

*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](http://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](http://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](mailto: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](http://www.safekat.com)

# ÍNDICE

|                                      |           |
|--------------------------------------|-----------|
| <b>ABREVIATURAS UTILIZADAS .....</b> | <b>17</b> |
| <b>PRÓLOGO .....</b>                 | <b>19</b> |
| <b>NOTA DEL AUTOR .....</b>          | <b>25</b> |

## **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 pervertirse 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<br>disfobia ..... | 80 |
| 4.9.  | El discurso misógino y el discurso hombrista .....                                  | 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-<br>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<br>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<br>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. <i>In dubio, pro libertas</i> : 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 &amp; 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</i> , el caso <i>Garaudy v. Francia</i> , el caso <i>Gollnisch v. Francia</i> y el caso <i>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 |
| <b>CONCLUSIONES</b> ..... |                                                                                                                | 309 |
| <b>BIBLIOGRAFÍA</b> ..... |                                                                                                                | 319 |