que ofrecemos a los anteriores escenarios es la siguiente: siempre que en el país en el que reside el sujeto activo el colectivo afectado por la acción sea minoritario, consideraremos que existe discurso de odio, salvo que se pueda acreditar que ese colectivo minoritario se encuentra en una posición preeminente (que podría darse por contar con el respaldo del país en el que se grupo es mayoritario), en cuyo caso la intensidad del ataque deberá ser superior a la que daríamos por buena de concurrir minoría y desprotección. La cuestión de la asimetría con la configuración racial de otros países será, en principio, irrelevante, y solo tendrá campo de acción si sirve para diluir el grado de vulnerabilidad por la adveración de ser una minoría.

Otro desafío interpretativo recae en lo que podría calificarse como autodiscriminación, es decir, la utilización de expresiones reconducibles al discurso del odio hacia la propia raza a la que se pertenece. El reverso de la moneda, además, es qué consideración merecería la pertenencia de una persona tal cuando ella es el blanco de ese discurso de odio por razón de pertenencia a un colectivo con el que no se identifica o al que critica en idénticos o análogos términos que otras personas emplean para con él. De nuevo, lo que aquí digamos servirá para otras categorías que veremos *ad infra* porque podemos

⁷⁶⁹ CUERDA ARNAU, M.L.: “Artículo 22.4º CP”, en VIVES ANTÓN, T.S. (DIR.): *Comentarios...*, cit., p. 242.

concebir que alguien incurra en conductas subsumibles en delitos de odio para con sus pares étnicos o nacionales.

En el primer caso, la autodiscriminación será relevante si, con las palabras empleadas, se entiende que hay suficiente intensidad como para que terceros puedan emprender acciones discriminatorias, hostiles o violentas dirigidas hacia ese colectivo, por lo que, si se viera en esa conducta algo anecdótico y desprovisto de cualquier potencial lesivo, debería quedar en la categoría de rareza. No podemos descartar, en consecuencia, el efecto pernicioso que cabe esperar en terceros de un discurso de este calibre, sobre todo si existe una masa crítica de personas que se destacan por mensajes contrarios a un grupo cierto, ya que se vería como una fuente de legitimación para persistir en esa conducta o incrementar su gravedad a la vista de que en su propio colectivo surgen discursos de esas características.

En el segundo caso, la percepción que la víctima tenga de su pertenencia al grupo por el que es atacado resulta completamente indiferente porque no hablamos de conductas cuyo impacto se circunscribe solo en el sujeto pasivo, sino que trasciende a ese agregado de personas. La solución que damos a este supuesto es la misma que la ofrecida para la discriminación por asociación o por error, donde lo determinante no son las características reales del sujeto pasivo, sino cuál es el criterio selectivo empleado por el sujeto activo para su conducta.

6.2.2. *Xenofobia*

Un término similar es el de xenofobia, pero como decíamos todos los conceptos empleados en textos como esa Recomendación General n.º 1 gozan de su propia sustantividad, máxime cuando no se plantean como pleonasmos a pesar de lo visto para raza y etnia. La Recomendación General n.º 15 de la ECRI califica la xenofobia como “el prejuicio contra, el odio hacia o el miedo a personas de otros países o culturas.” Esta definición nos permite distinguir *prima facie* el racismo de la xenofobia con base en un criterio tan primitivo como en muchas ocasiones manido, a saber, el visual o estético: mientras que el racismo alude a la apariencia de la otra persona como hecho diferencial respecto de otras personas, mientras que la xenofobia tiene que ver con cuestiones no tan evidentes e incluso etéreas, como es el caso de la cultura. Y es que, si bien el país de procedencia no siempre será fácil de reconocer sin una mínima interacción con el sujeto analizado (por ejemplo, el acento o el vocabulario), la cultura añade un nivel de complejidad indudablemente superior que requiere una perspicacia mayor según tendremos ocasión de hablar más adelante al abordar este concepto.

Si bien pudiéramos pensar que, por la etimología del término (*xénos* – ξένος – por extranjero y *fobos* – φόβος – por fobia), estamos ante un término acuñado en la Grecia clásica, nada más lejos de la realidad, ya que estamos ante un vocablo cuyos orígenes pueden trazarse hasta finales del siglo XIX⁷⁷⁰. Sin perjuicio de que en la Hélade existiera la aversión por el bárbaro como entidad que englobaba todos aquellos que no hablaban griego (mejor dicho, alguna de las variantes del griego), la hospitalidad hacia el extranjero/huésped o *xenia* (ξενία) fue una constante en aquella época, tanto por motivos políticos como religiosos⁷⁷¹. Repárese en que uno de los epítetos empleados en los poemas homéricos para Zeus es ξεινίος (*xeiníos*), es decir, el hospitalario⁷⁷² y se ha llegado a calificar a la *Odisea* como un monumento a la hospitalidad por enlazar escenas donde prima ese rasgo⁷⁷³. Esta virtud era también muy apreciada en los monarcas no griegos como podemos ver en HERÓDOTO al narrar que Jerjes hizo huéspedes a los habitantes de Acanto en su avance conquistador⁷⁷⁴.

Hablábamos en sede de racismo sobre qué solución dar a los casos en los que el ataque parte de un grupo racial minoritario y se dirige hacia un miembro perteneciente al mayoritario, o bien hacia el colectivo mayoritario en su integridad. Aquí el juego mayoría-minoría parece inadecuado porque estamos hablando marcadamente de los extranjeros, grupo que a duras penas podrá llegar a ser mayoritario en un país como el nuestro, donde la obtención de la nacionalidad no está sometida a requisitos tan exigentes si los comparamos con los de otros países de nuestro entorno (quizá el ejemplo de Andorra sea el más claro⁷⁷⁵). Por lo tanto, parece más adecuado cambiar la pregunta para plantearnos si es relevante de qué extranjeros estamos hablando.

Si bien la condición de extranjero suele ir acompañada de una menor protección frente a quienes son nacionales, es incuestionable que no todos los extranjeros son igualmente vulnerables, ya que estamos ante una categoría que se plantea en contraposición a quienes son nacionales de un país: la nacionalidad, en términos de pertenencia a un Estado, es solo una, mientras que el extranjero puede provenir de lugares variopintos. En nuestro país, no puede compararse la situación de un italiano a la de un ruso por la sencilla razón de que el primero tiene el amparo de los derechos y libertades y libertades que le otorga su condición de ciudadano comunitario. Lo mismo podría decirse de todos aquellos extranjeros que son nacionales de países con los que España ha suscrito convenios en virtud de los que reconoce un trato privilegiado en relación con otros extranjeros.

⁷⁷⁰ MAKARI, G.: *Of Fear and Strangers: A History of Xenophobia*, Yale University Press, pp. 17-38.

⁷⁷¹ BASILE, G.J.: “Xenia: la amistad-ritualizada de Homero a Heródoto”, *Emerita – Revista de Lingüística y Filología Clásica*, LXXXIV – 2, 2016, p. 235; FRENKEL, D.L.: “La hospitalidad: encuentro y desafío”, *VII Jornadas: Diálogos entre Literatura, Estética y Teología*, 2019, pp. 1-2

⁷⁷² HOMERO: *Iliada*, XIII 625, y *Odisea*, IX 271. Las ediciones usadas en ambos casos son, respectivamente, las de 2004 y 2005, todas ellas en Gredos.

⁷⁷³ MARCO PÉREZ, A.: “La hospitalidad homérica”, *Scripta Fulgentina*, XVI, 31-32, 2006, p. 113.

⁷⁷⁴ HERÓDOTO: *Historia*, VII 116. La edición usada es la de 2021 en Gredos.

⁷⁷⁵ El artículo 11.1 del Decreto-legislativo, de 28-3-2007, prevé que habrán de residir veinte años quienes opten a la nacionalidad andorrana, sin que se privilegie el origen del solicitante como sí ocurre, por ejemplo, en el artículo 22.1 CC, o con el superprivilegio temporal conferido por el artículo 22.2 CC.

6.2.3. Etnia

Otro sustantivo que desfila frecuentemente por estos lares es el de etnia, proveniente del griego clásico *éthnos* (ἔθνος) y donde designaba las cualidades que caracterizaban a ciertos colectivos humanos⁷⁷⁶. A nivel internacional, nos encontramos más bien con una visión tuitiva de las etnias, sobre todo cuando se les adjetiva de minorías, que con una definición de qué ha de entenderse por etnia. Así, el artículo 1 de la Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas obliga a los estados a proteger “la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad” (artículo 1.1), y también a adoptar “medidas apropiadas, legislativas y de otro tipo, para lograr esos objetivos” (artículo 1.2). El énfasis en que han de ser colectivos minoritarios no ha de interpretarse en el sentido de que los mayoritarios no merecen protección, sino simplemente que los redactores con buen tino han entendido innecesario pedir que se proteja lo que el Estado a buen seguro hará.

La diferencia entre *éthnos* y *xénos* puede parecer entre nula e inexistente, pero una mirada atenta nos hará ver que el *xénos* designa a cualquier extranjero por contraposición al griego (ciudadano, claro está) y el *éthnos* es el vocablo que permite compartimentar a todo grupo del que podamos predicar ciertos atributos. Es decir, los helenos son un *éthnos*, muy particularmente a partir de las Guerras Médicas por contraponerse las *poleis* al invasor persa⁷⁷⁷, pero nunca pueden ser desde su propia perspectiva un *xénos*. Erraríamos, no obstante, si sostuviéramos una equivalencia entre el *éthnos* griego y la etnia en términos contemporáneos porque por aquel entonces servía para individualizar colectivos entre dioses⁷⁷⁸, humanos⁷⁷⁹ y animales⁷⁸⁰.

En tiempos recientes, este término vino a emplearse a modo de alternativa al de raza, especialmente a partir de 1945, si bien con anterioridad ya se había empezado a abrir camino ante la instrumentalización política que se estaba haciendo de esa raza⁷⁸¹. La visión socio-antropológica se abrió camino en la concepción de la etnia, distinguiendo las siguientes características: a) Diferenciación cultural como dialéctica entre la semejanza y la diferencia; b) Centralidad de la cultura en el sentido de significado compartido mediante la interacción social; c) Carácter evolutivo; d)

⁷⁷⁶ GARCÍA MARTÍNEZ, A.: “A vueltas con la etnicidad: ¿de qué sirve el concepto de ‘etnia’?”, *Educatio*, n.º 22, 2004, p. 139.

⁷⁷⁷ CARDETE DEL OLMO, MARÍA C.: *Ethnos* y etnicidad en la Grecia clásica, en CRUZ ANDREOTTI, G. / MORA SERRANO, B. (COORDS.): *Identidades étnicas*, Universidad de Málaga, Málaga, 2004, pp. 20-21.

⁷⁷⁸ ESQUILO: *Filocalia*, *Obras completas*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2012, 1147.

⁷⁷⁹ HOMERO: *Ilíada*, II 91.

⁷⁸⁰ *Ibid.*, II 87.

⁷⁸¹ GARCÍA MARTÍNEZ, A.: “A vueltas con la etnicidad”, cit., p. 140; CARDETE DEL OLMO, M.C.: “La etnicidad como un arma ideológico-religiosa en la Antigua Grecia: el caso del Monte Liceo”, *SPAL*, 15, 2006, p. 189.

Mezcolanza de lo colectivo e individual, con la interacción social como vertiente externa y la autoidentificación personal como vertiente interna⁷⁸².

6.2.4. Antisemitismo

Pasamos ahora a otro de los motivos discriminatorios que atraviesan la legislación en materia de delitos de odio: el antisemitismo. Si bien, como sucede con el resto de los términos, pudiéramos pensar que estamos ante un concepto de contornos claramente marcados, lo reciente del término y sus múltiples aristas hace que no haya una monovisión sobre esa palabra. De manera orientativa, disponemos de la definición que nos brinda la IHRA (las siglas inglesas de la Alianza Internacional en Memoria del Holocausto) en virtud de su acuerdo de 26 de mayo de 2016: “El antisemitismo es una cierta percepción de los judíos que puede expresarse como el odio a los judíos. Las manifestaciones físicas y retóricas del antisemitismo se dirigen a las personas judías o no judías y/o a sus bienes, a las instituciones de las comunidades judías y a sus lugares de culto.” Además, la IHRA ofrece una serie de pautas orientativas sobre actos concretos, desde los más explícitos como interesar la eliminación de los judíos a otros más sutiles como mantener ciertos estereotipos⁷⁸³.

También disponemos de otros significados expuestos, quizá, de manera oblicua en textos cuyo principal fin es ofrecer recomendaciones sobre cómo combatir el antisemitismo en todos los ámbitos (jurídicos y educativos). Así, en la RPG n.º 9 de la ECRI, de 2004 y centrada en la lucha contra el antisemitismo, se habla de ataques dirigidos a personas o colectivos por su origen judío real o presunto, así como de negar, trivializar, justificar o aprobar el Holocausto y actos de genocidio contra judíos. La dupla *real o presunto* revela la aceptación de la discriminación por asociación y por error. Por otro lado, en el Informe Raxen de 2012, se dice que “El antisemitismo, tanto en su vertiente religiosa como laica, es un fenómeno de naturaleza *sui generis* que abarca una combinación excepcional de motivos étnicos, religiosos, culturales, económicos y políticos, adoptando formas diversas”⁷⁸⁴.

⁷⁸² GARCÍA MARTÍNEZ, A.: “A vueltas con la etnicidad”, cit., pp. 141-142. Una posición crítica con esta definición puede leerse en BRAVO LÓPEZ, F.: Antisemitismo e islamofobia: la cuestión de las definiciones, en CONTRERAS MAZARÍO, J.M. (COORD.) / SÁNCHEZ GÓMEZ, R. (DIR.): *El tratamiento normativo...*, cit., pp. 85-86. Coincidimos plenamente con el autor en que se emplean algunos términos poco precisos como “cierta percepción”. Por ello, quizá parezca más acertada la aproximación hecha por la Declaración de Jerusalén sobre el Antisemitismo, de 2020, en la que se describe como “La discriminación, el prejuicio, la hostilidad o la violencia contra los judíos en tanto que judíos (o contra las instituciones judías en tanto que judías).” El texto puede consultarse en <https://www.clacso.org/wp-content/uploads/2021/03/Declaracio%CC%81n-de-Jerusalem%CC%81n-antisemitismo.pdf>.

⁷⁸³ “Definición práctica de antisemitismo aprobada por la IHRA el 26 de mayo de 2016”. En <https://holocaustremembrance.com/resources/definicion-del-antisemitismo#:~:text=El%2026%20de%20mayo%20de,el%20odio%20a%20los%20jud%C3%ADos>.

⁷⁸⁴ MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA: *Informe Raxen – Especial 2012*, Movimiento Contra la Intolerancia, 2012, en <https://www.informeraxen.es/informe-raxen-especial-2012/>, pp. 10 y 46-48.

Parte de la amalgama de consideraciones para definir qué es el antisemitismo se deba a que en la noción misma de quién es judío subyazca la alternativa entre origen y elección: judío es todo aquel que nace de madre judía, pero también lo es quien se convierte al judaísmo de acuerdo con una serie de formalidades⁷⁸⁵. Mientras que en el primer criterio no encontramos traza alguna de religión porque bien podría ser (y no es testimonial) que esa madre no haya practicado en toda su vida el judaísmo, en el segundo sí que disponemos de un criterio más cercano a lo religioso porque – Heródoto a grandes rasgos – la conversión es un proceso que exige el compromiso de cumplir con las *mitzvot* o mandamientos judíos. En consecuencia, el antisemitismo es un tipo de discriminación con el que podríamos designar un fenómeno que aúna lo étnico, religioso e incluso nacional⁷⁸⁶, por lo que se justifica desde esa complejidad su mención expresa y no compartimos que se puede reconducir fácilmente a una categoría aislada⁷⁸⁷.

Decíamos *ut supra* que el antisemitismo como término es de cuño reciente, y es que no surge hasta finales del siglo XIX (vemos que esa época es prolija en ideas bastante infelices) de la mano del orientalista bohemio Moritz Steinschneider, que en 1860 criticaba los “prejuicios antisemitas” del francés Ernest Renan⁷⁸⁸. En 1879, se creó la Liga Antisemita de la mano del político alemán Wilhelm Marr, quien tiene el dudoso honor de ser considerado el padre de este vocablo⁷⁸⁹. En su afán por desacralizar el odio hacia los judíos y aparentar fundarlo en criterios más acompañados con la modernidad que les tocó vivir, Marr y sus acólitos buscaron un neologismo que aludiera a los judíos como etnia y no como grupo religioso (el antijudaísmo ya era de sobra conocido por aquel entonces), ya que así era más fácil la contraposición entre arios y semitas⁷⁹⁰.

El resultado fue un sustantivo equívoco en cuanto a su aplicación grupal porque, siendo que el término semita se ha empleado para designar colectivos que trascienden el hebreo, la mayoría de quienes se califican a sí mismos como antisemitas tienen en mente solo a los judíos y no, por ejemplo, a los árabes⁷⁹¹. Es más, existe un motivo discriminatorio autónomo llamado antislamismo que, en parte y de momento por cuestiones demográficas, suele asociarse con personas de origen árabe. Por demás, el término semita ha caído francamente en desuso en términos raciales (en línea con lo que ha sucedido con todo lo que tenga connotaciones raciales) y solo ha sobrevivido con fuerza en el campo de la

⁷⁸⁵ LEVIN, L.: “It’s All in the Memes”, en GREENSPOON, L.J. (ED.): *Who is a Jew? Reflections on History, Religion, and Culture*, Purdue University Press, West Lafayette, 2014, pp. 21-22.

⁷⁸⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso de odio*, cit., p. 138.

⁷⁸⁷ En contra, BERNAL DEL CASTILLO, J.: La discriminación..., cit., p. 34; GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “La agravante...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Delitos de opinión...*, cit., p. 165.

⁷⁸⁸ BRAVO LÓPEZ, F.: “Antisemitismo. Continuidad y cambio en la tradición antijudía”, *Revista de Teoría Crítica*, vol. 4, p. 430.

⁷⁸⁹ LAHAM COHEN, R.: “El nacimiento del antijudaísmo en la Antigüedad Tardía y su relación con el antisemitismo moderno”, *Cuadernos Judaicos*, n.º 30, p. 85; ZIMMERMANN, M.: *Wilhelm Marr, the Patriarch of Antisemitism*, Oxford University Press, Nueva York, 1986, p. 88; LEVY, R.S.: *Antisemitism. A Historical Encyclopedia*, ABC Clio, Denver, 2005, pp. 445-446.

⁷⁹⁰ BRAVO LÓPEZ, F.: “Antisemitismo...”, cit., p. 431.

⁷⁹¹ Inicialmente parecía no ser así, dirigiéndose el antisemitismo contra toda persona o grupo calificable de semita (vid. BRAVO LÓPEZ, F.: “Antisemitismo...”, en CONTRERAS MAZARÍO, J.M. (COORD.) / SÁNCHEZ GÓMEZ, R. (DIR.): *El tratamiento normativo...*, cit., p. 74.

lingüística⁷⁹², hasta el punto de que algunos autores creen que siempre hemos de hablar de los semitas en términos pasados⁷⁹³. No podemos dejar considerar que el término semita toma su nombre de Sem⁷⁹⁴, uno de los hijos de Noé, y no de un sesudo estudio científico que evidencie las suficientes semejanzas biológicas.

Ese viraje hacia posiciones más pretendidamente seculares fue, sin embargo, una fachada tras la que enmascarar los prejuicios que hasta ese momento se habían blandido contra los judíos, y que eran eminentemente de orden religioso. Solo así se explica que no hubiera una mutación significativa en las temáticas antijudías, que seguían conservando el aroma de las últimas bocanadas de la Antigüedad y del Medioevo en cuanto a las alusiones a citas mutiladas o directamente falsas de textos como el Talmud y otras obras de la literatura rabínica⁷⁹⁵, así como las acusaciones basadas en la interpretación que hacían de textos bíblicos⁷⁹⁶. Aunque se tratara de dar una pátina racial y económica a ese nuevo término, siempre se acaba en los mismos lugares comunes, como el deicidio⁷⁹⁷.

De todos modos, para sobrevivir a los nuevos tiempos en los que la religión empezaba a ceder el protagonismo en el ágora a favor de las ideologías, el antisemitismo tuvo que adaptarse a los nuevos lenguajes para evitar interpelar solo a quienes tienen en lo sagrado el epicentro de su reflexión⁷⁹⁸. Por ello, y si bien sea muy discutible la afirmación de ARENDT según la que el antisemitismo moderno y el antijudaísmo más clásico no están emparentados⁷⁹⁹, no podemos dejar de considerar que con el paso del tiempo la temática religiosa quedó relegada a un plano muy discreto y cobraron especial protagonismo las acusaciones de dominación económica, social y política, especialmente con el ascenso del nazismo y en las obras de Henry Ford⁸⁰⁰.

Es significativo el recelo que las autoridades de la Alemania nazi mostraron hacia la Iglesia Católica,⁸⁰¹ que de manera progresiva se había ido distanciando del régimen nazi con la encíclica de

⁷⁹² FIREBERG, H. / GLÖCKNER, O.: *Being Jewish in 21st-Century Germany*, Walter de Gruyter, Berlín/Boston, p. 200.

⁷⁹³ ANIDJAR, G.: *Semites: Race, Religion, Literature*, Stanford University Press, Stanford, p. 6.

⁷⁹⁴ Real Academia Española (s.f.). Semita. En Diccionario de la lengua española Recuperado en <https://dle.rae.es/semita>.

⁷⁹⁵ COHEN, J.: *The Friars and the Jews. The evolution of Medieval anti-Judaism*, Nueva York, Cornell University Press, 1985, pp. 51-77.

⁷⁹⁶ HILBERG, R.: *La destrucción de los judíos europeos*, Akal, Madrid, 2005, pp. 79-80; KOONZ, C.: *La conciencia nazi: la formación del fundamentalismo étnico del Tercer Reich*, Barcelona, Paidós, 2005, p. 229. Tuvo un especial éxito la cita de Juan 8:44, según la que “vosotros [los judíos] procedéis del diablo, que es vuestro padre”.

⁷⁹⁷ LAHAM COHEN, R.: “El nacimiento del antijudaísmo...”, cit., p. 86.

⁷⁹⁸ BRAVO LÓPEZ, F.: “Antisemitismo...”, en CONTRERAS MAZARÍO, J.M. (COORD.) / SÁNCHEZ GÓMEZ, R. (DIR.): *El tratamiento normativo...*, cit., p. 78.

⁷⁹⁹ ARENDT, H.: *Los orígenes...*, cit., p. 13. En gran medida, el propósito de Arendt era mostrar que los criminales de guerra nazis no podían ampararse en una inercia histórica, sino que debían responsabilizarse por haber creado un nuevo tipo de odio hacia el judío que excedía con creces lo precedente.

⁸⁰⁰ LAHAM COHEN, R.: “El nacimiento del antijudaísmo...”, cit., pp. 87-88.

⁸⁰¹ Es interesante ver cómo ese recelo fue acusado en relación con la jerarquía eclesiástica española, casi unánimemente refractaria a cualquier intercambio cultural con la Alemania nazi. Vid. ANDRÉS-GALLEGU, J.: “Nazismo, antisemitismo y jerarquía eclesiástica española”, en ROMERO CASTELLÓ E.: *Judaísmo hispano: estudios en memoria de José Luis Lacave Riaño*, CSIC, p. 864. Es de destacar la *Instrucción pastoral sobre algunos errores modernos*, dictada el 28 de febrero de 1942 por el obispo de Calahorra, Dr. Fidel García Martínez, donde se condenaba el racismo por ser contrario a lo que la Patria, en tanto que madre, puede exigir de sus ciudadanos.

Pío XI *Mit brennender Sorge* (Con ardiente preocupación) de 14 de marzo de 1937 y con la carta remitida a los Rectores y Decanos de Facultades por la Sagrada Congregación de Seminarios y Universidades, en la que se ordenaba refutar en las aulas el racismo blandido por nazismo⁸⁰². No menos importante fue la creciente resistencia que miembros de la Iglesia luterana alemana ofrecieron al nazismo, con abanderados de esa lucha de la talla del pastor protestante Dietrich Bonhoeffer, lo que cristalizó en la creación de la Iglesia Confesante como alternativa protestante a la *nazificada* Iglesia Evangélica Alemana⁸⁰³.

En tiempos más recientes, y a raíz de la creación del Estado de Israel el 14 de mayo de 1948, lo ideológico parece haberse apoderado – Henry Ford al menos en la forma – casi por completo del discurso antisemita⁸⁰⁴, de tal suerte que todo judío – viva donde viva – es sospechoso de participar de todos los males que al sionismo se le achacan por algunos sectores políticos⁸⁰⁵. Obviamente, no toda crítica a las políticas implementadas por el Estado de Israel es antisionismo ni antisemitismo, pero también nos parece obvio que el antisemitismo es una pulsión que ha encontrado muchas maneras de expresarse a lo largo de la historia y no deberíamos cerrar los ojos a sus modos contemporáneos⁸⁰⁶.

6.2.5. Antigitanismo

Cuando hemos analizado la LO 6/2022 hemos esbozado algunas cuestiones relativas al antigitanismo como uno de los móviles discriminatorios integrados tanto en el artículo 22.4º como en el 510 CP, por lo que en este punto realizaremos algunos apuntes adicionales en la línea del resto de los móviles. De acuerdo con RÍO-RUIZ y GARCÍA SANZ, esta es una de las formas de discriminación más tardíamente

⁸⁰² CALVO ESPIGA, A.: “Precedentes de la Pastoral de 12 de marzo de 1942”, *Kalakorikos*, n.º 12, pp. 15-16.

⁸⁰³ ALVÁREZ ESPINOSA, D.F.: “Un ejemplo de cristiano comprometido: Dietrich Bonhoeffer”, *Proyección*, Año XLIX, n.º 207, pp. 291-292. Sobre la obra de Bonhoeffer, se han editado en español obras como *Resistencia y sumisión. Cartas y apuntes desde el cautiverio* (Sígueme, Salamanca, 2001) o *Ética* (Trotta, Madrid, 2013).

⁸⁰⁴ BRAVO LÓPEZ, F.: “Antisemitismo...”, en CONTRERAS MAZARÍO, J.M. (COORD.) / SÁNCHEZ GÓMEZ, R. (DIR.): *El tratamiento normativo...*, cit., p. 84.

⁸⁰⁵ No deja de ser irónico que el antisionismo sea una bandera hondeada en la mayoría de las ocasiones por ideologías de izquierdas, siendo que el sionismo en términos políticos siempre tuvo un gran vínculo con el socialismo, lo que se ve en organizaciones como el kibutz (vid. FORRIOL, M.C.: *Development of the Roadmap of Political Zionism in the State of Israel*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, 2023, p. 12; DIAO, L.: *Collective Defense by Common Property: the Rise and Fall of the Kibbutz*, Simon Fraser University, Burnaby, 2021, pp. 2-3). Si bien hoy el Partido Laborista israelí es una fuerza parlamentaria poco relevante, ello solo ha acontecido recientemente y no da cuenta del papel central que esa formación política ha jugado en la vida pública israelí.

⁸⁰⁶ Vid. la SAP de Navarra, Sección 2ª, n.º 55/2017, de 21 de marzo y el comentario en DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso del odio*, cit., p. 124. Por ello, discrepamos rotundamente de lo sostenido por García Álvarez, quien considera el antisemitismo como irrelevante por no tener relevancia social tras la expulsión de los judíos de nuestro país en 1492 (vid. GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “La agravante...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Delitos de opinión...*, cit., pp. 165-166). Aparte de desconocer por completo que el antisemitismo (o, mejor dicho, el antijudaísmo) siguió muy vivo en la sociedad española de la mano de la sospecha frente a los que se vieron abocados a una conversión forzosa para evitar dejar sus hogares, y de obviar que hace no tantos años había proclamas en España sobre la “conspiración judeomasónica”, no se toma en consideración que ya no estamos en 1492 y en España sí viven judíos. No alcanzamos a comprender por qué la discriminación que puedan sufrir haya de calificarse de penalmente irrelevante.

reconocidas⁸⁰⁷ y que, en consecuencia, más han tardado en recibir una protección específica; dado que no se trata de una discriminación que opere con mecanismos distintos a los adversados con el resto de los supuestos aquí tratados⁸⁰⁸, es forzoso destacar que la falta de atención por parte de los poderes públicos únicamente se explica por la persistencia de prejuicios contra ese colectivo llegando a negarle hasta hace pocas décadas la condición de grupo vulnerable⁸⁰⁹. Algunos casos como *Zentralrat Deutscher Sinti und Roma* y otros *c. Alemania* o *Yotova c. Bulgaria* son buenos ejemplos de cómo el ostracismo padecido por la población gitana tiene muchas ramificaciones y se expresa de modos muy diversos, si bien siempre se mantiene ese patrón común de sesgos que tienden a operar bajo el radar de la sensibilidad social.

El debate se extiende al propio sustantivo *antigitanismo*, donde se reproduce en cierta medida lo que hemos visto para el *antisemitismo*, donde el empleo del término semita tiene una serie de connotaciones históricamente peyorativas con la salvedad del ámbito lingüístico. Así, el uso del vocablo *gitano* es igualmente polémico porque se asocia con un epíteto empleado tradicionalmente para aludir en términos negativos hacia ese colectivo⁸¹⁰; nosotros hemos optado por mantener esa fórmula en la medida en la que es un término ampliamente usado en el debate legislativo, jurisprudencial y doctrinal sin ninguna connotación despectivo, o al menos esa es nuestra intención al valernos de él. Otras formulaciones como antiromanismo serían también válidas⁸¹¹, pero su prevalencia testimonial quizá aconseje decantarnos por el modo más extendido. Por nuestra parte, siempre hemos creído en que es posible resignificar ciertas palabras para despojarlas de todas las rémoras que arrastran, hasta el punto de que se empleen para vehicular un contenido diametralmente opuesto al ya pretérito.

Es de señalar la notable presencia de población gitana en nuestro país, donde viven alrededor del 8% del total que habitan en territorio comunitario, y cuya presencia en España hunde sus inicios en el siglo XV; tampoco es ocioso indicar que se trata de la minoría étnica más numerosa en el suelo de la UE⁸¹². Si estos datos no han impedido que se perpetúe un trato discriminatorio sostenido en el tiempo sin que

⁸⁰⁷ RÍO-RUIZ, M.A. / GARCÍA-SANZ, C.: “Antigitanismo en Europa: conceptualización, historia reciente y aportes al conocimiento de una forma específica de racismo”, *Sociología Histórica* n.º 10/2020, p. 2. En idéntico sentido, vid. CORTES GÓMEZ, I. / END, M.: *Dimensions of Antigypsyism in Europe*, Central Council of German Sinti and Roma, Bruselas, 2019, p. 21.

⁸⁰⁸ RÍO-RUIZ, M.A. / GARCÍA-SANZ, C.: “Antigitanismo en Europa...”, cit., p. 3; CORTES GÓMEZ, I. / END, M. (ED.): *Dimensions...*, cit., pp. 21-22.

⁸⁰⁹ No es baladí recordar que el pueblo gitano sufrió una persecución sin tregua durante la Alemania nazi, cuestión que en ocasiones no se pone suficientemente de manifiesto. A este respecto, vid. la completísima y muy reciente obra de SIERRA ALONSO, M.: *Holocausto Gitano: El Genocidio Romani durante el Nazismo*, Arzalia Ediciones, Pp. 143-171, 2020.

⁸¹⁰ CORTES GÓMEZ, I. / END, M. (ED.): *Dimensions...*, cit., pp. 276-277. Es de ver que, en el DEL, la quinta acepción para “gitano” responde a ese sentido ofensivo (vid. Real Academia Española (s.f.). Gitano. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 5 de diciembre de 2024 en <https://dle.rae.es/gitano#K54AUF8>.

⁸¹¹ Real Academia Española (s.f.). Romani. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 5 de diciembre de 2024 en <https://dle.rae.es/roman%C3%AD>. El término roma o romaní agruparía a los distintos grupos y subgrupos que conforman el pueblo gitano (vid. HERMIDA DEL LLANO, C.: “El antigitanismo en el ámbito de la Unión Europea, con especial referencia a España”, en LA MISMA (COORD.): *Discriminación racial, intolerancia y fanatismo en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 202, nota 1.

⁸¹² HERMIDA DEL LLANO, C.: “El antigitanismo...”, en LA MISMA (COORD.): *Discriminación racial...*, cit., pp. 203-204.

se haya empezado a atajar hasta tiempos muy recientes, es difícil concluir cosa distinta a que se precisa una individualización de tal causa discriminatoria. A mayor abundamiento, autores como REY MARTÍNEZ han destacado que la condición gitana es causa de discriminación múltiple cuando se suma a la condición de mujer⁸¹³, lo que refuerza la necesidad de combatir esta forma de discriminación sin confundirla en el magma de otras categorías.

6.2.6. Nación

Otro término sobre el que conviene realizar algunas precisiones es el de nación, también omnipresente en los textos que enumeran las causas discriminatorias subyacentes a los delitos de odio⁸¹⁴. Dadas las implicaciones políticas y culturales que tiene la palabra nación, su polisemia puede llegar a ser abrumadora, por no hablar de su aplicación práctica, es decir, la determinación de quién o qué es una nación. La inexistencia de un sentido unívoco no debiera hacernos reblar en nuestro intento de darle forma ni que sea por aproximación, así que, siguiendo la clásica formulación de FERRANDO BADÍA – que parte de la no menos clásica propuesta de Pasquale Stanislao Mancini formulada el 12 de enero de 1851 en la Universidad de Turín⁸¹⁵– diremos que la nación es un particular fenómeno étnico-histórico-psicológico, dirigido a configurar un conjunto de hombres vinculados por lazos comunes de raza, historia, lengua, cultura y conciencia nacional⁸¹⁶.

Ya cuando fue propuesta esa definición, se destacó que de todos esos elementos quizá el más relevante era el psicológico, esto es, la conciencia de ser nación⁸¹⁷. Es aquí donde empezamos a percibir las zonas grises entre términos como estado y nación, por cuanto de concluir que son idénticos o suficientemente análogos, diríamos que todo estado equivale a una única nación y que, por lo tanto, toda nación tiene un estado que se declara exclusivamente perteneciente o que es igual a ella. Asimismo, la igualdad entre un estado y una nación daría como corolario que no puede haber naciones sin Estado. Pero si introducimos esa variable de la conciencia nos podemos encontrar con que no halle

⁸¹³ REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., pp. 251-261.

⁸¹⁴ DÍAZ LÓPEZ, J.A.: *El odio discriminatorio...*, cit., p. 309.

⁸¹⁵ BLANCO ANDE, J.: “Teoría del pueblo, nación, patria, país y estado”, *CEDEN*, n.º 158-VIII, 1982, p. 11.

⁸¹⁶ FERRANDO BADÍA, J.: “La nación”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 205, 1976, p. 6

⁸¹⁷ *Ibid.*, p. 6. Véase el bellissimo Preámbulo del Estatuto de Autonomía de Extremadura, que expresa sin parangón esa imbricación entre el ser, el hacer y el anhelar: “En los dos grandes valles del Tajo y el Guadiana, desde las cuevas prehistóricas a los centros tecnológicos, se ha ido escribiendo silenciosamente la crónica de una voluntad de sentir, pensar, ser y estar en el mundo. Una tarea de los pueblos que han ido forjando Extremadura, con o sin conciencia de hacerlo. Extremeños frente a una historia poco generosa con quienes tantas de sus líneas escribieron en primera persona, pero que no nos legaron el peso de una identidad imperativa ni el lastre de una autoconciencia limitadora, ni la losa de una historia que se nos imponga como un deber incumplido. Y eso convierte a nuestra voluntad presente en fuente y origen de nuestro deseo de autogobierno. Somos Extremadura porque queremos serlo los extremeños de hoy, sus ciudadanos, con independencia de lo que pensaran o sintieran nuestros antepasados, y porque el proyecto incluyente de España así lo reconoce y alienta para nosotros y para los otros pueblos hermanos. No nos ata el pasado, ni le debemos sumisión, es solo el variado mosaico de nuestra historia. Y por duro que haya podido ser, se ordenó al fin y al cabo para traernos hasta este presente esperanzado. No nos ata el pasado, es nostalgia del futuro lo que sentimos, en realidad.”

refrendo en la realidad jurídica propia del Derecho internacional público y haya naciones sin Estado, pero que aspiren a serlo, y que algún autor ha calificado como nacionalidad interna⁸¹⁸.

A fin de cuentas, ese sentido es plenamente congruente con la etimología de nación, que proviene del latín *natio* que a su vez proviene del verbo *nasci*, es decir, nacer: en el mundo romano, la *natio* no designaba comunidades con reconocimiento político porque para ello se reservaba el término *civitas*, sino que se empleaba para designar grupos humanos⁸¹⁹. Es más, durante muchos siglos, la palabra nación vino a ser sinónimo de nacimiento⁸²⁰, tradición que nos ha legado refranes como “el que es ciego de nación, nunca sabe dónde anda”.

El desacoplamiento entre ambos sustantivos introduce una miríada de posibilidades sobre el sustrato al que se puede aplicar la discriminación por razón de nación porque no será tan sencillo como predicarla de todo trato desigual injustificado para con ciudadanos de otros estados. Es decir, que necesariamente habrá más naciones que estados y habrá que acudir a criterios más materiales que formales para no dejar desprotegidos a los colectivos más acuciantemente necesitados de protección por carecer de la protección estatal o ser esta muy tenue, sobre todo cuando el conflicto surge intraestatalmente entre personas de la nación reconocida como estado y de la nación que no goza de ese estatus.

Pero esta concepción en apariencia tan razonable se da de bruces con dos obstáculos. El primero, que normalmente incurrir en este – y otros – motivos discriminatorios acarrea una respuesta penal, por lo que abrir el foco a partir de una variable tan inasible como el mero voluntarismo grupal generaría una indeterminación inasumible acerca de cuándo procede la punición de la conducta. El segundo, que admitir ambos sentidos de nación haría que su acepción anormativa se solapara con la discriminación por razón de la etnia⁸²¹. En definitiva, para quienes esgrimen estos óbices, la seguridad jurídica impone una interpretación restrictiva del término nación en línea con el reconocimiento estatal de esa nación, esto es, la nación jurídicoconstitucional⁸²².

A los anteriores argumentos se les podría discutir que, al menos desde una óptica española, nuestra Constitución reconoce en su artículo 2 tanto la insoluble unidad de la nación española como el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran España. Los Estatutos de Autonomía han recogido ese guante y, cada uno a su manera, han perfilado el carácter de nacionalidad

⁸¹⁸ GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “La agravante...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Delitos de opinión...* cit., p. 169.

⁸¹⁹ ANDRÉS-GALLEGO, J.: “Los tres conceptos de nación en el mundo hispano”, en CANTERLA GONZÁLEZ, C.: *Nación y Constitución: de la Ilustración al Liberalismo*, Sevilla, Junta de Andalucía, p. 124.

⁸²⁰ FERRANDO BADÍA, J.: “La nación”, cit., p. 5.

⁸²¹ DÍAZ LÓPEZ, J.A.: *El odio discriminatorio...*, cit., p. 310.

⁸²² VVAA: *Manual práctic...*, cit., p. 53.

o de región histórica para el territorio que ocupan⁸²³, lo que a efectos constitucionales tiene su correlativo en que integran el bloque de constitucionalidad *ex* artículo 28.1 LOTC. No estamos, pues, solo ante una disposición del Título Preliminar, sino ante un aspecto que puede tener trascendencia en la exégesis de las circunstancias personales o sociales con las que concluye el artículo 14 CE. Aunque precisamente es en esa disparidad entre nacionalidad y región que algunos autores han visto otro obstáculo para que las naciones sin Estado alcancen el mismo estatus que las que sí lo tienen: si admitiéramos que las nacionalidades caen bajo ese paraguas protector, estaríamos discriminando a las regiones por no incluirlas las formulaciones como las del artículo 22.4º o el 510.1 y 510.2 CP⁸²⁴.

A la luz de lo que hemos dicho, conviene escindir el plano de la literalidad normativa penal del resto de los planos. Cuando hablamos de circunstancias agravantes o de elementos objetivos del tipo, evidentemente hemos de ser extremadamente cuidadosos en la interpretación para evitar incurrir en la analogía *contra reo*, prohibida en el artículo 4.1 CP. No obstante, tampoco podemos esclerotizar el ordenamiento jurídico olvidándonos de que la interpretación extensiva sí es un recurso admisible nuestro ordenamiento jurídico-penal y, en consecuencia, no está de más que nos preguntemos, en un primer momento, si dar el salto de nación a nacionalidad cae en una u otra categoría. Aquí se pueden esgrimir dos razones cuyos resultados son diametralmente opuestos: por un lado, el léxico-semántico, que nos dice que nacionalidad es la “condición y carácter peculiar de los pueblos y habitantes de una nación”⁸²⁵, y, por otro lado, el criterio literal según el que hemos de observar que el artículo 2 CE emplea en un mismo precepto tres vocablos diferentes para referirse a dos entes diferentes (nación para España, y nacionalidad y regiones para los entes infraestatales).

De seguir el primer criterio, entendemos que no habría problema alguno en colegir que por nación y nacionalidad hemos de entender lo mismo o algo suficientemente parecido como para entrar en los márgenes de la expansión penalmente admitida. Siempre que se empleara el término nación podríamos incluir el de nacionalidad y viceversa, pero *a sensu contrario* no entraría dentro de esta ecuación como término admisible el de región porque estamos en un campo léxico lo suficientemente alejado de nación y nacionalidad como para ese salto de calado. Si nos decantáramos por el segundo de los criterios, ni siquiera podríamos acoger la nacionalidad en el seno de los preceptos penales porque estaríamos pervirtiendo la dicción de un artículo 2 CE que ha querido conscientemente llamar a un ente *nación* y a otros entes *nacionalidades y regiones*.

⁸²³ Por ejemplo, Andalucía, Aragón, Cataluña y Galicia se reconocen como nacionalidades en el primer artículo de sus respectivos Estatutos, Extremadura alude a su identidad regional histórica y Murcia se califica de entidad regional histórica.

⁸²⁴ LAURENZO COPELLO, P.: “La discriminación...”, cit., pp. 245-246; MACHADO RUIZ, M.D.: *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 2002, p. 217; GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “La agravante...” en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Delitos de opinión...*, cit., p. 169; DÍAZ LÓPEZ, J.A.: *El odio discriminatorio...*, cit., p. 310.

⁸²⁵ Real Academia Española (s.f.). Nacionalidad. En Diccionario de la lengua española. Recuperado el 1 de agosto de 2024 en <https://dle.rae.es/nacionalidad>.

Adicionalmente, nos topáramos con otro escollo por el flanco del artículo 510.1 y 510.2 CP. Al formular la cuestión de la nación, se desdobra en la nación a la que se pertenece o el origen nacional, lo que daría a entender que sendos motivos discriminatorios solo son penalmente significativos para la nación que actualmente se detenta o la que se detentó en su momento. Ese modo de expresarse parece vincularse con un concepto normativo de nación y no solo con uno cultural o sentimental que carece estructuras estatales, ya que de lo contrario la indeterminación del sustrato al que se aplica sería inconmensurable porque incluiría toda nación a la que uno siente que ha pertenecido y a la que actualmente cree que pertenece. Tal impedimento sería de grado menor para la agravante *ex* artículo 22.4º CP porque solo habla de la nación a la que pertenezca la víctima, aceptando esa pertenencia una mayor flexibilidad exegética.

Si salimos de los lindes penales, es notablemente más viable una interpretación expansiva y generosa de la causa de discriminación por mor de lo que ya hemos dicho del artículo 14 CE, sin que sea tan relevante decantarnos por una opción u otra al analizar la semejanza o disimilitud entre nación, nacionalidad o región. Si optáramos por la primera aproximación, la ausencia de corsés en cuanto a la analogía podría conducirnos a la afirmación de que, una vez anudadas nación y nacionalidad, la región comparte se asemeja lo suficiente porque si se le reconoce autonomía en el plano constitucional es porque detenta una serie de características propias reconducibles al plano de lo nacional. Si, en cambio, fuéramos por la segunda alternativa, conceptualmente no sería dificultoso subsumir la pertenencia a una nacionalidad o región dentro de la fórmula abierta *in fine* del artículo 14 CE.

Pero es que incluso si estimáramos inadecuado ensanchar tanto los horizontes de la nación para incluir las naciones sin Estado, la doctrina con mucho tino ha planteado la alternativa de recurrir a la ideología o incluso a la etnia como criterios subsidiarios⁸²⁶, punto que retomaremos al estudiar la interacción con la religión y las creencias. Es frecuente que quienes sientan su pertenencia a naciones sin aparato estatal hagan bandera de su idiosincrasia étnica y desarrollen un cuerpo ideológico tendente a la afirmación de esa identidad, a su defensa y a la articulación de un proyecto político tendente a obtener el reconocimiento internacional para ese paraguas estatal para su nación. También es muy frecuente que esa no sea la única cuestión ideológica que integre su programa político, sino que en no pocas ocasiones estos movimientos nacionales vayan de la mano de ideologías como el socialismo o el comunismo, lo que añade otra capa más de protección cuando esos colectivos son el blanco de actos discriminatorios.

Quedaría, no obstante, una última cuestión por abordar. Reconducir a la discriminación ideológica las prácticas contra grupos cuyo exclusivo proyecto político sea la emancipación nacional de grupos sin estructuras estatales para su sentimiento nacional puede dar la impresión de que es una argucia que, de

⁸²⁶ DÍAZ LÓPEZ, J.A.: *El odio discriminatorio...*, cit., p. 310; VVAA: *Manual pràctic...*, cit., p. 53.

manera subrepticia, orilla la literalidad normativa. Si colegimos que los preceptos traídos a colación no amparan a las naciones sin Estado, argüir que de todos modos se les puede discriminar cuando el sustrato viene determinado por su pertenencia a ese colectivo nacional puede antojarse una solución forzada. Sobre todo, resultaría artificioso si consideráramos discriminaciones en las que el sujeto pasivo – imaginemos una persona concreta a la que se dirige una invectiva – jamás hubiera hecho alarde de esa pertenencia nacional, es decir, no pudiéramos presumir que integra esa identidad en un conglomerado potencialmente ideológico.

6.2.7. *Ideología, religión y creencias*

Al calor de lo que acabamos de decir, proseguiremos con la ideología como siguiente término relevante en el ámbito del Derecho antidiscriminatorio. De nuevo, no es precisamente un concepto que se remonte a los albores del mundo, sino que su origen se encuentra en 1796 de la mano de Destutt de Tracy⁸²⁷ en su obra *Elementos de ideología* a partir de la palabra griega *eidos* (εἶδος), que en castellano pasa a “idea” y *lógos* (λόγος), que en castellano pasa a “palabra” o “razón” (esto último, sobre todo cuando se contrapone a *mízos* – μῦθος, es decir, mito). Por ello, se puede proponer una definición de ideología como la racionalización de las ideas⁸²⁸, expresión de esas ideas o incluso ciencia de las ideas⁸²⁹.

La ideología fue objeto de un intenso tratamiento por los primeros pensadores socialistas y comunistas, especialmente por Marx y Engels, quienes la veían con recelo por creer que encarnaba la justificación del sistema filosófico preexistente cuya finalidad era impedir que afloraran alternativas científicas como las que alegaban sostener pensadores de ese corte⁸³⁰. Solo con el paso del tiempo se empezaron a percibir sus aspectos positivos como mecanismo para avanzar en la revolución social, siempre que en ella no se integraran elementos abstractos de los que no pudieran extraerse estrategias para la acción transformadora⁸³¹. Esta misma idea se retomaría por autores como PAUL RICOEUR, quien la tenía por un cuerpo de ideas que confiere identidad y coherencia a un grupo social determinado, y que permite la realización paulatina de toda utopía⁸³².

⁸²⁷ ESTENSSORO, F.: “El concepto de ideología”, *Revista de filosofía*, n.º 15, 2006, p. 98.

⁸²⁸ SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: “Ideología”, en *Diccionario de Ciencias Sociales*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, vol. I, pp. 1042-1046.

⁸²⁹ Ese sentido parecía ser el que pretendía imprimirle Tracy. Imbuido de un espíritu ilustrado, quería crear una ciencia de las ideas que estudiara al ser humano a partir de sus facultades. No tuvo demasiado éxito porque, al poco de acuñar el término, fue objeto de constantes invectivas por considerarse que esa pretendida nueva ciencia era una mera teorización ociosa y una especulación quimérica (vid. FERNANDO CEPEDAL, J.M.: *Ideología brumarista y Napoleón Bonaparte*, *El Basilisco*, n.º 17, 1994, p. 37).

⁸³⁰ ESTENSSORO, F.: “El concepto...”, cit., pp. 98-101.

⁸³¹ *Ibid.*, pp. 103-105.

⁸³² RICOEUR, P.: *Ideología y utopía*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 5.

Ya en un primer momento se vio la inextricable relación entre ideología y educación, lo que exacerbó la pugna por ganar la pugna pública de las ideas para así influir decisivamente en la generación presente y en las venideras⁸³³. No es de extrañar, pues, que con estas premisas la ideología haya sido un gran campo de batalla en el que se ha visto el hoy y el mañana de la sociedad, lo que lleva casi de manera natural a arrinconar a quienes piensan diferente, tanto si piensan muy diferente, aunque sean pocos sus defensores (a mayor distancia, mayor incomodidad con el pensamiento), si piensan algo muy diferente y son numerosos (a la incomodidad se le añade el desasosiego cuantitativo) como si piensan algo diferente y son numerosos sus adalides (a mayor número, mayor riesgo para el pensamiento preponderante). A lo sumo, se puede tolerar con más ligereza el pensamiento ligeramente diferente asumido por un pequeño número de ciudadanos, pero en el resto de los casos la discriminación está servida con la agravante de que se ejerce por quienes detentan el poder.

En torno a la ideología, la Circular n.º 7/2019, de 14 de mayo, dictada por la Fiscalía General del Estado, puso encima de la mesa una muy interesante polémica acerca de si es admisible la exclusión *nunc et semper* de alguna ideología por razón de su contenido. En concreto, el párrafo sexto del apartado 2.4 (intitulado *Sujeto pasivo de los delitos de odio*) sostiene que una agresión a una persona de ideología nazi o la incitación al odio hacia ese colectivo pueden ser típicas, lo que necesariamente ha de venir por el flanco de la ideología. Algunos autores han expresado su franca disconformidad con esa postura por considerarla abiertamente contraria al sentido que tiene la tipificación de los delitos de odio⁸³⁴, lo que no deja de tener sentido si consideramos que la propia Circular, en el párrafo decimoquinto de su apartado 2.2 (intitulado *Discurso del odio y libertad de expresión*), se da a entender que el discurso de odio surge al calor de varios ismos: fascismo, nazismo, antisemitismo y comunismo.

La solución a ese dilema no es fácil *prima facie* y no podemos recurrir por analogía a la que hemos esbozado para las razas, etnias o religiones mayoritarias, ya que ahora afrontamos el caso de una ideología minoritaria; quienes se decantan por una selección del sujeto pasivo en función de su condición minoritaria encontrarían todavía más problemas para justificar por qué no se debe prohibir ese criterio selectivo ideológico. A nuestro entender, podemos salir airosos de este embate si nos centramos en el sentido del término discriminación, especialmente en lo que tiene de injustificada. Si de lo que hablamos es de prohibir partidos políticos que hagan bandera del nazismo, en tal supuesto no habrá discriminación porque es un objetivo legítimo proscribir aquellas conductas y discursos que buscan conculcar, entre otros, el derecho a la igualdad; si de lo que hablamos es de que quienes se adscriben a esa ideología han de recibir un trato diferenciado en las prestaciones públicas, en tal caso,

⁸³³ HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “Ideología, educación y políticas educativas”, *Revista española de pedagogía*, Año LXVIII, n.º 245, pp. 135-136.

⁸³⁴ GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “La agravante...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Delitos de opinión...*, cit., p. 167. Para la jurista, se trata de un “sinsentido por suponer una tergiversación de su razón de ser desde el punto de vista de sus orígenes históricos”.

evidentemente la ideología no será un criterio permisible. Por ello, quienes abogaren por expulsar a un partido de ideología nazi del arco político no cometerían delito de odio alguno, pero sí que lo harían quienes abogaran por prohibir que el sistema sanitario atienda a los que suscriben esa ideología.

Conviene, a resultas del párrafo anterior, puntualizar que rara vez será admisible prohibir en bloque una ideología porque hemos de ser suficientemente precisos para distinguir sus aspectos incompatibles con ciertos derechos de sus aspectos neutros o incluso favorecedores de esos derechos. Nos podemos imaginar que alguien defienda la ayuda a los más necesitados justificándolo en una ideología que tiene otros componentes inasumibles en nuestro ordenamiento jurídico, y no por ello hemos de concluir inmediatamente que se sostiene la rehabilitación por entero de ese conglomerado ideológico, mucho menos si la respuesta ha de venir del Derecho Penal. Respondemos así a una objeción que apuntamos en sede de libertad de expresión, a saber, que los delitos de odio *lato sensu* introducen una discriminación indirecta porque tienden a aplicarse de manera desproporcionada a individuos que participan de ciertas ideologías; ello no será así porque, si bien su génesis está relacionada con esos ismos ya enumerados, lo hace porque en ellos abundan propuestas diametralmente opuestas a derechos como la no discriminación. Claro está que si una determinada ideología se basa solo en propuestas impracticables será expulsada por completo, pero llegados a este punto no creemos que debamos respetar acríticamente las decisiones de quienes se sitúan voluntariamente al margen del sistema.

Hablar de la ideología impone forzosamente cuestionarnos si podemos distinguirlo de las creencias y, en menor medida (por ser en apariencia más sencillo), de la religión; en caso de pretender dar una respuesta afirmativa, tendremos que brindar en consecuencia los criterios divisores de esos tres términos. Mientras que la diferenciación con la religión se nos presenta más evidente, no acontece lo mismo con las creencias. Así, cuando hablamos de religión, generalmente aludimos al conjunto de creencias relacionadas con la faceta trascendente del ser humano en tanto que interacción con la divinidad⁸³⁵ (y por qué no, de otros seres, aunque su inclusión o exclusión no es determinante a los efectos que nos ocupan), lo que acota con bastante precisión su ámbito, además de que la palabra religión es claramente de cuño muy anterior al de la ideología⁸³⁶.

No obstante, los muros que tendemos a pensar que separan la religión de la ideología no siempre son tan claros como a vista de pájaro pareciera. Primero, porque los criterios categórico y temporal no discurren en líneas separadas, y bien puede suceder que el contenido inicial de un concepto se trasvase en parte a otro posterior y más específico (principio de especialidad). Un ejemplo es la filosofía,

⁸³⁵ Real Academia Española (s.f.). Religión. En Diccionario de la lengua española. Recuperado el 2 de agosto de 2024 en <https://dle.rae.es/religi%C3%B3n>. La cuestión de la trascendencia en ocasiones no da buena cuenta de la relación con la divinidad porque, en pensadores como Espinoza, la divinidad es immanente, pero de manera abrumadoramente mayoritaria la divinidad es un algo diferente del ser humano.

⁸³⁶ Ya Tito Livio la empleaba en su *Ab Urbe Condita*, como es de ver en I, 8 cuando Rómulo convoca un concilio tan solo después de que “se hubieran cumplido los deberes de la religión”.

disciplina que inicialmente aglutinaba una buena parte de los saberes que, con el devenir de los siglos, se han erigido en ramas propias del conocimiento. Segundo, porque de esa interacción con la divinidad no solo surgen preceptos rituales, sino también normas conductuales frente a uno mismo y frente a los demás que configuran un modo de pensar y de vivir encuadrable en las actuales ideologías⁸³⁷, con lo que la división entre religioso y secular se ha difuminado⁸³⁸.

Acerca de la religión, surge la pregunta de si solo puede considerarse como tal la que goza de una cierta estructura organizativa, así como de un cierto cuerpo de ortodoxia y ortopraxis. De solo protegerse a este último grupo, la siguiente pregunta sería si esos grupos, además, han de haber obtenido el reconocimiento jurídico como confesiones religiosas⁸³⁹. En el caso español, ello pasaría por estar inscrito en el Registro de Entidades Religiosas, paso indispensable para ostentar personalidad jurídica de acuerdo con el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. Esta solución, sin embargo, nos parece manifiestamente insatisfactoria porque priva de protección a colectivos que precisamente se encuentren en una situación de especial marginalidad como para ni siquiera merecer el reconocimiento público, incurriendo en una discriminación por indiferenciación al tratar por un igual al que puede y al que no puede acceder a esos mecanismos públicos que dan vida jurídica a la confesión religiosa en cuestión. La determinación de los contornos deberá hacerse, pues, en un procedimiento contradictorio en sede judicial donde se analice *ad casum* la concurrencia de sus requisitos.

Una última cuestión que se ha planteado con la temática religiosa es si ampara a quienes carecen de religión, entendida tanto en términos amplios como estrictos, es decir, a los ateos y agnósticos. La mayoría de la doctrina se ha decantado a favor de que la discriminación hacia esos últimos grupos (y sus integrantes, claro está) se proscribe con la alusión a la religión⁸⁴⁰, pero esa postura no nos parece convincente por incurrir, a nuestro entender, en una *contradictio in terminis*. No sabemos cómo se puede discriminar a alguien por cuestión de su religión cuando precisamente ese alguien no tiene religión, ni tampoco entendemos qué clase de protección se le brinda a un colectivo que se define por su ausencia de religión.

La confusión que creemos detectar en este punto deriva de una inadecuada aplicación a los delitos de odio del contenido de la libertad religiosa consagrada en el artículo 16 CE. La doctrina del TC y la jurisprudencia del TS son unánimes en incluir dentro del artículo 16 CE el derecho a no ostentar

⁸³⁷ SARRAZIN, J.P.: "Religión: ¿sabemos de lo que estamos hablando? Examen sobre la viabilidad de una categoría analítica para las ciencias sociales", *Criterio Libre*, Año 16, n.º 29, 2018, p. 73. No compartimos el criterio de algunos autores (vid. Smith, J.: *Imagining Religion. From Babylon to Jonestown*. Chicago, Chicago University Press, 1982) para quienes la religión es un criterio occidental arbitrario de reciente creación. Es la modernidad la que ha alterado el papel tradicional de la religión y no al revés (vid. SARRAZIN, J.P.: "Religión...", cit., pp. 79-80).

⁸³⁸ DERRIDA, J.: Post-scriptum, en DERRIDA, J. Y VATTIMO, G. (EDS.): *La religión*. PPC Editorial, Madrid, 2005, p. 42.

⁸³⁹ DÍAZ LÓPEZ, J.A.: *El odio discriminatorio...*, cit., p. 304.

⁸⁴⁰ DÍAZ LÓPEZ, J.A.: *El odio discriminatorio...*, cit., p. 305.

religión alguna, sin que ello, como no podría ser de otro modo, tenga consecuencia jurídica adversa alguna para quien opte por esa opción arreligiosa o antirreligiosa⁸⁴¹. No obstante, la religión en los artículos 22.4º y 510 CP se emplea en el sentido de los actos dirigidos contra personas o colectivos por razón de su religión, no por razón del ejercicio de su derecho a la libertad religiosa. Cosa distinta es que, mediatamente, se proteja que esas personas puedan ejercer su derecho a la libertad religiosa asegurando unas condiciones mínimas de paz social y personal, pero una equivalencia entre los preceptos en cuestión y el artículo 16 CP se construye de espaldas a la literalidad del primer bloque. No solo nos referimos a la literalidad sobre que la religión ha de serlo de la víctima (igual que la ideología o las creencias), sino que también lo hacemos a que la alusión a las creencias nos permite una salida más coherente con las palabras que manejamos.

Podría contrargumentarse que esta solución, aplicada a otros campos como la nación, resultaría en una desprotección de los apátridas. Sin embargo, dado que el apátrida siempre será un extranjero porque si no ostenta nacionalidad alguna, tampoco lo hará respecto del país del que se predice esa condición, siempre podremos reconducir esa situación a la xenofobia. Otro tanto podríamos decir de quienes se supone que no tienen ideología o creencia alguna, ya que a lo sumo de lo que estaremos hablando es de que sus ideas o creencias no engrosan el elenco de las principales ideologías o creencias. Incluso la aparente ausencia total de ideologías y creencias es una ideología o creencia porque la persona siempre tendrá una idea o creencia en que hay que vivir sin ese aparato conceptual.

A pesar de todas esas dificultades, y puesto que estamos obligados a dotar de significado propio a los términos religión, creencia, e ideología (arts. 22.4º CP y 510.1 510.2 CP), de todo lo antedicho resulta razonable atribuirle a la religión el aparato de creencias en la divinidad y nuestra interacción con ella, lo que a veces supondrá trascendencia y, a veces, no⁸⁴². En este caso, el criterio cronológico nos permite desgajar de la religión aquello que le ha sobrevenido en el plano de la secularización de la sociedad, sin perjuicio de en muchas ocasiones lo que atribuyamos a la ideología será para una persona religiosa parte de su cosmovisión trascendente y puede incluso que huya de la etiqueta de ideología. Sea como fuere, en el orden práctico, e igual que sucedía con los matices entre nación y etnia, la ideología – o las creencias, que a continuación veremos – es el criterio subsidiario de primer grado al que siempre podemos recurrir, muy concretamente al tratar sobre ideas políticas⁸⁴³.

El tercer elemento en discordia son las creencias, término que sí ofrece *ab initio* un mayor desafío delimitador porque en no pocas ocasiones lo empleamos para en las definiciones de religión o ideología (la religión o la ideología como un conjunto de *creencias*, cada una dentro de su propio

⁸⁴¹ Por todas, vid. STC n.º 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 10º.

⁸⁴² GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “La agravante...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Delitos de opinión...*, cit., p. 166.

⁸⁴³ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., pp. 138-139; GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “La agravante...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Delitos de opinión...*, cit., pp. 166-167.

ámbito de acuerdo con lo dicho *ut supra*). Una solución para salir de esa circularidad o petición de principio pasaría por hablar de creencias *lato sensu*, lo que explicaría su inclusión en definiciones de conceptos de los que tenemos que deslindarlas, y reservando las creencias *stricto sensu* para aquel conjunto no relacionado con cierta temática. Podría llegar a aducirse que estamos ignorando que la tríada ideología-religión-creencias se plantea en el CP mediante la conjunción “o” y que ello puede denotar alternatividad en términos de sinonimia por indiferencia, mas eso no parecería ser compatible con el empleo de esa misma conjunción en otros *quanta* como el odio-hostilidad-discriminación-violencia y el género-aporofobia-enfermedad-discapacidad, donde claramente los constituyentes no son ni mucho menos intercambiables. Esa conjunción apunta más a la ligazón gramatical que permite agrupar ciertos motivos discriminatorios sin que pierdan sustantividad.

Aclarado ese extremo, la creencia entraría en juego en tanto que criterio subsidiario de segundo grado cuando han fallado el religioso y el ideológico, lo que le confiere cierto regusto a criterio residual porque lo que no quepa en él difícilmente cabrá en otra categoría. Esa naturaleza subsidiaria o residual no adolecería, a nuestro entender, de los mismos problemas que la ideología en relación con la nación: aquí no nos enfrentaríamos a una exclusión legal de una acepción (lo que sí ocurriría con la connotación metaestatal de nación), sino simplemente a una dicción legal que conscientemente cubre el espectro de creencias *lato sensu* mediante tres figuras: la religión, la ideología y las creencias *stricto sensu*.

De ser cierto lo que decimos, surgiría entonces la pregunta por el contenido jurídicamente de esas creencias que justifique una respuesta normativa, tanto en el plano penal como en cualquier otro, sobre todo si esa respuesta lo es *contra* o *frente* a alguien que pretenda usarlo como criterio para incurrir en acciones proscritas por el sistema normativo. Lógicamente también será relevante ese umbral mínimo cuando se trate, por ejemplo, de establecer políticas públicas que tengan en cuenta, entre otros, las creencias de la población afectada pero esa relevancia sube enteros cuando se proyecta sobre conductas proscritas, máxime si ignorar la prohibición comporta penas, multas, sanciones o responsabilidad civil.

El especial énfasis en este punto estriba en que la potencial vaguedad semántica de la que adolece el término creencias podría abrir la puerta a que una pléyade de convicciones personales integrara este motivo discriminatorio. Qué duda cabe de que esto puede predicarse de cualquier término de la ley, pero qué duda cabe también de que, a mayor bruma, mayor riesgo de errar el camino. Las implicaciones penales son innegables por cuanto esa indeterminación *ex ante*, tal y como sucedería con la nación, nacionalidad y región, es fuente de desasosiego en la fijación de uno de los elementos del tipo, ya lo sea por en propia sede (artículo 510 CP) o en sede ajena (artículo 22.4º CP). Ello debería conducirnos a ser estrictos en su acotación, pero a su vez hemos de tener en cuenta que

cualquier restricción temática ha de someterse al canon de constitucionalidad de la igualdad ante la ley ex artículo 14 CE, y es que cualquier inclusión genera su hermana exclusiva. Si la hermana es gemela, corremos el riesgo de caer de caer en la paradoja de discriminar con el motivo discriminatorio por razón de una sobre-reacción limitadora y limitante.

Si centramos nuestra atención en su etimología, la amplitud se nos muestra en todo su esplendor. Creencia proviene del verbo creer⁸⁴⁴ mediante la adición del sufijo -entia, que tiene valor de cualidad de aquello de lo que se predica⁸⁴⁵, por lo que la creencia es la cualidad de aquello en lo que se cree. Damos un paso más y nos preguntamos por el origen del verbo creer, palabra proveniente del verbo latino *credere*⁸⁴⁶, lengua en la que se formó a partir de las raíces indoeuropeas *kerd-* y *dhe*, que significan “corazón” y “poner”, respectivamente⁸⁴⁷. Es decir, que creer es poner el corazón en algo y la creencia es el atributo predicable de esa acción. No es de extrañar, pues, que la primera acepción en el DLE de creencia sea “firme asentimiento y conformidad con algo”⁸⁴⁸.

Podría argumentarse que, como mínimo, disponemos de algunos elementos que nos permiten dar algo de firmeza a ese concepto, como lo sería el adjetivo “firme”. Es indudable que la existencia de tal calificativo no puede resultarnos indiferente y que su presencia traza una frontera con todo asentimiento o conformidad de la que el agente no puede reputar esa firmeza, pero en tanto que ese adjetivo lo es de convicciones personales, el grado de rotundidad necesariamente dependerá de un criterio subjetivo. Podemos, y debemos, buscar la mayor objetividad para evitar que el voluntarismo campe a sus anchas, pero nunca desconociendo el material sobre el que se asienta nuestra reflexión.

Aunque no podamos ofrecer asideros interpretativos definitivos, sí que consideramos estar en disposición de hablar sobre lo que a todas luces no puede ser una creencia subsumible en la dicción legal. Desde luego, no toda vez que un individuo o un colectivo principien una oración con un “yo creo” o “nosotros creemos” estaremos irremediabilmente ante una creencia de esas características, y ello porque quizá carezca de la firmeza necesaria o porque se trate de una creencia que, a pesar de su firmeza, se considere insuficientemente tutelable. Se exige, pues, que esa oración venga determinada supere dos listones: uno, que apela al creyente, tiene que ver con la solidez de su creencia, y, otro, que apela al interlocutor, tiene que ver con cuán significativa es tal creencia para ser protegida frente a discriminaciones.

⁸⁴⁴ Real Academia Española (s.f.). Creencia. En Diccionario de la lengua española. Recuperado el 4 de agosto de 2024 en <https://dle.rae.es/creencia>.

⁸⁴⁵ ANDERS, V.: *Diccionario etimológico castellano en línea*. Recuperado el 4 de agosto de 2024 en <https://etimologias.dechile.net/?evidencia#:~:text=%2DEntia%20es%20un%20doble%20sufijo,%3A%20desinencia%2C%20misericordia%2C%20victoria>.

⁸⁴⁶ Real Academia Española (s.f.). Creer. En Diccionario de la lengua española. Recuperado el 4 de agosto de 2024 en <https://dle.rae.es/creer?m=form>.

⁸⁴⁷ ANDERS, V. et alii: *Diccionario etimológico...*, cit. Recuperado el 4 de agosto.

⁸⁴⁸ Real Academia Española (s.f.). Creencia. En Diccionario de la lengua española. Recuperado el 4 de agosto de 2024.

Conviene, antes de proseguir, detenernos sobre otra arista algo espinosa, a saber, si es preciso que la creencia en cuestión contenga ciertas trazas de verosimilitud, a cuyo fin puede resultarnos útil recurrir a la distinción que hicimos en el capítulo anterior entre valores y hechos (la dicotomía *fact-value*). Cuando alguien hace alarde de una creencia, no esperamos que a renglón seguido aporte un sinfín de comprobaciones cuantitativas que atestigüen la adecuación a la realidad de esa convicción⁸⁴⁹. No decimos que no sea posible hacerlo, simplemente decimos que no es imprescindible, e incluso si se nos facilita ese material, el rasero para evaluarla no puede ser el mismo que si alguien pretende convencernos de una teoría científica.

Compartimentamos nuestro conocimiento del mundo en función de si su acceso se acomete mediante el empleo de unas u otras herramientas cognoscitivas. No puede equipararse el conocimiento que tenemos sobre si un objeto nos da buena suerte con el que tenemos acerca de cómo calcular la trayectoria que seguirá ese mismo objeto si lo lanzamos. Hay gente que no alberga duda alguna sobre la existencia de amuletos e incluso se esmerará en exponernos que en tal o cual situación ese objeto surtió el efecto esperado (puede incluso que se nos diga que, solo desde momento, creyó en sus poderes), pero es harto difícil que sea capaz de explicar los mecanismos físicos de causación de dicho resultado, y sin que ello empece lo más mínimo al mantenimiento de esa creencia.

Igual que sucede con la religión, cuya fundamentación ha descansado históricamente en argumentos puramente personales y en otros más tendentes a lo científico, la protección de las creencias no puede ponerse contra las cuerdas del cientificismo. De ser así, pocas o ninguna sobrevivirían a ese escrutinio porque, incluso cuando alguien expresa su creencia en alguna ley científica⁸⁵⁰, pareciera estar trascendiendo los umbrales de la ciencia como método esencialmente falsable para internarse en el territorio de convicciones que podemos mantener sin o de espaldas a esos descubrimientos científicos. Otro tanto sucede con las ideologías, otro terreno donde la propensión a buscar justificaciones “científicas” es frecuente y, en ocasiones, se ha mostrado como una asociación francamente desaconsejable.

Por lo tanto, y si bien el linde entre lo científico y lo acientífico (cuando no anticientífico) no siempre será categórico, el criterio para la tuición de las creencias no ser su proximidad a lo científico. Es más, una interpretación *in bonam partem* de la actividad científica aconsejaría, a los efectos de beneficiarse del paraguas normativo dispensado por las creencias, incluir esa actividad en el elenco de las creencias. Tanto si lo vemos desde la óptica de los axiomas sobre los que descansa parte de la ciencia

⁸⁴⁹ ALEMÁN BERENGUER, R.A.: “Sobre los principios gnoseológicos de Bertrand Russell”, *Naturaleza y Libertad*, n.º 16, 2022, p. 14. La distancia entre hechos y creencias revela que no son intercambiables y que, por ello, pueden existir el uno sin el otro. Incluso para quienes conciben el lenguaje como el creador del mundo será imperativo reconocer que, al haber creado dos vocablos diferentes (hecho y creencia), es de obligado cumplimiento no asimilarlos.

⁸⁵⁰ En la película *Los crímenes de Oxford*, Martin (Elijah Wood) expresa su creencia en el número pi, lo que, más allá de causar la risa generalizada de sus compañeros de aula, da pie a una reflexión por el profesor Arthur Seldom (John Hurt) acerca de la confianza que podemos depositar en las verdades científicas.

como si lo vemos desde la óptica que nos confiere el peso que la estadística tiene en áreas antes impensables como la física⁸⁵¹, no es descabellado afirmar que el quehacer científico tiene un punto inevitable de confianza en que el método científico y su concreción *ad casum* sean los correctos en términos de adecuación con su vara de medir.

Lo que acabamos de decir nos obliga a revisar la preponderancia que le hemos dado a la solidez o firmeza de las creencias unos párrafos más arriba. En toda creencia puede anidar, y bien cupiera decir que es altamente aconsejable que así sea, cierta dosis de incertidumbre motivada por nuestras experiencias pasadas con creencias que hemos desterrado, así como por la constatación de la falibilidad de nuestras diversas formas de conocimiento. Por su propia naturaleza, las creencias tienen propensión a ser refractarias a su comprobación empírica o a brindar justificaciones a partir de seudocomprobaciones, no siendo infrecuente que las discusiones en esta materia se zanden con ciertos mantras vinculados con el respeto a la persona a través del respeto a sus creencias, lo que no deja de esconder una mezcla letal de circularidad y falacia *ad hominem* autorreferenciales (has de respetar lo que digo y has de respetarlo porque yo lo digo).

Las creencias de las que hablamos, pues, no están reñidas con que quien las hace suyas puede albergar dudas sobre su alcance y veracidad. De lo contrario, barreríamos de un plumazo la protección a quienes, en la vida, opten por posiciones más templadas en la defensa de sus convicciones, quizá movidos precisamente por esa convicción en la medida con la que se han de abordar esas creencias. No concebimos que el ordenamiento jurídico haya de exigir una adhesión inquebrantable cercano al fundamentalismo a una o varias creencias como requisito *sine qua non* para su amparo. Lo mismo podría decirse de otros motivos discriminatorios como la nación, la etnia o el antisemitismo: incurrir en esa causa de discriminación no presupone que el sujeto pasivo sea un ferviente defensor de su patria, de su etnia o de su pertenencia al pueblo judío.

6.2.8. *Sexo y razones de género*

Al tratar sobre la evolución legislativa del artículo 22.4º CP, tuvimos ocasión de apuntar algunas cuestiones que la ampliación a “razones de género” suscitó la reforma de LO 1/2015. Este último motivo es el que, seguramente, mayor ha dado de qué hablar en el ámbito doctrinal y jurisprudencial a la vista, por cuanto supone una novedad respecto del tradicional motivo del sexo cuyos contornos aún están por precisar a partir de la aplicación que se le vaya dando⁸⁵². La vinculación, no obstante, con el

⁸⁵¹ ALEMÁN BERENGUER, R.A.: “Sobre los principios...”, cit., pp. 17-18.

⁸⁵² El interés que en la literatura jurídica ha despertado este tipo de discriminación no es ajena a la producción académica que, en general, ha tenido la temática del sexo, género y orientación sexual en los últimos tiempos. Una visita a prácticamente cualquier librería con un cierto fondo bibliográfico revelará una sección específicamente dedicada a los estudios de género.

sexo es indiscutible y, con independencia de que no sean términos equivalentes⁸⁵³, esa interconexión nos ha llevado a aunarlas. Y es que el género se ha definido a partir del sexo, en el sentido de los roles, funciones, hábitos competencias, propiedades o atribuciones que adscribimos a uno u otro sexo, y que hacen de este un fenómeno social y no solo biológico⁸⁵⁴.

No sorprende la incorporación en la agravante de dos motivos que, con independencia de los márgenes propios en los que se desenvuelvan, responden a una clara teleología de liquidar el sexismo proscribiendo conductas que beban de sus caducas fuentes. La sumisión de la mujer al hombre ha sido durante siglos un rasgo distintivo de la mayor parte de las culturas a nivel mundial⁸⁵⁵, sin que la europea haya sido en modo alguno una excepción, empezando dicha sumisión en la esfera familiar y siendo la poca presencia de la mujer en lo público un reflejo de esos patrones conductuales interiorizados⁸⁵⁶. Nuestro país, en línea con la tendencia de los que nos circundan, ha venido aprobando en las últimas décadas una batería de reformas legislativas cuyo propósito es el de asegurar que la no discriminación por razón de sexo o género se convierta en una realidad, tanto en el plano formal como en el plano material o real, y ciertamente el Derecho Penal no podía ser ajeno a ello cuando se trata de las conductas que afectan a bienes jurídicos de primer orden. Toda persona es libre de seguir los dictados tradicionales del género adscrito a cada sexo, pero ello no puede ser una obligación, ni tampoco singularizarse como motivo de una acción ilícita.

Acerca de la irrupción del Derecho Penal en esta materia, es importante señalar que supone una ruptura con la concepción tradicional de que lo que ocurre dentro del hogar – que es donde hemos dicho que se generan la mayoría de las dinámicas sojuzgadoras – ha de permanecer en la estricta esfera

⁸⁵³ Una de las pioneras en la escisión de sexo y género fue Simone de Beauvoir, que acuñaría la célebre frase de “no se nace mujer, se llega a serlo” (vid. DE BEAUVOIR, S.: *Le deuxième sexe*, vol. II, Gallinard, París, 1976, p. 13). Más allá de lo que pudiera tener de eslogan, y de que la filósofa luego desarrollaría este punto con sus debidos matices, expresa la contingencia de los rasgos adscritos a la mujer (y, por efecto reflejo, al hombre).

⁸⁵⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El discurso...*, cit., pp. 141-142; GOINHEIX COSTA, S.: “Notas sobre la violencia de género desde la sociología del cuerpo y de las emociones”, *Revista Latinoamericana de Estudios sobre Cuerpos, Emociones y Sociedad*, Año 4, n.º 8, p. 45.

⁸⁵⁵ Rey Martínez describe la discriminación sufrida por la mujer como “la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que más formas ha revestido (desde la simple y brutal violencia hasta los más sutiles comportamientos falsamente protectores –se trata mejor a las mujeres porque se las considera más débiles), la que afecta al mayor número de personas (las mujeres no son una minoría, sino la mayoría social) y la más primaria porque siempre se añade a las demás discriminaciones (combinando diversas formas de discriminaciones múltiples)”. Vid. REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., p. 185).

⁸⁵⁶ Al respecto, vid. la reveladora exposición que hace Gómez Martín sobre cómo la esfera jurídica ha reflejado fielmente esa dominación familiar y social (vid. GÓMEZ MARTÍN, V.: *Incitación al odio...*, cit., pp. 18-20, junto con su abundante aparato de notas). Así, aunque la violencia de género puede darse tanto dentro como fuera del ámbito doméstico, es aquí donde encuentra su mayor expresión no solo cuantitativa, sino cualitativa, ya que ahí se tiende a fraguar la interiorización por la mujer de su rol inferior (vid. GOINHEIX COSTA, S.: “Notas...”, cit., p. 44). A lo dicho por Gómez Martín, añadiremos que, en la apertura del año judicial de 1954, el Excmo. Sr. D. José Castán Tobeñas, Presidente del Tribunal Supremo, abogó por mantener el sometimiento ordinario de la esposa al marido, sin perjuicio de mejorar los derechos de aquella en el ámbito patrimonial (vid. SEVILLA GONZÁLEZ, M.C.: *Igualdad jurídica...*, cit., p. 34). Es de nota el tono laudatorio que ese discurso recibió por autores como Camargo Hernández, quien en su recensión a ese texto dijo que era alentador que en España el feminismo no hubiera tenido las manifestaciones “apasionadas y hasta extravagantes” que había tenido en otros países (vid. CAMARGO HERNÁNDEZ, C.: Castán Tobeñas, José: “Los derechos de la mujer y la solución judicial de los conflictos conyugales”, Madrid, 1954, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículo 3, pp. 574-575).

de lo privado, actos violentos como el uxoricidio incluidos⁸⁵⁷. No obstante, hace tiempo que la sociología advirtió que, tras esa aparente relación *particular* agresor-víctima se esconde una perpetuación estructural de un determinado entendimiento sobre las relaciones entre hombres y mujeres⁸⁵⁸. En la década de 1980, BROWNMILLER emprendió un estudio que, para su sorpresa, afloraría el profundo impacto que las agresiones sexuales generaban en las mujeres que, a pesar de no haberlas sufrido en carne propia, sí que conocían a víctimas de estos delitos; en su estudio también abordaba la violencia contra las mujeres en diferentes conflictos armados, concluyendo que respondía a una instrumentalización con fines de sumisión⁸⁵⁹. Tal y como sintetiza GÓMEZ MARTÍN: “la violencia de género nunca es algo privado, sino público; el hombre y la mujer se encuentran en pie de igualdad; y, por último, la concepción atávica del “auténtico hombre” autoritario y violento no es defendible en el marco de una sociedad democrática”⁸⁶⁰.

Si trasladamos todas esas reflexiones al ámbito de las agravantes de sexo y razones de género, tenemos un panorama menos claro de lo que podría pensarse de antemano. Hasta la aparición de las razones de género, todo caso en el que se detectara una discriminación hacia la mujer (entiéndase como sexo o género) o bien una incitación a la discriminación, la hostilidad o violencia hacia ella (de nuevo, indistintamente como sexo o género) se había reconducido a la agravante del sexo *ex* artículo 22.4º CP o al sexo como motivo *ex* artículo 510 CP⁸⁶¹. Se desliza inevitablemente la pregunta acerca de la necesidad del desdoblamiento que ahora tenemos y, en aras de brindar una respuesta, hay que distinguir entre el plano teórico y el práctico.

Sobre el primero, la incorporación del género adicionalmente al sexo nos parece imprescindible para dar cuenta de que, en la mayoría de las ocasiones, las mujeres son objeto de discriminación, hostilidad o violencia no tanto por sus características biológicas, sino por no ceñirse al papel que se les presupone por algunos por ser mujeres. El Código Penal no es un libro de texto para que la ciudadanía aprenda este tipo de distinciones, ni tampoco el catecismo de ninguna confesión religiosa, pero

⁸⁵⁷ GÓMEZ MARTÍN, V.: “Incitación...”, cit., pp. 20-21. Por otro lado, la doméstico-familiar y de parentesco es una de las cuatro esferas en las que se despliega la desigualdad social (vid. ELÓSEGUI ITXASO, M.: “Por un nuevo estado social innovador en equidad de género”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 45, p. 69). En puridad, la versión conservadora a la que se anudan esos roles de género no delega ni relega estas cuestiones al ámbito privado al estilo *laissez-faire*, sino que el Estado activamente las fomenta por ser la familia uno de sus pilares (ibid., pp. 71-72). En lo tocante a los Estados donde prima lo liberal por encima de lo conservador, es indiscutible que surgieron en un ambiente donde la confesionalidad estatal (principalmente en Europa) o el poder de las confesiones religiosas (principalmente en Estados Unidos) aseguraban un mantenimiento del estatus quo bajo los ropajes de una libertad formal, que además en muchos casos estaba cercenada por la desigualdad formal. Solo con el modelo de la socialdemocracia se superó este callejón sin salida, que antes tampoco había logrado superar la crítica marxista tal y como expone Elósegui Itxaso (ibid., pp. 74-76).

⁸⁵⁸ MILLETT, K.: *Política sexual*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1995, p. 100; DE MIGUEL ÁLVAREZ, A.: “La construcción de un marco feminista de interpretación: la violencia de género”, *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 18, p. 238; MAQUEDA ABREU, M.L.: “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 8, p. 2.

⁸⁵⁹ BROWNMILLER, S.: *Against Our Will: Men, Women, and Rape*, Ballantine Books, Nueva York, 1993, *passim*, pp. 283-308.

⁸⁶⁰ GÓMEZ MARTÍN, V.: “Incitación...”, cit., p. 22.

⁸⁶¹ Véanse los casos del imán de Reus (SJP n.º 3 Barcelona, de 12 de enero de 2004) y de la Agrupación social independiente (SJP n.º 7 de Palma de Mallorca, de 10 de diciembre de 2012). GÓMEZ MARTÍN, V.: Incitación al odio..., cit., p. 23; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S.: “El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n.º 12 pp. 215-219.

tampoco puede ser un instrumento normativo ajeno a los avances en materia de igualdad y no discriminación. No concebimos como suficiente mantener un determinado estatus quo léxico solo *porque funciona*, ya que en ocasiones esa mera funcionalidad debe ceder ante otros criterios que no empeoran el escenario previo y, además, le dotan de una mayor precisión semántica.

Precisamente al desplegar una agravante específica por razones de género podemos comprobar cuántas de las situaciones adversas que han de sufrir las mujeres son completamente ajenas a la fisiología por responder solo a la antropología y la sociología de la familia, así como de las relaciones interpersonales en un sentido más amplio. De este modo, podemos reservar el motivo del sexo para las solas ocasiones en las que verdaderamente se actúa con base en esta causa⁸⁶², y que ya hemos visto antes que esencialmente se reconducirán al embarazo⁸⁶³. Además, la inserción del género es también beneficiosa para los hombres que no se ajustan al patrón de conducta asociado culturalmente al sexo masculino, y que por razón de ese apartamiento de la convención han de sufrir el azote de quienes entonan el “*o tempora, o mores*” con virulencia tal como para erigirse en conducta penalmente relevante.

En el orden práctico, pocas dudas caben de que el sexo estaba operando como una categoría imán que era capaz de atraer hacia sí lo que era sexo *stricto sensu* y aquello que se asociaba con él, especialmente desde la vertiente femenina⁸⁶⁴. No obstante, ese carácter multifuncional del sexo no podía esconder que, en muchos casos, estábamos ante acciones en las que la conducta antinormativa no era fruto en puridad del sexo, sino de patrones que asociamos a él, de tal suerte que no se atacaba al colectivo por un entero, sino a aquellas personas que no exhibían esos estándares de conducta esperados. Por ello, hablar de género en el orden práctico también ayuda a distanciarlo – aunque no desacoplarlo – discursivamente del sexo y hacer hincapié en todo aquello que excede con creces de los meros atributos diferenciadores del sexo.

Ello ayudará a resolver más coherentemente casos como el de un padre o una madre que propina una paliza a su hija porque esta manifiesta su deseo de estudiar, desarrollar una carrera profesional y no ceñirse únicamente a sus deberes domésticos, ya que ciertamente la lesión no está motivada porque su

⁸⁶² REBOLLO VARGAS, R.: “La agravante de discriminación por razón de sexo y su fundamento”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 23, p. 4.

⁸⁶³ Gómez Martín plantea que un grupo de casos en el que el género tendría mayor presencia son las campañas publicitarias abiertamente sexistas, de las que la historia no tan remota de nuestros medios audiovisuales da buena cuenta (vid. GÓMEZ MARTÍN, V.: “Incitación...”, cit., pp. 24-25). Compartimos este punto de vista por cuanto esa será un área propicia por la fuerza que tendría un mensaje de ese tipo, pero creemos que su radio de acción es mayor si descargamos al sexo de todo lo que no es estrictamente tal.

⁸⁶⁴ Parte de la doctrina había apostado por la inclusión del género como una alternativa a la regulación de la violencia de género en tipos específicos (vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B.: “La agravante genérica...”, cit., p. 7, con cita del sector que defendía esta postura). Por su parte, Díaz López abogaba por interpretar restrictivamente la alusión – por aquel entonces – solo al móvil sexual en el sentido de que se exigiría un ataque a los roles de género siempre y cuando con ello se atacara también a alguien seleccionado por su condición biológica de hombre o mujer (vid. DÍAZ LÓPEZ, J.A.: *El odio discriminatorio...*, cit., p. 316).

sujeto pasivo sea mujer (lo que suena contraintuitivo), sino que lo hace por no ceñirse a los patrones que de ella espera, al menos, su progenitora. Lo mismo sucederá si el sujeto pasivo es un hombre y el motivo de las lesiones es que pretende ser él quien se ocupe de las tareas del hogar y que su mujer sea quien lleve el pan a casa⁸⁶⁵. Asimismo, en sede de discurso de odio el género también tendría la virtualidad de proscribir todo mensaje destinado a avivar el brasero de la discriminación, la hostilidad o la violencia.

Los ejemplos que acabamos de proponer no los hemos elegido al azar, sino que están conscientemente diseñados para tratar la condición del sujeto pasivo en la agravante de género. El entendimiento mayoritario es que solo puede serlo la mujer porque esta reforma se incardina dentro de la lucha contra la violencia de género, entendida esta como la que tiene al hombre por sujeto activo y a la mujer por sujeto pasivo en el marco de una relación actual o pretérita de pareja⁸⁶⁶, según hemos analizado al hablar sobre la LO 1/2004. No consideramos que esta haya de ser la pauta interpretativa que guíe la aplicación ni de la agravante *ex* artículo 22.4º CP ni del móvil *ex* artículo 510 CP, y ello por tres motivos. El primero, que la literalidad de sendos preceptos no permite fácilmente una exégesis que orille de tal modo la tuición en otros contextos, y por contextos hemos de entender sujetos que quedarían completamente desamparados por una aplicación que estimamos discriminatoria sin razón ni base alguna. No se ofrece una protección siquiera comparable (esencialmente, porque no se protege) a los sujetos pasivos de nuestros dos ejemplos, y ello por una remisión a una norma aprobada 11 años antes. Incluso si atendemos lo dicho en el Preámbulo de la LO 1/2015 en los dos primeros párrafos de su apartado XXII, se alude a un pasaje del Convenio de Estambul que refiere los roles de género de hombres y de mujeres.

El segundo motivo es que la coordinación entre las razones de género de los artículos 22.4º y 510 CP se vuelve imposible si pretendemos alcanzar la coherencia. No concebimos que la incitación al odio, la discriminación, la hostilidad o la violencia de la que nos habla el último artículo haya de interpretarse como una incitación que parta de quien ha mantenido una relación conyugal o análoga y que haya de dirigirse a quien es o haya sido su cónyuge o persona vinculada por análogo vínculo. Recordemos que el género también entra en el elenco del artículo 510 CP mediante la misma reforma que lo inserta en el 22.4º CP, y es manifiestamente innecesario introducir más confusión y más asimetrías

⁸⁶⁵ Marín de Espinosa Ceballos interpreta que la STS 402/2018, de 25 de septiembre, en el sentido de negar que el sujeto pasivo pueda ser un hombre cuando de género se trata.

⁸⁶⁶ A nivel doctrinal, vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B: “La agravante genérica...”, cit., p. 19. Por su parte, García Álvarez, por un lado, y Olaizola Nogales prescinden de la relación actual o extinta, pero mantienen que el sujeto pasivo ha de ser una mujer (vid. GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “La agravante...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Delitos de opinión...*, cit., p. 175; SEOANE MARÍN, M.J. / OLAIZOLA NOGALES, I.: *Análisis de la circunstancia agravante...*, cit., pp. 459 y 463). Sobre lo inadecuado de ahondar en la violencia de género como aquella encuadrada en el ámbito sentimental, vid. LARRAURI PIJOAN, E.: *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007, p. 48. A nivel jurisprudencia, por todas, vid. la SAP A Coruña, Sección 1ª, n.º 198/2017, de 2 mayo: La agravante tiene como finalidad evitar toda conducta que entrañe una discriminación de la mujer que sea o haya sido la esposa o la compañera sentimental del autor, lo que nos lleva a entender que la circunstancia es de carácter eminentemente subjetivo.”

hermenéuticas a las imprescindibles por el principio de taxatividad dada una cierta formulación legal, máxime en una materia atravesada por una dosis casi consustancial de indeterminación.

El tercer motivo radica en que la norma más reciente que habla sobre el género, Ley 4/2023, no distingue, en su artículo 3.j, entre hombres y mujeres al hablar de la expresión de género, por lo que se deshace así el argumento que entiende el género como toda alusión al adherido al sexo femenino. Asimismo, en su artículo 3.a tampoco distingue entre la discriminación por expresión de género cuando la víctima es hombre o mujer, por lo que pretender distinguir ahora en la aplicación del artículo 22.4º o del artículo 510 CP carecería de todo tipo de norma de cobertura o interpuesta a la hora de acometer tal distinción. Se nos podría decir que esa norma de cobertura o interpuesta sería la LO 1/2004 o la LO 3/2007 al hablar de violencia de género, pero no podemos compartir ese parece porque nada se dice en el articulado de esos dos preceptos como para estar y pasar por esa diferenciación; cabría objetarnos que la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 sí habla de la agravante en el marco de la violencia de género, pero más allá de negarle efecto vinculante a la Exposición de motivos – sobre todo cuando conduce a resultados a nuestro parecer inconstitucionales –, esa Exposición de Motivos también alude a la violencia doméstica y ello obligaría en cualquier caso a una reformulación del entendimiento doctrinal y jurisprudencial.

De esta manera, la alusión al sexo tanto en la agravante genérica como en el artículo 510 CP queda confinada en sus justos términos y se refiere a esos atributos físicos tanto de hombres como mujeres⁸⁶⁷, sin que compartamos la postura que atribuye solo al sexo femenino la condición de sujeto pasivo⁸⁶⁸; no nos cansaremos de insistir en que la estadística no determina la titularidad de derechos. Lo mismo predicamos de la agravante genérica por razón de género y en el móvil del artículo 510 CP, que tanto se aplicará cuando el sujeto pasivo sea hombre o mujer. Solo con esta aproximación creemos colmar las exigencias del principio de legalidad y de aplicación homogénea y simétrica de una dicción idéntica en dos preceptos aprobada por una misma ley.

La cuestión de la autodeterminación de género⁸⁶⁹ ex Ley 4/2023, de 28 de febrero, plantea un interrogante que ha de resolverse antes de pasar a otro móvil discriminatorio. Dado que la apariencia física ya no es un criterio para saber quién es hombre o mujer, ni tampoco quién se adscribe a ciertos patrones asociados a cada sexo, podría suceder que se cometiera un delito contra alguien creyendo erróneamente que sí pertenece al colectivo que se busca atacar, y otro tanto se diría de las invectivas

⁸⁶⁷ DÍAZ LÓPEZ, J.A.: *El odio discriminatorio...*, cit., p. 313; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B.: “La agravante genérica...”, cit., p. 8; REBOLLO VARGAS, R.: “La agravante...”, cit., p. 4; QUINTERO OLIVARES, G.: “Circunstancias agravantes”, en EL MISMO (DIR.): *Comentarios...*, cit., p. 302. Este último autor señala que, si bien no será en la mayoría de los casos, esta agravante ampara también a los hombres como víctimas. Vid. también la ya citada STS n.º 420/2018.

⁸⁶⁸ LAURENZO COPELLO, P.: “La agravante...”, cit., p. 18; GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “La agravante...”, en DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (DIRS.) / DE PABLO SERRANO, A. (COORD.): *Delitos de opinión...*, cit., p. 173.

⁸⁶⁹ Con ello, nos referimos a posibilidad que tiene la persona para cambiar la mención del sexo y el nombre con los que consta en el Registro Civil solo con su voluntad (vid. NAVARRO MARCHANTE, V.J.: “La autodeterminación de género en la legislación trans en España”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 15, p. 417).

contra alguien que se cree integrante del colectivo diana. En cualquiera de esos casos, no consideramos que esa falsa representación haya de tener incidencia alguna por cuanto resultaría de plena aplicación en sendas situaciones la discriminación por error.

6.2.9. *Identidad y orientación sexual*

Dentro de este grupo, la protección del colectivo LGTBI constituye una verdadera revolución si lo comparamos con su criminalización y persecución hace no tantos años en nuestro país⁸⁷⁰. No está de más recordar que la Ley de 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social, preveía en su artículo 2.3 que los que realizaren actos homosexuales serían declarados en estado peligroso, y se les aplicarían las correspondientes medidas de seguridad y rehabilitación. Tampoco está de más exponer que los actos homosexuales compartían cartel con toxicómanos, ebrios habituales, proxenetas, meretrices y promotores de la pornografía, entre otros. En cuanto a las medidas de seguridad y rehabilitación que se les podrían imponer a los homosexuales, el artículo 6.3 de la misma norma preveía dos: (i) internamiento en un establecimiento de reeducación, y (ii) prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe o de visitar ciertos lugares o establecimientos públicos, y sumisión a la vigilancia de los delegados⁸⁷¹. En otros países, la situación no es tan halagüeña y persiste la criminalización en mayor o menor grado⁸⁷².

La jurisprudencia del TEDH ha sido constante en las últimas décadas en la protección del colectivo LGTBI, e incluso se observa una creciente tuición hasta llegar a *Lenis* y *Hanovs*, muy en línea con el amparo dispensado por la RPG n.º 15. En el caso particular de los transexuales, el TEDH declaró en *S.V. c. Italia*, de 11 de octubre de 2018, que el Estado italiano había vulnerado el artículo 8 CEDH al obligar a que el cambio de sexo en el Registro Civil estuviera precedido por una cirugía⁸⁷³. A nivel comunitario, en su sentencia de 5 de junio de 2018 (asunto C-673/16, *Relu Adrian Coman y otros/Inspectoratul General pentru Imigrari y otros*), el TJUE resolvió que no podía limitarse la libre circulación de personas solo porque un ciudadano comunitario y otro no comunitario fueran un matrimonio (o relación análoga) homosexual. Por su parte, el TC resolvió en su sentencia n.º 198/2012, de 6 de noviembre, que el matrimonio homosexual era constitucional. Sobre la

⁸⁷⁰ REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., p. 361.

⁸⁷¹ Sobre el tratamiento jurídico de la homosexualidad durante la dictadura y hasta su superación constitucional, vid. TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Homofobia y ley penal: la homosexualidad como paradigma de peligrosidad social en el Derecho penal español (1933-1995)”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 1, pp. 63-102. También puede leerse un estudio sobre esa evolución, tanto nacional como internacional, en REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., pp. 358-361.

⁸⁷² A nivel internacional, puede consultarse el estado de la cuestión en https://ilga.org/wp-content/uploads/2024/05/Laws_On_Us_2024.pdf.

⁸⁷³ Vid. párrafo 75. La demanda también alegaba la vulneración del artículo 14 CEDH, pero el Tribunal no entró a valorarla por haber estimado ya la infracción del artículo 8 (vid. párrafo 77). Esta línea jurisprudencial ha tenido continuidad en *X e Y c. Rumanía*, de 19 de enero de 2021 (vid. párrafo 165).

transexualidad, su sentencia n.º 67/2022, de 2 de junio de 2022, el Tribunal afirma que la identidad de género está relacionada tanto con el libre desarrollo de la personalidad como con la dignidad humana⁸⁷⁴.

Todos estos pronunciamientos muestran cómo no solo la orientación sexual heterosexual ha de ser considerada la única normativa, así como que tampoco ha de descuidarse la cobertura legal para quienes optan por cambiar de sexo. Resulta consustancial a este panorama que tomar en cuenta la orientación sexual – frecuentemente, toda la que no sea heterosexual – y tornarla en móvil discriminatorio haya de estar proscrito, y ello a pesar de que no figure como tal en nuestro texto constitucional. Algunos han visto una supuesta formulación tan amplia de la “orientación sexual” que sería una vía por la que podrían incluirse el celibato, la promiscuidad, la prostitución y la pederastia⁸⁷⁵. Ante comentarios así, solo nos queda decir que en ocasiones se lleva demasiado lejos el mantra según el que la ley adolece de concreción⁸⁷⁶.

Al igual que para la religión, conviene que nos preguntamos si es necesario que se materialice un cambio registral de sexo para que opere esta causa discriminatoria. No lo reputamos *conditio sine qua non* siempre que el sujeto activo conozca la intención del sujeto pasivo de efectuar ese cambio y acometa una acción típica agravada por tal motivo, o bien realice algunas de las acciones típicas del artículo 510 CP. Lo excluiríamos, pues, del encuadraríamos como discriminación por error o por asociación siempre que el sujeto activo supiera a ciencia cierta que no ha alterado su sexo registral, pero no pudiera escudarse en ello en la medida en la que conoce perfectamente lo que el Registro Civil todavía no recoge. De otro modo, tampoco se ampararían los casos en los que se ha cursado la solicitud, pero todavía no se ha aprobado, solución que nos parece poco convincente por la laguna de impunidad que generaría la exigencia de iniciar un trámite administrativo o la espera mientras se tramita⁸⁷⁷. Como mecanismo de último recurso sí cabría reconducirlo a una discriminación por error, pero insistimos en que no suscribimos el formalismo que llevaría a tal aserto por cuanto en muchas ocasiones la protección de los estadios previos al Registro sirve para una correcta y libre formación de la voluntad de quien pretende acceder a tal rectificación registral.

⁸⁷⁴ Vid. FJ 4º, párrafo cuarto.

⁸⁷⁵ ABEL SOUTO, M.: “La constante reforma de la agravante de odio o de obrar por motivos discriminatorios”, en MENDOZA CALDERÓN, S. / SÁNCHEZ RUBIO, A. (DIRS.): *El discurso del odio...*, cit., p. 379, con cita de quienes comparten este planteamiento en la nota 114, y con quienes discrepan de ella en la cita 113.

⁸⁷⁶ Sobre la definición de orientación sexual, y por si alguien dudara si permite incluir la prostitución o la pederastia, nos remitimos a lo dicho por la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos (vid. p. 5) en <https://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/11/orientaci%C3%B3n-sexual-e-identidad-de-g%C3%A9nero2.pdf>; asimismo, traemos a colación lo dicho por la *American Psychological Association* en <https://www.apa.org/topics/lgbtq/sexual>; vid. también REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., p. 357.

⁸⁷⁷ No desconocemos que la rectificación del sexo registral tiene carácter constitutivo y no declarativo (artículo 46.1 LO 4/2023), pero entendemos que esa irretroactividad ha de ceder frente al conocimiento de la situación subyacente por parte del sujeto activo.

6.2.10. Enfermedad y discapacidad

Ambos motivos comparten epígrafe no porque sean idénticos, algo que ya hemos dicho *ut supra*, sino porque tienen suficiente relación como para así hacerlo. Desde un punto de vista léxico, la enfermedad se caracteriza por la alteración, en un ser vivo, de todas o parte de sus funciones orgánicas⁸⁷⁸; por su lado, la discapacidad se define por la situación de quien que, por sus condiciones físicas, sensoriales, intelectuales o mentales duraderas, encuentra dificultades para su participación e inclusión social⁸⁷⁹. A nivel normativo, el artículo 1 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 nos ofrece una definición parcial de la discapacidad porque responde más a sus efectos al decir que “incluyen a aquellas [personas] que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.” Por su parte, el artículo 2.a del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, la define como la situación “que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”

A nivel jurisprudencial, los pronunciamientos del TEDH, el TJUE, el TC y el TS⁸⁸⁰ apuntan en esa misma línea e inciden que de la discapacidad debe predicarse la nota de permanencia, o como dice, el Real Decreto transcrito parcialmente, aquella previsible permanencia. La medicina y todas sus ramas aparejadas (v.gr. la biotecnología) han avanzado a pasos agigantados en las últimas décadas, y no sería descartable que en el futuro cercano el ingenio humano diera con nuevos modos de sortear lo que hoy es insalvable. Es más, deseamos que así sea, pero la esperanza del mañana no puede cerrar el paso a la imprescindible protección del hoy. El rasgo distintivo de la enfermedad en comparación con la discapacidad es, pues, una alteración en términos patológicos, mientras que el rasgo distintivo de la discapacidad en comparación con la enfermedad es la dificultad que la situación comporta para participar en la vida social; la discapacidad tiene, en consecuencia, una proyección *ad extra* que no es imprescindible en la enfermedad⁸⁸¹. De ahí que REY MARTÍNEZ destaque lo mucho que tiene la discapacidad de constructo social, de estigma, en el que se asimila al discapacidad con el incapaz, asociación palmariamente falsa⁸⁸². Que deba ser permanente no empece a esa conclusión porque la

⁸⁷⁸ Real Academia Española (s.f.). Enfermedad. Diccionario de la lengua española. Consultado el 14 de octubre de 2024 en <https://dle.rae.es/enfermedad>. Vid. la primera acepción.

⁸⁷⁹ Real Academia Española (s.f.). Discapacidad. Diccionario de la lengua española. Consultado el 14 de octubre de 2024 en <https://dle.rae.es/discapacidad>. Vid. la primera acepción.

⁸⁸⁰ Para un análisis de la jurisprudencia en esos diferentes niveles, vid. MILIOS, G.: “El derecho a la no discriminación por motivo de discapacidad: la compleja coexistencia de la normativa y jurisprudencia nacional y supranacional”, *Derechos y Libertades, Época II*, n.º 47, pp. 246-253.

⁸⁸¹ MILIOS, G.: “El derecho a la no discriminación...”, cit., p. 247.

⁸⁸² REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., p. 333.

irreversibilidad aflora solo un criterio temporal, pero nunca ontológico, siendo esta una discriminación particularmente lesiva porque, a diferencia de otras causas, se funda en una condición física o mental que de por sí limita la capacidad de quien la sufre para una vida social – y en ocasiones también personal (piénsese en una persona tetrapléjica o, peor aún, pentapléjica) – plena.

ABEL SOUTO ha defendido que, en muchos casos, la situación de enfermedad y discapacidad se moverá más en el terreno de la agravante de abuso de superioridad que en el de alguno de estos dos móviles discriminatorios⁸⁸³. Efectivamente, habrá de deslindarse cuándo se está en uno u otro caso, pero siempre habrá de incardinarse en la discapacidad a partir de que el móvil sea singularizar a la víctima o al colectivo por razón de compartir esas características, ya que de otro modo se reconduciría prácticamente todo supuesto al abuso de superioridad si solo dependiera de advenir la ausencia de discapacidad o enfermedad en el sujeto activo. Actuar movido por la discapacidad partirá, casi genéticamente, de una situación en la que física o mentalmente el sujeto activo podrá prevalerse de ese estatus, pero la discriminación por este motivo va más allá, por cuanto una cosa es *aprovecharse de* (abuso de superioridad) y otra actuar *con base en* (agravante o motivo discriminatorio). La protección específica de la discapacidad no puede relegarse a una porción residual si consideramos la normativa concreta aprobada a nivel internacional, como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a la que la UE se adhirió el 26 de noviembre de 2009, y en España disponemos de normas como la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013⁸⁸⁴.

Sobre la discapacidad, es importante ver cómo se conjuga el párrafo segundo del artículo 6.1a de la Ley 15/2022 con el móvil discriminatorio, especialmente con el artículo 510 CP por la incitación a esa discriminación. Ese precepto recoge como discriminación directa “la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad. A tal efecto, se entiende por ajustes razonables las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.” Cabe plantearse si, por ejemplo, sería típica *ex* artículo 510 CP la defensa pública (v.gr. una Junta de Propietarios) de que las personas con discapacidad no cuenten con un ascensor en las comunidades de propietarios en las que vivan⁸⁸⁵. Bajo nuestro prisma, si únicamente se manifestara una discrepancia con la norma que impone esas medidas, no debería acudir al artículo 510 CP; cosa distinta sería que la alocución

⁸⁸³ ABEL SOUTO, M.: “La constante reforma...”, en MENDOZA CALDERÓN, S. / SÁNCHEZ RUBIO, A. (DIRS.): *Delitos de opinión...*, cit., p. 380.

⁸⁸⁴ Para formarse un criterio cabal de la relevancia normativa de la discapacidad, vid. el elenco legislativo en <https://www.rpdiscapacidad.gob.es/discapacidad-derechos-humanos/normativa-sobre-discapacidad.htm>.

⁸⁸⁵ Por otro lado, este acuerdo sería nulo *ex* artículo 10.1b de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal.

excediera de esa discrepancia y se insertara expresamente de lleno en un discurso más amplio sobre el relegamiento de las personas con discapacidad.

En relación con la enfermedad, se ha planteado qué enfermedades concretas deberían integrar el motivo discriminatorio⁸⁸⁶. No creemos que ese sea el enfoque más adecuado porque estaríamos limitando *ex ante* lo que la norma no concreta, por lo que cerrar artificialmente en la práctica lo que en la dicción legal no se ha hecho sería altamente disfuncional. Hemos notado más arriba que la inclusión de la enfermedad traía causa de la preocupación por las discriminaciones en atención al VIH/SIDA, pero ni siquiera en esta tesitura se individualizaron tales enfermedades concretas. A nuestro entender, es imprescindible un estudio casuístico donde lo que prime sea investigar *ad casum* si el uso de cierta enfermedad responde a un ánimo discriminatorio que persigue atacar la norma y su bien jurídico, sea el 22.4º o el 510 CP.

En penúltimo lugar, hemos de aplicar aquí el criterio antiformalista que se desprende de las soluciones dadas a algunas dudas interpretativas, y que seguiremos aplicando en lo sucesivo. Surge, en sede de enfermedad y discapacidad, la pregunta por si ambas circunstancias han de estar reconocidas oficialmente cuando hay un sujeto pasivo concreto contra el que se actúa, siempre como representante del colectivo. De nuevo, la respuesta ha de ser a nuestro entender que no porque entendemos que ha de primar el fondo sobre la forma y, si en el juicio concreto se advierte alguna de esas dos cuestiones, la agravante y el móvil discriminatorio cabrán sin ningún género de duda.

Por último, y no por ello menos importante, hemos de cuestionarnos si – desde la óptica vulnerable moderada expuesta en este trabajo – la exclusión de quienes gozan de plena salud y capacidad como móviles discriminatorios no resultará acaso inconstitucional, al solo proteger la enfermedad y la discapacidad. No concluimos que sea así por cuanto, a diferencia de lo que ocurre con la raza, la religión, el sexo, el origen nacional..., la enfermedad y la discapacidad no admiten en su seno a quienes no la padecen (es precisamente su negación). Incluso si consideráramos que el problema radica en que el precepto debería haber prohibido discriminar por razones de salud o de capacidad (lo que habría incluido a quienes gozan de plena salud y no adolecen de discapacidad alguna), nos parecería justificado solo incorporar la enfermedad y la discapacidad por sus opuestos no son verdaderas circunstancias personales o sociales relevantes a efectos de protección, sino que son, como decíamos negaciones de esas circunstancias personales o sociales que sí merecen amparo.

⁸⁸⁶ ABEL SOUTO, M.: La constante reforma..., en MENDOZA CALDERÓN, S. / SÁNCHEZ RUBIO, A. (DIRS.): *Delitos de opinión...*, cit., p. 379.

6.2.11. Edad

Este motivo se ha recibido con normal escepticismo por parte de la doctrina, que ha señalado su diferencia genética con otros motivos discriminatorios. REY MARTÍNEZ ha destacado que no estamos ante un motivo tan reciente como peculiar porque la edad no revela un rasgo binario (hombre, mujer, negro blanco), sino que es más bien un *continuum* en la vida de todos los seres humanos⁸⁸⁷. Acerca de esta relación binomial, discrepamos parcialmente de REY MARTÍNEZ porque la discriminación no siempre se desenvolverá en esos términos, lo que puede verse en la multiplicidad religiosa, de orientaciones sexuales, de etnias, orígenes nacionales... La dualidad constituye, a nuestro entender, la excepción en abstracto, y solo puede tener sentido cuando en la práctica se dé preponderantemente la protección a un solo colectivo y la desprotección al resto, situación que no siempre se da. En lo que sí estamos plenamente de acuerdo es en que se trata de una discriminación menos perceptible que otras y cuya incidencia es menor⁸⁸⁸.

El principal óbice que le vemos a esta categoría es la dificultad para determinar cuándo basarse en cierta edad es discriminatorio y cuándo no, ya que nos parece imperioso fijar un criterio cuantitativo que dote de contenido a expresiones a la par comunes y necesitadas de concreción jurídico-penal tales como infancia, adolescencia, adultez y tercera edad o edad avanzada. La única respuesta que podemos ofrecer es que la edad concreta deberá resultar una concreción cronológica impermisible en relación con las consecuencias que se le pretende anudar, y que con ello se lesione sustancialmente el derecho a no sufrir discriminación. Ello imposibilitará precisar *ex ante* qué edades serán las únicas de las que cabe predicar un trato contrario al artículo 14 CE.

Habrán casos, sin embargo, en los que este móvil discriminatorio se manifestará con poco atisbo de duda. Toda propuesta eugenésica para dar muerte a quienes rebasen cierta edad aduciendo, por ejemplo, que son una carga económica para las arcas públicas y para los familiares de personas, así como un lastre emocional y temporal para estos últimos, entraría de lleno en el 510 CP; lo mismo diríamos de quien diera muerte a una persona de esa franja de edad porque considera que es un estorbo para la sociedad al igual que todos los que con él comparten ese rasgo. Por la banda baja de la categoría de edad, idéntico resultado antinormativo sostendríamos de otras propuestas igual de infelices como dar muerte a los niños que nazcan con malformaciones o en familias que no puedan cuidarlos por razones económicas. Más allá de estos casos ubicados en los extremos del tiempo que se nos da en este mundo, el resto de los supuestos habrán de pasar por el inevitable tamiz del casuismo, y solo él nos brindará parámetros a futuro.

⁸⁸⁷ REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., p. 429.

⁸⁸⁸ REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, cit., p. 430.

Se ha propuesto, en definitiva, que este móvil es prescindible porque disponemos de la agravante de superioridad⁸⁸⁹. En idéntico sentido al de la enfermedad o discapacidad, esta posibilidad nos parece insuficiente debido a que, en primer lugar, tiene una mala conjugación con el artículo 510 CP, pero es que además es muy cuestionable que esa agravante esté captando las vicisitudes de una discriminación por edad. Si bien en la mayoría de las ocasiones el sujeto activo gozará de una posición preeminente sobre el sujeto pasivo, esta solo daría cuenta de un fragmento que sería el punto de partida, sin ser capaz de reflejar todo el potencial que tiene el criterio selectivo empleado. A pesar de que el resultado penológico podría llegar a coincidir, se incurriría en discriminación por indiferenciación si tratamos indistintamente un caso en el que el sujeto activo mata a la víctima solo porque no quiere cuidar más de esa persona que si lo hace por un empleo consciente de la edad en el contexto más amplio comentado.

6.2.12. *Aporofobia y exclusión social*

Ocurre aquí con estos dos vocablos que, como acontecía con la enfermedad y la discapacidad, o con el sexo y el género, su relación no es de sinonimia, aunque no podemos trazar una línea divisoria infranqueable entre ambas. Empezando por la exclusión social (recordemos, solo apreciable como agravante *ex* artículo 22.4º CP), CIGÜELA SOLA la define como “de grave privación en la que viven determinados sujetos, por tener limitado el acceso estandarizado a los derechos y los bienes necesarios para el desarrollo de la personalidad, tales como la propiedad, la educación, la sanidad, el trabajo o la cultura; el porcentaje de personas que padecen dicha situación ha aumentado exponencialmente con la crisis económica y con el aumento de la desigualdad que ha tenido lugar en la última década, por causas que aquí no es posible analizar”⁸⁹⁰. Como se ve, se trata de un fenómeno mucho más complejo que la simple economía personal o familiar de un sujeto o grupo de personas⁸⁹¹, ya que nos referimos a un concepto más relacional que la pobreza. En este sentido, la exclusión social es el equivalente de la discapacidad, pero sin que necesariamente parta de ninguna limitación física o psíquica.

⁸⁸⁹ ABEL SOUTO, M.: La constante reforma..., en MENDOZA CALDERÓN, S. / SÁNCHEZ RUBIO, A. (DIRS.): *Delitos de opinión...*, cit., p. 378.

⁸⁹⁰ CIGÜELA SOLA, J.: “Aproximación a una dogmática de la exclusión social: de la imputabilidad a la individualización”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n.º 17, p. 17. La exhaustividad con la que el jurista aborda la temática del Derecho Penal y la exclusión social hace de este texto una lectura obligada para quienes deseen profundizar en esta apasionante materia. Para otra definición vinculada con lo jurídico, vid. SERRANO TÁRRAGA, M.D.: “Exclusión social”, *Revista de Derecho de la UNED*, n.º 14, p. 588 (“los obstáculos que encuentran determinadas personas para participar plenamente de la vida social, viéndose privadas de alguna o varias de las opciones consideradas como fundamentales para su desarrollo humano”). Para una definición de exclusión más sociológica, vid. JIMÉNEZ RAMÍREZ, M.M.: Aproximación teórica de la exclusión social complejidad e imprecisión del término. Consecuencias para el ámbito educativo, *Estudios pedagógicos*, vol. 34, n.º 1, p. 177 (“proceso multidimensional que tiende a menudo a acumular, combinar y separar tanto a individuos como a colectivos, de una serie de derechos sociales tales como el trabajo, la educación, la salud, la cultura, la economía y la política, a los que otros colectivos sí tienen acceso y posibilidad de disfrute y que terminan por anular el concepto de ciudadanía”).

⁸⁹¹ BUSTOS RUBIO, M.: *Aporofobia...*, cit., p. 34 (este trabajo es una auténtica referencia sobre este tema en nuestra doctrina); JIMÉNEZ RAMÍREZ, M.M.: “Aproximación teórica...”, cit., pp. 174-176.

La primera pregunta que nos haremos es locativa, es decir, respecto de qué lugar se predica la exclusión social, por cuanto este último término puede ser tan amplio o estrecho como queramos. Si manejamos un concepto demasiado amplio de sociedad, los excluidos sociales podrán llegar a ser un número desorbitado que no de cuenta real de los problemas de acceso o privación de los que hablan las definiciones antes vistas; es aquí donde surge la necesidad de recurrir a esos conceptos de derechos y servicios estandarizados tales como la propiedad, la educación o la sanidad. No podemos entender por exclusión social la incapacidad de relacionarse con cualesquiera personas que un sujeto quiera en cualesquiera entornos le plazca, sino que al final el término social deberá anudarse a esa disponibilidad de recursos accesibles a la mayoría de la sociedad; hemos de distinguir, pues, entre exclusión social y falta de socialización entendida en esos términos de amplia interacción con terceros. Pero tampoco podemos llegar a aceptar que no existe exclusión social si el círculo de un determinado sujeto se ve reducido a la mínima expresión por la presión social circundante, lo que se revelará en factores como el lugar de residencia o la calidad asistencial pública y privada que le rodea.

En segundo lugar, nos preguntaremos por el origen de tal exclusión social, lo que aquí introducirá un matiz al admitirse una perspectiva causal subjetiva autónoma, a saber, aquella en la que es elegida por el propio sujeto. En efecto, habrá personas que desearán vivir al margen de la sociedad por considerar que está corrupta, o porque son antisociales, o por otros motivos que muchas veces quedan en el más absoluto de los silencios y solo percibimos sus efectos; “excluido” es un participio compatible con “me han excluido” y con “me he excluido”. De todos modos, con altísima frecuencia asociamos la exclusión con su origen heterónomo, por cuanto convenimos con ARISTÓTELES que solo los dioses y las bestias no son seres sociales⁸⁹², de tal suerte que el excluido lo será *a su pesar*. En cualquiera de los casos, y si hemos de dotar de contenido a este motivo agravatorio por estar previsto en la ley, que estemos ante uno u otro origen no tendrá ninguna incidencia en la agravante genérica debido a que hemos de distinguir la exclusión voluntaria de la singularización de esa situación impuesta para cometer un ilícito contra aquel sujeto pasivo; sobre el efecto en el artículo 510 CP, no tiene ninguno porque esta causa no se contempla y defendemos que no puede integrarse al ser deliberadamente el elenco de causas de este precepto un *numerus clausus*.

El tercer vector al que hemos de atender es el de la causa objetiva tras la exclusión social, ya que hemos visto que esta es siempre el efecto de la concurrencia de uno o más factores que expulsan al sujeto del conglomerado social, tanto si es por iniciativa propia o por imposición. Esto nos lleva a indagar sobre si existe alguna circunstancia en el sujeto excluido reconducible a otro de los móviles discriminatorios del artículo 22.4º CP, y es aquí donde la causa específica de exclusión halla, bajo nuestra comprensión, la horma de su zapato. La marginalidad que acompaña a la exclusión social bien puede ser el criterio selectivo blandido por el sujeto activo que le impulsa a actuar, sin distinguir entre

⁸⁹² ARISTÓTELES: *Política*, Ediciones Folio, Barcelona, 2001, 1253a.

si el marginado es de una cierta raza, religión u origen étnico o nacional, pero en el orden práctico esto puede resultar difícil de determinar. De todos modos, en el orden teórico nada impide que se actúe solo con base en la exclusión social, sin que ser el posible efecto de otras discriminaciones juegue un peso decisivo en confusión alguna si el sujeto activo no atiende a causas eficientes de tal exclusión.

De todos modos, el panorama se oscurece algo más si añadimos la aporofobia como un motivo propio de agravación *ex* artículo 22.4º CP, entrando aquí ya en juego el artículo 510 CP. Sinceramente parece complicado imaginarse qué papel puede jugar la exclusión social como causa plenamente independiente de discriminaciones contenidas en aquellos preceptos si la aporofobia tampoco puede ser el sustrato individualizador. En todo ejemplo que haya de excluir todo lo que no sea aporofobia se nos antoja demasiado laborioso ver qué hay más allá de esta cuando, por ejemplo, una persona decide prenderle fuego a una persona que vive en un cajero automático, o se propina una paliza a una persona sin hogar. La mejor candidata, sin embargo, para nosotros, no es otra que la discriminación múltiple, siempre y cuando los sumandos correspondan con dos o más motivos distintos de la exclusión social; ello haría que en lo jurídico ese resultado multifactorial extrajurídico cobrara plena vida.

Finalmente, tanto la exclusión social como la aporofobia plantean el problema – al menos desde la perspectiva adoptada en este trabajo – de que carecemos de un motivo reflejo caracterizado por la plena integración social y por la plutofobia⁸⁹³, en términos análogos a lo que hemos examinado para la enfermedad y la discapacidad. La respuesta que damos aquí sigue el mismo patrón que la ofrecida en esa sede: tanto la mera integración social como la suficiencia de recursos, y por supuesto la plena integración social y la plutofobia, no son sino grados que denotan en cualquier caso la ausencia de exclusión y de pobreza, lo que a nuestro juicio no son en modo alguno una condición o circunstancia personal o social relevante. Nótese que hemos hablado de grados, y es que, a diferencia de los binomios que enfermedad-salud y discapacidad-capacidad, los dos móviles que nos ocupan en este epígrafe admiten una modulación en el espectro que carece de las privaciones del excluido y del *aporos*. En consecuencia, el debate no debería plantearse entre plena integración social-exclusión social y aporofobia-plutofobia.

7. Doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia del Tribunal Supremo

Tras zambullirnos en las palabras de la ley, y en la lectura que de ella ha hecho la doctrina, haremos lo propio con la aplicación que el artículo 510 CP ha tenido por nuestra jurisprudencia. Es imposible condensar todas las sentencias y autos dictados por nuestros tribunales patrios a lo largo de prácticamente treinta años de vigencia de tipos similares al que actualmente tenemos, por lo que

⁸⁹³ PANTALEÓN DÍAZ, M.: “Discriminación Económica en el art. 22.4.º CP: aporofobia ¿y plutofobia?”, en DÍAZ LÓPEZ, J.A.: *Reflexiones académicas sobre delitos de odio*, Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Madrid, 2021, pp. 22-30.

hemos optado por centrarnos en los pronunciamientos posteriores a la reforma de 2015 – aunque en algún caso se aplique normativa previa –, sin perjuicio de que en algún momento mencionemos otros no tan próximos en el tiempo al calor de los actuales. Como no podría ser de otro modo, empezaremos por la doctrina del TC, del que ya hemos destacado su imprescindible sentencia n.º 235/2007, por lo que comentaremos pronunciamientos acaecidos con posterioridad.

7.1. Tribunal Constitucional

La primera sentencia, que es también lugar común sobre el que transitan los tribunales y la doctrina, es la STC n.º 177/2015, de 22 de julio; el interés que suscita esta sentencia es que resulta sumamente sugerente tanto desde la óptica de la mayoría como de los votos particulares. Los hechos traen causa de la condena a los Sres. Jaume Roura Capellera y Enric Stern Taulats por un delito de injurias a la Corona *ex* artículo 490.3 CP, lo que no empece para que destaquemos su relevancia a nuestros efectos por cuanto la sentencia recurre en varias ocasiones al discurso del odio. En concreto, el Juzgado Central de Instrucción consideró probado que, el 13 de septiembre de 2007, y con motivo de la visita institucional del Rey a la ciudad de Gerona, las personas ya referidas “quemaron previa colocación boca abajo de una fotografía de SS.MM. los Reyes de España en el curso de una concentración en la Plaza de Vino de esa capital. A dicha concentración le había precedido una manifestación encabezada por una pancarta que decía ‘300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española’. Lo citados iban con el rostro tapado para no ser identificados y, tras colocar la citada fotografía de gran tamaño de SS.MM. los Reyes en la forma expuesta, en el centro de la plaza se procedió por Enric Stern a rociarla con un líquido inflamable y por Jaume Roura a prenderle fuego con una antorcha procediendo a su quema, mientras eran jaleados con diferentes gritos por las varias decenas de personas que se habían reunido en la citada plaza”⁸⁹⁴.

La constatación de ese aparato fáctico condujo al JC a imponer una pena privativa de libertad de 15 meses, sustituida por una multa de treinta meses con una cuota diaria de 3.-€, esto es, un total de 2.700.-€. La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirmó este pronunciamiento al coincidir con el Juzgado *a quo* en que los condenados se habían excedido del legítimo ejercicio de la libertad de expresión, que aunque ampare ideologías independentistas y antimonárquicas (o, en este caso, antiborbónicas), no protege actos como los cometidos por los apelantes, quienes “en el curso de la meritada concentración los dos condenados, con la cara tapada, se dirigen al centro de la reunión con una fotografía de [los Reyes] y, poniéndola bocabajo, le prenden fuego entre la algarabía general, para seguidamente, retirarse e intentar confundirse con el resto de los asistentes. Esta acción es innecesaria para defender la opinión de los concentrados y es formalmente injuriosa, sobrepasa los límites

⁸⁹⁴ Vid. la letra a) del AH 2º de la STC n.º 177/2015. Salvo mención expresa en otro sentido, toda referencia se entenderá a esta resolución.

amparados por el derecho fundamental a la libertad de expresión y lesiona el derecho al honor de la Institución, la Corona, como institución constitucional democrática”⁸⁹⁵.

La sentencia contó con dos votos particulares, emitidos por los Ilmos. Sres. Alfonso Guevara y Ramón Sáez. Para el primero, “quemar una fotografía institucional de los Reyes de España, dentro de una concentración organizada por plataformas contrarias a la Monarquía como forma de Gobierno, integra una crítica a una causa pública que en manera alguna supone un menosprecio intrínsecamente vejatorio carente de relación con la ideología expresada y la parafernalia empleada por los acusados no modifica la naturaleza reivindicativa ideológica de la acción como rechazo a la presencia monárquica en Cataluña”⁸⁹⁶. Para el segundo, los acusados llevaron a cabo un acto de crítica política a la forma de gobierno y de reivindicación de la independencia de Cataluña. La conducta objeto de la condena es expresión de una disidencia política, por lo que su sanción penal compromete derechos fundamentales como la libertad ideológica y la libertad de expresar opiniones. En cuanto al lenguaje simbólico empleado, prender fuego a banderas, símbolos, fotografías o representaciones iconográficas del poder en manifestaciones callejeras es un hecho normal en nuestro mundo globalizado, una manera de exteriorizar un rechazo radical”⁸⁹⁷.

No era esta la primera vez en la que se condenaba por quemar imágenes del Jefe del Estado, ya que en su sentencia de 28 de octubre de 1985, el Tribunal Supremo condenó a dos personas que, en el curso de una marcha organizada en Barcelona con ocasión del aniversario del 23-F, y como muestra de solidaridad con los militares procesados, derribaron una figura de cera del Rey y prendieron fuego a la efigie; también esparcieron unos pasquines en que se tildaba al monarca de traidor por el sentido de su intervención en los acontecimientos que rememoraban. Con ello, el TS revocaba el pronunciamiento de la instancia por entender que la conducta desplegada por los acusados era constitutiva de un delito de incendio y otro de injurias a la Corona en régimen de concurso ideal. Para el Tribunal Supremo, no cabía duda alguna de que se estaba menospreciando y vilipendiando la figura de dicho Jefe del Estado⁸⁹⁸.

Pues bien, ante el amparo presentado por los recurrentes, basado en la infracción de los artículos 16.1 y 20.1a) CE, la mayoría del TC resolvió que las decisiones de la Sala y del JC de la Audiencia Nacional no habían conculcado ninguno de esos derechos. Para ello, el TC despliega una argumentación en la que se destaca inicialmente el ámbito generoso del que dispone la libertad de expresión, que se califica de preeminente – pero no absoluta – en relación con derechos como el

⁸⁹⁵ Vid. la letra b), párrafos cuarto y quinto, del AH 2º.

⁸⁹⁶ BILBAO UBILLOS, J.M.: “La STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España: la crónica de una condena anunciada”, *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 28, p. 4, nota 4.

⁸⁹⁷ BILBAO UBILLOS, J.M.: “La STEDH...”, cit., pp. 4-5, nota 4.

⁸⁹⁸ Ibid., p. 3, nota 1.

honor⁸⁹⁹, y que ampara opiniones desabridas, acres o inquietantes⁹⁰⁰. Sin embargo, empieza a intuirse el sentido del fallo cuando, a renglón seguido, se empieza a describir el especial papel que la Corona tiene en nuestro ordenamiento jurídico, lo que ha motivado que el legislador no haya tipificado las injurias a esa institución dentro del Título XI y haya optado, en su lugar, por el Título XXI (Delitos contra la Constitución)⁹⁰¹. Introduce el TC la mención que justifica que tratemos esta sentencia en materia de discurso de odio, ya que sostiene que hemos de preguntarnos si la conducta de los recurrentes “incita a la violencia o al odio hacia la Corona y la persona del monarca, instrumentado mediante una liturgia truculenta”⁹⁰².

Llegamos, en este contexto, a una frase que nos resulta particularmente desconcertante, y es que el Tribunal tiene por obvio que “las manifestaciones más toscas del denominado ‘discurso del odio’ son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes”⁹⁰³. El TC dota de un plumazo al discurso del odio de un contenido desorbitante y desorbitado porque desposee a ese discurso del odio de, quizá, la única nota realmente clara, que no es otra que su cariz discriminatorio; el Tribunal maneja un discurso de odio en el que solo parece contar la expresión de una animadversión y la incitación a que otros la compartan, por lo que no es de extrañar que BILBAO UBILLOS diga que el TEDH no compraría esa “mercancía averiada”⁹⁰⁴.

Este salto que acomete el TC es el que le permite, acto seguido, concluir que no los órganos judiciales no han conculcado derecho alguno de los recurrentes porque “La escenificación de este acto simbólico traslada a quien visiona la grabación videográfica la idea de que los Monarcas merecen ser ajusticiados, sin que deba dejar de advertirse además que el lóbrego acto provoca un mayor impacto en una sociedad democrática, como la española, que de forma expresa excluye en su Constitución la pena de muerte (art. 15 CE)”⁹⁰⁵ por cuanto “en definitiva, quemar públicamente el retrato de los Monarcas es un acto no sólo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su

⁸⁹⁹ Vid. FJ 2º, apartado d).

⁹⁰⁰ Vid. FJ 3º, apartado c).

⁹⁰¹ Vid. FJ 3º, letra a).

⁹⁰² Vid. FJ 3º, letra c). De modo similar, el segundo párrafo del FJ 4º dice que: “Desde la perspectiva que nos corresponde debemos dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia.”

⁹⁰³ Vid. FJ 4º, párrafo quinto.

⁹⁰⁴ BILBAO UBILLOS, J.M.: “La STEDH...”, cit., p. 16. Para este jurista, la sentencia se integra en una tendencia generalizada que banaliza el discurso del odio y lo aplica a cualesquiera muestras de discrepancia por los más variados motivos (ibid., pp. 16-17). La doctrina recibió de manera muy negativa esta sentencia, como puede verse en PRESNO LINERA, M.A.: “Crónica de una condena anunciada: el asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España sobre la quema de fotos del rey”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 42, pp. 539-549; TERUEL LOZANO, G.: “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los delitos de opinión que castigan discursos extremos: comentario a la STC 35/2020 y más allá”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 47, p. 414.

⁹⁰⁵ Vid. FJ 4º, párrafo séptimo.

imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio”⁹⁰⁶. La enorme fuerza simbólica que arrastra el discurso de odio ha hecho, lo hemos visto más arriba, que su *ratio decidendi* haya traspasado las fronteras del artículo 510 CP para utilizarse en otras figuras delictivas como el enaltecimiento del terrorismo o los delitos contra la Corona⁹⁰⁷.

La incompreensión hacia la *ratio decidendi* de la sentencia no se detiene aquí, y es que el párrafo undécimo del FJ 4º se sostiene por el Tribunal que los recurrentes en amparo no actuaron siquiera en el marco de una crítica a la monarquía, sino que “al margen de la quema de la fotografía, aquéllos no profirieron ninguna expresión, discurso, mensaje u opinión de la que quepa inferir una censura u oposición políticamente articulada contra la Monarquía o los Reyes; lisa y llanamente actuaron con el propósito de incitar a la exclusión sirviéndose de una escenificación lúgubre y con connotaciones violentas.” Da la sensación de que el TC se ve compelido prácticamente a articular un abuso de derecho *ex* artículo 17 CEDH para intentar convencerse de que está poniendo coto a un trampantojo de libertad de expresión, pero este modo de razonar no nos resulta en absoluto convincente porque quemar la fotografía de un Jefe de Estado tras una manifestación de signo independentista está perfectamente integrado en la oposición que los Sres. Roura Capellera y Stern Taulats exhiben hacia la máxima autoridad de un país al que no quieren seguir perteneciendo. Que el resto de los asistentes a la concentración jalearan esa expresión simbólica no es sino una reafirmación de tal extremo.

Los Sres. Roura Capellera y Stern Taulats, y con ellos esos otros ciudadanos allí congregados, estaban escenificando su desprecio, y seguramente su odio, hacia los monarcas, pero no podemos perder de vista que, por encima de la efigie de un rey, se está prendiendo fuego simbólicamente a la españolidad de quienes comparten esas ideas. Descuidar este aspecto es el que impide notar la primacía de un pensamiento político por encima de cualesquiera otras consideraciones, y que con independencia de la opinión que nos merezca esa ideología, no debe llegar a confundirse con quienes detentan la Jefatura del Estado. No extraña que se deba recalcar frecuentemente el mayor margen que merece toda crítica hacia las autoridades porque, en ellas, la interpretación en clave personalizadora es un craso error.

Adelantábamos que la sentencia está atravesada de votos particulares, en concreto tres, que suman cuatro magistrados (el primero lo suscriben dos de ellos). Todos ellos tienen en común su discrepancia con el concepto de discurso del odio sobre el que se asienta el criterio mayoritario, y, excluido este, concluyen que la única solución posible es la estimación del amparo por ser los hechos incardinables en la libertad ideológica y de expresión de los recurrentes, por cuanto esa mayoría es demasiado generosa con los límites a tales libertades⁹⁰⁸. No se duda de la hostilidad exhibida hacia la monarquía,

⁹⁰⁶ Vid. FJ 4º, párrafo noveno.

⁹⁰⁷ GÓMEZ MARTÍN, V. (2021). “Daño, ofensa y discurso de odio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, protocolo I*, p. 242.

⁹⁰⁸ Vid. el apartado 4º del voto particular emitido por la Excm. Sra. Dña. Adela Asua Batarrita, al que se adhiere el Excmo. Sr. D. Fernando Valdés Dal-Ré; párrafo sexto del voto particular de la Excm. Sra. Dña. Encarna Roca Trías (en su párrafo

pero ello no puede confundirse con una incitación al odio o, menos aún, a la violencia contra el Rey, cuestión esta última que es más bien una adición del TC porque en las sentencias de condena que motivan el recurso de amparo se hablaba en términos de menosprecio o descrédito.

Salvo el voto particular emitido por la Excm. Sra. Dña. Encarna Roca Trías, los otros dos sí que mencionan la condición vulnerable del sujeto pasivo del discurso del odio. Aparte de que no lo consideramos adecuado por las razones expuestas a lo largo de este trabajo, en este caso concreto todavía vemos una menor imperiosidad de recurrir a este criterio delimitador si estamos hablando de que la Corona como institución o sus miembros como individuos pueden ostentar tal condición. Si la interpretación de la cláusula abierta del artículo 14 CE ha de ser restrictiva, uno de los supuestos más incuestionables en los que esa restricción ha de operar es cuando aludimos a una de las instituciones del Estado, que tiene reservada un Título propio en nuestra Constitución. Reputar que a la Corona puede alcanzar la protección del discurso del odio (o de la agravante genérica *ex* artículo 22.4º CP) nos merece el calificativo de desacertado tanto como pretender que solo sean grupos vulnerables los que se beneficien de sus mieles.

La siguiente sentencia del Tribunal de Garantías que analizaremos será la n.º 35/2020, de 25 de febrero; también tendrá relación este pronunciamiento con el enaltecimiento del terrorismo, materia propicia para el discurso del odio, aunque en este supuesto el modo de razonar del Tribunal se apartará parcialmente de la STC n.º 177/2015, manteniendo algunas de sus zonas de penumbra, y resolverá la estimación del amparo. No es menor el matiz sobre el apartamiento solo parcial porque, de atender solo al vector del resultado y no también al modo de llegar a él, corremos el riesgo de entronizar el *resultadismo*, que suele ser lo suficientemente traicionero como para erigirse en el pan del hoy y el hambre del mañana.

Los hechos se originaron con la publicación de una serie de tuits por parte del Sr. César Augusto Montaña Lehman, también conocido por su sobrenombre artístico de César Strawberry. Algunos de esos comentarios, publicados en una cuenta con alrededor de 8.000 seguidores, eran del siguiente tenor: “el fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO”, “a Ortega Lara habría que secuestrarle ahora”, o “Street Fighter, edición post ETA: Ortega Lara versus Eduardo Madina”⁹⁰⁹. En primera instancia, la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional⁹¹⁰ absolvió al Sr. Montaña Lehman tras concluir que “no se ha acreditado que César Montaña Lehman con estos mensajes buscase defender los postulados de una organización terrorista, ni tampoco despreciar o

quinto, deja abierta la adecuación del discurso de odio que usa la mayoría); epígrafe I (*La banalización del discurso del odio*) del voto particular del Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

⁹⁰⁹ El resto de los comentarios pueden leerse en el FD 4º y el FD 5º de la STS n.º 4/2017.

⁹¹⁰ Sentencia n.º 20/2016, dictada con fecha 18 de julio de 2016.

humillar a sus víctimas”⁹¹¹, así como que “la prueba pericial de la defensa sobre el análisis de su obra ha permitido encuadrar su actividad artística, y los testigos que ha aportado han servido para corroborar que en su vida tanto profesional como privada no mantiene postulados de apoyo a grupos terroristas o a la violencia de cualquier tipo, aunque si una actitud irónica y provocadora”⁹¹². Es de ver en la sentencia de la AN que se acomete un profuso estudio de cada mensaje⁹¹³, lo que la dota de una enorme solidez.

El Tribunal Supremo⁹¹⁴, sin embargo, no compartió el criterio absolutorio del Tribunal *a quo* y revocó su pronunciamiento para sustituirlo por otro condenatorio tal y como había solicitado el Ministerio Público, que fue quien recurrió la sentencia de instancia; la condena lo fue como autor del delito *ex* artículo 578 CP a la pena de un año de prisión, con seis años y seis meses de inhabilitación absoluta, y contó con un voto particular emitido por el Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez. El Tribunal Supremo, plenamente consciente de las dificultades exegéticas que plantea un precepto como el 578 CP, especialmente cuando se mezcla con el discurso del odio, dedica su FD 2º a hablar sobre esa interacción, concluyendo *in fine* de ese apartado de la sentencia que “El legislador ha querido que el mensaje de odio que socava las bases de la convivencia y que humilla a las víctimas del terrorismo tenga un tratamiento específico en el art. 578, con una sistemática singularizada frente al tipo previsto en el art. 510 del mismo texto punitivo.” Por ello, no extraña que en el FD 6º se afirme que “Afirmaciones como las difundidas en la red por César Montaña alimentan el discurso del odio, legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y, lo que es más importante, obligan a la víctima al recuerdo de la lacerante vivencia de la amenaza, el secuestro o el asesinato de un familiar cercano.” Humillación y enaltecimiento se dan la mano.

Por su parte, el voto particular discrepa del criterio mayoritario debido a que “no hace falta ningún esfuerzo argumental para concluir que las frases recogidas en los hechos probados no tienen la mínima consistencia discursiva y, según se ha dicho, no pasan de ser meros exabruptos sin mayor recorrido, que se agotan en sí mismos; desde luego, francamente inaceptables, pero esto solo. Pues carecen, por su propia morfología y por razón del contexto y del fin, de la menor posibilidad de conexión práctica con algún tipo de actores y de acciones técnico-jurídicamente susceptibles de ser consideradas terroristas. En cualquier caso, pero más en el momento de nuestro país en que fueron escritas y difundidas”⁹¹⁵. En su opinión, estamos más ante el producto de subculturas cuyos integrantes vehiculan su desasosiego

⁹¹¹ Vid. AH 2º, letra a) de la STC n.º 35/2020. En lo sucesivo, y salvo mención en sentido distinto, toda alusión lo será a esta sentencia.

⁹¹² Vid. AH 2º, letra b).

⁹¹³ Vid. AH 2º, letra c).

⁹¹⁴ STS n.º 4/2017, dictada el 18 de enero de 2017.

⁹¹⁵ Vid. párrafo octavo del voto particular emitido por el Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez.

con un sistema que no sienten que les represente, pero en ningún caso estamos ante conductas punibles⁹¹⁶.

A la vista de todo ello, el TC recuerda su doctrina contenida en sentencias como la ya vista n.º 177/2015, por lo que se incide en un concepto de discurso del odio que mantiene los contornos de los que hemos discrepado. En concreto, afirma que “es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado discurso del odio son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no comparten el ideario de los intolerantes”⁹¹⁷.

Si esa es la línea argumental del Tribunal, surge la pregunta acerca de cuál es el motivo por el que se ampara al recurrente, que habremos de buscar en la proporcionalidad⁹¹⁸ que se relaciona con la falta de consideración por el Tribunal *a quo* sobre “la intención comunicativa del recurrente en relación con la autoría, contexto y circunstancias de los mensajes emitidos. Esta omisión, por sí sola, tiene carácter determinante para considerar que concurre la vulneración del derecho a la libertad de expresión del demandante de amparo”⁹¹⁹. Y es que, en el párrafo inmediatamente anterior, el Tribunal señala que “el imperativo constitucional de respeto a la libertad de expresión impide categóricamente extraer conclusiones penales de estos elementos sin ponderar también el hecho de que los expresados tuits son susceptibles de ser interpretados como producto de la intencionalidad crítica en el terreno político y social a personas que ostentaban la condición de personajes públicos en el momento en que los actos comunicativos tuvieron lugar; y que, en uno de los casos, había tomado posición en favor de un determinado partido político.” Es decir, ha de procederse a una adecuada ponderación de todos los hechos relevantes para evitar que, al expulsarlos del procedimiento, se esté afectando de manera desproporcionada al ejercicio *prima facie* legítimo de la libertad de expresión⁹²⁰.

La sentencia cuenta con un voto particular, rubricado por el Excmo. Sr. D. Alfredo Montoya Melgar, y que se articula alrededor de dos ejes. El primero, la discrepancia acerca de que el Tribunal Supremo no haya considerado debidamente todos los elementos necesarios para llegar a un pronunciamiento de condena o absolución⁹²¹. El segundo, el disenso sobre que la sentencia emplee esencialmente criterios relativos al enaltecimiento del terrorismo, siendo que el procedimiento había versado sobre la humillación o vejación a las víctimas del terrorismo⁹²². Por ello, y para este magistrado, “la sentencia del Tribunal Supremo anulada no lesionó derecho fundamental alguno. La necesidad de tutela de las

⁹¹⁶ Vid. párrafo tercero del voto particular emitido por el Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez.

⁹¹⁷ Vid. FJ 4ª, letra a), ordinal iii.

⁹¹⁸ TERUEL LOZANO, G.: “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional...”, cit., *passim*, p. 425.

⁹¹⁹ Vid. FJ 5º, letra b), párrafo octavo.

⁹²⁰ TERUEL LOZANO, G.: “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional...”, cit., p. 427.

⁹²¹ Vid. el apartado 2, párrafo decimocuarto, de dicho voto particular.

⁹²² Vid. el apartado 3 de dicho voto particular.

víctimas frente a conductas violentas, intimidatorias, hostiles o discriminatorias se desprende sin mayor dificultad de la Recomendación de Política General núm. 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio adoptada el 8 de diciembre de 2015 por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia”⁹²³. Se insiste, pues, en la aplicación del discurso del odio a delitos como el 578 CP, lo que no es ninguna novedad respecto del sentir del TC.

La sentencia que hemos estudiado amplía los razonamientos de su sentencia n.º 112/2016, de 20 de junio, que había mostrado algún síntoma de cambio respecto de la n.º 177/2015 al exigir “una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades”⁹²⁴; para la doctrina, esta declaración era imprescindible, pero a la par insuficiente, a los efectos de dotar de contenido a esa exigencia⁹²⁵. No sería hasta la STC n.º 35/2020 que se acometería tal operación sustantiva para trascender de la proposición formal, y ello con base en los criterios de intencionalidad, circunstancialidad, contexto o pragmático-lingüística. Son todos ellos factores que, en definitiva, obligan a tomar en consideración elementos circundantes a la acción para auxiliar en su inteligencia, sobre todo si ello nos lleva a diluir la relevancia penal de los hechos enjuiciados⁹²⁶.

La doctrina del TC exhibe algunos claroscuros, y ahora destacaremos su uso de un discurso del odio que escapa de los lindes que creemos debería tener. Dada la ausencia del sintagma “discurso del odio”, nos resulta inadecuado basarse en ello para arremolinar en derredor todo delito en el que se advierta una especial animosidad por el sujeto activo hacia el pasivo. Construir este tipo de macrocategorías a partir de un complemento del nombre que expresa un sentimiento tiene como singular desventaja interpretar unos tipos con base en otros cuando su bien jurídico o su estructura típica no encaja, lo que se antoja poco sistemático. En consecuencia, valerse de la lógica discriminatoria – y, por lo tanto, excluyente – del artículo 510 CP para trasladarla al artículo 578 tiene el inconveniente de que en este nada se habla ni se intuye sobre ese trato desigual injustificado por motivos tasados, y la mejor prueba es que el TC ha de reconocer que va más allá de esos móviles discriminatorios. El discurso del odio es ya de por sí una construcción permeable como para regarla hasta anegarla.

Sobre los rayos de luz que irradia la doctrina constitucional, la exigencia de un estudio pormenorizado de cada caso surge con fuerza. A pesar de que compartimos parcialmente el voto particular de la STC 35/2020, en el sentido de que el TS ha sido completa en su análisis, el principal problema con la sentencia revocada por el TC es un excesivo mecanicismo que priva del obligado realce de la libertad de expresión como derecho en liza. Todos los requisitos blandidos por el Tribunal de Garantías vienen a poner el foco en que, cuando derechos como ese forman parte del debate penal, no basta con tratar el

⁹²³ Vid. el apartado 3, párrafo undécimo, de dicho voto particular.

⁹²⁴ Vid. FJ 3º, párrafo segundo, de ese pronunciamiento.

⁹²⁵ TERUEL LOZANO, G.: “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional...”, cit., p. 431.

⁹²⁶ Ibid., p. 433.

caso con los mismos parámetros que se desplegarían de no existir. Aunque *ad casum* solo se aplique para un pronunciamiento favorable al recurrente, entendemos que también pueden servir para negarle la razón.

Como pondrán de manifiesto sentencias tales que la n.º 675/2020, dictada por el Tribunal Supremo y a la que iremos a continuación, este modo de razonar introduce puede chirriar con la teoría del delito; el especial foco en la posible concurrencia de un derecho fundamental habría de ser un elemento que estudiar *a la par que* la tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad. Antes de llegar tan lejos, conviene que nos preguntemos si no habrá otro modo de solventar esta situación y lograr integrarlo todo dentro de la teoría del delito sin que salten los fusibles. Respecto de la primera, porque ante ciertos mensajes cabe recurrir a que no son provocaciones, fomentos o incitaciones de odio, violencia, hostilidad o discriminación, sino que – por ejemplo – estamos ante expresiones que comunican ideas políticas legítimas por más que su formulación se presente de manera vehemente, áspera o hiriente; respecto de la segunda, porque se concluya que, a pesar de existir la tipicidad, la conducta está justificada por ser el ejercicio legítimo de un derecho fundamental *ex* artículo 20.7º CP.

Optar por uno u otro modelo nos lleva a consecuencias propias. Si vamos hacia la tipicidad, se está negando la concurrencia de los elementos típicos; si vamos hacia la antijuridicidad, estamos sosteniendo que la tipicidad existe, pero que justificamos esa promoción, fomento o incitación por enmarcarse en el ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Habría un punto en común entre ambos casos, que sería la necesidad de buscar fuera del ámbito penal por qué la libertad de expresión tiene ese efecto transformador, ya que deberíamos buscar una respuesta a la pregunta de qué explica que la libertad de expresión excluya la tipicidad o justificaría la conducta. No podríamos quedarnos en el plano de que estamos ante la libertad de expresión porque no es incitación, por cuanto pronto se advierte la circularidad; tampoco podríamos detenernos en que la libertad de expresión excluye o justifica, por cuanto pronto se advierte que hemos de subir un peldaño más para no cerrar en falso el debate apelando a ese derecho fundamental atribuyéndole un papel axiomático del que carece.

De las dos alternativas, entendemos que podemos descartar la justificante porque ello chocaría de frente con la génesis de preceptos como el artículo 510 CP, que pretenden atajar un pretendido uso de la libertad de expresión para ciertas finalidades vedadas. Sería un sinsentido sostener que la libertad de expresión es causa de justificación de lo que se contempla como un abuso, un exceso o un ejercicio ilegítimo de un derecho fundamental. También podemos descartar que se excluya la tipicidad por resultar lo enjuiciado fruto del legítimo ejercicio de la libertad de expresión, y es que entonces rehabilitaríamos el argumento de la justificación, pero en sede de inexistencia de tipicidad, lo que sería aún más extraño. Dicho de otro modo, estaríamos diciendo que, si no estuviéramos ante el ejercicio

legítimo de la libertad de expresión, se colmarían los elementos del tipo, lo que no es cierto porque no todo exceso en ese derecho es típico y debe realizarse un estudio de la tipicidad.

Por lo tanto, esa necesidad de que no estemos ante un ejercicio *ex Constitutione* de la libertad de expresión nos conduce a la precondition metapenal de que se hayan rebasado los límites constitucionales; que no sea suficiente obligará a un segundo nivel de enjuiciamiento por parte del Juzgado o Tribunal, pero en ningún caso se puede partir de la precondition de que lo que llega a su conocimiento es a la fuerza un exceso de la libertad de expresión sobre cuyo carácter delictivo ha de pronunciarse en uno u otro sentido. Asimismo, en ese estadio de subsunción típica, el órgano judicial habrá de ser cuidadoso de no proyectar la imagen de que el Derecho Penal succiona todo el espacio excluido de la Constitución; entre el ejercicio legítimo y el punible ha de mediar el reprochable desde otras ramas del ordenamiento jurídico. Caracterizada de este modo, la precondition metapenal no es solo aconsejable, sino imperiosa.

Lo que ocurre, sin embargo, con el discurso del odio es que ese espacio entre lo legítimo y lo punible se acorta comparativamente con otras extralimitaciones de la libertad de expresión como las que afectan al honor o a la intimidad. Si bien cabría reconducir ciertas formas menos graves del artículo 510.2a) a la LO 1/1982, los restantes apartados del artículo 510 CP tienen mal encaje en esa u otras normas, con la sensación de que es el todo o la nada porque entre lo *ex Constitutione* y lo delictivo estaría lo reprochable sin sanción jurídica. Se trata, a nuestro entender, de un problema irresoluble con la legislación y jurisprudencia actuales y que motivará al final de este capítulo una propuesta de *lege ferenda*.

7.2. Tribunal Supremo

La primera sentencia que trataremos es la n.º 675/2020, de 11 de diciembre de 2020. En ella, se conoce en casación de un recurso interpuesto contra la condena acordada por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia n.º 702/2018, dictada el 8 de noviembre de 2018. Los hechos probados por la Audiencia Provincial se retrotraen al 30 de octubre de 2010, en concreto el concierto en la sala Kon-Fusion de Sabadell donde actuaron los grupos de música Más Que Palabras y Batallón de Castigo. En ambos casos, las canciones interpretadas tenían un marco tamiz nacionalsocialista, su interpretación venía acompañada de cánticos que coreaban a los líderes nazis y se exhibían banderas nazis en un entorno donde los asistentes iban ataviados con estética skinhead⁹²⁷.

⁹²⁷ Vid. AH 1º, párrafo sexto de la STS 675/2020. Toda alusión lo será a esta sentencia, salvo que se indique expresamente lo contrario.

Las sentencias se hacen eco de las letras de sus canciones, que transcribimos parcialmente para formarnos una idea de su tenor: “Y no temo a la muerte, con sangre y fuego la ahuyentaré, mi patria voy a proteger, ¡Sieg Heil! Soy un NS hasta combatir, y no temo a la muerte, con sangre y fuego la ahuyentaré, mi patria te va a proteger, SIEG HEIL, SIEG HEIL, SIEG HEIL” (Más Que Palabras); “Caminando por el barrio contigo me he cruzado, he visto tu bandera y mi símbolo tachado, hoy es un día de suerte, te tengo acorralado, aquí no hay policía y tampoco apollardados, no me mires a los ojos, me da asco tu presencia, como te encuentre otra vez disfrazado de skinete, vas a firmar puros, con los restos de tu piel, desperdicio social... desperdicio social, ahora estamos cara a cara y te me echas a llorar, esta noche con tu rostro el asfalto vas a firmar, mis botas en tu cara, lo has podido contemplar.. Desperdicio social, ahora estamos cara a cara y te me echas a llorar, que pasa perro de mierda, eres un puto guarro ya puedes echar a correr... aquí me tienes... hijo de puta, Yo soy un nazi” (Más Que Palabras); Son esclavos de otras tierras, que surgen en la oscuridad, desembarcan en las playas, invadiendo nuestra sociedad, se deslizan como serpientes, ocupando tu espacio vital, venden veneno en las calles, lo tenemos que evitar, son los que ya sabemos, que se intentan camuflar, pero a nosotros nunca se nos pondrá engañar, son los que ya sabemos, que se intentan camuflar, pero a nosotros nunca nos podrán engañar, dicen que somos hermanos, imploran tu caridad, hablan de derechos humanos y te apuñalan por detrás, no creas que me ablandan, yo no me trago su cuento, acabaré con toda la especie, allá en Ecuador, dicen que somos hermanos... (Batallón de Castigo).⁹²⁸

La sentencia de instancia también refiere otro concierto, celebrado el 27 de febrero de 2010 en la sala Heineken de Madrid, en el que solo tocó Batallón de Castigo y cuyas letras son de un cariz semejante al visto para el concierto sabadellense. Además, el grupo disponía de una página de Facebook – clausura por orden del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Sabadell durante el curso de la investigación judicial – que contaba con varios enlaces a los conciertos ya mencionados, difusión que se dio igualmente a través de un canal de YouTube. La actuación madrileña generó 407.974 visualizaciones, cifra estratosférica si consideramos que el canal apenas contaba con 395 suscriptores y si consideramos el aforo de las salas en las que actuaban⁹²⁹. Todo ese entramado de distribución y edición venía acompañado por las mercantiles Distribuciones Serigráficas DSO, S.L. y Soportes Sonoros, S.L., que se encargaban de editar y distribuir material discográfico del grupo Batallón de Castigo⁹³⁰. Esas dos empresas también distribuían otros productos como camisetas, insignias, banderas, chapitas, pegatinas y anillos, lo que les granjeó entre los años 2007 y 2011 unas ventas que ascendieron a los 2.496.024.-€⁹³¹.

⁹²⁸ Vid. AH 1º, párrafo quinto.

⁹²⁹ Vid. AH 1º, párrafos noveno y décimo.

⁹³⁰ Vid. AH 1º, párrafo decimoctavo.

⁹³¹ Vid. AH 1º, párrafo decimonono.

A resultas de todos esos hallazgos, se condenó a los líderes de ambas bandas musicales, así como a los administradores de las mercantiles susodichas, al amparo del artículo 510.1 CP a la pena de prisión de un año, junto con una multa de seis meses a razón de seis euros diarios⁹³². Los cuatro condenados, disconformes con este pronunciamiento, recurrieron en casación al TS alegando, en lo que nos interesa, una aplicación indebida del artículo 510. CP.

Para resolver los recursos planteados, el Tribunal Supremo empieza analizando la modificación legislativa operada por la LO 1/2015 – no aplicable *ratione temporis* a este pleito – y llega a la conclusión de que la nueva norma ha venido a ampliar el alcance que el artículo 510 tenía con la anterior formulación legal, de tal suerte que ninguna conducta ha quedado suprimida con el nuevo redactado. Se trata, pues, de una adaptación que la Exposición de Motivos vincula con la Decisión Marco y para cuya interpretación hemos de recurrir la *voluntas legislatoris*, sin perjuicio de que se advierta en esa adaptación un uso de los criterios articulados por la doctrina constitucional y por la jurisprudencia del TS⁹³³. Sobre la vertiente constitucional, es capital la STC n.º 235/2007, ya que, aunque verse principalmente sobre el artículo 607.2 CP, ofrece criterios hermenéuticos en el marco del discurso del odio⁹³⁴.

Acerca de la noción de provocación, el TS descarta que estemos ante una mera aplicación del artículo 18 CP, decantándose por un uso basado en la definición común fijada por el DEL, y que hemos visto cómo nos lleva a una idea general de incitación. En cuanto a si ha de exigirse que esa provocación sea directa o indirecta, considera que estamos ante una clasificación confusa y opta por “precisar la eficacia de esa provocación, esto es, si es capaz de incitar al odio, la violencia o la discriminación, porque, si esto es así, el delito, como de riesgo abstracto que es, quedará consumado”⁹³⁵. Al no tratarse de un delito de peligro concreto, no es preciso que se cree una situación específica de peligro y la acción será considerada peligrosa *per se*⁹³⁶.

Lo determinante, en suma, será advenir la “eficacia” (sic) de la provocación para alcanzar los otros elementos alternativos del tipo objetivo, a lo que habremos de añadir la afectación de la dignidad humana. No hemos, sin embargo, de confundirnos con la utilización de la eficacia como si de una cuestión de resultado se tratara, por cuanto el tipo se configura como de peligro abstracto, puro, potencial o posible, de tal suerte que es de mera actividad y su consumación llega al certificar “la sola incitación a las variables discriminatorias que en el mismo ha contemplado el legislador”⁹³⁷. El tipo objetivo vendrá determinado por la emisión de un mensaje discriminatorio o provocador, mientras que

⁹³² Vid. AH 2º, párrafo primero.

⁹³³ Vid. FD 1º, párrafo noveno.

⁹³⁴ Vid. FD 1º, apartado primero, párrafo duodécimo.

⁹³⁵ Vid. FD 1º, apartado primero, párrafos decimoséptimo y decimoctavo.

⁹³⁶ Vid. FD 1º, apartado segundo, párrafo segundo.

⁹³⁷ Vid. FD 1º, apartado segundo párrafo primero.

el tipo subjetivo vendrá determinado por la voluntad de su emisión a sabiendas de ese contenido requerido por el tipo objetivo; el riesgo podría llegar a incluirse en la parte objetiva, pero siempre desde la premisa de su abstracción o potencialidad⁹³⁸.

A continuación, el Tribunal analiza la interacción entre este tipo y la libertad de expresión, para lo que vuelve en parte a la STC n.º 235/2007. Tal y como se diría en la STC n.º 35/2020, a todo estudio desde la teoría del delito se le debe anteponer una consideración, que no es otra que la de estar ante un posible ejercicio legítimo del derecho fundamental a la libertad de expresión. Sobre este punto, no insistiremos porque ya lo hemos tratado más arriba⁹³⁹. Solo diremos que el TS da por bueno el análisis realizado por la Audiencia Provincial al respecto de la ponderación que ha de darse a la libertad de expresión, en la medida en la que para el Tribunal las palabras y los mensajes proferidos por los ya condenados rebasan con creces los límites marcados para la libertad de expresión y caen de lleno en el discurso del odio⁹⁴⁰. A partir de aquí, y en los fundamentos de Derecho siguientes, el Tribunal desglosa las conductas de los integrantes de los grupos musicales (FD 2º) y de los gestores de las editoras de los discos, que también venden material relacionado con la ideología nacionalsocialista (FD 3º), sin que encuentre mácula alguna en la exégesis que de todo ello hace el Tribunal *a quo*.

Constituye este un caso en el que pocas dudas consideramos que pueden albergarse sobre la incitación directa ya no al odio, la discriminación o la hostilidad, sino a una violencia empleada contra una serie de colectivos a los que se señala también directamente en las canciones. No se trata de una letra aislada cantada en un momento puntual, sino que se observa una reiteración delictiva y una diversificación de la difusión de esos mensajes a través de varios canales cuyo propósito es llegar al máximo número de personas posible. La puesta en escena buscaba, asimismo, un mayor impacto, y aunque los acusados no hubieran de responsabilizarse *per se* por la estética de los asistentes al concierto, es indudable por sus letras y gestos que esa ambientación formaba parte de una determinada imagen que dichos acusados querían proyectar de sí mismos. Los acusados hicieron de ello un *modus vivendi* gracias a los jugosos ingresos que les reportaba la venta de todo tipo de material que compartía el mismo poso ideológico que sus canciones, bordeando con ello a nuestro entender el tipo de organización criminal.

La siguiente sentencia del TS que veremos será la n.º 437, 2022, de 4 de mayo. Los hechos se remontan a junio de 2016, cuando los acusados fueron informados de que en una calle barcelonesa se había dispuesto una carpa para apoyar la instalación en la ciudad condal de pantallas de grandes dimensiones, y así seguir los partidos de la selección española durante la Eurocopa que tendría lugar aquel verano en Francia. En consecuencia, los acusados se dirigieron hacia allí y, al llegar, empezaron

⁹³⁸ Vid. FD 1º, apartado segundo, párrafo primero.

⁹³⁹ Este punto se trata en el FD 1º, apartado tercero, párrafos tercero y cuarto.

⁹⁴⁰ Vid. FD 1º, apartado tercero, párrafo quinto.

a increpar a los organizadores de la carpa –que portaban camisetas de la selección española – con expresiones como “putas españolas, fuera de aquí, os vamos a matar, putos españoles de mierda, perras españolas, iros a vuestro país, hijos de putas”, tras lo que empezaron a destrozar la carpa. Asimismo, propinaron patadas y empujones a esas mismas personas, lo que hizo caer a una de ellas al suelo, sin que ello motivara un cese en la agresión tanto física como verbal. Por último, se marcharon del lugar llevándose consigo el bolso de una de las víctimas⁹⁴¹.

El Juzgado de lo Penal n.º 16 de Barcelona condenó a los cinco acusados – en lo que a nosotros interesa⁹⁴²– como autores de un delito *ex* artículo 173.1 en concurso de normas con el artículo 510.2a), resuelto a favor de este último con base en el principio de especialidad. Tal sentencia fue apelada por algunas de las acusaciones particulares y por las defensas, lo que dio como resultado una sentencia parcialmente de los primeros recursos y estimatoria parcial de una de las defensas, pronunciamiento dictado el 24 de febrero de 2020, la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Barcelona. Ante ello, tres de los condenados presentaron su recurso de casación ante el TS, alegando entre otros motivos la indebida aplicación del artículo 510.2a)⁹⁴³.

La principal cuestión que el TS tuvo que resolver era, de acuerdo con la referida casación, si podía considerarse discurso de odio el ataque en los términos de ese último precepto contra quienes hacen alarde de su nacionalidad española y pretenden concitar el apoyo popular para una causa estrechamente vinculada con esa nacionalidad. La interpretación del Juzgado de lo Penal, mantenida por la Audiencia Provincial, era favorable a no encapsular la tuición del artículo 510 CP (aunque en este caso fuera el apartado 2, letra a), el razonamiento era aplicable *mutatis mutandis* al resto del articulado) y no recurrir a la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo⁹⁴⁴.

Para el Tribunal, era indudable que la agresión estuvo motivada por la categoría nación⁹⁴⁵, y “hay que señalar que ni el art. 173 ni el 510.2 a) CP señalan que las víctimas sean vulnerables. El concepto de la vulnerabilidad no es un elemento del tipo, ya que no forma parte de la estructura de exigencias de los elementos que los conforman, y si el legislador lo hubiera querido así lo hubiera hecho constar. No se trata de una interpretación extensiva o restrictiva del tipo penal, sino de adecuación a las exigencias de lo que dice el precepto, y ninguno de ellos exige la vulnerabilidad en las víctimas del delito. Como apunta el Fiscal de Sala, la diferencia entre uno y otro tipo penal radica en que el sujeto pasivo del art. 173.1 del Código Penal puede ser cualquier persona mientras que en el art. 510.2 a) lo son las personas

⁹⁴¹ Vid. AH 1º, párrafo primero, de la STC 437/2022. Como de costumbre, toda referencia ulterior lo será a este pronunciamiento, a no ser que se indique lo contrario.

⁹⁴² A la vista de los hechos probado, también hubo condenas por hurto, amenazas, daños y lesiones.

⁹⁴³ Vid. AH 2º, 3º y 4º.

⁹⁴⁴ Vid. FD 4º, párrafo segundo.

⁹⁴⁵ Vid. FD 4º, párrafos quinto, duodécimo y decimotercero.

que encajen en alguno de los motivos de discriminación expresamente previstos en el citado tipo penal”⁹⁴⁶.

No sorprenderá que nuestra valoración de esta sentencia sea muy positiva al optar por el único entendimiento que consideramos compatible con la interdicción de la discriminación, que es esencial para entender la tipificación del artículo 510 CP. La interpretación restrictiva no puede sacrificar una literalidad tan clara, máxime si ese aderezo supone establecer una doble vía de protección en función de subcategorías dentro de cada categoría o móvil discriminatorio. En este caso, tras declarar probado que la agresión tuvo lugar por razón de la nación, no cabía otro resultado que no fuera la condena por emplear ese sustrato discriminatorio en el marco del artículo 510.2a) CP, y ello con absoluta independencia de una supuesta vulnerabilidad de las víctimas. Incluso si situáramos el umbral del peligro abstracto por encima del nivel que tendría para colectivos vulnerables, la conducta desplegada por los encausados fue de una virulencia tal que la tan solo concebimos como respuesta *secundum legem* la ofrecida por los tres órganos judiciales que conocieron de este asunto; el Tribunal Supremo cierra el círculo con una argumentación que nos parece impecable.

7.3. Consideraciones comunes

Tras todo lo estudiado, nos encontramos en una mejor posición para verificar si la definición incipiente de delito y discurso de odio hecha al acabar la regulación internacional y europea tiene cabida en la formulación del Código Penal y en su inteligencia jurisprudencial. En efecto, a nuestro entender esa aproximación inicial es plenamente compatible con nuestro ordenamiento jurídico, donde nítidamente se distinguen dos realidades normativas.

La primera consiste en todo aquel delito base que se encuentra agravado por la concurrencia de un mayor injusto objetivo consistente en el criterio selectivo articulado por el sujeto activo *en* la acción. La obligatoriedad de no desatender los móviles discriminatorios de ciertos delitos es un imperativo que parte de la consolidadísima jurisprudencia del TEDH, y en nuestro artículo 22.4º CP ello halla perfecto acomodo; esa especial atención deriva igualmente de la interdicción de la discriminación, que desde antaño el TC declaró aplicable a las relaciones entre los particulares. Ciertamente es que tal eficacia horizontal no mandata, *prima facie*, un reflejo penal, pero si estamos hablando de que se atacan bienes jurídicos como la vida, la integridad física o moral, la libertad y otros derechos e intereses constitucionalmente tutelables de uno u otro modo, la determinación de la víctima con base en categorías *ex* artículo 14 CE justifica sobradamente la atención que el CP le presta.

⁹⁴⁶ Vid. FD 4º, párrafo decimonoveno. En el párrafo vigesimocuarto se ahonda en ello diciendo que “De lo contrario, de entender que solo una persona vulnerable, o determinados colectivos desfavorecidos son los protegidos por el delito de odio nos llevaría a concluir que los no vulnerables pueden ser atacados con la intención dimanante del odio y por su pertenencia a una nación, raza, creencias, ideología, su sexo, orientación o identidad sexual, o por razones de género.”

El elenco de causas discriminatorias solo ha hecho que aumentar en las últimas décadas, sin que ello *per se* haya de merecer un juicio negativo; la predisposición que parece cundir al valorar desfavorablemente todo incremento textual del CP debe compaginarse con un análisis *ad casum* que no se limite a reproducir esa predisposición, a cuyo propósito nada contribuye que lo haga enfundada en un falso casuismo. Rasgarse las vestiduras preventivamente por contar más palabras después de una reforma penal responde a una visión cuantitativa de principios como la *ultima ratio*, la subsidiariedad o la fragmentariedad que orilla su faceta cualitativa, y que traza – advertida o inadvertidamente – líneas en el suelo para separar los predios del Derecho Penal auténtico y del Derecho Penal desnaturalizado o profanado por los que parecen actuar movidos por una pulsión carcelaria insaciable. Dichas críticas suelen venir acompañadas de una apelación a un pasado inconcreto más cercano a lo imaginario que a lo real, donde tales principios se supone iluminaban la vida del Derecho Penal sin zonas de penumbra; sería de gran ayuda saber qué texto hemos de tomar como paradigma de ese momento ahistórico porque, de lo contrario, solo nos queda discutir razonablemente sobre cómo concretar toda esa retahíla de principios sin convertirlos en mantras que, de tanto usarlos, acaben por no significar nada.

Esa aparente inmutabilidad de unos principios penales cuyo contenido es lo suficientemente evidente para extraer de él reglas más propias de autómatas que de personas nos lleva a uno de los puntos del credo positivista que más confusión haya causado sea la distinción entre el *ser* y el *deber ser*⁹⁴⁷ aplicado al ámbito normativo, y que Bentham configuraba como *expository jurisprudence* y *censorial jurisprudence*, respectivamente⁹⁴⁸. A partir de aquí se ha afirmado que podemos distinguir entre los elementos exclusivamente descriptivos (el *ser*) del Derecho y sus elementos exclusivamente valorativos (el *deber ser*)⁹⁴⁹, donde la figura de la ingeniería social “imparcial” de BENTHAM⁹⁵⁰ adquiere un notable protagonismo como catalizador de ese *ser*. El escollo que le encuentro a esta teoría para que pueda decirse cierta es que parece resucitar la idea de derecho natural que creía haber aniquilado, por más que lo haga sutilmente y, seguramente, de manera inadvertida.

Si hubiera *un ser* opuesto a uno o más *debe ser*, las expectativas de quienes se mueven en el estudio de lo que *es* serían idénticas y no habría discrepancia alguna entre los diferentes actores jurídicos, fosilización del ordenamiento legal incompatible con la realidad que adverbamos. No habría lugar a la expectativa en términos de combate incruento entre los competidores por el significado a partir del mismo significante, lo que es manifiestamente contrario al *ser*, esto es, a la conducta humana que

⁹⁴⁷ CIANCIARDO, J.: *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Pamplona, 2000, pp. 134-137; BAYÓN MOHINO, J.C.: “El contenido mínimo del positivismo jurídico”, en ZAPATERO GÓMEZ, V. (ED.): *Horizontes de la filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Universidad de Alcalá, 2002, p. 8.

⁹⁴⁸ BENTHAM, J.: *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Batoche Books, 2000, p. 234.

⁹⁴⁹ GUASTINI, R.: “Un ejercicio de realismo jurídico”, cit., p. 225.

⁹⁵⁰ SHAPIRO, M.: *Freedom of Speech...*, p. 98.

comprobamos a diario. El Derecho es, eminentemente, interpretación que consiste en una exteriorización de la comprensión que alcanzamos de un texto o de un principio, con lo que estamos ante un proceso conjunto que no permite concebir la interpretación como un acto ni complementario ni posterior a la comprensión. Tampoco es cierto que la aplicación se desgaje de la comprensión-interpretación, sino que forman una unidad. Por lo tanto, si para aplicar una norma o un principio hemos de comprenderlos, y ello implica indefectiblemente que hemos de interpretarla, el Derecho es interpretación, y no de una clase completamente separada del resto de hermenéuticas, sino común al resto con especificidades sobre el sentido especial que algunas palabras puedan tener⁹⁵¹.

En íntima conexión con ello, el Derecho no deja de tener mucho de literatura⁹⁵², muy especializada y que en ocasiones ha de soportar ser vista como el epítome de la aridez o la falta de creatividad, pero literatura, a fin de cuentas, en el que siempre hay autores y lectores que se encuentran a mitad de camino para recorrer juntos el resto de la travesía guiándose mutuamente para llegar a buen puerto. Hablar de literatura jurídica, pues, no es solo una licencia poética, pudiendo reformular el aforismo *ex facto ius oritur* como *ex fabula ius oritur*⁹⁵³, donde el relato de hechos probados como verdad formal potencialmente distinta de la verdad material tiene mucho de ficción⁹⁵⁴. No hay nada en una norma que lo separe radicalmente de otros tipos de textos que son la base de trabajo para el filólogo o el teólogo⁹⁵⁵, sin que las letras que se emplean en todos esos textos sean ontológicamente diferentes como para que su esencia sea categóricamente dispar.

El jurista, siguiendo a White coherentemente con lo expuesto hasta el momento, no es ningún autómatas que, implacablemente, despliega una labor deductiva cuyo origen son premisas formales *a priori*; se acerca más a un artista del lenguaje, conocedor de que siempre hay algo de ficticio en lo que hace en el sentido de que no se engaña pensando que está escalando la montaña en cuya cima hallará la verdad incuestionable para todo sistema dado. Se conformará – que no es poco – con saberse intermediario entre las demandas de su tiempo y el cuerpo normativo en una concepción amplia (leyes, sentencias, dictámenes, artículos), para lo que deberá contar con suficientes dosis de sensibilidad social⁹⁵⁶.

Un jurista será, pues, un autor en términos literarios y será bajo el signo de esta realidad que tendremos que interpretar el sentido de sus palabras y, por qué no, de sus silencios. Los personajes que

⁹⁵¹ GADAMER, H.-G.: *Verdad y método*, vol. I, Sígueme, 1999, pp. 378-380; MARÍ, E.E.: “Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar, pero en voz baja”, *Doxa*, vol. 21, n.º II, p. 261.

⁹⁵² DWORKIN, R.: *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985, pp. 146-166. Para una posición que relativiza esa relación, vid. POSNER, R.A.: *Law and Literature*, Harvard University Press, Cambridge, 2009, *passim*, pp. 22-34.

⁹⁵³ TALAVERA, P.: *Derecho y literatura*, Comares, 2006, p. 9; OST, F.: “El reflejo en la literatura”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 29, p. 337.

⁹⁵⁴ BUENO OCHOA, L.: “Reflexiones sobre la interacción entre derecho y literatura: a propósito de una experiencia docente”, *Anuario de Filosofía de Derecho*, vol. XXXVII, p. 98.

⁹⁵⁵ GADAMER, H.-G.: *Verdad y método*..., cit., pp. 379-380.

⁹⁵⁶ WHITE, J.B.: *The Legal Imagination*, University of Chicago Press, Chicago, 1985, p. 64.

formen parte de sus textos tampoco serán, conforme a este prisma, comparsas o actores de relleno que han ceder su protagonismo a las reglas lógicas del Derecho, sino que adquirirán el papel central que la justicia y la igualdad imponen para alzarlos de su anonimato y de clichés reduccionistas. El jurista tendrá la responsabilidad de ser el altavoz de los sin voz⁹⁵⁷ de tal suerte que dé una forma jurídicamente aceptable a aquello que los sin voz expresan de manera inaudible para el sistema normativo, y por ello se convierte en literato que intenta ajustarse a los cánones del ámbito del saber en el que se mueve.

Es evidente que el caudal que hemos recibido de las generaciones precedentes⁹⁵⁸, y que nos evita el tedioso e inacabable proyecto de empezar siempre desde cero, opera como un estabilizador en el plano de la macroestructura que amortiguaría la incidencia de la indeterminación a nivel más microscópico, si bien la continuidad histórica ya no es el criterio último⁹⁵⁹. Pero toda esa herencia se conjuga en términos de *debe ser* porque es como nuestros antepasados han querido conformar su sistema jurídico-valorativo y es como nosotros deseamos seguir acompañando la interpretación jurídica, pero no por ello hemos de restarle categóricamente un ápice de verdad ni de importancia. No se trata tampoco de aceptarlo acríticamente, sino de una razonable adaptación – que exige un delicado equilibrio – de tal suerte que no seamos ni esclavos de lo malo ni destructores de lo bueno. Además, cuanto hemos dicho no niega una verdad absoluta para todo grupo de interpretaciones ni que haya exégesis que parezcan fluir más naturalmente y otras que se antojen más forzadas, sino que nuestra aproximación es que toda pretensión de verdad es solo eso, una pretensión cuya verificación exige una validación metatextual cuya referencia es un correoso elemento valorativo.

Si todo lo anterior es cierto, y así lo creemos, *a fortiori* deberá volverse nuestra comprensión, y aplicación, de principios no positivizados con esa dicción mucho más moderada y abierta a alternativas que no conculcan verdades inmutables. Como hemos dicho en la introducción, desde la promulgación de la Constitución, es esta la medida de legitimidad última, por lo que el contenido de esa panoplia de principios no puede desconectarse de los derechos y sus restricciones en los términos previstos por el constituyente.

Para concluir sobre la ampliación de categorías discriminatorias, *ex* artículo 14 CE nos resulta indispensable porque las sensibilidades sociales cambian, y de ahí que el propio texto constitucional esté abierto a ello sin precisar del muy exigente proceso agravado de reforma constitucional. No creemos, sin embargo, que el Código Penal haya de ser la punta de lanza que abre camino con nuevas causas, sino que siempre debe ser tributaria de una formulación previa en una ley orgánica, si bien

⁹⁵⁷ NUSSBAUM, M.: *Poetic Justice. The Literary Imagination and Public Life*, Beacon Press, 1995, p. 79.

⁹⁵⁸ GONZÁLEZ ALONSO, B.: “La historia de la sucesión en el trono y el artículo 57 de la Constitución de 1978”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 19, p. 41.

⁹⁵⁹ HOLMES JR., O.W.: “The Law in Science and the Science in Law”, *Harvard Law Review*, vol. 12, n.º 7, p. 443.

podemos sortear este óbice con la exégesis que el TEDH hace del CEDH, texto que ha de inspirar la interpretación de nuestros derechos fundamentales. Aun así, es importante una incorporación sensata de móviles discriminatorios al Código Penal y que evite duplicidades o fricciones, que principalmente advertimos por el flanco de la exclusión social.

La segunda realidad normativa es, asimismo, una exigencia de los compromisos internacionales y europeos adquiridos por España, que se traduce en un adelantamiento parcial de la barrera punitiva en un esfuerzo por desincentivar la creación de un estado de opinión favorable a la exclusión de personas por razones constitucionalmente proscritas; el asidero constitucional, pues, se encuentra aquí. Nótese que hemos dicho adelantamiento parcial de la barrera punitiva, y es que hemos argumentado que en todo discurso de odio siempre nos encontramos con una discriminación *consumada* en el sentido de que el sujeto activo orienta sus invectivas hacia personas o colectivos determinados por una serie de rasgos que, a su juicio, son suficientes para dispensar un trato peor que los que carecen de ellos o los tienen en otro sentido. El adelantamiento es igualmente parcial si atendemos a que el artículo 510 no es un monolito y en él tenemos un precepto, el artículo 510.2a), que no anticipada nada, sino que funde en un solo artículo la tuición de la integridad moral y del honor para erigirse en *delictum sui generis* de resultado; ello lo distingue del artículo 510.1, que es de peligro abstracto, aunque de discriminación implementada.

La dupla directo/indirecto del artículo 510.1 daría para disquisiciones sin fin sobre qué es qué y qué no es qué, sin que veamos que, al final de ese trayecto, hayamos logrado desbrozar el camino. El planteamiento de la STS n.º 675/2020 nos resulta el más convincente por cuanto pone el acento en lo que cabría llamar la *contribución expresiva*, tanto si esta es generativa o aditiva, es decir, es la primera de su especie – y con suficiente entidad como para no ser anecdótica – o bien se suma a contribuciones precedentes. Cuando la ley es tan omnicompreensiva, la clave interpretativa que envía a los operadores jurídicos es que *cualquier forma o modo* de promoción, fomento o incitación colma las exigencias del tipo objetivo, y basta con que la ladera subjetiva de la tipicidad forme un único cuerpo con aquella. El empleo de una tetralogía alternativa de verbos es, a mayor abundamiento, revelador de esa teleología contributiva que escapa del corsé de la provocación *ex* artículo 18 CP.

En este segundo plano normativo, hemos visto que la doctrina ha señalado su ampliación a partir de 2015 si lo comparamos con 1995, mas no podemos convenir en que sea ese el caso, o bien que lo sea con la intensidad señalada. La alusión a la provocación en la LO 10/1995 no lo era a lo que el artículo 18 CP tenía por tal, y hemos tratado de esmerarnos en corroborarlo, por lo que la irrupción de más verbos típicos en 2015 no es sino una presentación alternativa de acciones que plasman la necesidad *contributiva* señalada en el párrafo anterior. La desambiguación, y no la ampliación, creemos que esté en la base de una modificación así. No puede dudarse de que la existencia comparativa de más verbos

tiene el potencial de desatar los vientos de la discordia, pero tampoco podemos dudar de que la formulación anterior era todavía más problemática por la extraña relación homonímica, pero de dispar contenido, que mantenía con la provocación *stricto sensu*. Respecto del artículo 510.2a), más vemos una figura *sui generis* a caballo entre los delitos contra el honor y la integridad moral que una verdadera expansión de horizontes, ya que antes se podía acudir al segundo apartado del 510 o a una agravación por mor del artículo 22.4º CP.

Las consecuencias jurídicas relativas a las inhabilitaciones son las que más dudas nos suscitan por su carácter desmedido en lo temporal y en lo material, hasta el punto de que las reputamos incompatibles con la jurisprudencia del TEDH, con derechos fundamentales como la libertad de cátedra y con derechos constitucionales como el trabajo. La inhabilitación en sí es necesaria y proporcional en abstracto, pero no en los términos concretos que nos encontramos. Por su parte, la clausura de páginas que contengan material ilícito, la proporcionalidad mandará sobre si es precisa esa medida o la retirada parcial de contenido; respecto de la destrucción del material ilícito, está en perfecta consonancia con el artículo 367 ter LECrim en relación con el 367 bis, sin que quepa su realización por no ser lícito su comercio (artículo 367 quáter) ni tampoco admitirse su devolución al reo (artículo 367). Nos encontramos, en definitiva, con el cuerpo del delito en los términos previstos en el artículo 334 LECrim.

8. Recapitulación y reflexiones finales

La última parte de este capítulo la dedicaremos a tratar los que seguramente sean los tres aspectos más delicados, controvertidos y debatidos sobre los delitos de odio. Especialmente los dos últimos han dado mucho de qué hablar, mientras que el primero ha permanecido en un plano algo más discreto, a pesar de ser tan nuclear como los otros dos.

8.1. Los delitos de odio: ¿ejemplos de Derecho Penal de autor?

Esta pregunta se repite con cierta frecuencia en nuestro ámbito de discusión porque es fácil caer en la conclusión de que se está sancionando la manifestación de un sentimiento de odio, aversión, rechazo, hostilidad o desprecio hacia ciertas personas por exhibir rasgos concretos. Se ha visto en estos delitos una tipificación de intereses exclusivamente morales⁹⁶⁰ o la punición de una ideología o forma de pensar⁹⁶¹, lo que chocaría con el adagio según el que *cogitationis poenam nemo patitur*⁹⁶². En

⁹⁶⁰ BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación...*, cit., p. 81.

⁹⁶¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVII, pp. 146-151.

⁹⁶² LAMARCA PÉREZ, C.: “La publicidad en Derecho Penal: una aproximación conceptual e histórica”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículo 2-3, 1981, p. 573.

definitiva, el reproche iría dirigido a denunciar que se está tipificando una manera de ser, de pensar o de sentir, y no una manera de hacer o actuar.

Señala GÓMEZ MARTÍN⁹⁶³, y nosotros con él, que este tipo de afirmaciones parten de una asunción casi apriorística según la que el delito de odio no es sino una actitud interna discriminatoria que nada tiene de fácticamente enjuiciable conforme a los parámetros admisibles en Derecho Penal⁹⁶⁴. Pero como este autor sostiene, la realidad dista mucho de ser así por cuanto lo tipificado responde a la lesión de bienes jurídicos de primer nivel como la dignidad, la libertad o la seguridad de ciertos colectivos, con artículos como el 510 reprochando y sancionando la incitación a que otros exhiban comportamientos hacia terceros que pongan en riesgo esos bienes jurídicos⁹⁶⁵. Por su parte, FUENTES OSORIO razona, y convergemos con él, que es posible construir el odio como amenaza o lesión y trascender así la mera aversión discriminatoria⁹⁶⁶.

Pretender reducir los delitos de odio a la criminalización de un pensamiento, sentimiento, pulsión... es, bajo nuestro punto de vista, una reducción simplista en exceso que desatiende lo único que realmente importa aquí: la puesta en peligro de derechos e intereses de la máxima relevancia, o incluso su conculcación, en función del tipo penal del que hablemos. En ocasiones, se tratará de la justificación o enaltecimiento de hechos delictivos, lo que da buena cuenta de que la parte fáctica siempre está presente, sin que su encuadramiento en delitos de peligro abstracto merme lo más mínimo esa facticidad. Persistir en que los delitos de odio son una muestra actual de un Derecho Penal de autor desoye que toda sanción de conductas puede relacionarse de un modo u otro con los sentimientos, pasiones, creencias o pensamientos de sus autores: así, quien toma las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño puede hacerlo porque admira a Robin Hood; la persona que se dedica a entrar en naves y destruir su maquinaria puede ser un firme defensor del ludismo; quien comete un atentado contra la autoridad puede querer reivindicar su ideario anarquista. Los ejemplos son tan numerosos como personas haya convencidas de que actúan por una buena causa anclada en convicciones tan sinceras como dañinas, y no por ello planteamos enmiendas a la totalidad del CP.

Ya hemos dicho antes que el criterio selectivo es la clave de bóveda de los delitos de odio, y ello con completa independencia de qué lleve al sujeto activo a tal cribado. Sus razones son suyas y a nadie interesan más que, quizá, a la caterva de acólitos deseosos de encontrar héroes donde otros solo ven delincuentes. Todos somos libres de amar y odiar según nos plazca, de querer estar más cerca de unos y más lejos de otros, de fomentar la diversidad o de preferir un minifundio, y cada una de esas filias y

⁹⁶³ El jurista tiene una obra que, en nuestra doctrina, es una referencia indispensable sobre la materia: GÓMEZ MARTÍN, V.: *El Derecho Penal de autor desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas de Derecho penal de varias velocidades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

⁹⁶⁴ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 133.

⁹⁶⁵ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., pp. 134-135.

⁹⁶⁶ FUENTES OSORIO, J.L.: "El odio...", cit., p. 9.

fobias han de nacer, crecer y morir sin que ninguna ley se inmiscuya. Pero si lo que se pretende es que esa indiferencia normativa se lleve al extremo de despreocuparse cuando trasciende de la mera subjetividad para afectar radicalmente a la del prójimo, no podemos ni estar ni pasar por ese resultado. Si, a pesar de todo lo dicho, a ello se le quiere seguir llamando Derecho Penal de autor en un intento de invocar a los custodios de la fe, sea. No consideramos que con ello se haga justicia a una discusión que huya de los maximalismos, mas no es menos cierto que el deseado punto medio precisa de extremos.

8.2. Los delitos de odio: ¿aliados de la dignidad y la igualdad sin discriminación?

Sin la búsqueda incesante de una sociedad donde reine la igualdad sin discriminación y en la que la dignidad inalienable del ser humana sea reconocible por doquier, es imposible entender los delitos de odio; no son los delitos de odio la causa de que se reconozca la dignidad y la igualdad, sino que es precisamente al revés. A partir de este puntal, poco margen a la imaginación queda si queremos ofrecer una respuesta coherente a la pregunta planteada: sí, los delitos de odio pueden tenerse por *aliados* de la dignidad y la igualdad sin discriminación en la medida que persiguen asegurar el máximo respeto posible entre particulares, así como en la relación de estos con los poderes públicos. Sin embargo, tras esta afirmación hemos de descender a los detalles para trascender ese plano general e inquirir qué significa exactamente un tal aserto.

Lo primero que significa es que los delitos de odio tienen que participar de la naturaleza de dignidad e igualdad sin discriminación que pretenden cobijar bajo sus alas normativas; si no puede haber más contenido en la consecuencia que en la causa, a duras penas lograremos que de una herramienta defectuosa se obtenga algo parecido a lo pretendido. De este modo, si autolimitamos ese derecho y fundamento, restringiéndolos a unos cuantos, obtendremos a nuestro entender un resultado defectuoso que no hará honor a lo que esos dos vocablos comportan en nuestro ordenamiento jurídico. Claro está que se nos puede replicar que lo *pretendido* es ampararlos para ciertos colectivos, pero en tal caso se ha de recurrir al foro con un discurso expreso en tal sentido, de tal suerte que el bien jurídico será solo y exclusivamente el que se atenga a una fracción social; fracción, que no fractal, porque en aquella no se repite la estructura originaria. Si la escasez de recursos no tiene cabida, la escasez de protección ha de seguir la misma suerte, máxime cuando blandimos un concepto de dignidad e igualdad sin discriminación contradictorio con su punto de partida.

Lo segundo que significa es que las causas de desigualdad que informan los delitos de odio tienen que ser suficientemente representativas de los criterios relevantes que sirven para distinguir a unas personas de otras; de otro modo, esos delitos pueden ser meras fachadas en la tutela de la interdicción discriminatoria o, peor aún, incurrir en discriminaciones por mantener al margen rasgos que

imperiosamente debieran hallarse representados, en una especie de broma de mal gusto. Sobre qué características han de incluirse, la gravedad no puede ser el criterio guía si se ha determinado que estamos ante notas lo suficientemente afines a las expresas del artículo 14 CE, con lo que a lo sumo servirá para graduar la respuesta penal que se dé ante hechos subsumibles en el artículo 510 CP o en un delito base agravado. Si resolviéramos la cuestión en otro sentido, reincidiríamos en el tratamiento diferencial injustificado de lo que está llamado a finiquitar ese *modus operandi*.

Lo tercero pasa por reconocer el carácter limitado de esa alianza forjada entre dignidad, igualdad sin discriminación y delitos de odio. Por un lado, se trata *solo* de punir con la esperanza de que el número de casos en los que la ley deba actuar sean progresivamente descendentes, desiderátum que puede o no coincidir con la realidad de los hechos, es decir, la punición con la vista puesta en la prevención. La imposibilidad de operar una coacción fuerte sobre la vida de cada cual no es excusa para reducir la autonomía a escombros en aquellas zonas dudosas que, como hemos dicho, excedan el ejercicio constitucionalmente legítimo de la libertad de expresión o de libertad en términos generales sin llegar a ser penalmente relevantes. Nos obsesionamos con que todo ha de reconducirse a una pugna sin cuartel entre la libertad de expresión y los delitos de odio – sobre todo el discurso de odio –, pero hemos de tener presentes las conductas o estados mentales comunicados que habrán de mantenerse al margen de todo reproche y sanción jurídicas, tanto penales como de cualquier otro orden. Pensemos en quien, a lo largo de su vida, rehúye el contacto con personas de ciertas razas, etnias o religiones porque profesa una animadversión hacia alguno de esos grupos que solo transpira por el tejido de lo implícito.

Lo cuarto implica asumir que la promoción de la dignidad y la igualdad sin discriminación no solo puede reconducirse a mecanismos extrapenales. Las políticas públicas orientadas a esa promoción serán capaces de reducir una parte de la conflictividad, y las medidas articuladas por otras ramas del ordenamiento jurídico darán cumplida satisfacción a otra parte esa conflictividad; a lo que todo lo anterior no llegue, el Derecho Penal habrá de ofrecer una reacción satisfactoria. En esto no hay nada nuevo bajo el sol y no creemos que la lucha contra ciertos comportamientos reconducibles a los delitos de odio haya de ser una excepción en la que todo lo irresuelto por esos estadios previos haya de recibir el silencio por respuesta.

8.3. Los delitos de odio: ¿enemigos de la libertad de expresión?

Uno de los debates más encendidos contrapone libertad de expresión con delitos de odio, especialmente con su modalidad de discurso de odio, y esperamos haber dado buena cuenta de ello. Después de todo lo visto ya, y antes de dar respuesta a esa pregunta, no queremos pasar por alto un elemento conceptual importante para nosotros, que es la construcción que FERRAJOLI hace de los derechos fundamentales, y que tiene en la ley del más débil, tanto en su faceta de derechos positivos

como negativos⁹⁶⁷, uno de sus epicentros. Para el jurista italiano, cada derecho fundamental busca reequilibrar la situación natural de la que parten los titulares para concretar esa expectativa de igualdad sobre la que hablábamos antes, igualdad que se remite siempre al plano normativo⁹⁶⁸ como reequilibrio del físico. Así, el derecho a la vida amparará a quien carezca de la suficiente fuerza física para defender su existencia frente a amenazas de terceros, y los derechos de contenido económico ampararán a quienes por sí mismos no se provean lo suficiente para cubrir sus necesidades.

Esta configuración de la ley de los menos privilegiados naturalmente está detrás de que los derechos fundamentales sean indisponibles, ya que de lo contrario se incurriría en el sinsentido de permitir normativamente que los más fuertes despojen a los más débiles de sus derechos *ex post* su sanción jurídica, cuando esos derechos fundamentales buscan mantener a estos a salvo de aquellos⁹⁶⁹. Esta tuición alcanza a impedir que pueda condenarse a alguien sin haber incurrido en injusto alguno o por haber realizado actos intrascendentes, y ello con independencia de la mayoría que vote una norma como esa⁹⁷⁰. De esta manera, la ley del más débil añade una característica esencial a los derechos fundamentales: su inderogabilidad⁹⁷¹. La decisión de derogar un derecho fundamental, ya de manera directa o de manera subrepticia, ya sea de manera total o parcial si afecta sustancialmente al contenido esencial, sería un facto deslegitimador del Estado que la adoptara porque tales derechos se insertan dentro de lo indecible por los poderes públicos⁹⁷². Solo puede decidirse, si es que acaso tiene sentido hablar de una decisión cuando es obligada, su positivización y su protección. Sin perjuicio de las críticas que se puedan hacer a la teoría general de los derechos fundamentales en FERRAJOLI sobre la división positivista entre Derecho y moral⁹⁷³, y de que tengamos serias reservas a una de las líneas de flotación iuspositivista, a saber, la distinción entre *ser* y *deber ser* en el plano normativo, el planteamiento de los derechos fundamentales como aquellos del más débil está justificado tanto histórica como teleológicamente; además, resulta de enorme interés a los efectos del conflicto entre libertad de expresión y discurso de odio.

En el plano histórico, los derechos fundamentales surgen como respuesta a los abusos – reales o no, eso poco importa – percibidos por quienes se veían subyugados por el omnímodo poder estatal

⁹⁶⁷ FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2016, p. 54.

⁹⁶⁸ *Ibid.*, cit., p. 82.

⁹⁶⁹ FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1997, p. 861.

⁹⁷⁰ *Ibid.*, p. 860.

⁹⁷¹ Las otras notas serían: son la indisponibilidad (Ferrajoli es muy gráfico cuando dice que se sustraen a la disponibilidad de la política y del mercado), la universalidad (entendida como generalización a todo ser humano en tanto que tal) y la condición de derechos subjetivos con expectativas positivas (derechos a los que anudamos obligaciones) y negativas (a los que anudamos prohibiciones). El cuarto, autóctono del positivismo, es su positivización en textos legales para que sus titulares los conozcan y los hagan suyos (vid. FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías...*, cit., p. 41; EL MISMO: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 49, 117 y 291; EL MISMO: *Derecho y razón*, cit., pp. 861 y 908-909).

⁹⁷² CONTRERAS, S.: Ferrajoli y los derechos fundamentales, *Revista de la Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos)*, vol. 16, p. 138.

⁹⁷³ DWORKIN, R. (1984). *Los derechos en serio*, Ariel, p. 295. Si bien la obra de este autor precede a la de Ferrajoli y no encontraremos en ella una crítica a la de este último, sus presupuestos son el contrapunto a la propuesta del jurista italiano porque exige reconocer las ideas de igualdad y de dignidad humana como bases del ordenamiento jurídico. Ello obliga a que se reconozcan y se protejan ciertos derechos imprescindibles para colegir que un sistema normativo protege ambas ideas.

absolutista. El ciudadano se presenta en el campo de batalla armado con los derechos fundamentales para hacer frente al batallón absolutista, pertrechado este con sus prerrogativas estamentales, en lo que podría leerse como lucha del más fuerte contra el más débil. Esa imagen del Estado como el Goliath al que David tiene que derribar con su honda se ha perpetuado desde entonces, o al menos desde ese momento, esa imagen ha cobrado los tintes que la modernidad nos ha legado, aunque matizada por la, en ocasiones, salvífica acción que de él esperamos. En el plano finalista, todas las notas características de los derechos fundamentales vistas *ut supra* responden a la lógica de proteger a la parte menos aventajada en cualquier conflicto, otorgándole una herramienta que puede hacer valer sin quedar al albur de que los más poderosos se avengan por generación espontánea a cumplir con las normas⁹⁷⁴. Aquellos con el poder suficiente para hacer valer desde un plano del ser (lo que incluye tener cubiertas sus necesidades vitales más esenciales) en sentido estricto rara vez necesitan un ordenamiento jurídico para imponer su voluntad, y si vemos con frecuencia que esos poderosos moldean un sistema normativo a su gusto (es más, los potentados de la tierra han sido tradicionalmente los que han forjado las leyes al abrigo de sus intereses particulares) no es porque precisen de aquello que ya tienen. Más bien, es una mezcla de ese simbolismo propio del ser pensante y de enmascaramiento del frío y descarnado uso de la fuerza bruta bajo el eufemístico manto de la civilización.

Si descendemos al detalle de los derechos fundamentales más extendidos (vida, integridad física y psíquica, libertad, expresión), la encarnación en ellos de la teleología ahonda en esa justificación porque su vinculación con realidades físicas salta a la vista, aspecto que es donde las debilidades son más difíciles de superar sin auxilio, ayuda que además ha de ser permanente porque aquí lidiamos con la desigualdad natural. La libertad de expresión es quizá el menos físico de todos ellos porque, como decíamos al inicio del capítulo anterior, su sentido jurídico supera el mero criterio naturalista de hablar para incardinarse en un hablar sobre ciertos asuntos de particular enjundia o calado, y de ahí que el formulador de derechos fundamentales encuentre una palanca en esa debilidad para incluirlo como tal derecho. En efecto, la categoría del *contenido* dentro de la libertad de expresión es crucial para comprender por qué ha de protegerse como derecho fundamental. Nadie necesita que se le conceda una libertad para no decir nada interesante ni nada en armonía con el sentir generalizado⁹⁷⁵, ya que lo primero a nadie interesará y lo segundo es lo que cabe esperar de todo ciudadano promedio. Pero no podemos decir lo mismo del discurso que incomoda o del que escandaliza, ya que entonces ahí el individuo sí que reta a la colectividad de muy diversas formas y el colectivo puede tener la tentación de silenciarlo para generar la falsa sensación de mansedumbre social.

De todos modos, esa debilidad evidentemente ha de analizarse en cada caso concreto porque rara vez encontramos sujetos de derecho absoluta y permanentemente débiles, salvo casos como personas

⁹⁷⁴ Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 26.

⁹⁷⁵ SCHROEDER, T.: *Free Speech for Radicals*, Big Byte Books, Nueva York, 2014, pp. 42-45.

impedidas físicas o psíquicamente de tal suerte que no puedan regirse por sí mismas. La debilidad es, a fin de cuentas, un criterio relacional que exige una comparación que huya de clasificaciones categóricas (y, por lo tanto, cerradas) y que esté atenta, en cambio, a las dinámicas en toda situación dada. Tal y como un paciente estará débil por comparación con una situación en la que su salud obedezca a unos ciertos parámetros, en lo que nos concierne esa debilidad exigirá un contraste con los sujetos que intervienen en lo sometido a escrutinio. Así, el grupo habitualmente excluido de la vida social será débil en relación con el grupo social predominante, pero dentro del primer grupo habrá personas que, a su vez, ostenten el poder interno y, por lo tanto, sean fuertes en términos relativos a otros integrantes de ese conjunto. Asimismo, la unión de personas individualmente débiles puede dar lugar a una fuerza agregada que supere la del individuo que sería fuerte en una situación de uno contra uno. Puede aplicarse aquí por analogía el razonamiento de Aristóteles, al criticar la teoría de las formas platónicas sobre que el concepto de bien no tiene un valor independiente de a qué se aplica⁹⁷⁶.

Si lo aplicamos a la libertad de expresión, esa reflexión también resulta vigente. Entre la sociedad en su globalidad y los individuos en su irreductibilidad existe una inevitable propensión a identificar ciertas entidades supraindividuales a partir de características comunes. Aunque esa generalización facilite la interacción con ellos gracias a una serie de asunciones que evitan la titánica tarea de tratar cada particular como un nuevo sujeto al que arrancar de su alteridad, esa mayor facilidad no esconde las particularidades que toda taxonomía esconde. Por lo tanto, debajo de la superficie hay una vida que merece ser atendida y protegida, con la posibilidad del disenso dentro de grupos que desde fuera parecen homogéneos, donde los dirigentes actúen como la parte fuerte del conflicto y uno o más individuales sean los débiles. Esto les convertiría en la parte débil, condición de desvalimiento que se mantendría aun a pesar de que ostentaran posicionamientos que converjan con los defendidos por el grupo social mayoritario. Aquí no se enfrentan a este último colectivo, sino al débil *ad extra*, por lo que sería incoherente negarle su condición vulnerable.

Tal y como hemos venido sosteniendo, sin embargo, la debilidad tampoco se erigirá en un criterio de asignación formal de titularidad de los derechos fundamentales porque el principio de igualdad ante la ley consagrada en la mayoría de los textos constitucionales (en nuestro caso, el artículo 14 CE) lo impide, y ello sin perjuicio de diferenciaciones objetivas, razonables y proporcionales que atiendan las circunstancias personales o sociales (consideradas por otros, y en términos peyorativos, como acción positiva, o discriminación positiva o inversa) que pueden adoptarse⁹⁷⁷. Además, se daría la paradoja de que, en caso de no ser así, los ciudadanos débiles dispondrían de la vía judicial para cerrar el paso a que los ciudadanos pertenecientes a grupos privilegiados pudieran expresarse a raíz de demandas tendentes a negarles esa facultad por no estar contenida en texto jurídico alguno. En cualquier caso, el

⁹⁷⁶ ARISTÓTELES: *Metafísica*, Gredos, Madrid, 1994, capítulo VII.

⁹⁷⁷ RIDAURA MARTÍNEZ, M.J.: “La contribución del Tribunal Constitucional español a la deconstrucción de la discriminación por razón de sexo”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 24, n.º 2, p. 354.

reverso de la moneda de concebir los derechos fundamentales como la ley del más débil conlleva que su uso no pueda ser el pretexto para oprimir al más débil porque, de admitirse esa posibilidad, se estaría frustrando abiertamente el sentido de reconocerlos esos derechos. Si los derechos fundamentales son el medio idóneo para contribuir a la nivelación entre los ciudadanos (y de ahí su estrecha relación con la igualdad), sería contradictorio que los más fuertes se valieran de ellos precisamente para perpetuar su posición de dominio.

El derecho fundamental como arma de doble filo se puede ver en todos y cada uno de ellos, aunque en algunos casos el segundo filo no sea tan evidente a primera vista. En los derechos de tipo físico – véase la vida o la libertad deambulatoria – la capacidad para afectar a bienes ajenos es más patente, mientras que, en los derechos de orden social, esa capacidad pareciera esconderse más. Un ejemplo de ello es la libertad de expresión, derecho fundamental cuyo potencial destructor no puede infravalorarse incluso cuando se da en casos con cierta igualdad de las partes en conflicto; con mayor razón lo será cuando partamos de situaciones de desigualdad.

Quizá sea por ese motivo que notamos un tratamiento diferencial en la Constitución al detallar límites ausentes en otros derechos fundamentales. El potencial transformador que tiene la palabra en cualquiera de sus formas es tan destacable que una de las luchas más antiguas en el ámbito del Derecho ha sido la de conocer las propias palabras de la ley por boca de sus promulgadores o, a ser posible, por escrito (*lex scripta*), sobre todo en ámbitos tan sensibles como el penal⁹⁷⁸. Tradicionalmente, esa forma escrita ha sido la predilecta porque daba mayores garantías que las evanescentes formas orales, pero, con la irrupción de los medios técnicos que permiten grabar y reproducir imágenes y sonidos (nuestra época es el vivo ejemplo de ello), el panorama ha cambiado sustancialmente.

Sea como fuere, el uso de las palabras permite oprimir tanto como cabría esperar de la fuerza bruta gracias a la influencia psicológica que ejercemos sobre nuestros interlocutores, logrando un poder que no necesita ni de intermediación ni de cercanía física. Para tener éxito en nuestra empresa, basta con ser suficientemente convincentes. Esto supone un salto cualitativo en comparación con el resto de los animales, donde la comunicación no verbal es un ingrediente que ha de acompañar en mucho mayor grado a la verbal para surtir el efecto deseado, por no hablar de todo el universo de posibilidades que a los humanos les abre diferencialmente la comunicación escrita.

Más allá de los casos fácilmente detectables, en los que observamos cómo con las palabras se ordena atentar directamente contra bienes ajenos tales como la vida o la integridad física por parte de quien

⁹⁷⁸ FERRERES COMELLA, V. / MIERES MIERES, L.J.: “Algunas consideraciones sobre el principio de la legalidad y otros principios básicos del Derecho Penal”, *Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, discurso leído el 9 de noviembre de 2017*, pp. 14-15.

sabe que a las palabras le sucederán los concretos actos de agresión, hay una serie de supuestos donde las decisiones se vuelven más complejas porque el elemento subjetivo irrumpe con fuerza. Nos encontramos con todas las acciones que inciden sobre el elemento psíquico de la persona contra la que se dirigen las palabras amenazantes, coactivas, insultantes o vejatorias (véanse todos los sinónimos que se estime a bien incluir).

El umbral de gravedad se difumina porque no advertimos una relación de causa-efecto entre unas palabras y, digamos, un homicidio, ya que las sutilezas del reino de lo mental siempre resultan un desafío en comparación con el reino de lo físico más visible. Puede que no veamos una reacción física inmediata de aquel al que se amenaza o se injuria porque el sujeto pasivo, presa del pánico, tenga en ese momento una reacción de bloqueo o porque lo sorpresivo de la situación le lleve a una estupefacción que haga mella en él, sin que la falta de exteriorización inmediata nos ofrezca una prueba concluyente. Incluso el sujeto pasivo quizá en ese momento no le dé a lo ocurrido demasiada importancia, pero el paso de los días empieza a revelar el alcance de lo sucedido y, ahí sí, empiecen a advertirse las consecuencias⁹⁷⁹.

Si todo ello lo salpimentamos con unas cuantas gotas de debilidad en el sentido de desigualdad social, el resultado no será apto para todos los paladares. En este tipo de entornos, además, lo más probable será que la mayoría del cuerpo social viva de espaldas – no de manera preordenada, sino por las dinámicas sociales de las que todos somos parte, aunque no las hayamos originado – a los estragos que ciertos discursos causan en los llamados colectivos diana, así como, lógicamente, en sus integrantes. Por ello, y con independencia de las reflexiones que hagamos en el siguiente capítulo sobre los discursos de odio y la libertad de expresión, nos parece fuera de toda duda que la libertad de expresión puede elevar tanto como puede rebajar, faceta esta última a la que debe prestarse especial atención cuando partimos de una situación baja que puede agravarse. Por ello, pareciera contraintuitivo sostener que es insuficiente, para su punición, un uso preordenado de la libertad de expresión por quienes están mejor posicionados que persigue silenciar a quienes se encuentran más necesitados de este y otros derechos fundamentales por su punto de partida. Igualmente, sería también inadecuado que, puesta esa libertad de expresión a disposición de los menos favorecidos, no se proscribiera un ejercicio que incurriera en los mismos excesos que los inadmitidos para los grupos más favorecidos.

ALCÁCER GUIRAO, uno de los juristas que más y mejor ha trabajado la interacción entre el discurso de odio y la libertad de expresión, restringe a las incitaciones directas a actos de violencia, amenazas proferidas cara a cara o calumnias dirigidas contra un círculo determinado de personas⁹⁸⁰. Para él, si el

⁹⁷⁹ ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E. / DE CORRAL GARGALLO, P. / AMOR ANDRÉS, P.J.: Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol. 4, p. 230.

⁹⁸⁰ ALCÁCER GUIRAO, R.: *La libertad del odio...*, cit., p. 156. En términos parecidos, vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Libertad de expresión...*, cit., p. 295.

discurso de odio ha de reputarse discurso público, entonces no hay motivo constitucional para excluir ese tipo de mensajes del ámbito protegido del artículo 20 CE, ya que el principio democrático cierra las puertas a esa posibilidad⁹⁸¹; la libertad de expresión quedaría configurada cuasi como un derecho casi absoluto porque pocas son sus zonas proscritas⁹⁸². Es importante precisar que, para él, el discurso público es “aquel ámbito de la comunicación de la esfera pública sobre aspectos relevantes para la convivencia que se emite con la finalidad de influenciar a la opinión pública y de conformar, inmediata o mediatamente, las decisiones políticas”; su fundamento se encuentra en la autonomía política y la deliberación democrática, por lo que “su ámbito de libre ejercicio deberá abarcar todas las manifestaciones de este discurso público”⁹⁸³.

El empleo del término *público* y no *político* es plenamente deliberado porque, con ello, se incluye en el ámbito nuclear de la libertad de expresión aquello que resulte, de un modo u otro, de interés social. Esto significa que las expresiones artísticas o científicas encuentran también su acomodo en el artículo 20 CE en igualdad de condiciones que el de tintes políticos, por cuanto de lo contrario se limitaría enormemente el radio de acción y se convertiría en el patrimonio de unos pocos⁹⁸⁴. Asimismo, conviene precisar que la nota de público no se refiere a lo cuantitativo en oposición a privado, sino que más bien alude al interés que puede generar el mensaje en el *público*. De todos modos, no todo discurso público debiera protegerse *per se* porque hemos visto que para ALCÁCER GUIRAO hay algunas expresiones que no han de recibir tal tuición; como elocuentemente dice, “la libertad de expresión no garantiza al ciudadano a decir o que a cada uno venga en gana, por mucho que pueda ser funcional a la autorrealización del individuo”⁹⁸⁵. La cuestión radica, pues, en dónde trazar la línea.

A ese respecto, compartimos con este jurista que el discurso de odio, en la mayoría de las ocasiones, no podrá perder su noción de discurso ni de público solo porque despliegue su contenido en términos agresivos, vehementes o desabridos. Sería un ejercicio de elitismo cognitivo⁹⁸⁶ procurar reservar esos términos para todo aquello que encaje con un presunto modelo de racionalidad en la forma y en el fondo, y ya hemos dicho que en la mayoría de las ocasiones el sentido de la libertad de expresión es amparar aquellas manifestaciones de los que se enfrentan a las convenciones y al poso dominante. Eliminar de un plumazo toda la problemática del discurso de odio negando que sea discurso nos parece una simplificación excesiva que ahorra el verdadero debate sustantivo. Con mayor razón, habremos de abstenernos de negar la condición de *expresión* a lo subsumible bajo el discurso de odio debido a que poca duda cabe de que siempre nos encontraremos ante una expresión.

⁹⁸¹ ALCÁCER GUIRAO, R.: *La libertad del odio...*, cit., pp. 157 y 169.

⁹⁸² RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Libertad de expresión...*, cit., p. 296.

⁹⁸³ ALCÁCER GUIRAO, R.: *La libertad del odio...*, cit., p. 151. El autor destaca la estrecha relación con el artículo 16 CE (ibid., p. 153).

⁹⁸⁴ ALCÁCER GUIRAO, R.: *La libertad del odio...*, cit., p. 155. Sobre la creación artística como actividad protegida por la Constitución, vid. DÍEZ BUESO, L.: *Los límites...*, cit., pp. 65-86.

⁹⁸⁵ ALCÁCER GUIRAO, R.: *La libertad del odio...*, cit., p. 159.

⁹⁸⁶ ALCÁCER GUIRAO, R.: *La libertad del odio...*, cit., p. 159.

A partir de aquí, no obstante, los caminos de ALCÁCER GUIRAO y los nuestros se bifurcan, aunque tampoco podemos decir que sigan direcciones diametralmente opuestas. El primer punto de discrepancia estriba en su rechazo a un criterio axiológico de delimitación, que excluiría la protección de discursos en función de su oposición a valores democráticos, lo que alcanzaría al discurso de odio⁹⁸⁷. En sintonía con lo sostenido por HEINZE, la democracia se deslegitimaría desde el momento en el que se silencia una de las voces que participa en el debate público de las ideas⁹⁸⁸, engarzando con la no militancia que se predica de nuestra democracia. La cuestión de los valores democráticos, que surgen con fuerza en la ya estudiada STC 235/2007, puede resultar algo confusa si se expresa en plural porque a lo sumo hay proyecciones de la definición de nuestro país como un Estado social y *democrático*, pero no consideramos que haya *valores democráticos* como tales; la única excepción es que se considere que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, pero ellos también pueden derivarse de la noción *social* del Estado. A lo sumo, el pluralismo político sería el mejor candidato (puede haber Estados antidemocráticos donde todos sean iguales o donde todos sean libres, salvo para el derecho de sufragio, y lo mismo para la justicia), pero incluso aquí ese pluralismo también debería conjugarse con la parte social para dar cuenta de la diversidad del cuerpo ciudadano.

Si la imposibilidad de excluir categóricamente el discurso de odio se plantea en sede de la concepción democrática (o valores democráticos) *ex Constitutione*, es evidente que la razón asiste a quienes razonan como ALCÁCER GUIRAO porque nuestro sistema jurídico no se asienta sobre la democracia militancia, o al menos no en los términos acuñados por el TEDH en el marco del CEDH. Sin embargo, estaríamos descuidando más elementos en la ponderación ubicados en el otro plato de la balanza, y de que los que no consideramos que quepa duda sobre su carácter vinculante *erga omnes*. El primero es la dignidad, textualmente al artículo 20 CE, pero en ningún caso desde un punto de vista sistemático al ser imposible desconectar el ejercicio legítimo de derechos fundamentales de uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. No se trata principalmente de salvaguardar la dignidad y sus proyecciones con la interdicción de ciertas formas expresivas, sino que se trata básicamente de declarar inconstitucionales – e impedir – ciertos ejercicios cuando socavan los cimientos sobre los que su reconocimiento se asienta.

El segundo contrapeso es la no discriminación, que se expande al resto de los derechos en la medida que impone su disfrute bajo el prisma de la igualdad sin interferencias basadas en móviles prohibidos. A imagen y semejanza de la dignidad, se trata de un derecho cuya vocación transversal se revela toda vez que se abogue por la discriminación, violencia y hostilidad frente a ciertos grupos, y por lo tanto se plantee un escenario en el que haya segmentos enteros de la población que se vean excluidos de

⁹⁸⁷ ALCÁCER GUIRAO, R.: *La libertad del odio...*, cit., p. 158.

⁹⁸⁸ HEINZE, E.: *Hate Speech and Democratic Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 4.

ciertos derechos por ostentar ciertos rasgos. Otro tanto ocurre cuando se siembra el descrédito, se menosprecia o se humilla por esas mismas razones. Y otro tanto sucede cuando se justifican o enaltecen los delitos cometidos por esos idénticos motivos.

Las reflexiones de ALCÁCER GUIRAO no se agotan aquí, sino que, incluso de reconocerse la existencia de un daño, no entiende que su existencia sea criterio de suficiencia para proscribir un determinado ejercicio de un derecho fundamental como es la libertad de la expresión. Su razonamiento es que, en estas circunstancias, es cuando precisamente más acuciantemente hemos de recurrir a proteger las expresiones que perturban, molestan o chocan porque no podemos reducir su ejercicio legítimo a situaciones inocuas o inofensivas⁹⁸⁹; con ello, se ubica en el lado opuesto del debate que ocupan autores como WALDRON o MATSUDA. Para el primero, el daño de estas conductas, y lo que justifica su prohibición, es su capacidad para atentar contra la dignidad humana, comprendida como su posición social, el fundamento de una reputación básica que le permite ser tratado como un igual⁹⁹⁰; de este modo, lo que deben proteger las leyes es la dignidad de los miembros de aquellos colectivos que hayan sido difamados. Para el segundo, uno de los máximos exponentes de la teoría racial crítica (*critical racial theory*), el mal que este tipo de discursos producen es tanto físico como emocional, lo que en el contexto estadounidense no habría recibido ninguna atención por ser las víctimas mayoritariamente personas de raza distinta a la blanca⁹⁹¹.

Solo admite ALCÁCER GUIRAO como excepción la concurrencia de una discriminación hacia colectivos desfavorecidos, ya que el discurso de odio da al traste con sus expectativas de integración en la sociedad y de acceso en pie de igualdad a sus mieles⁹⁹². Este sería el bien jurídico que, incluso mejor que el honor y la dignidad, permitiría una concreción de las conductas típicas con el suficiente potencial para calibrar el impacto sobre las posibilidades de cercenar la participación social de los miembros de ciertos grupos. Consecuencia de ello será que el sujeto pasivo del delito no puedan serlo los grupos hegemónicos⁹⁹³, con lo que se suma a los autores ya vistos que defienden esa aproximación.

Si bien el énfasis en la no discriminación nos resulta de todo punto acertado, no acabamos de comprender por qué algo tan difuso como la participación de ciertos grupos en la sociedad debiera ser un límite categórico a la libertad de expresión, incluso por encima del honor o la dignidad, siendo que aquella no está en la Constitución y estos sí. Es más, el honor es un límite que acoge el propio artículo 20 CE. Parece extraño que, después de insistir en que, en la colisión entre derechos fundamentales, el criterio del daño no es determinante, a renglón seguido se admita una restricción a la libertad de

⁹⁸⁹ ALCÁCER GUIRAO, R.: *La libertad del odio...*, cit., pp. 171-172.

⁹⁹⁰ WALDRON, J.: *The harm in hate speech*, Harvard University Press, London, 2012., p. 105-146.

⁹⁹¹ MATSUDA, M.J. / LAWRENCE III, C.R. / DELGADO, R. / CRENSHAW, K.W.: *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*, Routledge, Boulder, 1993, pp. 24-25.

⁹⁹² ALCÁCER GUIRAO, R.: *La libertad del odio...*, cit., pp. 194-195.

⁹⁹³ ALCÁCER GUIRAO, R.: *La libertad del odio...*, cit., pp. 196-197.

expresión cuando se daña una proyección de la discriminación careciendo de un asidero constitucional explícito. Hemos dicho con anterioridad que somos partidarios de que el listón para apreciar la lesividad haya de ser inferior para esos grupos vulnerables, pero no hasta el punto de desatender a una parte de la población a partir de una atomización de un derecho fundamental como la igualdad sin discriminación que no podemos suscribir por lo artificial que se nos representa.

Dicho todo lo anterior, no podemos desconocer que la falta de una instancia no penal interpuesta entre lo constitucionalmente admisible y lo punible lastra en gran medida la proporcionalidad que ha de presidir ese *continuum* de legítimo, ilícito no penal e ilícito penal. La respuesta, a nuestro entender, no puede pasar ni por mantener el estatus quo actual, donde hay zonas de sobrerrepresentación, ni por despenalizar ciertas conductas para engrosar el elenco de lo ilegítimo, pero no ilícito, donde habría zonas de infrarrepresentación. Antes de acometer nuestra propuesta de *lege ferenda*, es imperioso acudir a la propuesta de GÓMEZ MARTÍN, otro de los juristas que más y mejor ha tratado el fenómeno de los delitos de odio en general, y su interacción con la libertad de expresión en particular.

Respecto del artículo 510.1, propone un cambio bastante drástico para que pase a tipificar únicamente la incitación directa y pública por motivos discriminatorios a la comisión de delitos contra la vida, la integridad física y psíquica, la integridad moral, la igualdad, la libertad, la libertad sexual, los daños, el genocidio y la lesa humanidad. El sujeto pasivo habrá de ser siempre un colectivo vulnerable o alguno de sus miembros, y asimismo se exigirá un riesgo inminente de que se cometan uno o más de esos delitos⁹⁹⁴. Se opta, pues, por una exigencia de segundo nivel en el plano discriminatorio, que solo permitiría su apreciación en ciertos casos, determinados por la frecuencia con la que sufren discriminaciones; se opta, además, por una rehabilitación (si es que acaso alguna vez estuvo en pie en los antecedentes del actual artículo 510 CP) de la provocación *ex* artículo 18 CP, lo que conduce en buena lógica a la necesidad de abogar por cometer delitos⁹⁹⁵. A nivel penológico, se propone una pena de uno a tres años de prisión, aplicable en su grado inferior si la pena del delito incitado tiene una pena de igual o inferior gravedad⁹⁹⁶.

Sobre esta propuesta, convergemos en limitar la tipificación del artículo 510.1a) al reino de lo directo, por cuanto contemplar también lo indirecto nos parece una excesiva lejanía para con el bien jurídico y es posible reservar esto último para el ámbito civil, aspecto que luego explicaremos. No compartimos algunos de los cambios restantes planteados porque, en primer lugar, combinar una provocación del artículo 18 CP con una restricción a grupos vulnerables nos parece que ahonda en la discriminación hacia los colectivos no vulnerables, ya que ahora hablamos de algo mucho más grave como la

⁹⁹⁴ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., pp. 241-242. En análogos términos, vid. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL.: *Propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*, 2019, p. 34.

⁹⁹⁵ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 242.

⁹⁹⁶ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., pp. 242-243.

incitación directa a cometer delitos no precisamente menores; si, a mayor abundamiento, exigimos el riesgo inminente, nuestra discrepancia solo hace que aumentar porque no podemos suscribir que lo mismo no sea punible si se proyecta sobre colectivos hegemónicos o no suficientemente vulnerables. De no distinguirse entre vulnerables y no vulnerables, quizá podríamos llegar a una mayor cercanía con esa propuesta.

Por otro lado, la apelación genérica a la discriminación, sin concretar causas, nos resulta contraria con el principio de taxatividad sin referencia cruzada alguna al artículo 14 CE – excluyendo su cláusula de cierre, claro está – o al artículo 22.4º CP. Si bien GÓMEZ MARTÍN habla de la remisión a este último precepto⁹⁹⁷, lo hace en sede de explicaciones a esa formulación, con lo que entendemos que procedería su incorporación al *dictum* alternativo. En lo que atañe a la supresión de la promoción y el fomento para conservar solo la incitación, lo suscribimos plenamente porque es innecesaria la triada si, en definitiva, no responde a acciones realmente autónomas.

La restricción de la incitación solo a actividades delictivas nos genera dudas por cuanto, si ya hemos ceñido la incitación a lo directo y público, exigir adicionalmente la apelación a actividades delictivas nos aleja demasiado de la protección de un bien jurídico como la seguridad colectiva en la que ya concurre una conculcación de la no discriminación. Por ello, somos partidarios de mantener la incitación a la discriminación, la hostilidad y la violencia, sin que a la fuerza estemos hablando de la comisión de actos delictivos ulteriores a la incitación. Lo mismo cabe predicar del riesgo inminente, que creemos desvirtúa la naturaleza de peligro abstracto para acercarlo en exceso al peligro concreto. En consecuencia, nuestra propuesta *de lege ferenda* para el artículo 510.1a) pasa por la siguiente formulación: Serán castigados con la pena de uno a cuatro años de prisión los que, con base en alguno de los motivos del artículo 22.4º CP, inciten directa y públicamente a la discriminación, la hostilidad o la violencia contra un grupo o contra alguno de sus miembros por razón de su pertenencia real, asociada o errónea a aquel. El artículo 510.1b se acompasaría a esa dicción y eliminaría la posesión con los fines prohibidos por el precepto.

En segundo lugar, y en lo concerniente a los artículos 510.1c) y 510.2b), GÓMEZ MARTÍN propone la justificación pública de los delitos vistos en su propuesta al artículo 510.1a), manteniendo también las notas de vulnerabilidad del sujeto pasivo y de riesgo inminente⁹⁹⁸. Por nuestra parte, y a la vista de lo comentado sobre la STC n.º 235/2007 y de lo expuesto unas líneas más arriba, no compartimos esta modificación porque entendemos que los tipos tal y como están redactados son plenamente respetuosos con las exigencias constitucionales y con los principios penales antes expuestos.

⁹⁹⁷ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 242 *in fine*.

⁹⁹⁸ GÓMEZ MARTÍN, V.: *Delitos de discriminación...*, cit., p. 243.

Finalmente, hemos de traer a colación la cuestión de las *preferred freedoms*, que como su nombre indica serían aquellos derechos especialmente destacados dentro de nuestro entramado constitucional y cuyo peso es superior a otros derechos también fundamentales⁹⁹⁹, como con la libertad de expresión¹⁰⁰⁰. A partir de esta figura, se ha tendido a dar un mayor realce a derechos como la libertad de expresión, lo que explica esa posición preeminente que algunos autores predicán de ella y que nosotros ya hemos dicho que compartimos, aunque con matices. Lo mismo haremos con esta doctrina de las *preferred freedoms*. Esta construcción adolece de una evidente discrecionalidad adicional a la inherente en estas materias. La primera causa es la mera existencia de esta doctrina cuando del texto constitucional no resulta claramente que haya una prelación de los derechos fundamentales, ya que el visto artículo 10.1 CE no menciona a ninguno en concreto, sino solo consideraciones jurídicas que se pueden predicar de todos ellos. De todos modos, esa falta de explicitación no puede cegarnos a que hay derechos que deben tener un mayor peso que otros: imaginémonos el derecho a la huelga proyectado sobre bienes de primera necesidad, donde será necesario modular el ejercicio de la huelga para impedir poner en jaque la subsistencia de la población.

La segunda causa es cuáles van a ser esos derechos tendencialmente preferidos en sus pugnas con otros derechos por ocupar el espacio de lo jurídicamente admisible. Incluso si partimos de que hay derechos superiores a otros, como en el caso del párrafo anterior, no todos los casos serán tan claros como cuando oponemos la subsistencia personal a la resolución de conflictos laborales, por lo que no se puede construir la falta de discrecionalidad sobre la base de las excepciones. Priorizar la libertad de expresión sobre el derecho al honor parece coherente a la vista del principio democrático consagrado en el artículo 1.1 CE, pero si nos aproximamos al conflicto a la luz de la dignidad *ex* artículo 10.1 CE, las respuestas jurídicas habrán de ser algo más templadas en esa preeminencia de la libertad de expresión.

Es aquí donde entra en escena la proporcionalidad como principio interpretativo que permite encontrar un acomodo razonable a todas las pretensiones, evitando que se bascule en exceso y durante demasiado tiempo hacia un polo del conflicto, y tratando de espantar el fenómeno de la absolutización o tiranización de una postura frente otra¹⁰⁰¹. Como refiere el TC en su sentencia n.º 90/1983, de 7 de noviembre, “el legislador no goza de omnimoda libertad dentro del marco enunciado, ya que constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos o que no sean justificados y proporcionados conforme a las finalidades para las que se establecen, que deben ser en todo caso adecuadas al espíritu constitucional, siendo en definitiva el juicio de razonabilidad y proporcionalidad el que resulta trascendente.” Nótese como justificación, razonabilidad y

⁹⁹⁹ AGUIAR DE LUQUE, L.: “Los límites...”, cit., p. 30.

¹⁰⁰⁰ Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...*, cit., p. 319. En la jurisprudencia estadounidense, destaca el caso de *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 (1943).

¹⁰⁰¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: “Los derechos...”, cit., p. 29.

proporcionalidad se usan de manera intercambiable para reflejar una misma idea: toda decisión legislativa, ejecutiva, judicial o de un particular ha de estar presidida por una correlación entre finalidades y medios para alcanzarlas, de tal suerte que no baste con afirmar un fin legítimo y buscarlo a toda costa, o al menos no es suficiente si con ello se está entrando en la esfera de derechos perteneciente a un tercero.

CONCLUSIONES FINALES

Ha llegado el momento de echar la vista atrás para saber cuáles son los corolarios a los que razonablemente podríamos llegar. Ello exigirá poner en común y entrelazar las diferentes partes que componen este trabajo.

1. La posición institucional de la libertad de expresión como garantía del mantenimiento de una sociedad democrática no admite dudas. La libertad de palabra es uno de los bienes más preciados en toda sociedad que se precie de dar voz a sus ciudadanos y, en general, a todos los que residen en un determinado territorio, por lo que en buena lid es uno de los bienes más preciados en nuestra democracia constitucional. En nuestro país, la lucha por derechos como la libertad de expresión no puede disociarse de la pugna por otros derechos como el sufragio universal, el derecho de asociación, la libertad religiosa o las garantías penales, lo que da buena cuenta de cuán imbricada está la libre expresión en el todo que es nuestro Estado social y democrático de Derecho. La libertad con la que la expresión puede concretarse hoy es, en términos históricos, una excepción a lo que ha sido la tónica general en tiempos no tan pretéritos, por lo que el celo con el que debe guardarse no debe disociarse de esa realidad.

2. Los valores y funciones que la libertad de expresión ostenta son múltiples, sin que debamos afanarnos en fijar cuáles son más importantes o en establecer una gradación: todos son igual de relevantes y conviven en pie de igualdad. Los rudimentos de ese derecho son tanto colectivos como individuales, deontológicos y consecuencialistas, políticos y no políticos, y pretender darle la primacía a una u otra vertiente desdibuja el tapiz multicolor que nuestra Constitución exhibe, donde cada gama cromática no es dependiente o accesoria de otra. En esta tesitura, destacar artificialmente una faceta sobre las otras nos puede llevar a entronizar inadecuadamente ciertos contenidos, de tal suerte que sean más inmunes que otros a los embates de derechos e intereses constitucionales a los que cupiera contraponerlos. La mayor o menor intensidad tuitiva del ejercicio de ese derecho fundamental no provendrá de a qué vector haya que atender, sino de su efectivo vínculo con el contenido esencial, por lo que esa intensidad irá perdiendo enteros a medida que nos alejemos de tal esencialidad.

3. En la protección de la libertad de expresión coexisten diversos planos dentro de lo que ha venido a llamarse protección multinivel. El caso español pasa por atender tanto a lo dicho por nuestros Juzgados y Tribunales patrios, así como el TEDH, el TJUE y los organismos dependientes de la ONU. De entre esos niveles, conviene destacar especialmente el TEDH porque su jurisprudencia se ha integrado de una manera tal en nuestro discurso jurídico que es difícil hablar de los temas que nos ocupan sin traer a colación una retahíla de sus pronunciamientos. Respecto del TJUE, quizá por la génesis de las Comunidades Europeas y su énfasis en las libertades económicas, todavía no se ha

dictado una masa crítica de sentencias como en el caso del TEDH, lo que entendemos se acabará dando a la vista de la importancia creciente de la CDFUE. A los efectos de la ONU, la falta de referencia en preceptos como el 954 LECrim o el 510 LEC a sus decisiones para un recurso de revisión hace que esas resoluciones tengan un efecto más indirecto dada su falta de vinculación legalmente tasada.

Contar con esa multicapa tuitiva torna el estudio de la libertad de expresión en una madeja de sensibilidades que siguen derroteros propios, pero que hemos de ser capaces de conjugar para ofrecer una visión de conjunto y no una colección de caminos paralelos. Por un lado, la ONU es un reflejo de los dos polos que han informado este trabajo, a saber, la defensa de la libertad de expresión y la lucha contra los delitos de odio. En ocasiones es difícil entrever a qué polo debe conferírsele mayor peso específico, lo que nos conduce a un necesario casuismo en el que, no obstante, parece atisbarse cierta preferencia por la persecución de los delitos de odio.

Por otro lado, la jurisprudencia del TEDH apunta, en un primer momento, una aplicación del artículo 17 CEDH a todo discurso negacionista y de incitación al odio, especialmente cuando se refiere al Holocausto, una deferencia para con asuntos reconducibles a la moral como la orientación sexual, así como un interés en estudiar con detenimiento los casos de minorías como la kurda. El paso del tiempo ha supuesto una modulación en los siguientes términos: progresiva protección de esas cuestiones de moral hacia un contenido especialmente protegido cuando la libertad de expresión se emplea para incitar al odio contra ellos, hasta llegar al punto de recurrir al artículo 17 CEDH; mayor énfasis en otros grupos como los romanís o la disidencia política rusa, y, por último, un mayor espacio para reconducir el discurso de odio en general a los márgenes del artículo 10 CEDH.

Por su parte, el TC, a partir de 1991, se ha mostrado especialmente sensible a la protección de ciertos colectivos cuyas condiciones existenciales, de seguridad y buena reputación pueden verse conculcadas por las manifestaciones de quienes se parapetan indebidamente tras la libertad de expresión. Es en esta línea en la que hemos de situar la STC 235/2007, que expresa las tensiones de un Tribunal que pretende nadar y guardar la ropa, lo que se traduce en no llegar tan lejos como el TEDH con el discurso negacionista, pero sin que ello se interprete como un desinterés por esas condiciones existenciales, de seguridad y buena fama de colectivos concretos. Asimismo, el TC ha dado alas a un concepto muy amplio de discurso de odio que traspasa las fronteras del artículo 510 CP para internarse en otros preceptos tales que el artículo 578 CP. La más reciente doctrina constitucional parece haber virado algo en las exigencias de proporcionalidad para volverse más exigente, pero no ha abandonado formalmente esa noción omnicomprendiva del discurso de odio.

En cierta medida, esa mezcolanza puede ser el fruto de una jurisprudencia del TEDH que, hasta tiempos muy recientes, no ha marcado un paso más decidido en esta materia, con un escenario previo en el que violencia, hostilidad, odio y discriminación desfilaban sin perfiles claros. No obstante, y tras pronunciamientos como *Lilliendahl*, que tiene su germen en *Féret* y *Vejdeland*, cabe sostener que disponemos de una sistematización de ese discurso del odio que parece incompatible con un campo tan abierto como el desplegado por la doctrina constitucional. Nada obsta para que el enaltecimiento del terrorismo pueda conformarse a las exigencias del discurso de odio, pero para ello se requiere un salto textual que permita predicar de aquel injusto un elemento objetivo como el presente en los delitos agravados por mor del artículo 22.4º CP o el presente en el artículo 510 CP. El terrorismo suele tener un componente político o religioso en el que las víctimas responden a las antípodas de la posición que muestran los autores, pero de ahí a concluir que puede hablarse de discurso odio hay varios pasos que requieren de esa modificación legislativa.

4. Se observa en todos los niveles de protección una basculación lenta, pero constante, en pos de la persecución de los delitos de odio. En el plano del TEDH, *Vejdeland* o *Lenis* son ejemplos paradigmáticos de ese viraje porque, si bien el Tribunal se ha vuelto más restrictivo en el uso del artículo 17 CEDH, ello no ha sido a costa de estimar más infracciones del artículo 10 CEDH de aquellos discursos trasvasados de aquel a este precepto. A nivel español, la STC n.º 235/2077 podría verse como una *exceptio iberica*, pero tal aserto se compadece mal con el sentir general de la sentencia. Cabría ver en ello una involución en el respeto a la libertad de expresión, pero concluimos que obedece a la mayor sensibilidad frente a ciertos usos de esa expresión que orillan otros derechos fundamentales.

5. La libertad de expresión es un derecho con límites endógenos y exógenos. Ello hace de este un derecho fundamental ciertamente peculiar porque en ningún otro de su misma naturaleza iusfundamental encontramos una dicción roturada a base de excepciones y lindes. De solo observar su reconocimiento positivizado, podríamos pensar que es un derecho cosido a partir de los remiendos de aquello a lo que no afecta, pero la grandeza de la doctrina constitucional y de la jurisprudencia ha radicado en ver más allá de las palabras de la ley para configurarlo como un pilar de nuestro sistema de derechos y libertades. Sin embargo, ello no puede esconder que, ni a nivel del CEDH ni a nivel de la CE estamos ante una libertad casi absoluta como la recogida en la Primera Enmienda. Incluso si la tenemos por una de las *preferred freedom*, no es una *absolute, or almost absolute, freedom*.

La gran diferencia, en materia de límites, entre el CEDH y la CE es, claramente, el artículo 17 del primer cuerpo normativo. No obstante, hemos visto que el abuso de derecho no es ajeno a nuestro ordenamiento jurídico y cabe encontrarlo en el artículo 7.2 CC, en un camino inexplorado en términos de inadmisión a nivel constitucional, pero que consideramos plenamente aplicable. Es importante

recaltar que tan solo es posible en sede de recurso de amparo, sin que en ningún caso pueda motivar la inadmisión *in limine litis* de un recurso ordinario contra una condena penal, ni siquiera uno extraordinario como es la casación. Sobre los casos en los que podríamos aplicar este mecanismo de expulsión, a la vista de la doctrina constitucional dimanante de la STC n.º 235/2007, no es posible hablar del negacionismo como sí es posible con el TEDH, pero hay supuestos iguales o análogos a *Lenis* que sí tendrían cabida. Cuando un discurso es solo una colección de amenazas, insultos, injurias, calumnias y exabruptos, no hay nada de libertad de expresión y quien así actúa solo quiere enfundarse en el traje de un derecho fundamental como si de una especie de inmunidad se tratara.

6. La esencialidad de la dignidad en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional es difícil de sobrevalorar si atendemos a que es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Que no se configure como un derecho fundamental no debiera verse en detrimento de su relevancia si atendemos a la naturaleza que acabamos de destacar, ya que el fundamento es más determinante que lo erigido sobre él porque esto ha de interpretarse siempre a la luz de aquello. La dignidad se expresa, así, en todos y cada uno de los derechos fundamentales y, en general, en todo derecho e interés constitucionalmente reconocido por más que carezca de esa nota de fundamental, lo que hace más sencillo categóricamente vincular una de esas proyecciones con bienes jurídicos que hacerlo con la dignidad *per se*. Esto último no es inviable, pero exige el sobreseimiento completo de un derecho fundamental o un sobreseimiento menos intenso, pero extendido a la práctica totalidad de tales derechos fundamentales.

La dignidad admite también otro uso vinculado con sus orígenes históricos, y es que el concepto predominante que hoy tenemos es relativamente reciente. La dignidad puede entenderse en términos de fama, reputación o imagen pública que alguien tiene de sí y que otros tienen de ese sí – que será un otro para ellos –, y es aquí donde se vincula con todas aquellas actividades que pueden afectar el honor o el buen nombre que todos podemos tener en nuestra interacción social. Desde esta perspectiva, es menos problemático atribuirle la condición de bien jurídico tutelable desde varios ángulos del ordenamiento jurídico, pero es importante explicitar la divergencia de entendimientos para evitar malentendidos conceptuales.

7. La igualdad sin discriminación ocupa otro papel central en nuestro ordenamiento jurídico. Si a la libertad de expresión la hemos catalogado de garantía institucional, la igualdad sin discriminación es el derecho transversal por antonomasia. Gracias a él se asegura que el resto de los derechos podrán disfrutarse con independencia de exhibir una serie de características que, en su mayoría, son completamente inmodificables, además de estar vinculadas con las formas más abyectas de trato degradante o de exterminio de grupos enteros. Sería en vano todo reconocimiento de cuantos derechos fundamentales imaginemos si, a renglón seguido, se excluyera de su titularidad a la inmensa mayoría

de la población o a una parte por razones especialmente gravosas, situación particularmente grave si consideramos derechos como la vida, la integridad física y moral, o la libertad, incluida la sexual.

La igualdad no corre en una única pradera, sino que se despliega en el campo de lo formal y de lo material. En puridad no sería obligatoria la primera vertiente para alcanzar la segunda porque bien podría ser que un sistema la implementara sin responder con ello a un débito normativo precedente, pero verla como la concreción efectiva de un mandato constitucional le dota de un empaque institucional innegable. Por otro lado, la primera sin la segunda sería papel mojado en caso de que su falta de concreción respondiera – como suele ocurrir – a un *laissez-faire* que no es sino el refrendo del poder de los más favorecidos. Ambas facetas se necesitan, pues, al ser la formal el fundamento textual que permite a los sujetos articular peticiones de la real.

8. Sin embargo, no podemos convertir la situación de sometimiento, subyugación o relegamiento social en un argumento para diluir la igualdad formal de *todos*, lo que en España significa lo mismo que decir *todos los ciudadanos y extranjeros*. Cuando hablemos de bienes escasos, la igualdad formal no será óbice para implementar políticas públicas que prioricen a los colectivos más desfavorecidos, pero cuando esa escasez es inexistente o requiere de un retorcimiento más que de una analogía, ignorar lo formal en aras de promover lo sustancial se vuelve constitucionalmente impermissible. La protección diferencial en situaciones donde no hay carestía material solo será admisible si es necesaria para un fin constitucionalmente legítimo y se emplean medios proporcionales a tal fin, lo que imposibilita categóricamente que nos encontremos ante situaciones de protección solo para quienes se singularizan con base en una subcategoría dentro de las categorías antidiscriminatorias. Por demás, este tipo de soluciones siempre exigirán revisiones periódicas para terminar con el tratamiento diferencial tras cesar los motivos que le aseguraban la legitimidad.

Lo anterior no tiene que hacernos insensibles a la discriminación por indiferenciación, donde será imprescindible atender a las particularidades de cada grupo social para no dar respuestas uniformes que desatiendan puntos de partida palmariamente dispares. En nuestro ordenamiento jurídico, la proscripción de esta discriminación no ha gozado de tanta popularidad como sí la ha tenido en sede del TEDH, pero nada se opone a aplicar aquí los criterios plasmados por este en sus resoluciones, de tal suerte que sea obligatorio y no solo potestativo atajar tal discriminación. Esto permite mostrar un mayor énfasis en la persecución de los delitos cometidos contra algunos colectivos que arrostran sambenitos que les han hecho más propensos a sufrir acciones ilícitas, y así se ha visto en repetidas ocasiones con la jurisprudencia del TEDH.

Con lo anterior, se da también entrada al principio antisubordinatorio como refuerzo material o sustantivo del antidiscriminatorio, al que no se opone si no descuida en exceso la igualdad formal. La

configuración constitucional del derecho a la igualdad es lo suficientemente flexible para cobijar esos dos principios. Aunque, evidentemente, su formulación no se encuentra en lugar alguno de la Constitución, ello no empece lo más mínimo para vincular el antidiscriminatorio con el artículo 14 CE, en tanto que el antisubordinatorio lo sería con el artículo 9.2 CE. Dada la posición sistemática que ocupa este último precepto, es perfectamente posible que informe la exégesis, entre otros, de artículos como el 14 CE.

9. Los delitos de odio resultan una realidad polimórfica en la que encontramos agravaciones de conductas ya tipificadas – delito de odio *stricto sensu* –, conductas en las que el móvil discriminatorio es un elemento determinante de la parte objetiva del delito – delito de discriminación *stricto sensu* – y un delito *sui generis* de incitación al odio, la discriminación, la hostilidad o la violencia por esos móviles discriminatorios – discurso de odio –. Ello no alcanza a otros delitos en los que se puede apreciar cierta animadversión o prejuicios del sujeto activo al pasivo, destacando lo ya dicho sobre la imposibilidad de reconducir el artículo 578 CP al discurso de odio por analogía con el artículo 510 CP. Como veremos en la siguiente conclusión, esos estados mentales no son criterio suficiente si no están tipificados por imposición del principio de legalidad y taxatividad.

Dentro de esta realidad variopinta, la tradición estadounidense se decanta por agravantes genéricas, mientras que la europea lo hace por conjugar estas con delitos específicos donde la discriminatoria no agrava un hecho preexistente ya sancionado por el ordenamiento jurídico. Nos engañaríamos, no obstante, si viéramos en esa tradición estadounidense una linealidad puesto que la historia de la Primera Enmienda puede calificarse de todo menos de pacífica. La configuración jurisprudencial y doctrinal mayoritaria actual es tan solo la expresión de un entendimiento excepcional en términos históricos, si bien esa provisionalidad parece destinada a permanecer a corto y medio plazo.

10. La agravación *ex* artículo 22.4º CP responde a una mayor carga de injusto, en concreto de índole objetiva. El criterio selectivo de la víctima que acoge el artículo 22.4º CP no responde a una mayor culpabilidad, y ello tanto porque es contradictorio con la propia concepción de ella elaborada por la teoría del delito como porque nos referimos a aspectos estrictamente objetivos. En primer lugar, la culpabilidad no puede incrementarse, sino que a lo sumo puede disminuirse si concurren eximentes o atenuantes, sin que quepa una agravante sobre la culpabilidad. En segundo lugar, no se enjuician estados mentales o un carácter particularmente malvado o pérfido, sino únicamente ese aludido criterio selectivo, que es cuestión de índole alejada de cualquier averiguación sobre la ideología o las creencias del sujeto activo.

11. El elenco de razones discriminatorias *ex* artículo 22.4º CP ha de acompañarse a las exigencias del artículo 14 CE al ser este el mínimo que debe respetar. Sobre las causas que se vayan incorporando,

han de guardar relación con aquellas otras condiciones o circunstancias personales o sociales relevantes que permitan su adición por analogía con las causas tasadas. Sin embargo, la creación de nuevas categorías discriminatorias sin asidero en una norma con rango de ley orgánica plantea desafíos porque, si bien el Código Penal reviste la forma de tal tipología legal, es poco conveniente que se reconozcan por primera vez nuevos móviles discriminatorios en una norma que, más que desarrollar derechos fundamentales, sanciona conductas del modo más grave posible. Por ello, lo ideal es disponer de una norma interpuesta o de cobertura a la que el Código Penal pueda acudir, si bien es cierto que la aplicación de la jurisprudencia del TEDH o la doctrina del TC puede atemperar en algo esta conclusión.

12. El discurso de odio es una realidad jurídica multiforme que no puede reconducirse a un solo bien jurídico o a un conjunto monolítico de rasgos, lo que nos lleva a varias subconclusiones. Por un lado, tenemos el artículo 510.1a) CP, que encarna una parte sustancial de lo que suele entenderse por discurso de odio: incitación, promoción o fomento del odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia. El bien jurídico protegido es doble porque refleja tanto la interdicción de la discriminación como la preservación de las condiciones de seguridad de colectivos por razones de exhibir ciertas características. Es un delito de peligro abstracto, lo que es extensible al resto del artículo 510.1 CP y, como tal, no es imperioso que haya un riesgo inminente de que se cometan esos actos de odio, discriminación, hostilidad o violencia. Su redacción es, en términos generales, acorde con la Constitución y con los principios que informan el Derecho Penal, si bien proponemos la eliminación del término indirecto – que integraría un ilícito civil –, la refundición de las acciones típicas en la incitación en aras de la simplificación, así como la supresión del sustantivo “odio” para reducir la carga de subjetividad que empaña el precepto en su conjunto.

Por otro lado, tenemos el artículo 510.1b) CP, dependiente por completo de su letra antecedente, y que busca cortar las vías de transmisión del discurso de odio, así como la elaboración de material que contenga ese tipo de mensajes. Nada cabe objetar a proscribir las conductas que facilitan la difusión y comunicación de lo que es un delito, y solo proponemos suprimir la posesión ordenada a la distribución como conducta típica porque entendemos que su lesividad no alcanza un umbral suficiente y es posible castigar otras conductas cometidas por el poseedor en un momento más cercano a su efectiva distribución.

En cuanto al artículo 510.1c) CP, su regulación tras la STC n.º 235/2007 resulta satisfactoria a los cánones de constitucionalidad fijados por el TC, si bien nada empecía a mantener la negación sin necesidad de recurrir a teleologías a ella anudadas habida cuenta de la jurisprudencia del TEDH. Respecto de la trivialización grave, dada su cercanía con la negación o con el enaltecimiento dependiendo de los términos en los que se exprese, es compatible con las exigencias constitucionales y

con principios como la *ultima ratio* al solo contemplar ese carácter grave. No se requiere sentencia, firme o no, cuando se trate de hechos actualmente delictivos, pero que en su momento no estaban tipificados, y si atendemos a épocas en las que sí estaban – o están – tipificados, los Juzgados y Tribunales podrán prescindir de esa sentencia si existen razones suficientes para ello.

Sobre el artículo 510.2a) CP, es un *delictum sui generis* que aúna rasgos de los delitos contra el honor y contra la integridad moral, y que, a diferencia del artículo 510.1 CP, es un delito de resultado. Mientras que la humillación y el menosprecio pueden tener más de integridad moral, el descrédito lo tendrá de honor – tanto calumnias como injurias –, si bien no se trata de compartimentos estancos, sino que funcionan como sustantivos que pretenden cubrir un amplio espectro de situaciones al igual que la promoción, el fomento y la incitación. El precepto no exige la nota de gravedad y su inclusión no puede tildarse de *secundum legem*, además de producir disfunciones si sus formas menos graves pudieran reconducirse a artículos como el 173, el 205 o el 208 CP. Este aspecto es más notorio si observamos que las conductas facilitadoras de ese mismo precepto sí exigen la gravedad, por lo que *a sensu contrario* cabe aplicar al primer apartado la regla según la que *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Finalmente, en lo atinente al artículo 510.2b) CP, guarda enormes semejanzas con la letra c) del artículo 510.1 CP, que llega a la igualdad penológica cuando se aplica lo previsto en el segundo párrafo de aquel. A efectos de evitar fricciones exegéticas, es necesario que los delitos a los que se refiere el artículo 510.2b) sean distintos de los de esa letra c). En concreto, han de ser todos los injustos en los que el móvil sea discriminatorio, pero que en ningún caso se trate de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

13. La inhabilitación del artículo 510.5 CP resulta desproporcionada. A nivel temporal, porque permite ampliar hasta diez años esa consecuencia jurídica tras el cumplimiento de la sentencia privativa de libertad – o la suspensión concedida –. A nivel material, porque resulta sobreinclusiva en la medida que incluye de manera omnimoda actividades desconectadas de los riesgos que puede haber en la reiteración delictiva o en la imagen de asociación entre una institución o empresa y un determinado mensaje proscrito. Sentencias como *Stomakhin* pueden interpretarse como óbices a una consecuencia jurídica de tal calibre, sin que otros pronunciamientos como *Ross* puedan acudir en su auxilio por rebasarse sus límites.

14. El artículo 510.6 CP es plenamente constitucional y no conculca principio alguno del Derecho Penal. Se sugiere, sin embargo, que la respuesta consistente en la clausura de portales de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información se reserve para los casos en los que todo su

contenido se enmarque en los discursos prohibidos conforme al CP. En caso de que se trate de una mayoría, o *a fortiori* de una minoría, la solución ha de ser el borrado únicamente del contenido ilícito.

15. El artículo 510 CP no constituye un ejemplo del Derecho Penal de autor, sino una interdicción de un uso ilegítimo de la libertad de expresión cuando, con ella, se afecta al derecho a la igualdad sin discriminación. No se cuestionan ideologías, creencias, pensamientos, emociones o sentimientos, ya que se proscriben conductas que afectan a bienes jurídicos como la igualdad sin discriminación, la persistencia de condiciones de seguridad, el buen nombre o fama, así como la integridad moral. Ello explica que no pueda realizarse un juicio apriorístico de qué sujetos defensores de concretos ismos integrarán categóricamente el tipo objetivo del artículo 510 CP, en una suerte de presunción *iuris et de iure* de culpabilidad, exigiéndose por el contrario un estudio *ad casum* de cada expresión.

16. Ninguno de los móviles discriminatorios del artículo 22.4º y 510 CP admite aplicaciones parciales con base en la lógica del principio antidisubordinatorio. La inexistencia de bienes o recursos escasos en esta materia impide ser selectivos con los criterios que precisamente impiden ser selectivos, de tal suerte que se proteja exclusivamente a unos y a los otros se les niegue ese mismo o análogo trato. La inserción de conceptos como minoría vulnerable, grupo desprotegido o colectivo desfavorecido parecen introducir, *prima facie*, criterios restrictivos en la aplicación de la norma penal, pero acaban siendo foco de mayores problemas en relación con la taxatividad o, más aún, con la legalidad al incorporar un requisito *contra legem*. Por encima de todo ello, es una práctica inconstitucional porque no responde a criterios de necesidad o estricta proporcionalidad.

17. Por último, todo el trabajo se asienta implícitamente en un tira y afloja entre el ideal de una libertad de expresión casi ilimitada y la realidad de discriminaciones incrustadas en nuestro día a día. La resistencia de estas últimas para desaparecer nos impide dar rienda suelta a ese ideal tan noble como irrealizable en el mundo que conocemos, ya que, como las líneas paralelas, solo en el infinito se encontrarán los senderos de la palabra, la dignidad y la igualdad.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL SOUTO, M. (2010). “Política criminal de la diversidad cultural: la agravante de obrar por motivos discriminatorios”, *Revista Penal*, n.º 25, pp. 3-11.
- (2024). “La constante reforma de la agravante de odio o de obrar por motivos discriminatorios”. En MENDOZA CALDERÓN, S. / SÁNCHEZ RUBIO, A. (Dirs.). *El discurso del odio: análisis de su incidencia y persecución penal*, Tirant lo Blanch, pp. 365-392.
- ACKERMAN, B. (1992). “Liberating Abstraction”, *Chicago Law Review*, vol. 59, pp. 317-348.
- AGUIAR DE LUQUE, L. (1993). “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 14, pp. 9-34.
- AGUIAR, F. / GAITÁN, A. / VICIANA, H. (2020). *Una introducción a la ética experimental*, Cátedra.
- AGUILAR CÁRCELES, M.M. (2015). “Circunstancias agravantes genéricas”. En MORILLAS CUEVA, L. (Dir.). *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dykinson, pp. 58-63.
- AGUILERA RULL, A. (2009). “Prohibición de discriminación y libertad de contratación”, *InDret* 1/2009, pp. 1-30.
- AGUILÓ REGLA, J. (2023). “Son mandatos de ponderación. Breviario de teoría del derecho en honor a Manuel Atienza”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 46, pp. 15-39.
- AL HASANI MATURANO, A. (2023). *Discurso de odio y libertad de expresión. Análisis del ámbito político y artístico*, Aranzadi.
- ALASTUEY DOBÓN, C. (2016). “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18, pp. 1-38.
- ALCÁCER GUIRAO, R. (2012). “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 14, pp. 1-32.
- (2018). “Opiniones constitucionales”, *InDret*, n.º 1/2018, pp. 1-38.
- (2020). *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Marcial Pons.
- ALEMÁN BERENGUER, R.A. (2022). “Sobre los principios gnoseológicos de Bertrand Russell”, *Naturaleza y Libertad*, n.º 16, pp. 11-35.
- ALEXANDER, L. (1995). “Free Speech and the Speaker’s Intent”, *Constitutional Commentary*, n.º 12, pp. 21-28.
- (2005). *Is There a Right of Freedom of Expression?*, Cambridge University Press.

ALEXY, R. (2022). *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1993). “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46(1), pp. 57-122.

ALFARO GINER, C. (s.f.). “Los orígenes de Roma. La Monarquía”. En ALFARO GINER, C. / GARCÍA-GELABERT PÉREZ, M.P. / MARTÍNEZ PERONA, J.V. / ESPADA RODRÍGUEZ, J. / FERRER MAESTRO, J.J. / SEGUÍ MARCO, J.J. / LEDO CABALLERO, A.C. *Historia Antigua Universal*, GIRHA – Universidad de Valencia, pp. 2-12.

ALLISON, H.E. (1992). *El idealismo trascendental de Kant: una interpretación y defensa*, Anthropos.

ALONSO ÁLAMO, M. (2002). “La circunstancia agravante de discriminación”. En Díez Ripollés, J.L. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, pp. 533-542.

– (2012). “Sentimientos y Derecho Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 106, pp. 35-96.

ALONSO GARCÍA, E. (1983). “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española”, *Revista de Administración Pública*, n.º 100-102, pp. 21-92.

ÁLVAREZ ESPINOSA, D.F. (2002). “Un ejemplo de cristiano comprometido: Dietrich Bonhoeffer”, *Proyección. Teología y mundo actual*, Año XLIX, n.º 20, pp. 291-310.

ÁLVAREZ GARCÍA, H. (2019). *Los precursores de la libertad de expresión en España*, Tirant lo Blanch.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. / TORRES MURO, I. (2008). “Iguales, pero separados. Las cuotas electorales ante el Tribunal Constitucional (STC 12/2008), de 29 de enero”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 7, pp. 13-40.

– (2020). “De la libertad de expresión en España Una reflexión al hilo de la jurisprudencia del TEDH”, *Anales de Derecho*, n.º extra I, pp. 1-40.

– (2021). “Las acciones positivas en favor de la mujer en España: pasado, presente y futuro”, *Derecho y Cambio Social*, n.º 64, pp. 26-73.

ALZAGA VILLAAMIL, O. (1996). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Cortes Generales – EDESA.

AMÉRY, J. (2004). *Más allá de la culpa y de la expiación: tentativas de superación de una víctima de la violencia*, Pre-Textos.

ANDERS, V. (2024). *Diccionario etimológico castellano en línea*. <https://etimologias.dechile.net/?evidencia#:~:text=%2DEntia%20es%20un%20doble%20sufijo,%3A%20desinencia%2C%20misericordia%2C%20victoria.>

- ANDERSON, E.S. (1999). "What is the Point of Equality?", *Ethics*, vol. 109(2), pp. 287-337.
- ANDRÉS-GALLEGO, J. (2003). "Nazismo, antisemitismo y jerarquía eclesiástica española". En ROMERO CASTELLÓ, E. *Judaísmo hispano: estudios en memoria de José Luis Lacave Riaño*, CSIC, pp. 849-869.
- (2006). "Los tres conceptos de nación en el mundo hispano". En CANTERLA GONZÁLEZ, C. (Dir). *Nación y Constitución: de la Ilustración al Liberalismo*, Junta de Andalucía, pp. 123-146.
- ANIDJAR, G. (2007). *Semites: Race, Religion, Literature*, Stanford University Press.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. (1992). *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Universidad Carlos III.
- ARNESON, R.J. (1990). "Liberalism, Distributive Subjectivism, and Equal Opportunity for Welfare", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 19(2), pp. 158-194.
- ANDRÉS SANTOS, F.J. (2015). *Roma. Instituciones e ideologías políticas durante la República y el Imperio*, Tecnos.
- APARICIO PÉREZ, M.A. (1978). "Ambigüedades normativas del concepto "dignidad de la persona" en la Constitución española de 1978", *Revista de Chapecó*, vol. 14(3), pp. 9-28.
- APARISI MIRALLES, A. (1995). "Notas sobre el concepto de discriminación", *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, Año 2, n.º 5, pp. 185-200.
- ARAGÓN REYES, M. / AGUADO RENEDO, C. (2011). *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Civitas Thomson Reuters.
- ARENDT, H. (1973). *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt.
- (2004). *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus.
- ARIAS CASTAÑO, A. (2018). *Clear and Present Danger test. La libertad de expresión en los límites de la democracia*, Marcial Pons.
- ARIÑO, A. (1997). *Sociología de la cultura. La constitución simbólica de la sociedad*, Ariel.
- ARISTÓTELES (1985). *Ética a Nicómaco*, Gredos.
- (2001). *Política*, Ediciones Folio.
- (2007). *Constituciones políticas griegas*, Alianza Editorial.
- ARZAMENA SIERRA, J. (1991). "Principio de igualdad y derechos fundamentales". En MINISTERIO DE JUSTICIA. *XI Jornadas de estudio: El principio de igualdad en la Constitución española*, vol. I., pp. 417-436.

ARRESE IGOR, H.O. (2019). “Freedom of Speech and Moral Development in John Milton’s Political Thought and Johann Gottlieb Fichte’s Revolutionary Writings”, *Las Torres de Lucca – International Journal of Political Philosophy*, vol. 8(14), pp. 9-31.

ARTICLE XIX (2009). *Camden Principles on Freedom of Expression and Equality*, Article XIX.

– (2010). *Towards an interpretation of article 20 of the ICCPR: Thresholds for the prohibition of incitement to hatred*, Article XIX. <https://bit.ly/2J1GqDL>.

– (2012). *Prohibiting incitement to discrimination, hostility or violence*, Article XIX.

ARTOLA BARRENECHEA, J.M. (1981). “Limitación y trascendencia del conocimiento en la Filosofía de Kant”, *Estudios Filosóficos*, vol. 30(83), pp. 123-148.

ARTOLA, M. (1991). *Partidos y programas políticos: 1808-1936*, Alianza.

ASENSI SABATER, J. (2001). “Encuesta en torno a la constitucionalidad de la Ley de Extranjería”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 7, pp. 8-64.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M. (1997). “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, *Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 1, pp. 245-266.

– (2019). *Comentarios e incitaciones. Una defensa del pospositivismo jurídico*, Trotta.

– (2023). *Sobre la dignidad humana*, Trotta.

AYA ONSALO, A. (2018). “Delitos de odio, evolución legislativa y perspectiva actual”. En LANDA GOROSTIZA, J.-M. / GARRO CARRERA, E. (Coords.). *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, pp. 303-323.

AYRES, I. (1996). “Narrow Tailoring”, *University of California Law Review*, vol. 43, pp. 1781-1838.

BAKER, C.E. (1989). *Human Liberty and Freedom of Speech*, Oxford University Press.

BAKIRCIOGLU, O. (2008). “Freedom of Expression and Hate Speech”, *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, vol. 16(1), pp. 1-49.

BALAGUER CALLEJÓN, M.L. (2023). *Igualdad y Constitución española*, Tecnos.

BALKIN, J.M. (1997). “The Constitution of Status”, *Yale Law Journal*, vol. 106(8), pp. 2313-2374.

BALKIN, J.M. / Siegel, R.B. (2003). “The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?”, *University of Miami Law Review*, vol. 58(9), pp. 9-34.

BAÑO LEÓN, J.M. (1987). “La igualdad como derecho público subjetivo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 114, pp. 179-198.

BARJA DE QUIROGA, J. / RODRÍGUEZ RAMOS, L. / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. (2022). *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias*, BOE.

BARNES, M.L. / CHEMERINSKY, E. (2011). “The Once and Future Equal Protection Doctrine?”, *Connecticut Law Review*, vol. 43, pp. 1059-1088.

BARRANCO AVILÉS, M.C. (2022). *El Derecho frente a la exclusión. Los límites del Derecho antidiscriminatorio*, Dykinson.

BARREIRO, C. (2007). “Aproximación al estudio de la prensa durante la Segunda República”, *Revista Re-Presentaciones*, Año 2(3), pp. 57-76.

BARRERA-GÓMEZ, C.E. (2023). “La dignidad humana desde una mirada Grecolatina”, *Teoría y Praxis*, vol. 1(42), pp. 75-94.

BARRÈRE UNZUETA, M.A. (2002). “La acción positiva: análisis del concepto y propuesta de revisión”, *Jornadas sobre “Políticas locales para la igualdad entre hombres y mujeres”*, 11, 12 y 13 de diciembre, pp. 1-29.

– (2003). “Problemas del Derecho antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acciones positiva *versus* igualdad de oportunidades”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 9, pp. 1-26.

– (2003). “Igualdad y discriminación positiva: un esbozo de análisis teórico-conceptual”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 9, pp. 1-27.

– (2018). “Filosofías del Derecho antidiscriminatorio ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXIV, pp. 11-42.

BARRETT, J.Q. (2005). “Commander's Power, a Civilian's Reason: Justice Jackson's 'Korematsu' Dissent”, *Law and Contemporary Problems*. 68(2), pp. 57-79.

– (2007). “The Nuremberg Roles of Justice Robert H. Jackson”, *Washington University Global Studies Law Review*, vol 6, pp. 511-525.

BASILE, F. (2011). “Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati”, *Politica criminal*, vol. 6(12), pp. 339-386.

BASILE, G.J. (2016). “Xenia: la amistad-ritualizada de Homero a Heródoto”, *Emerita – Revista de Lingüística y Filología Clásica*, LXXXIV – 2, pp. 229-250.

BAUTISTA-CABRERA, A. (2011). *Introducción a la pragmática de la ficción literaria*, Programa Editorial.

BAYÓN MOHINO, J.C. (2002). “El contenido mínimo del positivismo jurídico”. En ZAPATERO GÓMEZ, V. (Ed.). *Horizontes de la filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Universidad de Alcalá, pp. 33-54.

- BECCARIA, C. (2014). *De los delitos y de las penas, con el “Comentario” de Voltaire*, Alianza.
- BECK, U. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós.
- BEDAU, H.A. (1992). “The Eighth Amendment, Human Dignity, and the Death Penalty”. En MEYER, M.J. (Dir.): *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values*, Cornell University Press, pp. 145-177.
- BEL MALLÉN, J.I. (2015). “El derecho a la información en la Constitución Española, el artículo 20”. En BEL MALLÉN, J.I. / CORREDOIRA Y ALFONSO, L. (Dirs.). *Derecho de la información. El ejercicio del derecho a la información y su jurisprudencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 169-188.
- (2015). “El ejercicio del derecho a la información y sus excepciones”, en BEL MALLÉN, J.I. / CORREDOIRA Y ALFONSO, L. (Dirs.). *Derecho de la información. El ejercicio del derecho a la información y su jurisprudencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 211-226.
- BELL, D. (1991). “Racism Is Here to Stay: Now What?”, *Howard Law Journal*, vol. 35, pp. 79-84.
- (1992). “Racial Realism”, *Connecticut Law Review*, vol. 24(2), pp. 363-379.
- BENESCH, S. (2011). *Contribution to OHCHR Initiative on Incitement to National, Racial, or Religious Hatred*, Office of the Special Adviser of the Secretary-General on the Prevention of Genocide.
- BENOLIEL, J. (1952). “Dialecto Judeo-Hispano-Marroquí o Haquitía”, *Boletín de la Real Academia Española*, Tomo XIII-1926, pp. 209-233.
- BENTHAM, J. (2000). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Batoche Books.
- BERLIN, I. (2002). *Liberty*, Oxford University Press.
- BERMAN, N. (1992). “A Perilous Ambivalence: Nationalist Desire, Legal Autonomy, and the Limits of the Interwar Framework”, *Harvard International Law Journal*, vol. 33(2), pp. 353-379.
- BERNABÉ PAJARES, A. (Trad.): *Fragmentos presocráticos. De Tales a Demócrito*, Alianza Editorial.
- BERNAL DEL CASTILLO, J. (1998). *La discriminación en el derecho penal*, Editorial Comares.
- (2014). “Política Criminal en España y discriminación xenófoba: la centralidad de los delitos de provocación a la discriminación”, *Política Criminal*, vol. 9(18), pp. 371-399.
- (2016). “La justificación y enaltecimiento del genocidio en la Reforma del Código Penal de 2015”, *InDret*, 2/2016, pp. 1-22.
- BERNAL PULIDO, C. (2007). “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 30, pp. 273-291.

BESSON, S. (2012). Human Rights: “Ethical, Political...or Legal? First Steps in a Legal Theory of Human Rights”. En CHILDRESS, III, D.E. (Ed.). *The Role of Ethics in the International Law*, Cambridge University Press, pp. 211-245.

BIGLINO CAMPOS, P. (2008). “Variaciones sobre las listas electorales de composición equilibrada (Comentario a la STC 12/2008)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 83, pp. 277-299.

BILBAO UBILLOS, J.M. (2006). “Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares”, *Teoría y realidad constitucional*, n.º 18, pp. 147-198.

– (2008). “Derecho penal, memoria y verdad histórica: la criminalización de la negación del genocidio”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, n.º 11, pp. 39-74.

– (2009). “La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 85, pp. 299-352.

– (2015). “Discriminación en las relaciones entre particulares”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 105, pp. 393-409.

– (2018). “La STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España: La crónica de una condena anunciada”, *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 28, pp. 1-29.

BILBENY GARCÍA, N. (2024). *El torbellino Kant*, Ariel.

BLACKSHER, J.U. (1998). “Dred Scott's Unwon Freedom: The Redistricting Cases as Badges of Slavery”, *Howard Law Journal*, vol. 39, pp. 633-683.

BLACKSTONE, W. (2015). *Commentaries on the Laws of England*, Wallachia Publishers.

BLANCO ANDE, J. (1982). “Teoría del pueblo, nación, patria, país y estado”, *CEDEN*, n.º 158-VIII, pp. 1-39.

BLASI, V.A. (2018). “A Reader’s Guide to John Milton’s Areopagitica, the Foundational Essay of the First Amendment Tradition”, *The Supreme Court Review*, n.º 273, pp. 273-312.

BLOUSTEIN, E. (1989). “The First Amendment “Bad Tendency” of Speech Doctrine”, *Rutgers University Law Review*, vol. 4.3, pp. 507-517.

BLUMBERG, P.I. (2010). *Repressive Jurisprudence in the Early American Republic. The First Amendment and the Legacy of English Law*, Cambridge University Press.

BOBBIO, N. (1969). *Diritto e Stato nel pensiero di Immanuel Kant*, G. Giappichelli.

– (1993). *Igualdad y libertad*, Paidós.

BÖCKENFÖRDE, E.W. (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Trotta.

- BODELÓN GONZÁLEZ, E. (2010). “Las leyes de igualdad de género en España y Europa ¿Hacia una nueva ciudadanía?”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 268, pp. 85-106.
- BONELLO, G. (2012). “Freedom of Expression and Incitement to Violence”. En CASADEVALL MEDRANO, J. (Ed.). *Freedom of Expression – Essays in honour of Nicolas Bratza*, Wolf Legal Publishers, pp. 349-359.
- BONHOEFFER, D. (2001). *Resistencia y sumisión. Cartas y apuntes desde el cautiverio*, Sígueme.
- BONHOEFFER, D. (2013). *Ética*, Trotta.
- BORGES, J.L. (1998). *Historia universal de la infamia*, Alianza Editorial.
- BRAVO CASTAÑEDA, G. (1998). *Historia de la Roma antigua*, Alianza Editorial.
- BRAVO LÓPEZ, F. (2016). “Antisemitismo. Continuidad y cambio en la tradición antijudía”, *Revista de Teoría Crítica*, vol. 4, pp. 430-443.
- (2021). “Antisemitismo e islamofobia: la cuestión de las definiciones”. En CONTRERAS MAZARÍO, J.M. (Coord.) / SÁNCHEZ GÓMEZ, R. (Dir.). *El tratamiento normativo del discurso del odio*, Aranzadi, pp. 67-98.
- BREMS, E. (2010). “Human Rights as a Framework for Negotiating/Protecting Cultural Differences: An Exploration in the Case-law of the European Court of Human Rights”. En GAUDREAU-DESBIENS, J.-F. / FOLETS, M.-C. (Dirs.). *Cultural Diversity and the Law: State Responses from Around the World*, Bruylant, pp. 663-715.
- BREYER, S. (2004). *Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution*, The Tanner Lectures on Human Values – Harvard University.
- BTRIBOSIA, E. / RINGELHEIM, J. / RORIVE, I. (2010). “Reasonable accommodation for religious minorities: promising concept for European antidiscrimination law”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 17(2), pp. 137-161.
- BROWN, A. (2015). *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*, Routledge.
- BROWNMILLER, S. (1993). *Against Our Will: Men, Women, and Rape*, Ballantine Books.
- BUENO, G. (1996). *El mito de la cultura*, Prensa Ibérica.
- BUENO OCHOA, L. (2021). “Reflexiones sobre la interacción entre derecho y literatura: a propósito de una experiencia docente”, *Anuario de Filosofía de Derecho*, vol. XXXVII, pp. 95-115.
- BURCKHARDT, J. (2017). *La cultura del Renacimiento en Italia*, Losada.
- BOURGEOIS, L. (1986). *Solidarité*, Armand Colin Et Cie.

BURGUERA AMEAVE, L. (2015). “El derecho a la reputación o buen nombre de los partidos políticos. Notas a la STC 79/2014, de 28 de mayo”, *UNED. Teoría y realidad constitucional*, n.º 35, pp. 663-675.

BURNS, Michael J. (2012). “Shelby County v. Holder and the Voting Rights Act: Getting the Right Answer with the Wrong Standard”, *Catholic University Law Review*, vol. 62(227), pp. 227-252.

BUSTOS GISBERT, R. (1994). “El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.º 85, pp. 261-290.

– (2009). “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática (Art. 10 CEDH)”. En GARCÍA ROCA, F.J. / SANTOLAYA MACHETTI, P. (Coord.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 591-628.

BUSTOS RUBIO, M. (2020). *Aporofobia y delito: la discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4CP)*, JMB Bosch Editor.

BUYSE, A. (2014). “Dangerous Expressions: the ECHR, Violence and Free Speech”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63, pp. 491-503.

CABIDDU, M.A. (1997). *Maggioranza. Minoranza. Eguaglianza*, CEDAM.

CALVO ESPIGA, A. (2007). “Precedentes de la Pastoral de 12 de marzo de 1942”, *Kalakorikos*, n.º 12, pp. 9-58.

CÁMARA ARROYO, S. (2016). “Consideraciones críticas sobre la tutela penal de la libertad religiosa y los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 69(1), pp. 123-210.

– (2017). “El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión”, *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*, vol. 70, pp. 139-225.

CAMARGO HERNÁNDEZ, C. (1954). “Castán Tobeñas, José: “Los derechos de la mujer y la solución judicial de los conflictos conyugales”. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículo 3, pp. 574-575.

CAMPS CERVERA, V. (2017). *Breve historia de la ética*, RBA Libros.

CANAVAN, F. (1978). “John Milton and Freedom of Expression”. *Interpretation: A Journal of Political Philosophy*, vol. 7(3), pp. 50-66.

– (1984). *Freedom of Speech. Purpose as Limit*, Carolina Academic Press.

CANTERO, E. (2009). “Una lectura de la Guerra Civil española” *Verbo*, n.º 475-476, pp. 487-518.

CARDETE DEL OLMO, M.C. (2004). “*Ethnos* y etnicidad en la Grecia clásica”, en CRUZ ANDREOTTI, G. / MORA SERRANO, B. (Coord.). *Identidades étnicas*, Universidad de Málaga, pp. 15-30.

– (2006). “La etnicidad como un arma ideológico-religiosa en la Antigua Grecia: el caso del Monte Liceo”, *SPAL*, n.º 15, pp. 189-204.

CARDOZO, B. (1921). *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. (2007). “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”, *Política Criminal*, n.º 3, pp. 1-28.

CARUSO, C. (2017). “El *hate speech* en Estrasburgo: el pluralismo militante del sistema convencional”. En ALONSO SANZ, L. / VÁZQUEZ ALONSO, V.J. / CORTINA ORTS, A. (Dirs.). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, Athenaica, pp. 109-127.

CARRERAS SERRA, L. (2008). *Las normas jurídicas de los periodistas*, Editorial UOC.

CARTWRIGHT, W. (2003). “Mill on Freedom of Discussion”, *Richmond Journal of Philosophy*, n.º 5, pp. 1-7.

CARRILLO DONAIRE, J.A. (2017). “La protección de los derechos frente a los discursos del odio: del Derecho represivo a las políticas públicas antidiscriminatorias”. En ALONSO SANZ, L. / VÁZQUEZ ALONSO, V.J. / CORTINA ORTS, A. (Dirs.). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, Athenaica, pp. 15-38.

CARRILLO, M. (2001). “El marco jurídico-político de la libertad de prensa en la transición a la democracia en España (1975-1978)”, *Historia Constitucional (Revista electrónica)*, n.º 2, pp. 1-42.

CASADEVALL MEDRANO, J. (2007). *El Conveni europeu de drets humans, el Tribunal d'Estrasburg i la seva jurisprudència*, J.M. Bosch Editor.

– (2023). “La Libertad de expresión y sus límites en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En LANDA GOROSTIZA, J.-M. / GARRO CARRERA, E. (Dirs.) / ANDERERZ BELATEGI, M. / GORDÓN BENITO, I. (Coords.). *La libertad de expresión en tiempos convulsos*, Tirant lo Blanch, pp. 93-110.

CASTELLVÍ MONTSERRAT, C. (2021). “¿Prohibir el enaltecimiento del terrorismo vulnera la libertad de expresión? Sobre la fundamentación, delimitación y restricción de la libertad de expresión”. En QUERALT JIMÉNEZ, J. / CARDENAL MONTRAVETA, S. (Coords.). *Derecho penal y libertad de expresión*, Atelier, pp. 103-116.

CENTRE FOR CIVIL AND POLITICAL RIGHTS (2021). *Guide on the International Covenant on Civil and Political Rights*, CCPR Centre.

CEREZO MIR, J. (2004). *Curso de Derecho Penal español*, Tecnos.

CHAFEE JR., Z. (1919). “Freedom of Speech in Wartime”, *Harvard Law Review*, vol. 32(8), pp. 932-973.

– (1920). *Freedom of Speech*, Harcourt, Brace and Howe.

CHAPMAN, A.A. (2020). *Courts, Jurisdictions, and Law in John Milton and His Contemporaries*, University of Chicago Press.

CHEMERINSKY, E. (1983). “In Defense of Equality: A Reply to Professor Westen”, *Michigan Law Review*, vol. 81(3), pp. 575-599.

– (2019). *The First Amendment*, Wolters Kluwer.

– (2020). *Constitutional Law*, Wolters Kluwer.

CHIESA, L.E. (2014). *Substantive Criminal Law: Cases, Comments and Comparative Materials*, Carolina Academic Press.

CHUAQUI JAHIAIT, B. (2000). “El concepto de dignidad en la antigua Roma y después”, *Ars Medica, Revista de Ciencias Médicas*, vol. 29(1), pp. 23-30.

CHUECA RODRÍGUEZ, R. (2015). “La marginalidad jurídica de la dignidad humana”. En CHUECA RODRÍGUEZ, R. (Dir.). *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 25-52.

– (2024). “Dos sentencias sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia (SSTC 19/2023, de 22 de marzo y 94/2023, de 12 de septiembre)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 130, pp. 251-290.

CIANCIARDO, J. (2000). *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA.

CICERÓN (1952). *De officiis*, Fundació Bernat Metge.

– (1987). *Del supremo bien y del supremo mal*, Gredos.

– (2016). *Paradojas de los estoicos*, Ediciones Rialp.

– (2021). *La República*, Fundació Bernat Metge.

CIGÜELA SOLA, J. (2017). “Aproximación a una dogmática de la exclusión social: de la imputabilidad a la individualización”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época(17), pp. 13-46.

CISNEROS ÁVILA, F. (2018). *Derecho Penal y diversidad cultural. Bases para un diálogo intercultural*, Tirant lo Blanch.

CLÉRICO, L. (2018). “Análisis integral de estereotipos: desafiando a la garantía de imparcialidad estándar”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 41, pp. 67-96.

COBREROS MENDAZONA, E. (2007). “Discriminación por indiferenciación. Estudio y propuesta”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 81, pp. 71-114.

COHEN, G. (2000). “If You’re an Egalitarian, How Come You’re So Rich?”, *The Journal of Ethics*, vol. 4(1/2), pp. 1-26.

COHEN, J. (1995). *The Friars and the Jews. The evolution of Medieval anti-Judaism*, Nueva York, Cornell University Press.

COHEN-JONATHAN, G. (1999). “Article 10”. En PETTITI, L.-E. / DECAUX, E. / IMBERT, P.-H. (Dirs.). *La Convention Européenne des Droits de l’Homme. Commentaire article par article*, Ed. Económica.

– (2001). “Le droit de l’homme à la non-discrimination raciale”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, n.º 46, pp. 665-688.

COHEN, O. (1960). *The Svastika “Epidemic” and Anti-Semitism in America*, Anti-Defamation League of B’nai.

COLKER, R. (2007). “Anti-Subordination Above All: Sex, Race, and Equal Protection”, *New York University Law Review*, vol. 61, pp. 1003-1057.

CONNELY, W. (2003). “No Place in Life or Law”, *Washington Times* (Jan. 21) <http://www.washingtontimes.com/news/2003/jan/21/20030121-010425-2813r/>.

CONDE DE TORENO (2008). *Historia del levantamiento, guerra y revolución de España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

CONSEJO DE EUROPA (2010). *The prohibition of discrimination under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing.

– (2019). *Links Between Freedom of Expression And Other Human Rights*, Consejo De Europa.

CONTRERAS MAZARÍO, J.M. (2024). “Discurso de odio e intolerancia en el marco del Consejo de Europa”. En MENDOZA CALDERÓN, S. / SÁNCHEZ RUBIO, A. (Dirs.). *El discurso del odio: análisis de su incidencia y persecución penal*. Tirant lo Blanch, pp. 569-616.

Constitución Política de la Monarquía Española. Promulgada en Cádiz, a 19 de marzo de 1812. Grabada y dedicada a las Cortes por don José María de Santiago, BOE.

CONSTITUTIONAL RIGHTS FOUNDATION (2002). “Wartime and the Bill of Rights: The Korematsu Case”, *The Bill of Rights in Action*, vol. 18(3), pp. 1-4.

CONTRERAS PELÁEZ, F.J. (2000). “La idea de igualdad en el pensamiento político de Kant”, *Derechos y Libertades – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año n.º 5(9), pp. 225-283.

CONTRERAS, S. (2012). “Ferrajoli y los derechos fundamentales”, *Revista de la Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos)*, vol. 16, pp. 121-145.

COOLEY, T.M. (1879). *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract*, Callaghan and Company.

COPLESTON, F. (1994). *Historia de la filosofía. De Ockham a Suárez (vol. 3)*. Ariel.

Corán (2005). Herder.

- CÓRDOVA MOLINA, D.I. (2015). “Repensar la igualdad democrática: isonomía, isegoría, isotimia”, *Colección. n.º 25*, pp. 11-39.
- CORONAS GONZÁLEZ, S.M. (2012). *Estudio preliminar a la primera edición iconológica de la Constitución de Cádiz*, BOE.
- CORTINA ORTS, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo del pobre. Un desafío para la democracia*, Paidós.
- CORREA CARRASCO, M. (2019). “El concepto de acoso moral en el trabajo en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, n.º 437-438, pp. 166-172.
- CORTES GÓMEZ, I. y End, M. (2019). *Dimensions of Antigypsyism in Europe*, Central Council of German Sinti and Roma.
- COTTA, S. (1987). *El Derecho en la existencia humana. Principios de ontofenomenología jurídica*, EUNSA.
- CRENSHAW, K.W. (1988). “Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law”, *Harvard Law Review*, vol. 101(7), pp. 1331-1387.
- CRUZ ÁNGELES, J. (2017). “La protección de las minorías frente al discurso de odio. Análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos”. En ALONSO SANZ, L. / VÁZQUEZ ALONSO, V.J. / CORTINA ORTS, A. (Dir.). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, Athenaica, pp. 84-108.
- CUBO UGARTE, O. (2011). “Ciudadanía e “independencia civil” en Kant”, *Revista de Teoría y Filosofía Política Clásica y Moderna*, vol. 1(1), pp. 150-164.
- CUERDA ARNAU, M.L. (1996). “Artículo 22.4º CP”. En VIVES ANTÓN, T.S. (Dir.). *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, pp. 240-241.
- (2007). “Proporcionalidad penal y libertad de expresión la función dogmática del efecto de desaliento”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 8, pp. 1-43.
- CUEVA FERNÁNDEZ, R. (2012). “A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 259/2011”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 2, pp. 99-108.
- DANCHIN, P. (2011). “Islam in the Secular Nomos of the European Court of Human Rights”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 32(4), pp. 663-747.
- DANIELS, N. (1989). “Equal Liberty and Unequal Worth of Liberty”. En Daniels, N. *Reading Rawls*, Stanford University Press, pp. 253-281.
- DANIELSON, D. (1982). *Milton's Good God: A Study in Literary Theodicy*, Cambridge University Press.

DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (2021). “La confusión en los delitos de odio”. En DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (Dir.) / DE PABLO SERRANO, A. (Coord.). *Delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. Cuestiones de la parte general de los delitos de opinión*. Aranzadi, pp. 223-249.

DAVIS, R.W. (1999). “The House of Lords, the Whigs and Catholic Emancipation”, *Parliamentary History*, vol. 18, pp. 23-43.

DE AQUINO, T. (1953). *Suma contra los gentiles*, Biblioteca de Autores Cristianos.

– (2018). *Suma teológica*, Biblioteca de Autores Cristianos.

DE ARGÜELLES, A. (1989). *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, Centro de Estudios Constitucionales.

– (1999). *Examen histórico de la reforma constitucional de España*, Junta General del Principado de Asturias.

DE ASÍS ROIG, R.F. / CUENCA GÓMEZ, P. (2012). “Delimitación del derecho a la igualdad de oportunidades en personas con discapacidad”. En PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.) *2003-2012, 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, Cinca, pp. 59-75.

DE BEAUVOIR, S. (1976). *Le deuxième sexe*, vol. II, Gallinard.

DE CASTRO CID, B. (1993). *Los derechos económicos, sociales y culturales*, Universidad de León.

DE CASTRO, F. (2008). *Derecho Civil de España*, Civitas.

DE COVARRUBIAS Y OROZCO, S. (2006). *Tesoro de la lengua castellana o española*, Iberoamericana Editorial Vervuert.

DE DIEGO GONZÁLEZ, A. (2016). *La prensa y la dictadura franquista. De la censura al “Parlamento de papel”*, Biblioteca Universitaria de la Universidad de Málaga.

DE HALICARNASO, D. (1984). *Historia antigua de Roma*, Gredos.

DE HIPONA, A. (2007). *Confesiones*, San Pablo.

– (2013). *De civitate Dei*. CSIC.

DE LERMA GALÁN, J.L. (2018). “El derecho a recibir información veraz en el sistema constitucional. El ejercicio profesional del periodismo como garantía democrática”, *Estudios de Deusto* vol. 66(2), pp. 435-459.

DE LIA, A. (2017). “Il principio di uguaglianza ed il diritto penale sostanziale: una sintetica analisi del rapporto”, *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, 6 de dicembre, pp. 1-21.

DE LUCAS MARTÍN, J. (1987). “Nota sobre la libertad de expresión y la democracia en la obra de Spinoza”, *Doxa*, n.º 4, pp. 355-363.

DE MIGUEL ÁLVAREZ, A. (2005). “La construcción de un marco feminista de interpretación: la violencia de género”, *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 18, pp. 231-248.

DE MIGUEL BERIÁIN, I. (2004). “Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 21, pp. 187-212.

– (2005). “La dignidad humana, fundamento del Derecho”, *Boletín de la Facultad de Derecho – UNED*, vol. 27(330), pp. 325-356.

DE PABLO SERRANO, A. (2021). “En defensa de la tipificación penal del discurso difamatorio contra colectivos vulnerables”. En DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (Dirs.) / DE PABLO SERRANO, A. (Coord.). *Entre la libertad de expresión y el delito: cuestiones de la parte especial de los delitos de opinión*, Aranzadi, pp. 67-103.

DE TOCQUEVILLE, A. (2012). *La démocratie en Amérique*, Institut Coppet, Paris.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2015). “Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites del ejercicio de los derechos fundamentales de información y de expresión: ¿una nueva sensibilidad de los Tribunales?”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 29, pp. 389-436.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. / LLOP TORDERA, J. (2023). “La doctrina del reportaje neutral como respuesta a la colisión entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información”, *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 36, pp. 270-287.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2018). *El discurso de odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*, Tirant lo Blanch.

DEBES, R. (2017). “Introduction”. En DEBES, R. (Ed.). *Dignity, a History*, Oxford University Press, pp. 1-18.

DEFENSOR DEL PUEBLO (1993). *Informe anual 1990 y debates en las Cortes Generales*, Publicaciones del Congreso de los Diputados – Secretaría General (Dirección de Estudios).

DELLA MIRANDOLA, P. (2006). *Discurso sobre la dignidad del hombre*, Editorial π.

DELGADO RUIZ, M. (2004). “Multiculturalismo y sociedad. La diversidad cultural y sus usos”, *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo*, n.º 15, pp. 97-110.

DEPARTMENT FOR THE EXECUTION OF JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2022). *Hate Crime and Hate Speech*, Consejo de Europa.

DERRIDA, J. / VATTIMO, G. (2005). *La religión*. PPC Editorial.

DESANTES GUANTER, J.M. (1994). *Derecho de la información II. Los mensajes informativos*, Colex.

DIAO, L. (2021). *Collective Defense by Common Property: the Rise and Fall of the Kibbutz*, Simon Fraser University.

DÍAZ CREGO, M. (2010). “El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad: ¿un derecho de los extranjeros?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 30(89), pp. 115-155.

DÍAZ LÓPEZ, J.A. (2012). *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal*, Universidad Autónoma de Madrid.

– (2017). “El artículo 22.4 CP y la motivación discriminatoria *online*”. En MIRÓ LLINARES, F. (Dir.). *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Marcial Pons, pp. 107-127.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (2011). “La agravante por discriminación”. En DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.). *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Civitas, pp. 51-64.

DÍAZ REVORIO, F.J. (1997). *La Constitución como orden abierto*, McGraw Hill.

– (2009). *Los derechos humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos: genética e internet ante la Constitución*, Tirant lo Blanch.

– (2015). *Discriminación en las relaciones entre particulares*, Tirant lo Blanch.

DICCIONARIO CAMBRIDGE (s.f.).

DICCIONARIO LAROUSSE (s.f.).

DIDIER, María M. (2011). *El principio de igualdad en las normas jurídicas*, Marcial Pons.

DÍEZ BUESO, L. (2017). *Los límites de la creación artística en Estados Unidos y Europa*, Tirant lo Blanch.

DÍEZ-PICAZO, L. / Gullón, A. (2019). *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos.

DÍEZ-PICAZO, L.M. (2018). “De nuevo sobre la idea de derechos fundamentales en la Constitución española”. En GONZÁLEZ, HERNÁNDEZ, E. / RUBIO NÚÑEZ, R. (Coord.) / PENDÁS GARCÍA, B. (Dirs.). *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 2143-2155.

– (2021). *Sistema de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2013). *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta.

DOMÍNGUEZ, A. (2022). *Spinoza. Vida, escritos y sistema de filosofía moral*, Guillermo Escolar.

DONOHUE, J.J. (1987). “Further Thoughts on Employment Discrimination Legislation: A Reply to Judge Posner”, *Pennsylvania Law Review*, n.º 136, pp. 523-551.

DONOVAN, J. M. / GARTH, J.S. (2007). “Delimiting the Cultural Defense”, *Quinnipiac Law Review*, vol. 109(16), pp. 109-146.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2004). “Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVII, pp. 143-176.

– (2010). “Agravante de motivos discriminatorios”. En ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Dir.). *Memento Experto. Reforma penal*. Francis Lefebvre, n.º 7150-7325.

– (2011). “Motivos racistas o similares”. En MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Dir.). *Memento Práctico Penal 2011*, Francis Lefebvre, pp. 377-380.

DRESSLER, J. (2018). *Understanding Criminal Law*, Carolina Academic Press.

DUCOULOMBIER, P. (2015). “The Protection of Sexual Minorities in European Law”. En IPPOLITO, F. / IGLESIAS SÁNCHEZ, S. (Eds.). *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework*, Hart Publishing, pp. 201-226.

DUNNE, G.T. (1974). “Justice Hugo Black and the Brown Decision: A Speculative Inquiry”, *Missouri Law Review*, n.º 39, pp. 1-26.

DWORKIN, R. (1984). *Los derechos en serio*, Ariel.

– (1985). *A Matter of Principle*, Harvard University Press.

– (1990). “Foundations of Liberal Equality”. En PETERSON, G.B. (Ed.). *The Tanner Lectures on Human Values*, Vol. 11, University of Utah Press, pp. 1-119.

– (1994). *Life’s Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, Vintage Books.

– (2000). *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press.

– (2006). *Is Democracy Possible Here?*, Princeton University Press.

– (2013). *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press.

ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E. / DE CORRAL GARGALLO, P. / AMOR ANDRÉS, P.J. (2004). “Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol. 4, pp. 227-244.

EDEL, F. (2009). “Linéaments d’une théorie générale du principe d’égalité”, *Droits: Revue française de théorie juridique*, vol. 49(1), pp. 213-242.

EDGER, R. (2010). “Are Hate Speech Provisions Antidemocratic? An International Perspective”, *American University International Review*, Vol. 26(1), pp. 119-155.

EDWARDS, F.L. / THOMSON, G.B.: The Legal Creation of Raced Space: The Subtle and Ongoing Discrimination Created Through Jim Crow Laws, *Berkeley Journal of African-American Law & Policy*, vol. XII, n.º I, pp. 145-167.

EHLERS, D. (2007). *European Fundamental Rights and Freedoms*, De Gruyter Recht.

ELLUL, J. (1979). "Politization and Political Solutions". En TEMPLETON Jr., K.S., *The Politicization of Society*, Liberty Fund, pp. 209-248.

ELÓSEGUI ITXASO, M. (2011). "Por un nuevo estado social innovador en equidad de género", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 45, pp. 65-87.

– (2014). "El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público", *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 30, pp. 69-96.

– (2017). "Las recomendaciones de la ECRI sobre discurso del odio y la adecuación del ordenamiento jurídico español a las mismas", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, n.º 44, pp. 1-61.

– (2020). "El principio de proporcionalidad, la incitación al odio y la libertad de expresión en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: los casos *Stomakhin c. Rusia*, *Williamson c. Alemania* y *Pastörs c. Alemania*", *Revista General de Derecho Europeo*, Año 2020, n.º 51, pp. 14-54.

ELVIRA PERALES, A. (2015). "La dignidad humana en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos". En CHUECA RODRÍGUEZ, R. (Dir.). *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 197-234.

ENCYCLOPEDIA BRITANNICA (s.f.).

EPICETO (1993). *Disertaciones por Arriano*, Gredos.

– (2007). *Enquiridión*, El Barquero.

ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L. (2012). "El inconsistente estatuto del embrión humano extracorpóreo en la Unión Europea. Proyecciones constitucionales de la Sentencia TJUE «Brüstle v. Greenpeace»", *Revista de Derecho constitucional europeo*, n.º 17, pp. 675-720.

ESCRIHUELA CHUMILLA, F. (2011). *Todo Penal 2011*, La Ley.

ESPARZA REYES, E. (2017). *La igualdad como no subordinación: una propuesta de interpretación constitucional*, Tirant lo Blanch.

ESQUILO, SÓFOCLES, EURÍPIDES (2012). *Obras completas*, Cátedra.

ESTENSSORO, F. (2006). "El concepto de ideología", *Hermenéutica intercultural: revista de filosofía*, n.º 15, pp. 97-112.

EUROPEAN UNION FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY (2012). *Data in Focus Report. Minorities as Victims of Crime*.

EYER, K.R. (2016). “Ideological Drift and the Forgotten History of Intent”, *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, vol. 51(1), pp. 1-74.

FAIGMAN, D.L. (1994). “Measuring Constitutionality Transactionally”, *Hastings Law Journal*, vol. 45(4), pp. 753-784.

FALCÓN TELLA, M.J. (2014). “La sociedad abierta de Karl Popper como precedente de la doctrina de la posición precedente”. En TENORIO SÁNCHEZ, P.J. (Coord.). *La libertad de expresión. Su posición preferente en un entorno multicultural*, Wolters Kluwer, pp. 23-62.

FALLON JR., R.H. (2007). “Strict Judicial Scrutiny”, *University of California Law Review*, vol. 54, pp. 1267-1337.

FARRIOR, S. (1996). “Molding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law Concerning Hate Speech”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 14(1), pp. 1-98.

FAZER, E. / LACEY, N. (1993). *The Politics of Community. A Feminist Critique of the Liberal-Communitarian Debate*, Harvest Wheatsheaf.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. (1998). “Reflexiones sobre los delitos de genocidio (art. 607 del Código Penal)”, *La Ley*, n.º 4693.

FEITO GRANDE, L. (2002). “Los derechos humanos y la ingeniería genética: la dignidad como clave”, *Isegoría*, n.º 27, pp. 151-165.

FERNÁNDEZ ALMAGRO, M. (1976). *Orígenes del régimen constitucional en España*, Labor.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, P. (2015). “La prohibición de formaciones políticas como mecanismo de defensa del Estado y el debilitamiento de dicha protección tras las polémicas decisiones sobre Bildu y Sortu”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 26, pp. 111-137.

FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1986). *Las Constituciones históricas españolas: un análisis histórico-jurídico*, Civitas.

– (1996). “El principio de igualdad jurídica y la no discriminación por razón de género en el ordenamiento constitucional español”, *Dereito. Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 5(1), pp. 85-129.

FERNANDO CEPEDAL, J.M. (1994). “Ideología brumarista y Napoleón Bonaparte”, *El Basilisco*, n.º 17, pp. 37-44.

FERRAJOLI, L. (1997). *Derecho y razón*, Trotta.

– (2007). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta.

– (2016). *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta.

FERRANDO BADÍA, J. (1976). “La nación”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 205, pp. 5-58.

FERRARO, F. (2024). “La legislación simbólica: la necesidad de una redefinición y el problema de las funciones simbólicas del Derecho”, *Revista telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 27, pp. 27-51.

FERRERES COMELLA, V. / MIERES MIERES, L.J. (2017). “Algunas consideraciones sobre el principio de la legalidad y otros principios básicos del Derecho Penal”, *Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación*, discurso leído el 9 de noviembre de 2017, pp. 287-321.

FIESTAS LOZA, A. (1989). “La libertad de imprenta en las dos primeras etapas del liberalismo español”, *Anuario de Historia del Derecho español*, n.º 59, pp. 351-490.

FIGUERUELO BURRIEZA, A. (2008). “Representación política y democracia paritaria (A propósito de la sentencia del TC 12/2008, de 29 de enero)”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 12, pp. 211-234.

FIKFAK, V. / IZVOROVA, L. (2022). “Language and Persuasion. Human Dignity at the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, n.º 22, pp. 1-24.

FIREBERG, H. / GLÖCKNER, O. (2015). *Being Jewish in 21st-Century Germany*, Walter de Gruyter.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2016). *Memoria elevada al Gobierno de S.M.*, Centro de Estudios Jurídicos – Ministerio de Justicia.

– (2019). *Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal*.

FISCALÍA PROVINCIAL DE BARCELONA (2015). *Memoria del año 2015*, Servicio de Delitos de Odio y Discriminación.

FISS, O. (1971). “A Theory of Fair Employment Laws”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 38 (2), pp. 234-314.

– (1976). “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 5(2), pp. 107-177.

– (1978). “The Forms of Justice”, *Harvard Law Review*, vol. 93(1), pp. 1-58.

– (1986). “Free Speech and Social Structure”, *Iowa Law Review*, n.º 71, pp. 1405-1425.

FITZPATRICK, B.T. (2001). “Strict Scrutiny of Facially Race-Neutral State Action and the Texas Ten Percent Plan”, *Baylor Law Review*, vol. 53, pp. 289-348.

FOLEY, E.B. (2001). “Requiem for Hercules”, *Constitutional Commentary*, n.º 302, pp. 463-478.

FORRIOL, M.C. (2023). *Development of the Roadmap of Political Zionism in the State of Israel*, Cambridge Scholars Publishing.

FRED, J. (2006). *Einstein on Race and Racism: Einstein on Race and Racism*, Rutgers University Press.

FREDMAN, S. (2016). “Substantive Equality Revisited”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14(3), pp. 712-738.

FREIXES SANJUÁN, T. / REMOTTI CARBONELL, J.C. (1992). “Los valores y principios en la interpretación constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12(35), pp. 97-110.

FRENKEL, D.L. (2019). “La hospitalidad: encuentro y desafío”, *VII Jornadas: Diálogos entre Literatura, Estética y Teología*, pp. 1-10.

FREUND, E. (1994). *The Police Power. Public Policy and Constitutional Rights*, Callaghan.

FUENTES OSORIO, J.L. (2017). “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 19(27), pp. 1-52.

GADAMER, H.-G. (1999). *Verdad y método*, Sígueme.

GALLOWAY, JR., R.W. (1988). “Means-End Scrutiny in American Constitutional Law”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 21(2), pp. 449-496.

– (1989). “Basic Equal Protection Analysis”, *Santa Clara Law Review*, vol. 29(1), pp. 121-169.

GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2003). *El Derecho penal y la discriminación*. Tirant lo Blanch.

– (2021). “La agravante de discriminación: cuestiones problemáticas y su aplicabilidad en los “delitos de opinión”, como “delito de odio”. En DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (Dirs.) / DE PABLO SERRANO, A. (Coord.). *Delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis multidisciplinar. Cuestiones de la parte general de los delitos de opinión*, Aranzadi, pp. 151-195.

GARCÍA AMADO, J.A. (1996). “¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII, pp. 65-85.

GARCÍA ARÁN, M.: “Injusto individual e injusto social en la violencia machista (A propósito de la STC 59/2008 sobre el maltrato masculino a la mujer pareja)”. En CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. / ORTS BERENGUER, E. / CUERDA ARNAU, M.L. (Coords.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tirant lo Blanch, pp. 649-670.

GARCÍA COSTA, F.M. (2008). “Consideraciones sobre el sistema de elección de los vocales del consejo general del poder judicial”, *Anales del Derecho – Universidad de Murcia*, n.º 26, pp. 429-444.

GARCÍA MARTÍNEZ, A. (2004). “A vueltas con la etnicidad: ¿de qué sirve el concepto de ‘etnia’?”, *Educatio*, n.º 22, pp. 139-156.

GARCÍA MORENO, F. (2003). “El concepto de dignidad como categoría existencial. Un recorrido del concepto a la largo de la Hª de la Filosofía”, *Búho – Revista Electrónica de la Asociación Andaluza de Filosofía*, pp. 1-6.

GARCÍA MURCIA, J. (2022). “La Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, *Foro – Nueva Época*, vol. 2(2), pp. 11-22.

GARCÍA ROCA, F.J. (2023). “Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia (artículo 17 CEDH)”. En GARCÍA ROCA, F.J. / SANTOLAYA MACHETTI, P. (Coord.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

GARRETT, G.P. (1919). “Free Speech and the Espionage Act”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 10(1), pp. 71-75.

GARRIDO GÓMEZ, M.I. (2009). *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Editorial Dykinson.

GARRORENA MORALES, A. (1984). *El Estado español como estado social y democrático de derecho*, Tecnos.

GASCÓN CUENCA, A. (2016). *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Aranzadi.

GAVARA DE CARA, J.C. (2023). *El principio de neutralidad en la Constitución Española*, Bosch.

GEORGE, R.P. (1995). “Individual Rights and Collective Interests: Dworkin on ‘Equal Concern and Respect’”. En GEORGE, R.P. (Dir.). *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, Clarendon Paperbacks, pp. 83-109.

GERARDS, J. (2013). “The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 13(1), pp. 99-124.

GEWIRTH, A. (1992). “Human Dignity as the Basis of Rights”. En MEYER, M.J. (Dir.). *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values*, Cornell University Press, pp. 10-28.

GIL, R. / CALZADA AYMERICH, J. (2020). “What Do News Aggregators Do? Evidence from Google News in Spain and Germany”, *Marketing Science*, vol. 39(1), pp. 134-167.

GILSON, E. (1965). *La filosofía de la Edad Media. Desde los orígenes patrísticos hasta el fin del siglo XIV*. Gredos.

GINGRAS, D. (1996). *René Cassin et les droits de l’homme*, Université Laval.

GIRALDO PÉREZ, S. (2022). “Delitos de odio. Incidencia de la pandemia COVID en los delitos de odio en España”, *Sociología y tecnociencia*, vol. 12(1), pp. 216-240.

GLANCY, D.J. (1979). "The Invention of the Right to Privacy", *Arizona Law Review*, vol. 21(1), pp. 1-39.

GLENDON, M.A. (2011). *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Fondo de Cultura Económica.

GOINHEIX COSTA, S. (2012). "Notas sobre la violencia de género desde la sociología del cuerpo y de las emociones", *Revista Latinoamericana de Estudios sobre Cuerpos, Emociones y Sociedad*, Año 4(8), pp. 42-54.

GOLDBERG, S.B. (2004). "Equality Without Tiers", *South California Law Review*, vol. 77, pp. 481-582.

GÓMEZ ISA, F. / DE FEYTE, K. (2006). *International Protection of Human Rights: Achievements, And Challenges*, Universidad De Deusto.

GOMÁ LANZÓN, J. (2019). *Dignidad*, Galaxia Gutenberg.

GOMEZ MARTÍN, V. (2005). "La doctrina del "delictum sui generis": ¿queda algo en pie?", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 7, pp. 1-52.

– (2007). *El Derecho Penal de autor desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas de Derecho penal de varias velocidades*, Tirant lo Blanch.

– (2010). "¿Comparaciones odiosas? Acción positiva y violencia de género ocasional". En MIR PUIG, S. / QUERALT JIMÉNEZ, J. (Dirs.) / FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. (Coord.). *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, pp. 251-299.

– (2015). *Delitos de discriminación y discurso de odio punible*, Editorial Juruá.

– (2016). "Incitación al odio y género Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista", *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18-20, pp. 1-25.

– (2018). "Odio en la red. Una revisión crítica de la reciente jurisprudencia sobre Ciberterrorismo y Ciberodio", *Revista de Derecho Penal y Criminología – UNED*, 3ª Época(20), pp. 411-449.

– (2019). *Delitos de discriminación y discurso de odio punible Nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, Juruá Editorial.

– (2021). "Daño, ofensa y discurso de odio", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, protocolo I*, pp. 235-256.

GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E. (1977). *Aproximación histórica al derecho de la imprenta y de la prensa en España: 1480-1966*, Instituto de Estudios Administrativos.

– (1981). "La libertad de expresión en la II República", *Revista de Derecho Político*, n.º 12, pp. 159-187.

GONZÁLEZ ALONSO, B. (1981). “La historia de la sucesión en el trono y el artículo 57 de la Constitución de 1978”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 19, pp. 7-42.

GONZÁLEZ BALLESTEROS, T. (2015). “Doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertades de expresión y de información”. En BEL MALLÉN, J.I. / CORREDOIRA Y ALFONSO, L. (Dirs.). *Derecho de la información. El ejercicio del derecho a la información y su jurisprudencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 783-859.

GONZÁLEZ BEILFUSS, M. (2000). *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

GONZÁLEZ GARCÍA, I. (2024). *La indivisibilidad de la nación: límite expreso a la reforma de la CE1978*, Tirant lo Blanch.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2011). *La dignidad de la persona*, Civitas.

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. (2019). *La libertad de expresión, una perspectiva de Derecho Comparado*, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo.

GOODHART, M. (2018). “Constructing Dignity. Human Rights as a Praxis of Egalitarian Freedom”, *Journal of Human Rights*, n.º 17, pp. 403-417.

GORDO GONZÁLEZ, L. (2023). “Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo”, *Labos*, vol. 4, Número extraordinario. *Tormenta de reformas*, pp. 103-121.

GOTTLIEB, S. (1988). “Compelling Governmental Interests: An Essential but Unanalyzed Term in Constitutional Adjudication”, *Boston University Law Review*, vol. 68(917), pp. 917-978.

– (2002). “Tears for Tiers on the Rehnquist Court”, *Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 4(2), pp. 350-371.

GUASTINI, R. (2018). “Un ejercicio de realismo jurídico”, *Revista Derecho y Sociedad*, n.º 51, pp. 223-232.

GRANJA CASTRO, D.M. (2019). “El pensamiento de Kant en torno al concepto de dignidad humana”. En TRUEBA ATIENZA, C./ PÉREZ CORTÉS, S. (Dirs.). *Dignidad: Perspectivas y aportaciones de la filosofía moral*, Anthropos, pp. 137-174.

GRAY, J. (1983). *Mill on Liberty. A Defence*, Routledge.

GREGORY, T. (2013). “How Milton Defined Heresy and Why”, *Religion & Literature*, vol. 45(1), pp. 148-160.

GRIMMAL, P. (1981). *Diccionario de Mitología*, Paidós.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (2019). *Propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*.

GUENTHER, K. (1997). "The Denial of the Holocaust: Employing Criminal Law to Combat Antisemitism in Germany", *Tel Aviv University Studies in Law*, vol. 15, pp. 51-66.

GUNTHER, G. (1971). "The Supreme Court, 1971 Term – Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection", *Harvard Law Review*, vol. 86(1), pp. 1-48.

– (1975). "Learned Hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History", *Stanford Law Review*, vol. 27(3), pp. 719-773.

GUTIÉRREZ CASTILLO, V.L. (2020). "El control europeo del ciberespacio ante el discurso de odio: análisis de las medidas de lucha y prevención", *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, Año 22(45), pp. 291-310.

GUTMANN, T. (2019). "Dignidad y autonomía. Reflexiones sobre la tradición kantiana", *Estud.filos*, n.º 59(237), pp. 233-254.

GÜERRI FERNÁNDEZ, C. (2015). "La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación. Aportaciones a la lucha contra los delitos de odio y el discurso del odio en España", *InDret*, 1/2015, pp. 1-33.

HÄBERLE, P. (2013). *Pluralismo y Constitución*, Tecnos.

– (2016). *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México.

HABERMAS, J. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta.

HALL, J.P. (1921). "Free Speech in Wartime", *University of Chicago Law School*, vol. 21, pp. 526-537.

HAMAM, M. (2010). *Freedom, Speech, and Inequality in Rousseau's Philosophical Rhetoric. From the Deconstructive Interpretation to the Foundations of his Political Thought*, University of Michigan.

HANEY LÓPEZ, I.F. (2007). "A Nation of Minorities: Race, Ethnicity, And Reactionary Colorblindness", *Stanford Law Review*, vol. 59, pp. 985-1064.

HAQUE, A.A. (2005). "Group Violence and Group Vengeance: Toward a Retributivist Theory of International Criminal Law", *Buffalo Criminal Law Review*, n.º 9, pp. 273-328.

HARDY, L. (1990). *The Gerrymandering Origin, Conception and Re-emergence*, Rose Institute.

HARRIS, R.W. (1969). *Romanticism and the Social Order*, Blandford Press.

HARRIS, L.H. (1997). "Honor, Eunuchs, and the Postcolonial Subject". En EZE, E.C. (Dir.). *Postcolonial African Philosophy: A Critical Reader*, Blackwell, pp. 252-259.

HASHIMOTO, D.M. (1996). "The Legacy of Korematsu v. United States: A Dangerous Narrative Retold", *UCLA – Asian Pacific American Law Journal*, n.º 4, pp. 72-128.

HAYEK, F.A. (1998). *Law, Legislation, And Liberty*, Routledge.

HEINZE, E. (2016). *Hate Speech and Democratic Citizenship*, Oxford University Press.

HENDRICKS, J.S. (2010). "Contingent Equal Protection: Reaching for Equality After Ricci and Pics", *Michigan Journal of Gender & Law*, vol. 16, pp. 397-451.

HERI, C. (2023). "Deference, Dignity and 'Theoretical Crisis'. Justifying ECtHR Rights Between Prudence and Protection", *Human Rights Law Review*, n.º 24, pp. 1-19.

HERMIDA DEL LLANO, C. (2019). "El antigitanismo en el ámbito de la Unión Europea, con especial referencia a España". En HERMIDA DEL LLANO, C. (Coord.). *Discriminación racial, intolerancia y fanatismo en la Unión Europea*, Dykinson.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (2010). "Ideología, educación y políticas educativas", *Revista española de pedagogía*, Año LXVIII, n.º 245, pp. 133-150.

HERÓDOTO (2021). *Historia*, Gredos.

HERVADA, J. (1992). *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, EUNSA.

HILBERG, R. (2005). *La destrucción de los judíos europeos*, Akal.

HINDLEY, M. (2009). "Supremely Contentious: The Transformation of "Advice and Consent", *Humanities*, vol. 30(5). <https://www.neh.gov/humanities/2009/septemberoctober/feature/supremely-contentious>.

HOBBS, T. (1992). *Leviatán*, Fondo de Cultura Económica.

HOFFMANN, F. / RINGELHEIM, J. (2004). "Par-delà l'universalisme et le relativisme: la Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 52(1), pp. 109-142.

HOLMES, S. (1990). "Liberal Constraints on Private Power? Reflections on the Origins and Rationale of Access Regulation". En LICHTENBERG, J. (Ed.). *Democracy and the Mass Media: A Collection of Essays*, Cambridge University Press, pp. 21-65.

HOLMES JR., O.W. (1899). "The Law in Science and the Science in Law", *Harvard Law Review*, vol. 12(7), pp. 443-472.

HOLSLAG, A. (2015). "The Process of Othering from the 'Social Imaginaire' to Physical Acts: An Anthropological Approach", *Genocide Studies and Prevention*, n.º 9, pp. 96-113.

HOMERO (2004). *Iliada*, CSIC.

– (2005). *Odisea*, CSIC.

HORTAL IBARRA, J.C. (2012). “La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4ª CP): Una propuesta restrictiva de interpretación”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 108, pp. 31-66.

HUERTA GUERRERO, L.A. (2010). “Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio”, *Pensamiento Constitucional*, Año XIV, n.º 14, pp. 319-344.

HOWARD, J.W. (1968). *Mr. Justice Murphy: A Political Biography*, Princeton University Press.

HOXBY, B. (1998). “The Trade of Truth Advanced: Areopagitica, Economic Discourse and Libertarian Reform”, *Milton Studies*, n.º 36, pp. 177-202.

IGLESIA CATÓLICA (2017). *Catecismo de la Iglesia Católica – Compendio*, PPC.

IGLESIAS, T. (2001). “Bedrock Truths and the Dignity of the Individual”, *Logos: A Journal of Catholic Thought and Culture*, Winter 2001, pp. 114-134.

ISRAEL, J. (2010). *A Revolution of the Mind. Radical Enlightenment and the Intellectual Origins of Modern Democracy*, Princeton University Press.

– (2018). “Spinoza and Spinozism in the Western Enlightenment: The Latest Turns in the Controversy”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, año 20(40), pp. 41-57.

ISSACHAROFF, S. / KARLAN, P.S. (2003). “Groups, Politics, and the Equal Protection Clause”, *Miami Law Review*, vo. 58(35), pp. 35-50.

JACOBSEN, A.F. (2013). *The Right to Public Participation – A Human Rights Law Update*, The Danish Institute for Human Rights.

Journal officiel de la République française, n.º 0162, 14 de julio de 1990.

JIMÉNEZ CAMPO, J. (1983). “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 3(9), pp. 71-116.

– (1999). *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta.

– (2018). “Artículo 10.1”. En RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. / CASAS BAAMONDE, M.E. (Dir.). *Comentarios a la Constitución española*, Wolters Kluwer, pp. 213-229.

JOHNSON, P. (2014). *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Routledge.

JIMÉNEZ RAMÍREZ, M.M. (2008). “Aproximación teórica de la exclusión social. Complejidad e imprecisión del término. Consecuencias para el ámbito educativo”, *Estudios pedagógicos (Valdivia)*, vol. 34(1). https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-07052008000100010.

- KANT, I. (1981). *La religión dentro de los límites de la mera razón*, Alianza Editorial.
- (1996). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Ariel.
- (1998). *Sobre la paz perpetua*, Tecnos.
- (2005). *Crítica de la razón pura*, Taurus.
- (2022). *Metafísica de las costumbres*, Tirant Humanidades.
- KARST, K. (1977). “Equal Citizenship under the Fourteenth Amendment”, *Harvard Law Review*, vol. 91, pp. 1-68.
- KAUFMAN, W.R.P. (2003). “Motive, Intention, and Morality in the Criminal Law”, *Criminal Justice Review*, vol. 28, pp. 317-335.
- KAWESA, V. (2010). *Legal Study on Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity*, Center Against Racism.
- KEANE, D. (2012). “The Innocence of Satirists: Will Caricatures of the Prophet Mohammad Change the ECHR Approach to Hate Speech?”. <https://www.ejiltalk.org/the-innocence-of-satirists-will-caricatures-of-the-prophet-mohammad-change-the-echr-approach-to-hate-speech/>.
- KELLER, H. / WALTHER, R. (2018). “Balancing Test: United Nations Human Rights Bodies”, *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, pp. 1-26.
- KELSEN, H. (2006). *De la esencia y valor de la democracia*, KRK.
- (2011). *Teoría pura del Derecho*, Trotta.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2003). “Las acciones positivas”. En CARBONELL SÁNCHEZ, M. (Comp.). *El principio constitucional de igualdad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, pp. 229-282.
- KENDRICK, C. (1983). “Ethics and the Orator in Areopagitica”, *English Literary History*, vol. 5(4), pp. 655-691.
- KENNEDY, R. (2013). “Colorblind Constitutionalism”, *Fordham Law Review*, vol. 82(1), pp. 1-20.
- KIMBALL, K. (1920). “The Espionage Act and the Limits of Legal Toleration”, *Harvard Law Review*, vol. 33(3), pp. 442-449.
- KINSLEY, M. (1995). “The Spoils of Victimhood”, *New Yorker*, Mar. 27. <https://www.newyorker.com/magazine/1995/03/27/the-spoils-of-victimhood>.
- KLARMAN, M. (1991). “An Interpretive History of Modern Equal Protection”, *Michigan Law Review*, vol. 90 (95), pp. 213-318.

– (2013). “Windsor and Brown: Marriage Equality and Racial Equality”, *Harvard Law Review*, vol. 12(1), pp. 127-160.

KOENIG, M. (2015). “The Governance of Religious Diversity at the European Court of Human Rights”. En BOULDEN, J. / KYMLICKA, W. (Eds). *International approaches to governing ethnic diversity*, Oxford University Press, pp. 51-78.

KOONZ, Claudia (2005). *La conciencia nazi: la formación del fundamentalismo étnico del Tercer Reich*, Paidós.

KOSKENNIEMI, M. (1994). “National Self-Determination Today: Problems of Legal Theory and Practice”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43(2), pp. 241-269.

KULL, A. (1992). *The Color-Blind Constitution*, Harvard University Press.

LACRUZ LÓPEZ, J.M. / CALLEJO GALLEGOS, M.J. / MELENDO PARDOS, M. (2019). *Apuntes de política criminal*, Dykinson.

LAERCIO, D. (2013). *Vida y opiniones de los filósofos ilustres*, Alianza Editorial.

LAHAM COHEN, R. (2023). “El nacimiento del antijudaísmo en la Antigüedad Tardía y su relación con el antisemitismo moderno”, *Cuadernos Judaicos*, n.º 30, pp. 67-92.

LAMARCA PÉREZ, C. (1981). “La publicidad en Derecho Penal: una aproximación conceptual e histórica”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículo 2-3, 1981, fascículo 2-3, pp. 573-584.

– (2022). “Tema 24. Delitos contra la Constitución”. En LAMARCA PÉREZ, C. / ALONSO DE ESCAMILLA, A. / MESTRE DELGADO, E. / RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. (Dirs.). *Delitos. La parte especial del derecho penal*, Dykinson, p. 955.

LANDA GOROSTIZA, J.-M. (1998). *La intervención penal frente a la xenofobia: problemática general con especial referencia al "delito de provocación" del artículo 510 del Código Penal*, Servicio Editorial – Universidad del País Vasco.

– (2001). *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Comares.

– (2002). “El modelo político-criminal antirracista “sui generis” del código penal español de 1995”, *Revue Internationale de Droit Penal – International Review of Penal Law*, vol. 73, pp. 167-213.

– (2018). *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch.

– (2020). “Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 22-19, pp. 1-34.

– (2024). “Delitos de odio en España: estado de la cuestión”, *InDret*, 4/2024, pp. 133-182.

LARRAURI PIJOAN, E. (2007). *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta.

– (2009). “Igualdad y violencia de género”, *InDret*, 1/2009, pp. 1-17.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (2012). “¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación?”. En GARCÍA GARCÍA, R. / DOCAL GIL, D. (Dirs.). *Grupos de odio y violencias sociales*, Rasche, pp. 23-38.

– (2012). “¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional”, *InDret*, 3/2012, pp. 1-33.

– (2013). “¿Son discriminatorios los tipos penales de violencia de género? Comentario a las SSTC 59/2008, 45/2009, 127/2009 y 41/2010”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 99, pp. 329-370.

– (2016). “El control constitucional de las leyes penales”, en BECERRA MUÑOZ, J. / NIETO MARTÍN, A. / MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. (Dirs.). *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, pp. 351-378.

LAURENZO COPELLO, P. (1996). “La discriminación en el Código Penal de 1995”, *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 19, pp. 219-288.

– (1999). “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, *Jueces por la Democracia*, n.º 34, pp. 16-23.

– (2005). “La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 8, pp. 3-23.

– (2021). “La categoría de los delitos de odio como fuente de expansión del Derecho Penal”. En DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (Dirs.) / DE PABLO SERRANO, A. (Coord.). *Delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. Cuestiones de la parte general de los delitos de opinión*, Aranzadi, pp. 197-222.

LAW, S.J. (2017). “The Rule of Law: The Presumption of Liberty and Justice”, *Judicial Review*, vol. 22(4), pp. 365-273.

LAZCANO BROTONS, I. (2009). “Artículo 10. Libertad de expresión”. En LASAGABASTER HERRARTE, I. (Coord.). *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Civitas, pp. 452-566.

– (2009). “Artículo 17. Prohibición de abuso de derecho”. En LASAGABASTER HERRARTE, I. (Coord.). *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Civitas, pp. 733-749.

LENDLER, M. (2012). *Gitlow v. New York: Every Idea an Incitement*, University Press of Kansas.

LEÓN MAGNO (1990). *Sermones escogidos*, Apostolado Mariano, Sevilla.

LES BENEDICT, M. (2017). *The Blessings of Liberty: A Concise History of the Constitution of the United States*, The Rowman and Littlefield Publishing Group.

LESTER, A. (1993). "Freedom of Expression". En MACDONALD, R. ST. J. / MATSCHER, F. / PETZOLD, H. (Eds.). *The European System for the Protection of Human Rights*, Kluwer Academic Publishers, pp. 465-491.

LETSAS, G. (2006). "Two Concepts of the Margin of Appreciation", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26(4), pp. 705-732.

LEVIN, L. (2014). "It's All in the Memes". En GREENSPOON, L.J. (Ed.). *Who is a Jew? Reflections on History, Religion, and Culture*, Purdue University Press, pp. 21-42.

LEVINAS, E. (2002). *Totalidad e infinito. Ensayo sobre la exterioridad*, Ediciones Sígueme.

LEVINAS, E. (1994). *Outside the Subject*, Stanford University Press, Stanford.

LEVY, L.W. (2001). *The Origin of the Bill of Rights*, Yale University Press.

– (2011). *Legacy of Suppression. Freedom of Speech and Press in Early American History*, Literary Licensing.

LEVY, R.S. (2005). *Antisemitism. A Historical Encyclopedia*, ABC Clio.

LIANO, D. (2020). "Definición, etimología e historia del vocablo "raza", *Centroamericana*, vol. 30(2), pp. 81-99.

LINGAAS, C. (2020). "In the Eyes of the Perpetrator: Judicial Recognition of the Identity-Based Nature of Genocide". En VIDMAR, J. (Ed.). *European Populism and Human Rights*, Brill, pp. 289-319.

LIVIO, T. (1990). *Historia de Roma desde su fundación (VIII-X)*, Gredos.

LYOMBE, E. (2006). "New Medium, Old Free Speech Regimes: The Historical and Ideological Foundations of French & American Regulation of Bias-Motivated Speech and Symbolic Expression on the Internet", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 28(1), pp. 69-127.

LONGAN PHILLIPS, S. (2011). "Sobre la definición del arte y otras disquisiciones", *Revista Comunicación*, vol. 20, pp. 75-79.

LÓPEZ GONZÁLEZ, J.L. (1996). "A propósito de la STC 66/1995, de 8 de mayo, en torno a los límites al derecho de reunión", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 16(48), pp. 241-250.

LÓPEZ HERNÁNDEZ, J. (2020). "La teoría pura del Estado en Kant", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXVI, pp. 319-345.

LÓPEZ QUINTÁS, A. (2022). *La verdadera libertad de expresión y su fundamentación filosófica*, Fundación López Quintás.

LLOBERA, J.R. (2009). *El mètode i el camp de l'antropologia*, UOC, Barcelona.

- LLORENS Y CLARIANA, E.L. (2015). *La igualdad ante la ley, El Estado y sus órganos*, Athenaica.
- LLORIA GARCÍA, P. (2019). “La regulación penal en materia de violencia familiar y de género tras la reforma de 2015. Especial referencia al ámbito tecnológico”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 31, pp. 10-12.
- LOWENSTEIN, K. (1937). “Militant Democracy and Fundamental Rights, II”. *The American Political Science Review*, vol. 31(4), pp. 638-658.
- LUCAS VERDÚ, P. (1984). *Estimativa y política constitucionales: los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español*, Universidad Complutense de Madrid.
- MCGONAGLE, T. (2013). “Conundrums and challenges”, *Conferencia del Consejo de Europa para los Ministerios Responsables de Medios de Comunicación, Belgrado 7-8 de noviembre de 2013*, pp. 1-40.
- MACHADO RUIZ, M.D. (2002). *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos*, Tirant lo Blanc.
- MACKINNON, C. (2016). “Substantive Equality Revisited: A Reply to Sandra Fredman”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14(3), pp. 739-746.
- MACKLIN, R. (2003). “Dignity is a useless concept”, *BMJ*, vol. 32(7429), pp. 1419-1420.
- MAGRO SERVET, V. (2017). “Casuística y alcance interpretativo del delito de odio del artículo 510 del Código Penal”, *Diario La Ley*, n.º 8960.
- (2019). “Inexistencia de violencia de género en las agresiones en parejas homosexuales”, *Diario La Ley* n.º 8466/2019.
- MAIHOFFER, W. (2008). *Estado de Derecho y dignidad humana*, Editorial B de f.
- MAJOR, R. (2020). “Discrete, And Insular, And Shackled”, *Cornell Journal of Law, And Public Policy*, vol. 30, pp. 159-178.
- MAKARI, G. (2023). *Of Fear and Strangers: A History of Xenophobia*, Yale University Press.
- MAKKONEN, T. (2002). *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute for Human Rights Åbo – Akademi University.
- MANGRUM, R.C. (1987). “Mormonism, Philosophical Liberalism, and Constitution”, *BYU Studies*, vol. 27(3), pp. 119-137.
- Maqueda Abreu, M.L. (2006). “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 8, pp. 1-13.
- (2009). “1989-2009: veinte años de «desencuentros» entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja”, *Revista Electrónica de la Universidad de La Rioja*, n.º 7, pp. 25-35.

- MARCO PÉREZ, A. (2006). “La hospitalidad homérica”, *Scripta Fulgentina*, XVI, 31-32, pp. 111-112.
- MARCUELLO BENEDICTO, J.I. (1999). “La libertad de imprenta y su marco legal en la España liberal”, *Revista Ayer*, n.º 34, pp. 65-91.
- MARÍ, E.E. (1998). “Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar, pero en voz baja”, *Doxa*, vol. 21(II), pp. 251-287.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. (2018). “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, año 2018(20-27), pp. 1-20.
- MARINA TORRES, J.A. / DE LA VÁLGOMA, M. (2000). *La lucha por la dignidad. Teoría de la felicidad política*. Anagrama.
- MARINA TORRES, J.A. (2021). *Biografía de la inhumanidad*, Ariel.
- MARITAIN, J. (1942). *Les Droits de l 'Homme et la Loi Naturelle*, Éditions de la Maison Française.
- (2023). *El Hombre y El Estado*, Ediciones Encuentro.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2004). “Los derechos fundamentales y la Constitución a los veinticinco años”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, año 2004, n.º 2, pp. 17-38.
- MARTÍN VIDA, M.A. (2003). *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L. (2008). “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero, sobre la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 22, pp. 605-624.
- MARTÍNEZ GARCÍA, J.I. (1991). “El principio de igualdad y la producción de diferencias en el derecho”, en *El principio de igualdad en la Constitución española – XI Jornadas de Estudio*, Ministerio de Justicia, pp. 539-562.
- MARTÍNEZ-PINNA NIETO, J. (2009). *La monarquía romana arcaica*, Universitat de Barcelona.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, M. (1978). *La Constitución española de 1812: el constitucionalismo liberal a principios del siglo XIX*, Cátedra Fadrique Furió Ceriol – Facultad de Derecho.
- MARTÍNEZ TAPIA, R. (2000). *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Universidad de Almería.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2015). “La tragedia de Charlie Hebdo: algunas claves para un análisis jurídico”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 50, pp. 22-31.

MATSUDA, M.J. (1991). "Voices of America: Accent, Antidiscrimination Law, and a Jurisprudence for the Last Reconstruction", *Yale Law Journal*, vol. 100, pp. 1329-1407.

MATSUDA, M.J. / LAWRENCE III, C.R. / DELGADO, R. / CRENSHAW, K.W. (1993). *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*, Routledge.

MAVRONICOLA, N. (2016). "Bouyid v. Belgium: The "minimum level of severity" and Human Dignity's Role in Article 3 ECHR", *Cyprus Human Rights Law Review*, pp. 1-16.

MCHANGAMA, J. (2022). *Free Speech. A History from Sócrates to Social Media*, Basic Books.

MCHANGAMA, J. / ALKIVIADOU, N.: (2021). "Hate Speech and the European Court of Human Rights: Whatever Happened to the Right to Offend, Shock or Disturb?", *Human Rights Law Review*, vol. 21(4), pp. 1008-1042.

MCCOLGAN, A. (2014). *Discrimination, Equality and the Law*, Hart Publishing.

MCCONAGLE, T. (2013). *The Council of Europe against online hate speech: Conundrums and challenges*, Institute for Information Law – Faculty of Law University of Amsterdam.

MCCRUDEN, C. (2008). "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *Institute for International Law and Justice*, WP 2008/8, pp. 1-68.

MEIKLEJOHN, A. (1961). "The First Amendment Is an Absolute". *The Supreme Court Review*, vol. 1961, pp. 245-266.

– (2012). *Free Speech and its Relation to Self-Government*, The Lawbook Exchange.

MELTZER HENRY, L. (2011). "The Jurisprudence of Dignity", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 160, pp. 169-233.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. / GARCÍA TORRES, A. (2022). "Naturaleza y alcance de la negociación colectiva extraestatutaria: crónica jurisprudencial", *Diálogos jurídicos – Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, n.º 7, pp. 169-184.

MIHAJLOVA, E. / BACOVSKA, J. / SHEKERDJIEV, T. (2013). *Freedom of Expression and Hate Speech*, OSCE.

MILIOS, G. (2022). "El derecho a la no discriminación por motivo de discapacidad: la compleja coexistencia de la normativa y jurisprudencia nacional y supranacional", *Derechos y Libertades, Época II*, n.º 47, pp. 241-271.

MILL, J.S. (1851). *A System of Logic, Ratiocinative, and Inductive*, John Parker-West Strand.

– (1981). *Collected Works of John Stuart Mill*, vol. 1, *Autobiography*, University of Toronto Press.

– (2006). *On Liberty*, Penguin Classics.

– (2006). *The Subjection of Women*, The Pennsylvania State University.

MILTON, J. (1890). *Paradise Lost, Illustrated by Gustave Doré, with Notes and a Life of Milton by Robert Vaughan*, Cassell and Company.

– (1918). *Areopagitica, with a Commentary by Sir Richard C. Webb*, Cambridge University Press.

Millett, K. (1995). *Política sexual*, Ediciones Cátedra.

MINISTERIO DEL INTERIOR (2014). *Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España*, Gabinete de Coordinación y Estudios – Secretaría de Estado de Seguridad. <https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/Informe2014DelitosOdio.pdf>.

MIR PUIG, S. (1982). *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, Bosch.

– (2011). *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Iustel.

– (2015). *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor.

MIRÓ LINARES, F. (2017). “Derecho Penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión”. En MIRÓ LLINARES, F. (Dir.). *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Marcial Pons, pp. 21-65.

MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2001). *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, J.M. Bosch.

MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2009): “Desigualdades penales y violencia de género”. En RUIZ MIGUEL, A. / MACÍA MORILLO, A.: *Desafíos de la igualdad, desafíos a la igualdad*, BOE, pp. 57-88.

MONOSON, S. (2000). *Plato’s Democratic Entanglements*, Princeton University Press.

MONTAGANO, E.M. (2022). *Rousseau and the Problem of Censorship: Freedom, Virtue, and the Education of the Citizen*, University of North Texas.

MORA, J. (2021). *¿Igualdad para qué?*, Dykinson.

MORALES HARLEY, R. (2020). “Léxico de la heroicidad en griego y en sánscrito”, *Revista de Filología y Lingüística de la Universidad de Costa Rica*, n.º 46, pp. 244-256.

MORÁN ROSADO, M.J. (2015). “La caracterización general de la Unión Europea”, en CAMISÓN YAGÜE, J.A. (Dir.): *Lecciones básicas de Derecho e instituciones de la Unión Europea*, Universidad de Extremadura, pp. 37-48.

MOSHMAN, D. (2007). “Us and Them: Identity and Genocide”, *Identity: An International Journal of Theory and Research*, n.º 7, pp. 115-135.

MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA (2012). *Informe Raxen – Especial 2012*. <https://www.informeraxen.es/informe-raxen-especial-2012>.

MUELLER, J. (1998). “Milton on Heresy”. En DOBRANSKI, S.B. / RUMRICH, J.P. (Eds.). *Milton and Heresy*, Cambridge University Press, pp. 21-38.

MUÑOZ CONDE, F. (2022). *Derecho Penal*. Tirant lo Blanch.

MUÑOZ MACHADO, S. (2013). *Los itinerarios de la libertad de palabra*, Edición Crítica.

NADLER, S. (2011). *A Book Forged in Hell. Spinoza's Scandalous Treatise and the Birth of the Secular Age*, Princeton University Press.

NAVARRO MARCHANTE, V.J. (2023). “La autodeterminación de género en la legislación trans en España”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 51, pp. 417-439.

NEBRERA GONZÁLEZ, M. (1995). “De la libertad ideológica poco antes de la Revolución Francesa. Su construcción desde la crítica a la intolerancia en Voltaire”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 88, pp. 257-272.

NELSON, S.P. (2005). *Beyond the First Amendment: The Politics of Free Speech and Pluralism*, The John Hopkins University Press.

NIEMELA, H. / SALMINEN, K. / VANAMO, J. (1997). *The Solidarist Ideology in Turn-of-the-Century France*, The Central Pension Security Institute.

NIETO GARCÍA, A. (2021). *El arbitrio judicial*, COLEX.

NIETO IBÁÑEZ, J.-M. (1988). “El mito de las edades: de Hesíodo a los Oráculos Sibilinos”, *Jornadas de Filología Clásica de las Universidades de Castilla y León*, 7 a 8 de noviembre de 1988, pp. 19-32.

NIEUWENHUIS, A. (2007). “The Concept of Pluralism in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, *European Constitutional Law Review*, Año 2007(3), pp. 367-384.

– (2019). “A positive obligation under the ECHR to ban hate speech?”, *Public Law*, n.º 2, pp. 326-342.

NIEVES SALDAÑA, M. (2022). *Areopagítica. El discurso fundacional de la libertad de expression en la tradición constitucional occidental*, Tirant lo Blanch.

NOVAK TALAVERA, F. (1998). “La Declaración Universal De Los Derechos Humanos cincuenta años después”, *Agenda Internacional*, vol. 10, pp. 75-86.

NOWAK, M. (2005). *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, N. P. Engel.

NOZICK, R. (1997). *Meditaciones sobre la vida*, Gedisa.

NUEVO LÓPEZ, P. (2017). “Derecho antidiscriminatorio, libertad religiosa y relaciones entre particulares en el Derecho de la Unión Europea”, *Estudios de Deusto*, vol. 65(2), pp. 389-404.

– (2020). “Interpretación constitucional y Derecho antidiscriminatorio. A propósito del caso Bostock y el futuro del originalismo”, *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, vol. 24(2), pp. 449-464.

NUSSBAUM, M. (1995). *Poetic Justice. The Literary Imagination and Public Life*, Beacon Press.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1991). *Libertad de expresión y sus límites. Honor, intimidad e imagen*, EDESA.

OETHEIMER, M. (2007). “La Court Européene de Droits de L’Homme face au discours de haine”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, n.º 67, pp. 63-80.

O’FLAHERTY, M. (2022). “The Chapter of Fundamental Rights of the European Union. 20 year later”. En RIPOL CARULLA, S. / UGARTEMENDÍA UCEIZABARRENA, J.I. (Dir.). *La carta de derechos fundamentales de la Unión Europea veinte años después*, Colegio Notarial de Cataluña, pp. 21-26.

OLIVERAS JANÉ, N. (2023). “La ley de igualdad en perspectiva constitucional”, en PASTOR GOSÁLBEZ, I. (Coord.): *Una ley para la igualdad. Avances y desafíos 15 años después de la aprobación de la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Publicacions de la Universitat Rovira i Virgili, pp. 39-53.

OLLERO TASSARA, A. (1992). “Relevancia constitucional de la igualdad”. En VVAA. *Funciones y fines del derecho: estudios en homenaje al profesor Mariano Hurtado Bautista*, Universidad de Murcia, pp. 543-554.

OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N. (2021). “La agravante de discriminación por razones de género fuera del ámbito de la pareja o expareja. comentario a la sentencia del Tribunal Supremo número 444/2020, de 14 de septiembre”, *UNED – Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n.º 25, pp. 343-361.

ORTEGA GUTIÉRREZ, D. (2004). “Libertad de expresión y de información”. En GARRIDO MAYOL, V. / GARCÍA COUSO, S. / ÁLVAREZ CONDE, E. (Coords.). *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, pp. 379-408.

– (2018). “Información y derecho al honor: cuestiones de ponderación”. En GONZÁLEZ, HERNÁNDEZ, E. / RUBIO NÚÑEZ, R. (Coord.) / PENDÁS GARCÍA, B. (Dir.). *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 2237-2249.

ORTIZ DELGADO, F.M. (2018). “Diferenciación entre la libertad/esclavitud metafísica y la libertad/esclavitud jurídico-político-social: Cicerón, Séneca y Epicteto”, *Revista Filosofía IUS*, vol. 17(2). <http://portal.amelica.org/ameli/jatsRepo/408/4081878005/html/index.html>.

ORTIZ HERNÁNDEZ, E. (2019). “Evolución histórica del proceso de construcción europea”. En MARTÍNEZ PÉREZ, E.J. / SALINAS ALCEGA, S. (Coord.). *Lecciones para el estudio del Derecho de la Unión Europea*, Prensas de la Universidad de Zaragoza, pp. 15-41.

ORTIZ FERNÁNDEZ, M. (2023). “La Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, sometida a «examen» de constitucionalidad: crónica (anunciada) de la creación de un derecho fundamental *ex novo*”, *Diario La Ley*, n.º 10271.

OST, F. (2006). “El reflejo en la literatura”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 29, pp. 333-348.

PANTALEÓN DÍAZ, M. (2021). “Discriminación Económica en el art. 22.4.^a CP: aporofobia ¿y plufobia?” En DÍAZ LÓPEZ, J.A. (Dir.). *Reflexiones académicas sobre delitos de odio*, Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Madrid, pp. 22-30.

PARENT, W.A. (1992). “Constitutional Values and Human Dignity”. En MEYER, M.J. (Dir.). *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values*, Cornell University Press, pp. 47-72.

PASCUAL MEDRANO, A. (2015). “La dignidad humana como principio jurídico del ordenamiento constitucional español”. En CHUECA RODRÍGUEZ, R. (Dir.). *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 295-333.

PABÓN Y SUÁREZ DE URBINA, J.M. (2008). *Diccionario Manual Griego clásico-Español*, Vox.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (1982). *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita.

– (1995). *Curso de Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid.

– (2002). *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Dykinson.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. / FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (2003). *Historia de los derechos fundamentales*. Dykinson.

PELÉ, A. (2004). “Una aproximación al concepto de dignidad humana”, *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 1, pp. 9-13.

– (2010). *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*, Dykinson.

PERALTA MARTÍNEZ, R. (2012). “Libertad ideológica y libertad de expresión como garantías institucionales”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 16, pp. 251-283.

PERALTA, J.M. (2012). *Motivos reprochables: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho Penal liberal*, Marcial Pons.

PÉREZ DE LA FUENTE, O. (2023). *Odio, minorías y libertad de expresión*, Dykinson.

PÉREZ DEL RÍO, T. (1993). *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Asuntos Sociales.

PÉREZ DEL VALLE, C.J. (2004). “Finalidad terapéutica e investigación genética (a propósito de la consideración jurídica del embrión)”. En PÉREZ DEL VALLE, C.J. (Dir.). *Genética y Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, pp. 167-208.

PÉREZ LUÑO, A.E. (1981). “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 1, pp. 255-275.

– (1984). *Derechos Humanos, Estado de Derechos y Constitución*, Tecnos.

– (2008). *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson.

– (2018). “El sistema de los derechos fundamentales”. En GONZÁLEZ, HERNÁNDEZ, E. / RUBIO NÚÑEZ, R. (Coord.) / PENDÁS GARCÍA, B. (Dirs.). *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 2157-2174.

PÉREZ MANZANO, M. (1990). *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Universidad Autónoma de Madrid.

PINA MASSACHS, J. / NAVARRO MASSIP, J. (2002). *Cómo ganar un juicio penal*, Martínez Roca, D.L.

PINA POLO, F. (2011). *Mos maiorum* como instrumento de control social de la *nobilitas* romana. *Revista Digital de la Escuela de Historia*, n.º 4(69).

PINKER, S. (2008). “The Stupidity of Dignity”, *The New Republic*. <https://newrepublic.com/article/64674/the-stupidity-dignity>.

PIÑÓN GAYTÁN, F. (2019). “Los fundamentos cristiano-medievales de la dignidad del hombre (aportaciones para una modernidad)”, en TRUEBA ATIENZA, C. / PÉREZ CORTÉS, S. (Dirs.). *Dignidad: Perspectivas y aportaciones de la filosofía moral*, Anthropos, pp. 73-104.

PLANCHADELL GARGALLO, A. (2023). “La víctima”. En GÓMEZ COLOMER, J.L. / VARONA VILAR, S. (Coords.). *Proceso penal: Derecho Procesal III*, Tirant lo Blanch, pp. 119-136.

PLAUTO (1992). *Comedias I. La comedia de los asnos*, Gredos.

POLAINO-ORTS, M. (2008). “La legitimación constitucional de un Derecho penal sui generis del enemigo frente a la agresión a la mujer. Comentario a la STC 59/2008”, *Indret*, 3/2008, pp. 1-39.

– (2017). “El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas”. En MIRÓ LLINARES, F. (Dir.). *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, pp. 87-105.

PORTILLA CONTRERAS, G. (2010). “Delitos en los que concurre un móvil discriminatorio basado en la identidad sexual de la víctima (art. 22.4ª CP)”. En QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.). *La Reforma Penal de 2010*, Aranzadi, p. 37.

– (2015). “La represión penal del discurso del odio”. En QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.). *Comentarios a la reforma penal del 2015*, Aranzadi, pp. 717-753.

– (2016). “Lección 10ª. La represión penal del discurso del odio”. En ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. / VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.). *Tratado de Derecho Penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, pp. 379-412.

PORRAS RAMÍREZ, J.M. (2018). “Eficacia jurídica del principio constitucional de la dignidad de la persona”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIV(203), pp. 201-223.

POSNER, R.A. (2007). *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers.

– (2009). *Law and Literature*, Harvard University Press.

POST, R. (1991). “Racist Speech, Democracy, and the First Amendment”, *William and Mary Law Review*, n.º 32, pp. 267-327.

– (1993). “Meiklejohn’s Mistake. Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse”, *University of Colorado Law Review*, n.º 64, pp. 1109-1137.

– (2017). “Legitimacy and Hate Speech”, *Constitutional Commentary*, vol. 32(9444), pp. 651-659.

POWELL, J.A. (1994). “An Agenda for the Post-Civil Rights Era”, *University of San Francisco Law Review*, vol. 29, p. 889.

PRESNO LINERA, M.A. (2018). “Crónica de una condena anunciada: el asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España sobre la quema de fotos del rey”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 42, pp. 539-549.

PRESNO LINERA, M.A. (2019). “El discurso de odio contra las minorías sexuales: respuestas penales y administrativas”. En MATÍA PORTILLA, F.J. / ELVIRA PERALES, A. / ARROYO GIL, A. (Dirs.). *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, pp. 279-312.

PUTNAM, H. (2002). *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and other Essays*, Harvard University Press.

PUY MUÑOZ, F. (2002). *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Universidad de Santiago de Compostela.

QUERALT LANGE, J. (2014). *Igualdad, suerte y justicia*, Marcial Pons.

QUESADA ALCALÁ, C. / MARCOS MARTÍN, T. (2016). “Estudio comparativo de los crímenes de odio en el ámbito de la unión europea: hacia una clasificación y sistematización de los crímenes de odio que nos permita desarrollar una serie de buenas prácticas”, *Cuadernos de Análisis – Movimiento contra la Intolerancia*, n.º 45, pp. 7-30.

QUESADA ALCALÁ, C. (2015). “La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso del odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 30, pp. 1-33.

– (2021). “Los mecanismos del Consejo de Europa ante el discurso de odio”. En CONTRERAS MAZARÍO, J.M. (Coord.) / SÁNCHEZ GÓMEZ, R. (Dir.). *El tratamiento normativo del discurso del odio*. Aranzadi, pp. 41-66.

QUINTERO OLIVARES, G. (2011). *Comentarios al Código Penal Español*, Thomson Reuters.

– (2015). *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi.

RAMÍREZ, María M. (2008). “Aproximación teórica de la exclusión social complejidad e imprecisión del término. Consecuencias para el ámbito educativo”, *Estudios pedagógicos*, vol. 34(1), pp. 173-186.

RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2009). “La declaración de inconstitucionalidad del delito del “negacionismo” (artículo 607.2 del código penal español)”, *Nuevo Foro Penal*, n.º 72, pp. 130-169.

RANKINE, P. (2017). “Dignity in Homer and Classical Greece”, *UR Scholarship Repository*, pp. 19-45.

Rawls, J. (1955). “Two Concepts of Rules”, *The Philosophical Review*, vol. 64(1), pp. 3-32.

– (1999). *A Theory of Justice*, Harvard University Press.

– (2005). *Political Liberalism*, Columbia University Press.

RAZ, J. (1991). “Free Expression and Personal Identification”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 11, n.º 3, pp 303-324.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (s.f.). *Diccionario de la lengua española*.

REBOLLO VARGAS, R. (2015). “La agravante de discriminación por razón de sexo y su fundamento”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 23, pp. 1-28.

– (2018). “Controversias y propuestas interpretativas sobre la agravante de discriminación por razón de odio”. En LANDA GOROSTIZA, J.-M. / GARRO CARRERA, E. (Coords.). *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, pp. 195-220.

REDONDO GARCÍA, M.M. (2011). *El sensacionalismo y su penetración en el sistema mediático español*, Universidad de Valladolid.

REINA VALERA (1960). *Santa Biblia. Carta a Tito*, Sociedades Bíblicas Unidas.

REVENGA SÁNCHEZ, M. (2002). *Seguridad nacional y derechos humanos: estudios sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Aranzadi.

REY MARTÍNEZ, F. (1996). “La discriminación positiva de mujeres”, *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 47, pp. 309-332.

– (2005). *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

– (2011). “¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 45, pp. 167-181.

– (2012). “Discurso del odio y racismo líquido”, en REVENGA SÁNCHEZ, M. (Dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá de Henares, pp. 51-88.

– (2023). *Derecho Antidiscriminatorio*, Aranzadi.

– (2023). “Eutanasia y suicidio asistido: breve resumen”, *Reseñas de jurisprudencia – Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 11, pp. 262-266.

RICHARD, J.-C. (2005). "Patricians and Plebeians: The Origin of a Social Dichotomy". En RAAFLAUB, K.A. (Ed.). *Social Struggles in Archaic Rome: New Perspectives on the Conflict of the Orders*, Blackwell Publishing, pp. 107-127.

RICOEUR, P. (1999). *Ideología y utopía*, Gedisa.

RIDAURA MARTÍNEZ, M.J. (2020). "La contribución del Tribunal Constitucional español a la deconstrucción de la discriminación por razón de sexo", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 24, pp. 335-364.

RINGELHEIM, J. (2006). *Diversité culturelle et droits de l'homme*, Bruylant.

– (2010). "Minority rights in time of multiculturalism the evolving scope of the framework convention on the protection of national minorities", *Human Rights Law Review*, vol. 10(1), pp. 99-128.

RÍO-RUIZ, M.A. / GARCÍA-SANZ, C. (2020). "Antigitanismo en Europa: conceptualización, historia reciente y aportes al conocimiento de una forma específica de racismo", *Sociología Histórica* n.º 10/2020.

ROBERT WOOD JOHNSON FOUNDATION (2018). *Discrimination in America. Final Summary*, Harvard T. Chan School of Public Health.

ROBESPIERRE, M., (2007). "Discours sur l'organisation des gardes nationales". En ROBESPIERRE, M. *Œuvres*, Société des études robespierristes et Phénix éditions, p. 643.

RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S. (2014). "El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época(12), pp. 165-232.

– (2017). "Hacia una interpretación restrictiva de la nueva regulación penal de la incitación al odio". En MIRÓ LLINARES, F. (Dir.). *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, pp. 155-176.

RODRÍGUEZ-MONTAÑÉS, T. (2012). *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, Tirant lo Blanch.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M. (1983). "El pensamiento filosófico-político de Baruch Spinoza", *Revista de Estudios Políticos*, n.º 36, pp. 159-179.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. / FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. (1986). *Igualdad y discriminación*, Tecnos.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (2022). "Los contornos de la discriminación", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n.º 5, pp. 11-18.

RODRÍGUEZ RAMOS, M. (2021). "Discurso de odio, delitos de odio y la agravante de discriminación del artículo 22.4 CP. Especial referencia a la circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 CP". En DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M.

(Dir.) / DE PABLO SERRANO, A. (Coord.). *Entre la libertad de expresión y el delito. Cuestiones de la parte especial de los delitos de opinión*, Aranzadi, pp. 105-134.

RODRÍGUEZ RUIZ, B. (2019). *Los derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch.

ROIG TORRES, M. (2020). *Delimitación entre libertad de expresión y “discurso del odio”*, Tirant lo Blanch.

ROJAS ORTEGA, A. (2022). “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional”, *Revista IUS Doctrina*, vol. 15(1), pp. 1-27.

ROLLNERT LIERN, G. (2017). “El discurso del odio y los límites de la libertad de expresión: de la zona intermedia a los estándares internacionales”. En MIRÓ LLINARES, F. (Dir.). *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, pp. 255-273.

– (2019). “El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional”, *Revista Española De Derecho Constitucional*, n.º 115, pp. 81-109.

ROMERO MORENO, J.M. (1986). *Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XIX*, Centro de Estudios Constitucionales.

RONGA, S.A. (2024). “J.S Mill’s View on Freedom of Expression and The Approach of The European Court of Human Rights”, *International Journal of Law, and Legal Jurisprudence Studies*, volume 3(4), pp. 61-74.

ROSENFELD, M. (2005). “El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo”, *Pensamiento Constitucional*, n.º 11, pp. 153-198.

ROUSSEAU, J.-J. (2001). *Du contrat social*, Flammarion.

– (2008). *Discours sur l’origine et les fondements de l’inégalité parmi les hommes*, Flammarion.

– (2018). *Émile ou De l’éducation*, PhiloSophie.

RUIZ ANTÓN, L.F. (1998). “La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 51, pp. 5-34.

RUTHERFORD INSTITUTE (2020). “Brief of the Rutherford Institute as *amicus curiae* supporting petitioner”, n.º 19-1108 of the Supreme Court of the United States, 9th April.

RUBIO LLORENTE, F. (1991). “La igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional. Introducción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11(31), pp. 9-36.

RUEDA MARTÍN, M.A. (2019). “Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 21, pp. 1-37.

RUIZ MIGUEL, A. (1996). *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Universidad de Alicante.

– (2002). “La igualdad política”, *Derechos y libertades. Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, Año 7, n.º 11, pp. 65-98.

SAASTAMOINEN, K. (2010). “Pufendorf on Natural Equality, Human Dignity, and Self-Esteem”, *Journal of the History of Ideas*, vol. 71(1), pp. 39-62.

SAAVEDRA LÓPEZ, M. (2006). “El lenguaje de odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, *Persona y Derecho*, n.º 55, pp. 547-576.

SABA, R. (2011). “Igualdad de trato entre particulares”, *Lecciones y Ensayos*, n.º 89, pp. 217-276.

– (2021). *Libertad de expresión: un ideal en disputa*, Siglo del Hombre Editores.

SALDAÑA SERRANO, J. (2006). “La dignidad de la persona. Fundamento del derecho a no ser discriminado”. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2312/8.pdf>.

SALGADO, C. (2015). “Igualdad, principio de la diferencia e instituciones”, *Derecho y Crítica Social*, vol. 1(1), pp. 1-40.

SALUSTIO (1991). *Conjuración de Catilina*, CSIC.

SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B. (2019). “Estudio dogmático y jurisprudencial sobre la agravante de discriminación por razones de género (22.4º CP)”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, pp. 303-351.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, A. (1975). “Ideología”, en *Diccionario de Ciencias Sociales*, Instituto de Estudios Políticos, pp. 1042-1046.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, J. / ALMEIDA AYERVE, C.N. (2023). “Eutanasia y acto médico. Perspectiva desde la dogmática constitucional”, *Reseñas de jurisprudencia – Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 11, pp. 243-252.

SÁNCHEZ YLLERA, I. (2013). “Maltrato y dominación. Paradojas judiciales sobre una cultura incívica”, *Diario La Ley*, n.º 8159.

SANDFORD, M. (2016). “The General Power of Competence”, *House of Commons Library*, n.º 05687.

SANTA CRUZ, M.I. (2019). “Conócete a ti mismo y cuida de ti mismo: el Sócrates de *Apología*, *Critón*, *Alcibiades I*”, en TRUEBA ATIENZA, C. / PÉREZ CORTÉS, S. (Dirs.). *Dignidad: Perspectivas y aportaciones de la filosofía moral*, Anthropos, pp. 23-48.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F. (1992). “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión: una valoración”, *Revista de Administración Pública*, n.º 128, pp. 185-224.

SARDO, A. (2023). “Hate Speech: A Pragmatic Assessment of the European Court of Human Rights’ Jurisprudence”, *European Convention on Human Rights Law Review*, Año 2023(4), pp. 58-99.

SARMIENTO, D. / MIERES MIERES, L.J. / PRESNO LINERA, M.A. (2007). *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Civitas.

SARTORI, G. (1993). *Democrazia: cosa è*, Rizzoli, Milano.

SARTRE, J.-P. (1996). *L'existentialisme est un humanisme*, Gallimard.

SARRAZIN, J.-P. (2018). “Religión: ¿sabemos de lo que estamos hablando? Examen sobre la viabilidad de una categoría analítica para las ciencias sociales”, *Criterio Libre*, Año 16, pp. 67-84.

SAYAGO ARMAS, D. (2021). *Dignidad y Derecho*, Tirant lo Blanch.

SCHABAS, W.A. (2014). *The Universal Declaration of Human Rights: The travaux préparatoires*, Cambridge University Press.

SCHAUER, F. (1982). *Free Speech. A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press.

SCHROEDER, T. (2014). *Free Speech for Radicals*, Big Byte Books.

SCHROEDER, G. / BREUNINGER, H. (2005). *Teoría de la cultura. Un mapa de la cuestión*, Fondo de Cultura Económica.

SCHWARTZ, B. (1994). “Holmes versus Hand: Clear and Present Danger or Advocacy of Unlawful Action?”, *The Supreme Court Review*, vol. 1994, artículo 6, pp. 209-245.

SÉNECA (1989). *Cartas morales a Lucilio*, Planeta.

– (2001). *Medea*, Gredos.

– (2003). *Sobre la felicidad*, Diálogos, Tecnos.

– (2006). *Diálogos*, Tecnos.

SENSEN, O. (2011). “Human dignity in historical perspective: The contemporary and traditional paradigms”, *European Journal of Political Theory*, vol. 10(1), pp. 71-91.

SEOANE MARÍN, M.J. / OLAIZOLA NOGALES, I. (2019). “Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4º CP)”, *Estudios Penales y Criminología*, vol. XXXIX, pp. 455-490.

SERNA BERMÚDEZ, P. (1995). “La dignidad de la persona como principio del Derecho Público”, *Derechos y Libertades – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año II(4), pp. 287-306.

– (1999). “La dignidad de la persona. Un estudio jurisprudencial”, *Persona y derecho*, nº 41(2), pp. 139-196.

SERRANO TÁRRAGA, M.D. (2014). “Exclusión social”, *Revista de Derecho de la UNED*, n.º 14, pp. 587-618.

SERVÍN RODRÍGUEZ, C.A. (2014). “La evolución del crimen de lesa humanidad en el Derecho Penal Internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, Año XLVII*, n.º 139, pp. 209-249.

SEVILLA GONZÁLEZ, M.C. (2019). *La igualdad jurídica: un proyecto inacabado*, Servicio de Publicaciones – Universidad de La Laguna.

SHAKESPEARE, W. (2007). *Complete Works. The Merchant of Venice*, Modern Library.

SHAPIRO, M. (2011). *Freedom of Speech. The Supreme Court and Judicial Review*, Quid Pro Books.

SHERMAN, S. (1993). “Printing the Mind: The Economics of Authorship in Areopagitica”, *English Literary History*, vol. 60(2), pp. 323-347.

SHIFFRIN, S.H. (2011). “Dissent, Democratic Participation, and First Amendment Methodology”, *Virginia Law Review*, vol. 97(3), pp. 559-566.

SIEBERT, F.S. (1965). *Freedom of the Press in England 1476-1776: The Rise and Decline of Government*, University of Illinois Press.

SIEGEL, R.B. (2004). “Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown”, *Harvard Law Review*, vol. 117, pp. 1470-1547.

SIEGEL, R.B / Balkin J.M. (2003). “The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?”, *University of Miami Law Review*, vol. 58(9), pp. 9-34.

SIEIRA MUCIENTES, S. (2023). “El libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental general de libertad (autodeterminación): la eutanasia y el aborto en las sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 44/2023”, *Revista de las Cortes Generales*, n.º 116, pp. 261-314.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (1992). *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Bosch.

– (1997). *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, José María Bosch.

SIMON, N. (2000). “Étude de style: Si l'intolérance est de droit naturel et de droit humain, Voltaire”, *L'information grammaticale*, n.º 84, pp. 46-49.

SMITH, C.J. (2009). *The Roman Clan: The Gens from Ancient Ideology to Modern Anthropology*, Cambridge University Press.

SMITH, J. (1982). *Imagining Religion. From Babylon to Jonestown*. Chicago University Press.

SMITH, N. (2010). “Paradise Lost and Heresy”. En MCDOWELL, N. / SMITH, N. (Eds.). *The Oxford Handbook of Milton*, Oxford University Press, pp. 510-524.

SINOVA GARRIDO, J. (2006). *La prensa en la Segunda República española: historia de una libertad frustrada*, Debate.

– (2013). *Comunicación y verdad*, CEU – Universidad San Pablo.

SOLANES CORELLA, A. (2018). “The Political, Legal, and Moral Scope of the Universal Declaration of Human Rights: Pending Issues”, *The Age of Human Rights Journal*, n.º 11, pp. 1-23.

SOLÍS LLORENTE, R. (2000). *El Cádiz de las Cortes*, Sílex.

SORABJI, R. (2022). *Freedom of Speech and Expression*, Oxford University Press.

SPAEMANN, R. (1998). “Sobre el concepto de dignidad humana”. En MASSINI, C.I. / SERNA, P. (Eds.). *El derecho a la vida*, EUNSA, pp. 81-111.

SPINOZA, B. (2002). *Complete Works. Theological-Political Treatise*, Hackett Publishing.

– (2020). *Ética demostrada según el orden geométrico*, Trotta.

STAFFEN, M.R. / ARSHAKYAN, M. (2017). “About the principle of dignity: philosophical foundations and legal aspects”, *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, vol. 38875, pp. 43-62.

STRAUSS, D.A. (1996). “Common Law Constitutional Interpretation”, *University of Chicago Law Review*, vol. 6.3, pp. 877-935.

STAVENHAGEN, R. (2007). *Los derechos humanos en las Américas. Nuevos desafíos*, Colección Derechos Humanos y Justicia – Diálogos del Fórum Universal de las Culturas.

STRINGER, C. (2016). “The origin and evolution of *Homo sapiens*”, *Philosophical Transactions of the Royal Society*, vol. 371(1698), pp. 1-12.

SUÁREZ ESPINO, M.L. (2008). “Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio”, *InDret*, 2/2008, pp. 1-12.

SUAY RINCÓN, J. (1985). *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local.

SUNSTEIN, C.R. (2002). *Risk and Reason*, Cambridge University Press.

TÁCITO (2023). *Anales*, Alianza Editorial.

TAJADURA TEJADA, J. (2008). “Libertad de expresión y negación del genocidio: comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007”, *Revista Vasca de Administración Pública/Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, n.º 80, pp. 233-255.

TALAVERA, P. (2006). *Derecho y literatura*, Comares.

TAMARIT SUMALLA, J.M. (2008). “Comentario al art. 510 CP”. En QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi.

– (2016). “Capítulo IV. De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas”. En QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.). *Comentarios al Código Penal español*, Aranzadi, pp. 1589-1758.

TAPIA BALLESTEROS, P. (2021). “El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación”. En DEL CARPIO DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (Dirs.) / DE PABLO SERRANO, A. (Coord.). *Entre la libertad de expresión y el delito: cuestiones de la parte especial de los delitos de opinión*, Aranzadi.

– (2021). “Los titulares del bien jurídico en los delitos de odio”, en LAURENZO COPELLO, P. / DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (Dirs.). *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, pp. 313-328.

TATIÁN, D. (2019). *Spinoza disidente*, Tinta Limón.

TAWNEY, R.H. (1964). *Equality*, Unwin Books.

TEMPERMAN, J. (2016). *Religious Hatred and International Law*, Cambridge University Press.

– (2019). “The International Covenant on Civil and Political Rights and the “Right to be Protected against Incitement”, *Journal of Law, Religion and State*, n.º 7, pp. 89-103.

TEMPLETON JR., K.S. (1979). *The Politicization of Society*, Liberty Fund.

TENORIO SÁNCHEZ, P.J. (2014). “Introducción”. En TENORIO SÁNCHEZ, P.J. (Coord.). *La libertad de expresión. Su posición preferente en un entorno multicultural*, Wolters Kluwer, pp. 9-23.

TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2020). “Homofobia y ley penal: la homosexualidad como paradigma de peligrosidad social en el Derecho penal español (1933-1995)”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 1, pp. 63-102.

TERUEL LOZANO, G. (2015). “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal”, *InDret*, 4/2005, pp. 1-51.

– (2017). “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 27. https://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/03_TERUEL.htm.

– (2017). “Expresiones intolerantes, delitos de odio y libertad de expresión: un difícil equilibrio”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 36, pp. 183-197.

– (2021). “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los delitos de opinión que castigan discursos extremos: comentario a la STC 35/2020 y más allá”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 47, pp. 411-436.

THAYER, J.B. (2019). *The Origin and Scope of American Doctrine of Constitutional Law*, Wentworth Press.

THOMÀS PUIG, P.M. (2001). Valores y principios constitucionales, *Parlamento y Constitución. Anuario*, n.º 5, pp. 129-143.

THOMMAN, M. (1988). Réalités et mythes du droit naturel en Europe vers 1789, *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, n.º 6, pp. 63-76.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. (2014). La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil?, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 102, pp. 167-208.

Torá (2003). Comentario de Rashí, Editorial Jerusalem de México.

Torá con Haftarot (2006). Editorial Sinaí.

THORP, R.W. (1962). “Voltaire et l’affaire Calas”, *Revue des Deux Mondes*, n.º 1, pp. 402-414.

TRECCANI (s.f.).

TREIP, M.A. (1991). “Reason Is Also Choice”: The Emblematics of Free Will in *Paradise Lost*”, *Studies in English Literature, 1500-1900*, vol. 3(1), pp. 147-177.

TSOMIDIS, T. (2022). “Freedom of expression in turbulent times – comparative approaches to dangerous speech: the ECtHR and the US Supreme Court”, *The International Journal of Human Rights*, vol. 26(3), pp. 379-299.

TUCÍDIDES (1990). *Historia de la Guerra del Peloponeso*, Gredos.

TRUEBA ATIENZA, C. / PÉREZ CORTÉS, S. (2019). “Introducción”. En TRUEBA ATIENZA, C./ PÉREZ CORTÉS, S. (Dirs.). *Dignidad. Perspectivas y aportaciones de la filosofía moral y la filosofía política*, Anthropos, pp. 7-22.

TULKENS, F. (2012). “When to Say is to Do, Freedom of Expression and Hate Speech in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, *Seminar on Human Rights for European Judge Trainers, Estrasburgo*, 8 de octubre, pp. 1-15.

TUSSMAN, J. y Tenboek, J. (2019). “The Equal Protection of the Laws”, *California Law Review*, vol. XXXVII(3), pp. 341-381.

UNESCO (1948). *Human Rights. Comments and Interpretations*, UNESCO.

– (1985). *Enseignement des droits de l’homme*, UNESCO.

URÍAS MARTÍNEZ, J. (2017). “La libertad de odiar. Delimitando el derecho fundamental a la libertad de expresión”. En ALONSO SANZ, L. / VÁZQUEZ ALONSO, V.A. / CORTINA ORTS, A. (Dirs.). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, Athenaica, pp. 39-67.

– (2023). “El efecto disuasorio (*chilling effect*) sobre el ejercicio de los derechos en nuestra jurisprudencia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 129, pp. 305-336.

VAIHINGER, H. (2021). *The Philosophy of “As If”*, Routledge Classics.

VALIENTE MARTÍNEZ, F. (2020). *La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión*, Dykinson.

VALLÉS COPEIRO DEL VILLAR, A. (2005). *Curso de Derecho de la Comunicación*, Tirant lo Blanch.

VAN ALSTYNE, W. (1979). “Rites of Passage: Race, the Supreme Court, and the Constitution”, *University of Chicago Law Review*, vol. 46, pp. 775-810.

VÁZQUEZ ALONSO, V.J. (2017). “La neutralidad del Estado y el problema del *government speech*”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 177, pp. 13-55.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. / URÍAS MARTÍNEZ, J. / CARLÓN RUIZ, M.: “Artículo 20”. En CASAS BAAMONDE, M.E. / RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dir.) / PÉREZ MANZANO, M. / Borrajo Iniesta, I. / GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.R. (Coords.): *Comentarios a la Constitución española: XXX aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, pp. 472-527.

VERONESI, P. (2015). La dignidad humana: una idea aparentemente clara”. En CHUECA RODRÍGUEZ, R. (Dir.). *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 123-174.

VETTER, C. (2022). *Introduction: les mots de Robespierre. "Dictionnaire Robespierre. Lexicométrie et usages langagiers. Outils pour une histoire du lexique de l'Incorruptible*, EUT – Edizioni Università di Trieste.

VICKERS, L. (2008). *Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace*, Hart Publishing.

VIDAURRI ARÉCHIGA, M. (2024). “Delitos de odio. Elementos teóricos fundamentales”. En MENDOZA CALDERÓN, S. / Sánchez Rubio, A. (Dir.). *El discurso del odio: análisis de su incidencia y persecución penal*, Tirant lo Blanch, pp. 197-238.

VILLACORTA MANCEBO, L. (2006). “El derecho de igualdad y el reconocimiento de la obligación a la dogmática”, *Revista de Derecho Político – UNED*, n.º 6, pp. 39-76.

VILLANUEVA-TURNES, A. (2016). “El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y su choque con el derecho a la libertad de expresión y de información en el ordenamiento jurídico español”, *Dikaion*, vol. 35, pp. 190-215.

VILLAR JIMÉNEZ, J.B. (2001). “Los protestantes españoles: La doble lucha por la libertad durante el primer franquismo”, *Anales de Historia Contemporánea*, n.º 17, pp. 253-300.

VOLOKH, E. (1996). “Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny”, *Pennsylvania Law Review*, vol. 144, pp. 2417-2461.

- VOLOKH, E. (2004). "Crime-Facilitating Speech", *Stanford Law Review*, n.º 57, pp. 1095-1222.
- VOLTAIRE (2005). *Dictionnaire philosophique*, Le Chasseur Abstrait.
- (2016). *Traité sur la tolérance*, Gallimard.
- VVAA (2009). *Diccionario Ilustrado Latino-Español / Español-Latino*, Vox.
- VVAA (2000). *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Consejo General del Poder Judicial.
- VVAA (1979). *El libro rojo del cole*, Nuestra Cultura.
- VVAA (2015). *Manual pràctic per a la investigació i enjudiciament de delictes d'odi i discriminació*. Generalitat de Catalunya.
- VVAA (2009). "Textualism as Fair Notice", *Harvard Law Review*, vol. 123(2), pp. 542-563.
- WALDRON, J. (1991). "The Substance of Equality", *Michigan Law Review*, n.º 85, pp. 1350-1370.
- (2010). "Dignity and Defamation: The Visibility of Hate", *Harvard Law Review*, vol. 123(7), pp. 1596-1657.
- (2012). *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press.
- WARREN, S. / BRANDEIS, L. (1890). "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, vol. 4(5), pp. 193-220.
- WATSON, P. (2006). *Ideas. Historia intelectual de la humanidad*, Crítica.
- WEAVER, R.L. (2020). *Understanding the First Amendment*, Carolina Academic Press.
- WEBER, A. (2009). *Manual on Hate Speech*, Council of Europe Publishing.
- WESTEN, D. / BLAGOV, P. S. (2007). "A clinical-empirical model of emotion regulation: From defenses and motivated reasoning to emotional constraint satisfaction". En GROSS, J.J. (Ed.). *Handbook of emotion regulation*, The Guilford Press, pp. 373-392.
- WESTEN, D. (1985). *Self and Society Narcissism, Collectivism, and the Development of Morals*, Cambridge University Press.
- WEINSTEIN, J. (1999). *Hate Speech, Pornography, and the Radical Attack on Free Speech Doctrine*, Westview Press.
- WESTEN, P. (1982). "The Empty Idea of Equality", *Harvard Law Review*, vol. 95(3), pp. 537-596.
- (2014). *Speaking of Equality: An Analysis of the Rhetorical Force of 'Equality' in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press.

- WHITE, J.B. (1985). *The Legal Imagination*, University of Chicago Press, Chicago.
- WHITEHEAD, A.N. (1993). *Adventures of Ideas*, The Macmillan Company.
- WIESEL, E. (1979). *God on Trial*, Random House.
- WILLIAMS, B. (2005). “The Idea of Equality”. En WILLIAMS, B. *In the Beginning Was the Deed: Realism and Moralism in Political Argument*. Princeton University Press, pp. 97-114.
- WILLIAMS, B. (1973). *The Problem of the Self*, Cambridge University Press.
- WILLIS, P. (1999). “Notas sobre cultura común. Hacia una política cultural para la estética terrena”, *Arxius de Sociologia – Universitat de Valencia*, n.º 3, pp. 15-32.
- XENIDIS, R. / MASSE-DESSEN, H. (2018). “Positive action in practice: some dos and don’ts in the field of EU gender equality law”, *European Equality Law Review*, n.º 2, pp. 36-62.
- YÁÑEZ GARCÍA-BERNALT, I. (2023). “Reflexiones sobre los delitos de odio y las víctimas especialmente vulnerables”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 8, pp. 45-78.
- YUDOF, M.G. (1984). “In Search of a Free Speech Principle”, *Michigan Law Review*, vol. 8(4), pp. 680-708.
- ZAGREBLESKY, G. (2005). *Historia y Constitución*, Trotta.
- (2016). *El derecho dúctil*, Trotta.
- ZIMMERMANN, M. (1986). *Wilhelm Marr, the Patriarch of Antisemitism*, Oxford University Press.

JURISPRUDENCIA

. Decisiones del Comité de Derechos Humanos de la ONU

Leo Hertzberg y otros c. Finlandia, Comunicación n.º 61/1979 (CCPR/C/OP/1,1985).

Nydia Erika Bautista de Arellana c. Colombia, Comunicación n.º 563/1993 (CCPR/C/55/D/563/1993).

Malcolm Ross c. Canadá, Comunicación n.º 736/1997 (CCPR/C/70/D/736/1997,2000).

La comunidad judía de Oslo, la comunidad judía de Trondheim et alii, Comunicación n.º 30/2003 (CERD/C/67/D/30/2003).

Patrick Coleman c. Australia, Comunicación n.º 1157/2003 (CCPR/C/87/D/1157/2003).

Zentralrat Deutscher Sinti und Roma et alii, Comunicación n.º 38/2006 (CERD/C/72/D/38/2006).

Maria Vassilari y otros c. Grecia, Comunicación n.º 1570/2007 (CCPR/C/95/D/1570/2007).

Mohamed Rabbæ, A.B.S y N.A. c. Países Bajos, Comunicación n.º 2124/2011 (C/117/D/2124/2011).

. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Roj TV A/S c. Dinamarca, de 17 de abril de 2018.

Kjeldsen, Busk, Madsen y Pedersen c. Dinamarca, de 7 de diciembre de 1976.

Abdu c. Bulgaria, de 14 de marzo de 2014.

Alekseyev c. Rusia, de 21 de octubre de 2010.

Ali y Ayşe Duran c. Turquía, de 8 de abril de 2008.

Andrle c. República Checa, de 17 de febrero de 2011.

Antayev y otros c. Rusia, de 3 de julio de 2014.

Armani Da Silva c. Reino Unido, de 30 de marzo de 2016.

Assenov y otros c. Bulgaria, de 28 de octubre de 1998.

Atamanchuk c. Rusia, de 11 de febrero de 2020.

Balázs c. Hungría, 20 de octubre de 2015.

Beganović c. Croacia, de 25 de junio de 2009.

Belkacem c. Bélgica, de 27 de junio de 2017.

Berkman c. Rusia, de 1 de diciembre de 2020.

B.S. c. España, de 24 de julio de 2012.

Çelik c. Turquía, de 27 de mayo de 2010.

Ceylan y otros c. Turquía, de 8 de julio de 1999.

Darraï c. Francia, de 4 de noviembre de 2010.

Derman c. Turquía, de 31 de mayo de 2011.

Dilipak c. Turquía, de 15 de septiembre de 2015.

Dink c. Turquía, de 14 de septiembre de 2010.

Dmitriyevskiy c. Rusia, de 3 de octubre de 2017.

Dudgeon c. Reino Unido, de 22 de octubre de 1981.

Erbakan c. Turquía, 6 de julio de 2006.

Féret c. Bélgica, de 16 de julio de 2009.

Ghişoiu c. Rumanía, de 29 de noviembre 2022.

Günduz c. Turquía, de 4 de diciembre de 2013.

Han c. Turquía, de 13 de septiembre de 2005.

Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976.

Hanovs c. Lituania, de 18 de julio de 2024.

Identoba y otros c. Georgia, de 12 de mayo de 2015.

Inze c. Austria, de 28 de octubre de 1987.

J. Glimmerveen y J. Hagenbeek c. Países Bajos, de 11 de octubre de 1979.

Jalloh c. Alemania, de 11 de julio de 2006.

James y otros c. Reino Unido, de 6 de febrero de 1986.

Janowski c. Polonia, de 21 de enero de 1999.

Jersild c. Dinamarca, de 23 de septiembre de 1994.

Kjeldsen, Busk, Madsen y Pedersen c. Dinamarca, de 7 de diciembre de 1976.

Konstantin Markin c. Rusia, de 22 de marzo de 2012.

Kopylov c. Rusia, de 29 de julio de 2010.

Kudła c. Polonia, de 26 de octubre de 2000.

Labita c. Italia, de 6 de abril de 2000.

Lacatus c. Suiza, de 19 de enero de 2021.

Lakatošová y Lakatoš c. Eslovaquia, de 11 de diciembre de 2018.

Lenis c. Grecia, de 27 de junio de 2023.

Lilliendahl c. Islandia, de 12 de mayo de 2020.

Lithgow y otros c. Reino Unido, de 8 de julio de 1986.

M y otros c. Italia y Bulgaria, de 31 de julio de 2012.

Mamère c. Francia, de 7 de noviembre de 2006.

Marguš c. Croacia, de 27 de mayo de 2014.

M.F. c. Hungría, de 31 de octubre de 2017.

Mihalache c. Rumanía, de 8 de julio de 2019.

Modinos c. Chipre, de 22 de abril de 1993.

Movimiento raeliano suizo c. Suiza, de 13 de julio 2012.

Müslüm Gündüz c. Turquía, de 4 de diciembre de 2003

M.S.S. c. Bélgica y Grecia, de 21 de enero de 2011.

Myumyun c. Bulgaria, de 3 de noviembre de 2015.

Nachova y otros c. Bulgaria, de 6 de julio de 2005.

Norris c. Irlanda, 26 de octubre de 1988.

O’Keeffe c. Irlanda, de 28 de enero de 2014.

Open Door y Dublin Well Woman c. Irlanda, de 29 de octubre de 1992.

Orban y otros c. Francia, de 15 de enero de 2009.

Otto-Preminger-Institut c. Austria, de 20 de septiembre de 1994.

Partido Comunista Unido de Turquía y otros c. Turquía, de 30 de enero de 1998.

Perinçek c. Suiza, de 15 de octubre de 2015.

Pretty c. Reino Unido, de 29 de julio de 2002.

Price c. Reino Unido, de 10 de julio de 2001.

R.B. c. Estonia, de 22 de junio de 2021.

Refah Partisi y otros c. Turquía, de 13 de febrero de 2003.

Romanov c. Ucrania, de 16 de julio de 2020.

Sabalić c. Croacia, de 14 de enero de 2021.

Savva Terentyek c. Rusia, de 28 de agosto de 2018.

Seidova y otros c. Bulgaria, de 18 de noviembre de 2010.

Sekmadienis Ltd. c. Lituania, de 30 de enero de 2018.

Selmouni c. Francia, de 28 de julio de 1999.

Sener c. Turquía, de 18 de julio del 2000.

Škorjanec c. Croacia, de 28 de marzo de 2017.

Stomakhin c. Rusia, de 9 de mayo de 2018.

Sürek c. Turquía (n.º 1), de 8 de julio de 1999.

Sürek c. Turquía (n.º 3), de 8 de julio de 1999.

Svinarenko y Slyadnev c. Rusia, de 17 de julio de 2014.

Taddeucci y McCall c. Italia, de 30 de junio de 2016.

Thlimmenos c. Grecia, de 6 de abril del 2000.

Valašinas c. Lituania, de 24 de junio de 2001.

Vallianatos y otros c. Grecia, de 7 de noviembre de 2013.

Vejdeland y otros c. Suecia, de 9 de febrero de 2012.

Verzilov y otros c. Rusia, de 29 de agosto de 2023.

X e Y c. Rumanía, de 19 de enero de 2021.

X y otros c. Bulgaria, de 2 de febrero de 2021.

Yankov c. Bulgaria, de 11 de diciembre de 2003.

Yotova c. Bulgaria, de 23 de octubre de 2012.

Z y otros c. Reino Unido, de 10 de mayo de 2001.

Zhablyanov c. Bulgaria, de 27 de junio de 2023.

Zontul c. Grecia, de 17 de enero de 2012.

. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE, de 18 de octubre de 2011, *Brüstle-Greenpeace* (C-34/10).

STJUE, de 11 de abril de 2013, *HK Danmark* (C-335/11 y C-337/11).

STJUE, de 18 de enero de 2018, *Ruiz Conejero* (C-270/16).

. Tribunal Constitucional

STC n.º 77/1982, de 20 de diciembre.

SSTC n.º 107/1988, de 8 de junio.

STC n.º 214/1991, de 11 de noviembre.

STC n.º 176/1995, de 11 de diciembre.

STC n.º 177/1996, de 11 de noviembre.

STC n.º 22/2023, de 27 de marzo.

STC n.º 158/2003, de 15 de septiembre.

STC n.º 41/2006, de 13 de febrero.

STC n.º 235/2007, de 7 de noviembre.

STC n.º 139/2007, de 4 de junio.

STC n.º 82/2008, de 17 de julio.

STC n.º 45/2009, de 19 de febrero.

STC n.º 127/2009, de 26 de mayo.

STC n.º 151/2009, de 25 de junio.

STC n.º 152/2009, de 25 de junio.

STC n.º 153/2009, de 25 de junio.

STC n.º 154/2009, de 25 de junio.

STC n.º 164/2009, de 2 de julio.

STC n.º 165/2009, de 2 de julio.

STC n.º 167/2009, de 2 de julio.

STC n.º 177/2009, de 21 de julio.

STC n.º 178/2009, de 21 de julio.

STC n.º 179/2009, de 21 de julio.

STC n.º 41/2010, de 22 de julio.

STC n.º 133/2010, de 2 de diciembre.

STC n.º 177/2015, de 22 de julio.

STC n.º 126/2018, de 26 de noviembre.

STC n.º 127/2018, de 26 de noviembre.

STC n.º 56/2019, de 6 de mayo.

STC n.º 146/2019, de 25 de noviembre.

STC n.º 35/2020, de 25 de febrero.

STC n.º 437/2022, de 4 de mayo.

. Tribunal Supremo

STS n.º 1341/2002, de 17 de julio.

STS n.º 1160/2006, de 9 de noviembre.

STS n.º 1145/2006, de 23 de noviembre.

STS de 11 de febrero de 2009.

STS n.º 360/2010, de 22 de abril.

STS de 22 de junio de 2011.

STS del 12 de noviembre de 2012.

STS del 16 de abril de 2015.

STS n.º 314/2015, de 4 mayo.

STS n.º 4/2017. de 18 de enero.

STS n.º 420/2018, de 25 de septiembre.

STS n.º 402/2018, de 25 de septiembre.

STS n.º 675/2020, de 11 de diciembre.

STS n.º 444/2020, de 14 de septiembre.

STS n.º 571/2020, de 3 de noviembre.

STS n.º 492/2022, de 31 de mayo.

. Audiencias Provinciales

SAP de Navarra, Sección 2ª, n.º 55/2017, de 21 de marzo.

SAP A Coruña, Sección 1ª, n.º 198/2017, de 2 mayo.

SAP Barcelona, Sección 7ª, n.º 702/2018, de 8 de noviembre.

. Estados Unidos

303 F .3d 539 (4th Cir. 2002).

303 F .3d 539, 546-547 (4th Cir. 2002).

Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200 (1995).

Allen v. State Board of Elections, 393 U.S. 544 (1969).

Athchison, Topeka &c. Railroad v. Matthews, 174 U.S. 96 (1899).

Austin v. Michigan Chamber of Commerce, 494 U.S. 652 (1990).

Bose Corp v. Consumers Union of United States, Inc., 466 US 485 (1984).

Bostock v. Clayton County, 590 U.S. _ (2020).

Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. (1954).

Buckley v. Valeo (424 U.S. 1, 1976)

Bush v. Vera, 517 U.S. 952, 958-59 (1996)

Chambers v. Florida, 309 U.S. 227, 241 (1940).

Chaplinsky v. New Hampshire, 315 US 568, 572 (1942).

Chisholm v. Georgia, 2 U.S. 419 (1793).

City of Ladue v. Gilleo, 512 U.S. 43, 52 (1994).

City of Mobile v. Bolden 446 U.S. 55 (1980).

City of Rome v. United States, 446 U.S. 156, 176–77 (1980).

Cumming v. Richmond County Board of Education, 175 U.S. 528 (1899).

Denver Area Education Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC, 518 U.S. 727 (1996).

Dillard v. Crenshaw County, 640 F. Supp. 1347 (M.D. Ala. 1986).

Dillard v. Crenshaw County, 748 F. Supp. 819 (M.D. Ala. 1990).

Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. 215 (2022).

Dunn v. Blumstein, 405 U.S. 330, 359 (1972).

Elonis v. U.S. (2015).

Falbo v. United States, 320 U.S. 549 (1944).

Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980).

Georgia v. United States, 411 U.S. 526 (1973).

Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306, 351 (2003).

Hirabayashi v. United States, 320 U.S. 81.

Holden v. James (1814) 11 Mass. 396.

Holder v. Hall, 512 U.S. 874 (1994).

Holder v. Humanitarian Law Project, 561 US 1 (2010).

Johnson v. California, 543 U.S. 499 (2005).

Johnson v. De Grandy, 512 U.S. 997 (1994).

Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944).

Lopez v. Monterey County, 525 U.S. 266 (1999)

Loving v. Commonwealth., 206 Va. 924 (1966).

Loving v. Virginia, 388 U.S. 11 (1967).

McLaughlin v. Florida (379 U.S. 184 (1964).

Miller v. Johnson, 515 U.S. 900, 920 (1995).

Milliken v. Bradley (Milliken I), 418 U.S. 717 (1974).

Northwest Austin Municipal Utility District Number One v. Mukasey (D.D.C. 2008).

New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015).

Pacific Express Co. v. Seibert, 142 U.S. 339 (1892).

Palmore v. Sidoti, 466 U.S. 429 (1984).

Parents Involved in Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1, 551 U.S. 701 (2007).

People v. Hall, Supreme Court of Colorado, En Banc., 999 P.2d 207 (2000).

Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

Powell v. Pennsylvania, 127 U.S. 678 (1888).

Regents of Univ. of Cal. v. Bakke (1978).

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

Sable Communications v. FCC, 492 U.S. 115 (1989).

San Antonio Independent School District v. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973).

Selem v. Helm (463 U.S. 277 (1983)),

Shaw v. Reno, 509 U.S. 630 (1993).

Shelby County. v. Holder, 811 F. Supp. 2d 424 (D.D.C. 2011).

Shelby Counter v. Holder, 570 US 529 (2013).

Snyder v. Phelps, 562 U.S. 443 (2011).

South Carolina v. Katzenbach, 383 U.S. 301 (1966).

State v. Morset, Minnesota Appeal (2016).

State v. Newman, Oregon (2013).

Steele v. Louisville & Nashville R.R., 323 U.S. 192 (1944).

Strauder v. West Virginia, 100 U.S. 303 (1880).

Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education, 402 U.S. 1 (1971).

Terminiello v. City of Chicago, 337 U.S. 1 (1949).

Thornburg v. Gingles, 478 U.S. 30 (1986).

Texas v. Johnson, 491 US 397 (1989).

United States v. Alvarez, 567 U.S. 709 (2012).

United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938).

United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974).

United States v. United States District Court, 407 U.S. 297 (1972).

Voisine v. United States, 579 U.S., 2272 (2016).

Williams v. Mississippi, 170 U.S. 213 (1898).

Washington v. Davis, 426 U.S. 229 (1976).