

Francisco Valiente Martínez

**LA DEMOCRACIA Y EL
DISCURSO DEL ODIO:
LÍMITES CONSTITUCIONALES
A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Dirijase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 91 702 19 70/93 272 04 07.

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial.

Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienessomos

© Copyright by
Francisco Valiente Martínez

Editorial DYKINSON, S. L.-Meléndez Valdés, 61-28015 Madrid
Teléfonos (+34) 91 544 28 46-(+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1324-637-6
Depósito legal: M. 6.097-2020

Preimpresión e Impresión:
SAFEKAT, S.L.
Laguna del Marquesado, 32-Naves J, K, y L-28021 Madrid
www.safekat.com

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	17
PRÓLOGO	19
NOTA DEL AUTOR	25

PRESENTACIÓN: LA NECESIDAD DE UN ESTUDIO ACADÉMICO SOBRE EL «DISCURSO DEL ODIO»

1. Consideraciones iniciales	27
2. Una visión preliminar del problema: El planteamiento de Waldron	30

CAPÍTULO I. EL DISCURSO DEL ODIO: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

1. ¿Qué es el discurso del odio?	37
2. La dignidad humana como bien jurídico afectado	43
3. Elementos característicos del discurso del odio	47
3.1. Introducción	47
3.2. La existencia de un colectivo afectado	47
3.3. El mensaje ofensivo o denigratorio	49
3.4. El riesgo de discriminación	51
4. Las víctimas del discurso del odio	53
4.1. Introducción: Quiénes son y por qué les ocurre a ellos	53
4.2. El discurso homófobo u homofóbico	55
4.3. El discurso xenófobo y racista	58
4.4. El discurso antisemita: especial consideración a la justificación y negación del Holocausto y a la incitación al genocidio	61
4.5. El discurso antirreligioso	64
4.5.1. Una reflexión preliminar: ¿Puede la espiritualidad perver- tirse hasta generar odio?	64
4.5.2. El discurso islamista radical o yihadista	66
4.5.3. El discurso islamófobo	69
4.5.4. El discurso anticristiano	72

4.6.	El discurso aporóforo	76
4.7.	El discurso antiziganista, antigitanista o romafóbico	78
4.8.	El discurso discriminatorio hacia las personas con discapacidad o disfobia	80
4.9.	El discurso misógino y el discurso hembrista	83
4.10.	El odio ideológico	90
5.	La institucionalización del discurso del odio	94
6.	El discurso del odio en Internet o Ciberodio	98

CAPÍTULO II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO DEL ODO: ELEMENTOS CONSTITUCIONALES EN CONFLICTO

1.	Una aproximación a la teoría de los Derechos Fundamentales	105
2.	Libertad de opinión y discurso del odio: ¿Existe la libertad de odiar?	111
3.	Libertad de expresión y libertad de información ante el discurso del odio ..	116
3.1.	Introducción: el concepto –que no derecho– de libertad de expresi- ón	116
3.2.	El derecho a la libertad de expresión	117
3.2.1.	El marco teórico de la libertad de expresión	117
3.2.2.	El contenido esencial del derecho a la libertad de expresión	120
3.3.	El derecho a la libertad de información: el requisito de veracidad y su relevancia	122
4.	La libre creación literaria, artística, científica y técnica	126
4.1.	La creación artística: ¿Un disfraz para el discurso del odio?	126
4.2.	La investigación científica y técnica y el discurso del odio	132
4.2.1.	El racismo científico	132
4.2.2.	El revisionismo histórico	134
5.	La libertad de cátedra: especial consideración al discurso del odio en el ámbito universitario	137
5.1.	La libertad de cátedra en sentido estricto	137
5.2.	El discurso del odio más allá de la formación reglada	145
6.	Los límites de la libertad de expresión	148
6.1.	Los «derechos de la personalidad» como límites objetivos	148
6.1.1.	El honor, la intimidad y la propia imagen	148
6.1.2.	La protección civil del derecho al honor	152
6.2.	La inexistencia del derecho al insulto	155
6.3.	El orden público como límite a la libertad de expresión	159
7.	La democracia militante como límite a la libertad de expresión	161
7.1.	La paradoja de la (in)tolerancia	161
7.2.	Las cláusulas de intangibilidad	165

8. *In dubio, pro libertas*: un criterio razonable para resolver los conflictos de la libertad de expresión 167

CAPÍTULO III. EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL Y LAS DOS VÍAS PARA AFRONTAR EL PROBLEMA

1. El marco jurídico internacional contra el discurso del odio 173
 - 1.1. Naciones Unidas 173
 - 1.1.1. De la Declaración Universal al Comité de Derechos Humanos 173
 - 1.1.2. La Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial 176
 - 1.2. El Consejo de Europa 180
 - 1.2.1. El punto de partida: El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) 180
 - 1.2.2. La Recomendación R (97) 20 del Comité de Ministros de 30 de octubre de 1997: un texto fundamental 181
 - 1.2.3. Las recomendaciones de otros órganos consultivos 184
 - 1.2.4. El Convenio sobre Ciberdelincuencia de Budapest 186
 - 1.2.5. La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) 187
 - 1.2.5.1. Trabajos previos a la Recomendación de Política General n.º 15 187
 - 1.2.5.2. La Recomendación de Política General n.º 15, específica sobre el discurso del odio y su Memorandum Explicativo 189
 - 1.3. La Unión Europea 192
 - 1.3.1. La Carta de los Derechos Fundamentales de 12 de diciembre de 2007 192
 - 1.3.2. La Decisión Marco 2008/913/JAI relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el Derecho penal y otras directivas europeas contra la discriminación 194
2. La regulación estadounidense frente al discurso del odio: la primacía de la libertad de expresión 196
 - 2.1. Introducción: Una aproximación al modelo estadounidense a través de la Primera Enmienda (Enmienda I) a su Constitución 196
 - 2.2. La regulación del discurso del odio en Estados Unidos 197
 - 2.3. La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo 199

2.3.1.	Un precedente notable: El caso Zenger y la libertad de prensa	199
2.3.2.	La doctrina «clear and present danger»: Los casos <i>Schenck v. United States</i> y <i>Debs v. United States</i>	200
2.3.3.	«El libre mercado de las ideas»: El caso <i>Abrams v. United States</i>	203
2.3.4.	La libertad de expresión como eje de la democracia: El caso <i>Whitney v. California</i>	204
2.3.5.	Libertad de expresión y «fighting words»: El caso <i>Chaplinsky v. New Hampshire</i>	205
2.3.6.	La prueba de la ofensa: El caso <i>New York Times & Co. v. Sullivan</i>	207
2.3.7.	La redefinición del «clear and present danger»: El caso <i>Brandenburg v. Ohio</i>	208
2.3.8.	La defensa del honor de los particulares: El caso <i>Gertz v. Robert Welch Inc.</i>	210
2.3.9.	La libertad de expresión y las manifestaciones extremistas: El caso <i>National Socialist Party of America v. Village of Skokie</i>	212
2.3.10.	El derecho a la parodia y la sátira: El caso <i>Hustler Magazine v. Falwell</i>	213
2.3.11.	La doctrina del «contenido neutral»: El caso <i>R.A.V. v. City of St. Paul</i> y el caso <i>Virginia v. Black</i>	214
2.3.12.	Cuando el odio no mantiene ni la más mínima decencia: El caso <i>Snyder v. Phelps</i>	217
2.3.13.	El odio como marca: El caso <i>Matal v. Tam</i>	218
3.	La regulación europea frente al discurso del odio: la primacía de la dignidad	219
3.1.	El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las características básicas de su funcionamiento	219
3.2.	La jurisprudencia del TEDH ante el discurso del odio	221
3.2.1.	Los principios rectores del TEDH en los <i>leading cases</i>	221
3.2.2.	El primer paso para definir el estándar mínimo de la libertad de expresión: el caso <i>Handyside v. Reino Unido</i>	222
3.2.3.	La persecución del discurso del odio de carácter racista y xenófobo: el caso <i>Jersild v. Dinamarca</i> , el caso <i>Pavel Ivanov v. Rusia</i> , el caso <i>Norwood v. Reino Unido</i> y el caso <i>Féret v. Bélgica</i>	223
3.2.4.	La justificación y negación de los genocidios	225
3.2.4.1	El genocidio como concepto jurídico	225
3.2.4.2	La negación del Holocausto: el caso <i>Lehideux e Isorni v. Francia</i> , el caso <i>Hans-Jürgen Witzsch v. Ale-</i>	

	<i>mania, el caso Garaudy v. Francia, el caso Gollnisch v. Francia y el caso M'Bala M'Bala v. Francia</i>	228
3.2.4.3.	La negación de otros genocidios, en particular el caso del genocidio armenio: el caso <i>Dink v. Turquía</i> y el caso <i>Perinçek v. Suiza</i>	233
3.2.5.	La homofobia: el caso <i>Vejdeland y otros v. Suecia</i> y el caso <i>Bayev y otros v. Rusia</i>	235
3.2.6.	Las restricciones a la incitación a la violencia y al odio ideológico en los partidos políticos: el caso <i>Refah Partisi y otros v. Turquía</i>	238
4.	¿Libertad de expresión o Dignidad? La coexistencia de dos modelos imperfectos y la imposibilidad de congeniarlos	241

CAPÍTULO IV. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA SOBRE EL DISCURSO DEL ODIO

1.	El Auto 180/1986, de 21 de febrero: el respeto como criterio esencial	245
2.	La Sentencia 214/1991, de 11 de noviembre: El caso Violeta Friedman y el derecho al honor colectivo	246
2.1.	La cuestión de fondo: ¿quién tiene la legitimación activa para representar a un colectivo?	246
2.2.	Conclusiones del caso Violeta Friedman	248
3.	La Sentencia 176/1995, de 11 de diciembre: El caso del cómic <i>Hitler=SS</i> y los límites de la creación artística y la sátira	250
3.1.	La cuestión de fondo: la humillación de las víctimas	250
3.2.	Conclusiones del caso del cómic <i>Hitler=SS</i>	251
4.	La Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre: El caso de la <i>Librería Europa</i> y los límites del negacionismo	253
4.1.	La cuestión de fondo: La inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio	253
4.2.	Conclusiones al caso de la <i>Librería Europa</i>	255
4.3.	La intervención del TEDH: El caso <i>Varela v. España</i>	258
5.	La Sentencia 177/2015, de 21 de agosto: El caso de las fotos del Rey y la quema de los símbolos nacionales	259
5.1.	La cuestión de fondo: ¿Es el odio a España discurso del odio?	259
5.2.	La intervención del TEDH: <i>Stern Taulats y Roura Capellera v. España</i>	261
5.3.	Conclusiones al caso de la quema de las fotos del Rey	262
6.	La Sentencia 112/2016, de 10 de junio: el enaltecimiento del terrorismo	266

6.1.	Consideraciones iniciales: el Auto 4/2008, de 9 de enero	266
6.2.	La cuestión de fondo: ¿Es el enaltecimiento del terrorismo discurso del odio?	267
6.3.	Conclusiones al caso del homenaje a «Argala»	269

CAPÍTULO V. LA PERSECUCIÓN DEL DISCURSO DEL ODIO EN ESPAÑA

1.	Introducción: una Constitución tangible	273
2.	España, democracia tolerante	274
2.1.	Una consideración inicial: la situación previa a la aprobación de la LOPP	274
2.2.	El control de la actividad de los partidos políticos	277
2.3.	La decisión final del TEDH: El caso <i>Herri Batasuna y Batasuna v. España</i>	282
3.	El Derecho Penal español como herramienta contra el discurso del odio ...	285
3.1.	El odio discriminatorio en el Código Penal	285
3.2.	La nueva regulación penal del discurso del odio tras la reforma de 2015	288
3.3.	La Delegación de Tutela Penal de la Igualdad y contra la Discriminación	294
3.4.	La jurisprudencia penal española sobre discurso del odio	297
3.4.1.	Introducción	297
3.4.2.	Enaltecimiento del terrorismo y discurso del odio	298
3.4.3.	Algunos casos significativos sobre el tratamiento penal de la negación y la justificación del Holocausto	301
3.4.4.	Algunos casos significativos sobre racismo y xenofobia	303
3.5.	Algunas consideraciones adicionales al (ab)uso de la vía penal	305
CONCLUSIONES		309
BIBLIOGRAFÍA		319