

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO DEL ODIO: UNA MATERIA QUE LE COMPETE A LOS ORGANISMOS ELECTORALES

FREEDOM OF EXPRESSION AND HATE SPEECH: A MATTER THAT IS RESPONSIBLE TO ELECTORAL BODIES

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO: UMA MATÉRIA QUE COMPETE AOS ORGANISMOS ELEITORAIS

Amir Al Hasani Maturano¹

RESUMEN

Los discursos odiosos - en ocasiones del odio - como límites a la libertad de expresión requieren una mayor precisión y criterios abstractos para dotar de mayor seguridad a los operadores jurídicos, principalmente en el ámbito penal. También, necesariamente los organismos electorales necesitan criterios que les permita diferenciar lo que realmente es un debate político amparado por un ejercicio legítimo y lo que es un discurso del odio.

Palabras clave: *Discurso del odio; libertad de expresión; delitos de odio; discurso político.*

SUMMARY

Hate speech - sometimes hate speech - as limits to freedom of expression requires greater precision and abstract criteria to provide greater security for legal operators, mainly in the criminal field. Also, electoral institutions necessarily need criteria that allow them to differentiate between what is really a political debate protected by a legitimate exercise and what is hate speech.

Keywords: *Hate speech; freedom of expression; hate crimes; political speech.*

SUMÁRIO

Os discursos odiosos – em situações de ódio – como limites à liberdade de expressão - requerem uma maior precisão e critérios abstratos para dotar de maior segurança os operadores jurídicos, principalmente no âmbito penal. Também necessariamente os organismos eleitorais necessitam de critérios que os permita diferenciar o que realmente é um debate político amparado por um exercício legítimo e o que é um discurso de ódio.

Palavras-chave: Discurso de ódio; liberdade de expressão; delitos de ódio; discurso político.

1. INTRODUCCIÓN: EL DILEMA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO DEL ODO

La temática que refiere al discurso del odio y su incidencia a la libertad de expresión, continúa siendo un tema de actualidad y relevante en la mayoría de sistemas democráticos². Para colmo, como nadie ignora será un tema que siga presente y, al menos, en un transcurso de tiempo prolongado. Así como sucede con otras cuestiones sociopolíticas y jurídicas, la repercusión se produce a nivel global.

En ese sentido, la controversia que ocasiona a nivel político y jurídico, origina una atención y la aportación de medidas por parte de: las instituciones, la sociedad civil y, los investigadores.

En principio, la esencia troncal del problema es la generalización mediante la utilización del castigo penal a lo que se ha caracterizado como *discurso de odio*, a costa de una negación a la protección de un derecho fundamental como es la libertad de expresión. A saber, un tema complejo -por múltiples motivos- para su análisis, al igual que, para el ofrecimiento de una respuesta común. Puesto que hablamos de un tema interdisciplinar de las ciencias sociales y jurídicas que conecta los principios jurídicos de la libertad de expresión con otros principios generales.

Una esfera pública será más próspera o de *calidad*, cuando la traducción de las emociones a elementos discursivos en acción, no se traduzca en una restricción a expresarse con una amplia libertad.

2 “los discursos del odio son en realidad tan antiguos como la humanidad, pero la novedad es ahora doble: por una parte, han llegado a tener un tratamiento jurídico, pueden llegar a considerarse como <delitos de odio> (hate crimes); por otra, una sociedad madura se pregunta cada vez más si ese tipo de discursos no es un obstáculo para construir una convivencia democrática”. En Cortina Orts, A.: ¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática? *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 94, 2017, pp.77-78.

La expulsión de toda expresión y/o emoción dañina a través de una contención penal no los elimina realmente de la esfera, inclusive, en algunas ocasiones, lo que provoca es una amplificación de ese discurso malsonante u hiriente. En todo caso, mediante ese empleo restrictivo al ejercicio legítimo de la libertad, los mensajes se excluyen *ratione materiae* del libre mercado de las ideas. Por ende, se restringe el ejercicio de la libertad de expresión³.

Naturalmente, no lo compartimos con todo tipo o clase de discursos, ya que no todo está permitido en el ámbito de la esfera pública. Los discursos injuriosos, crueles o vejatorios no aportarían nada al debate público, y en ocasiones tasadas⁴, serán un ejercicio ilegítimo de la libertad de expresión. Dado que “la democracia requiere de la labor de mediación de la esfera pública para aminorar o eliminar el potencial destructivo de los discursos del odio”⁵. En suma, el discurso del odio es un fenómeno complejo y multidimensional que tiene consecuencias peligrosas y de gran alcance para los derechos humanos y el Estado de derecho en las sociedades democráticas. Por si fuera poco, el discurso de odio en línea, esto es, aquel que se realiza mediante las nuevas tecnologías nos plantea

3 En especial la idea de que “amparar solo significa, en estos casos, renunciar a su represión jurídica”. En Teruel Lozano, G.M.: Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español, *Revista española de derecho constitucional*, nº 114, 2018, p. 42.

4 “Cuando las palabras sí actúen como palos y piedras, cuando con la palabra se pretenda silenciar a los otros a través de la extorsión, la intimidación y la incitación directa a la violencia, habremos abandonado el ámbito de la esfera pública (y de la protección por el derecho a la libre expresión), y el Estado sí tendrá plena legitimidad para reprimir con la sanción penal tales conductas”. En Alcácer Guirao, R.; Fouce, H.: Emociones tóxicas en la nueva esfera pública: controversias mediáticas y discurso del odio, *Revista Mediterránea de Comunicación: Mediterranean Journal of Communication*, vol. 11, nº. 2, 2020, p. 133.

5 Alcácer Guirao, R.; Fouce, H.: Emociones tóxicas en la nueva esfera pública: controversias mediáticas y discurso del odio, *Revista Mediterránea de Comunicación: Mediterranean Journal of Communication*, vol. 11, nº. 2, 2020, p. 133.

unos desafíos específicos o singulares.

En habidas cuentas, nos conduce a un dilema clásico entre el binomio dignidad y la libertad. Todo ello, con la actual transformación, ya que se “abren así nuevos debates en la concepción de la libertad de expresión ante la realidad de las actuales sociedades multiculturales y la relevancia que adquiere la identidad”⁶.

Antes de nada, mencionamos que la fundamentación de la libertad de expresión como derecho fundamental en un ordenamiento constitucional, se ha originado a través de una doble naturaleza a la libertad de expresión, en sentido individual e institucional. Además, debe indicarse que es uno de los derechos de primera generación, asimilado por el conjunto de los sistemas democráticos.

A propósito de esa naturaleza de la libertad de expresión, tanto el TEDH como el TC, reconocieron en un primer momento, una posición preferente a la libertad de expresión frente a otros derechos fundamentales. De hecho, la libertad de expresión se caracteriza por ostentar una trascendencia o relevancia institucional hacia otros derechos. O, para la democracia en si misma que le otorga ese carácter preferente. No obstante, la evolución en el contexto legislativo y jurisprudencial europeo no parece marcar este camino, sino, más bien, una expansión del derecho penal y un efecto silenciador de la libertad de expresión, a costa de la protección de otros bienes jurídicos o derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales no son absolutos. De ahí que el establecimiento de límites al ejercicio de la libertad de expresión -que es un tema clásico-, pero en este caso, a través de la recepción como categoría, del manejo del discurso del odio, sea la reflexión central. En especial, por la falta de criterios clarividentes por parte de la jurisprudencia. En

6 Teruel Lozano, G.M.: Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español, *Revista española de derecho constitucional*, nº 114, 2018, p. 17.

síntesis, será necesario establecer límites y el debate se centra en discernir cuáles deben ser esos límites y en proporcionar criterios idóneos.

2. UNA APROXIMACIÓN DEL DISCURSO DEL ODOIO COMO LÍMITE AL EJERCICIO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La hipótesis inicial nos conduce a examinar qué son y cómo se caracterizan los discursos del odio.

Los discursos del odio⁷ tienen origen en la expresión⁸ catalogada como *hate speech* de la doctrina jurídica norteamericana⁹. Con una visión general, el término agrupa distintas expresiones que contienen desprecio y humillación. Aunque, la práctica demuestra que se ha convertido en un *cajón de sastre* que incluye cualquier conducta de animadversión. Sin embargo, la doctrina estadounidense¹⁰, poco a poco, ha acogido visiones protectoras a miembros de minorías vulnerables. Esa garantía básica de inclusión en la sociedad para todos los miembros de la misma. El discurso

7 “El rótulo <discurso del odio> ha recibido toda suerte de críticas: no necesita ser un discurso, puede ser un simple insulto o exabrupto, tampoco necesariamente ha de denotar odio, puede expresar otros sentimientos y emociones más débiles”. En Cortina Orts, A.: ¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática? *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 94, 2017, p.88.

8 Un estudio interesante, vid. Pérez de la Fuente, O.: Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 21, 2010.

9 Con una evolución de las concepciones originales, vid. Hare, I. y Weinstein, J.: *Extreme Speech and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Igualmente, vid. Rosenberg, I.: *The Fight for Free Speech. Ten Cases That Define Our First Amendment Freedoms*, NYU Press, 2021.

10 Vid. Waldron, J.: *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, 2014.

del odio se considera una amenaza para las minorías.

En atención al contexto comunitario, la categoría discurso del odio se erige -de forma esencial- a través de las Recomendaciones de Política General (núm.7) sobre la legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial; junto a la Recomendación General (núm. 15) de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) y de su Memorándum explicativo. Con todo, la Recomendación (núm.97) 20 del Comité de Ministros conceptúo el término discurso de odio como: “toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo y etnocentrismo agresivo, y de discriminación y hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante”. Esta definición amplia a expresiones que propaguen, incite, promuevan o justifiquen odio. Tal como se apunta por la doctrina mayoritaria, la definición resultó algo imprecisa, dado que muchos discursos molestos u ofensivos no siempre tienden a la provocación de una violencia, ni incitan al odio. Y, por ese motivo, no debe incorporarse en la categoría discurso del odio a todas aquellas expresiones intolerantes que, realmente, no incitan al odio. Dicho esto, esta base jurídica sirvió de modelo para la modificación y adopción de la tipología de los delitos de odio en el Código Penal español (en adelante CP). Subrayamos, aquellos delitos que castigan las conductas de incitación pública a la violencia o al odio y su propagación contra un grupo de personas o un miembro del grupo recogido en el art. 510 CP; y la apología o negación flagrante de crímenes de genocidio o contra la humanidad recogido en el 578 CP. Igualmente, se recogen otros tipos penales en el ordenamiento jurídico penal, que se incluyen en la categoría del discurso del odio, si bien, los anteriores se consideran los dos tipos usuales o comunes.

La incorporación -o modificación- de estos tipos penales específicos que incriminan estos discursos, tiene un soporte jurídico en la Decisión Marco 2008/913/JAI. Con respecto a los mismos, se plantea dudas en cuanto a la legitimidad constitucional de los mismos. Teniendo en cuenta que sin unos criterios jurídicos específicos que delimiten esta categoría del discurso del odio, no podrá hablarse de una democracia constitucional abierta y una esfera pública de calidad. Por consiguiente, un ejercicio de la libertad de expresión que tenga como límite al discurso del odio, en algunas ocasiones, y, que sean reconocidas por parte del aplicador del derecho. No tan solo, sino que también incorpore discursos malsonantes, odiosos, hirientes en determinadas circunstancias y situaciones como ejercicio legítimo; y, la respuesta penal relegada a los casos imprescindibles para una defensa de un bien jurídico protegido. Y, con ello, permita evitar un efecto desaliento al legítimo ejercicio de la libertad de expresión. En suma, un hipotético retorno a la jurisprudencia norteamericana (o la inicial del STEDH Handyside c. Reino Unido) en relación a la idoneidad del mensaje y su peligro claro e inminente, sea el *camino* adecuado. Puesto que la libertad de expresión no ampara solo las ideas o expresiones inofensivas o favorables, sino aquellas que importunan o desagradan. Al fin y al cabo, se caracteriza por ser un derecho que molesta al poder. Carecería de sentido la protección de la libertad de expresión de algo que resulta favorable hacia todos.

Así las cosas, en aquel ámbito del discurso “odioso” -no del odio-, que se sitúa o pertenece a una esfera política o artística, el legislador como el aplicador debería emplazar esa posición o valor preferente al ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Por el contrario, las formas de expresión que propaguen un odio basado en intolerancia, sí que requieren una sanción -cuestión distinta si penal u otra-. Por ende, se rebasará el límite del ejercicio cuando se lesione a otro derecho o bien jurídico y se posicione de modo preferente a la libertad. Aun con ello, no

necesariamente una extralimitación del ejercicio conlleva la justificación de acudir a la sanción penal. En esa tutela de derechos, un discurso odioso podrá transformarse en discurso del odio y ser un límite al ejercicio de la libertad de expresión. O, en cambio, continuar siendo una expresión odiosa, pero amparable por un ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

A todo esto, el discurso del odio no aparece como un límite literal o expreso en nuestro orden jurídico, ni en el art.20.4 CE ni en el art. 10.2 CEDH. Otra cuestión distinta, es si se infiere de forma implícita. En vista a ello, se ha conceptualizado la reciente normativa europea, de modo que ha facultado a la legislación penal modular el ejercicio de la libertad de expresión. Como avanzamos, se ubican distintos tipos penales en nuestro ordenamiento (arts.174.1;510;515.4;522 a 525; 578; etc.) con una tipología de delitos de odio. Sin embargo, los principales por su trascendencia práctica siguen siendo el art.510 y 510 bis, y el art. 578 CP.

La cuestión del bien jurídico de estos artículos continúa en una avanzada fase de discusión dogmática -principalmente por la ciencia de derecho penal-, con posturas que abogan por considerar el mismo como un derecho a no ser discriminado; aquellas otras por valorar el honor; incluso otras por pivotarlo en la idea de dignidad -dicho sea de paso, esta algo abstracto y difusa-. En su esencia, un bien jurídico que se podría incluir en el catálogo de delitos antidiscriminatorios.

Uno de los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional español (adelante TC), dónde utilizó la expresión discurso del odio se produjo con la STC 235/2007. En la misma, y así fue sucesivamente, se designaba la Recomendación nº97 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, como una referencia interpretativa de los límites del art.10.2 CEDH, esto es, a la libertad de expresión. Así, las sucesivas sentencias del TC, con una atención previa a la STC 235/2007 mencionada, recogen

doctrina sobre el discurso del odio en remisión a jurisprudencia del TEDH. Entre otras, a una concretamente controvertida, como es el caso Feret, que contiene una afirmación especialmente problemática desde la perspectiva del estándar internacional del discurso del odio, a saber, «la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo» (84 Goran)

Como se ha puesto de relieve, la censura del discurso causa un daño a la libertad de expresión, y en última instancia a la democracia. En el voto particular de jueces del TEDH, en el caso Féret c. Bélgica ya avisó que los conceptos de insulto, ofensa y odio no han sido bien delimitados ni precisados en las leyes penales. Entre otras cosas, apuntamos que las “restricciones mediante leyes penales contra el discurso de odio deberán fundamentarse en incitaciones a la violencia inminente y no violencia potencial hipotética” (Al Hasani Maturano, 2023, 162). Además de prestar atención a cuestiones del contexto y el ámbito del discurso -especialmente si es político o artístico- más allá de las convicciones personales o sociales que influyen en cada juzgador para decidir lo que es peligroso o no. La banalización del discurso del odio y la mera lectura del Caso Féret c. Bélgica del TEDH, de 16 de julio de 2009 u otras similares, es decir, la doctrina de incitación al odio sin llamamiento a la violencia solo lleva a equiparar cualquier intolerancia en odio. Una carga peyorativa del término odio como criterio de delimitación negativa del derecho fundamental. Lo que conlleva una clara restricción al ejercicio de una libertad pública. La creencia que una expresión que molesta hiere o de mal gusto, sea automáticamente un discurso del odio no parece una solución acorde a la esencia del orden abierto de la democracia constitucional. Dicho esto, aquellas formas de expresión que propaguen, justifiquen el odio basado en intolerancia, y, de forma especial cuando se dirigen a grupos diana, merecen algún tipo de castigo o reproche¹¹.

11 Este sería aquel que, “pronuncia el discurso o quien comete el delito del odio

Nos referimos a expresiones que van dirigidas contra una persona o personas integrantes de un grupo social vulnerable por determinadas características que le hacen diferente (raza, género, religión, etc.). Esas expresiones deben verter un contenido ofensivo (humillante, amenazante, provocador...) y con una intencionalidad directa de provocarlo. O, una motivación de actuar contra ese grupo social vulnerable.

Con todo, no existen soluciones fáciles ni absolutas, de ahí, la necesidad de precisar con cánones y criterios que definan los límites. El TC -en esencia- realiza una operación dónde cita y enumera los bienes en conflicto y luego los criterios o cánones que, aplicados al caso en concreto, permitirán decidir sobre la legitimidad constitucional de la injerencia. Su tarea esta en la ponderación¹² que han realizado los jueces en la toma de decisiones judiciales al aplicar una norma limitadora, para ver en qué medida esta ha respetado el contenido constitucionalmente protegido del derecho en juego¹³.

En la STC 25 de febrero de 2020 que resuelve el recurso de amparo interpuesto contra la STS 4/2017 de 18 de enero, el conocido caso del rapero César Strawberry, realizó una nueva interpretación del art.578 CP del delito de enaltecimiento penal. Este tiene dos conductas típicas:

está convencido de que existe una desigualdad estructural en relación con la víctima, cree que se encuentra en una posición de superioridad frente a ella. Y utiliza el discurso del mismo modo que funciona la ideología(...)”. En Cortina Orts, A.: ¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática? *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 94, 2017, p. 80.

12 Vid. Cuerda Arnau, M. L.: Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento, *Revista General de Derecho Penal*, (8), 3, 2007.

13 Coincidimos en que “no pueden restringirse discursos porque infundan o generen odio, ya que odiar no es un acto ilícito. Lo que sí que está prohibido son los actos violentos o discriminatorios y, por ende, puede restringirse la provocación a los mismos”. En Teruel Lozano, G.M.: Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español, *Revista española de derecho constitucional*, nº 114, 2018, p. 37.

una, el enaltecimiento o justificación del terrorismo; y otra, aquellas que conllevan descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas. Además de ello, si los hechos se llevan a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público, la pena se incrementa considerablemente. En la Sentencia de la Sala de lo Penal de la AN se absolvió del delito del art.578 CP al rapero, en atención al sentido o la intención y al contexto con que fueron utilizadas las expresiones. No, en cambio en el TS, que revocó la sentencia de instancia condenando al recurrente, puesto que consideró irrelevante la intencionalidad del autor en términos de tipicidad. En esencia, venía a decir que la estructura del delito no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. En suma, consideran que es un discurso del odio que legitima el terrorismo. En ese punto, Valero Heredia¹⁴ estima que: “la indeterminación de conceptos como el de «enaltecer» o «menospreciar» es tal que deja un excesivo arbitrio al juzgador a la hora de concretar la aplicación del delito en el caso concreto. Abriendo la posibilidad de que este entienda constitutivas del tipo la mera adhesión política o ideológica a los objetivos perseguidos por la actividad terrorista o, incluso, como en el presente caso, la burla o la ironía en torno a ella”. El recurrente, aduce en sus argumentos que la sentencia condenatoria del TS no había ponderado con carácter previo si la conducta enjuiciada suponía el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Precisamente, el TC apunta a esta verificación como una cuestión previa; además de ponderar las diversas circunstancias concurrentes del caso. En coherencia con ello, el TC sostiene en la presente sentencia que el examen realizado por el Tribunal Supremo en su sentencia condenatoria «no resulta suficiente desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, ya que no

14 Valero Heredia, A.: La Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2020, en el caso Strawberry, un paso más, aunque no definitivo, hacia la desaparición del delito de enaltecimiento del terrorismo, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 122, 2021, p. 373.

pondera con la intensidad exigida por la jurisprudencia constitucional las circunstancias concurrentes en el caso».

“Y es que incluso el ejercicio abusivo o extralimitado de un derecho fundamental puede tener cierta relevancia a la hora de analizar un hecho aparentemente delictivo”¹⁵. Por ese motivo, la STC 35/2020, consolidó un gran avance, tras rechazar que se castigue como delito apologético sobre la base de una presunción de peligrosidad, puesto que el carácter incitador debe ser idóneo y generar un peligro real. Y requiere un enjuiciamiento *ex ante* a la motivación final, a la luz del ámbito del discurso, las circunstancias, los sujetos, el contexto, entre otras circunstancias.

3. UNA MATERIA QUE PREOCUPA A LOS ORGANISMOS ELECTORALES

Los organismos electorales garantizan la integridad de las elecciones en los sistemas políticos democráticos. Estos organismos adoptan naturaleza constitucional, tanto por su inserción entre los poderes del Estado para garantizar su autonomía desde la trascendente misión de determinar unos resultados electorales; como por el contenido de sus decisiones que afectan a los derechos fundamentales. Aplican un sentido constitucional tanto al operar como al interpretar.

La cuestión del discurso del odio, esta llegando a estos organismos en campañas electorales, en discusiones sobre determinadas expresiones de los miembros de partidos políticos que en campaña electoral vierten expresiones o manifestaciones con un carácter -como poco- odioso.

En ocasiones este tipo de discursos puede considerarse incluido

15 Valero Heredia, A.: La Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2020, en el caso Strawberry, un paso más, aunque no definitivo, hacia la desaparición del delito de enaltecimiento del terrorismo, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 122, 2021, p. 382.

en el ámbito catalogado de debate político, en cambio, en otras ocasiones puede ser causa de algún tipo de responsabilidad o reproche.

Si bien, el ejemplo que mencionamos es del Tribunal Supremo español, Sala de lo Contencioso. En concreto la STS 735/2022, de 28 de febrero. Observamos que en la misma la Junta Electoral Central participo previamente. En el siguiente caso, en las elecciones autonómicas de Cataluña, del 14 de febrero de 2021, el partido político VOX publicó en su red social TWITTER, un tuit refiriéndose a la población magrebí que habita en Cataluña. La Junta Electoral, por falta de previsión legal, se limitó a juzgar la razonabilidad de la medida de limitar temporalmente algunas funciones de la cuenta TWITTER de este partido político. Consideró la Junta que la prohibición del discurso del odio era conforme con la jurisprudencia española y europea y por tanto defendió que la medida de suspender por tiempo limitado la cuenta (en atención al acuerdo usuarios con Twitter) era proporcional. El TS desestima el recurso contencioso-administrativo, siguiendo los pasos de la Junta Electoral en cuanto el fondo. Y, que la cuestión de una posible aplicación arbitraria de la prestadora del servicio debe plantearse en cuestión civil -relación contractual privada- y no ante el organismo electoral. Sin embargo, para no entrar en un conflicto entre órgano judicial y órgano electoral, se apunta en la Sentencia que le competía intervenir a la Junta Electoral de velar por que el proceso electoral se desarrolle con los principios de transparencia, objetividad e igualdad del art. 8.1 LOREG.

4. CONCLUSIONES PROVISIONALES

Los límites a la libertad de expresión deben superar el juicio previo de adecuación y el posterior juicio de proporcionalidad, de cara a una valoración de los bienes en conflicto y la lesividad de esa conducta que necesariamente debe restringirse. A pesar de que el legislador diseñara un

delito de peligro abstracto hipotético. Bastaría así, un peligro de aptitud para justificar esa intervención penal. Esto se observa significativamente en el art.578 CP, cuando los Tribunales reconocían delictivo aquellas manifestaciones enaltecedoras que crean un caldo de cultivo o una atmósfera proclive a acciones terroristas, la antesala del delito mismo. Sin embargo, como anota, entre otros, Teruel Lozano¹⁶, con la STC 35/2020 se realiza una relectura del delito apologético. El reproche comienza a justificarse mediante su peligrosidad y los aspectos del caso (contenido, efectos del mensaje, receptores, etc.). Supuso un gran avance, que los discursos apologéticos se midan por la intencionalidad instigatoria y por el carácter incitador idóneo para generar un peligro cierto.

En consonancia, será necesario una distinción entre el discurso del odio (no protegido inicialmente por la libertad de expresión) y el discurso ofensivo e impopular (protegido por la libertad de expresión); y, con posterioridad, lo que es un discurso odioso todavía amparado por el libre ejercicio legítimo de la libertad de expresión, del discurso del odio castigado y no amparado.

Aquel discurso intolerante que estigmatiza a otros, sí que requiere una entrada de la función del derecho, dicho esto, sin una cultura por el diálogo respetuoso será ineficaz.

No existen respuestas fáciles, aunque coincidimos con Teruel Lozano¹⁷,

16 “El Constitucional, en esta sentencia, confirma la relectura de este delito apologético como una figura de apología *con* incitación en la que el reproche se justifica por su peligrosidad. Pero, además, examina la motivación de las resoluciones judiciales y concluye que, aunque las mismas habían tenido en cuenta aspectos como el contenido, la emisión y los efectos del mensaje, los argumentos dados habían sido insuficientes y no se había tenido en cuenta la dimensión institucional de la libertad”. En Teruel Lozano, G.M.: 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*, nº 47, 2021, p. 432.

17 Teruel Lozano, G.M.: Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español, *Revista española de derecho constitucional*, nº 114, 2018, p.42.

en que “se hace necesario perfilar con más precisión los cánones y criterios abstractos que definen los límites de la libertad de expresión precisamente para dotar de un mayor espacio para su ejercicio”.

5. BIBLIOGRAFÍA

Alcácer Guirao, R.; Fouce, H.: Emociones tóxicas en la nueva esfera pública: controversias mediáticas y discurso del odio, *Revista Mediterránea de Comunicación: Mediterranean Journal of Communication*, vol. 11, nº. 2, 2020.

Cortina Orts, A.: ¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática? *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 94, 2017.

Cuerda Arnau, M. L.: Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento, *Revista General de Derecho Penal*, (8), 3, 2007.

Hare, I. y Weinstein, J. : *Extreme Speech and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Pérez de la Fuente, O.: Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 21, 2010.

Rosenberg, I.: *The Fight for Free Speech. Ten Cases That Define Our First Amendment Freedoms*, NYU Press, 2021.

Sunstein, C. (2007). *Republic 2.0*. Princeton: Princeton University Press.

Teruel Lozano, G.M.: Cuando las palabras generan odio: límites a la

libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español, *Revista española de derecho constitucional*, nº 114, 2018.

Teruel Lozano, G.M.: 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*, nº 47, 2021.

Valero Heredia, A.: La Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2020, en el caso Strawberry, un paso más, aunque no definitivo, hacia la desaparición del delito de enaltecimiento del terrorismo, *Revista española de derecho constitucional*, nº 122, 2021.

Waldron, J.: *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, 2014.