

LA SENTENCIA DEL TEDH FRAGOSO DACOSTA C. ESPAÑA: UN PASO MÁS EN LA CONFUSIÓN ENTRE EL TEDH Y EL TC A CAUSA DEL DISCURSO DEL ODIO

Pablo Pareja Ferrer

Doctorando en el Programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas. Universidad Miguel
Hernández de Elche

Correspondence:

pablo.pareja@goumh.umh.es

Received:

20.05.2024

Accepted:

10.12.2024

How to cite this paper

Pareja Ferrer, P. (2024) La sentencia del TEDH Fragoso Dacosta C. España: un paso más en la confusión entre el TEDH y el TC a causa del discurso del odio. *Spanish Journal of Legislative Studies*. (6), p. 1-21. DOI: <https://www.doi.org/10.21134/8h8rp771>

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN; II. EL TC ANTE EL DISCURSO DEL ODIO: ENTRE LA «IDONEIDAD» Y EL RECHAZO AL «CLEAR AND PRESENT DANGER»; III. EL «DISCURSO DEL ODIO» EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH; IV. LA STC 190/2020: UN PASO MÁS EN LA «IDONEIDAD»; V. LA RESPUESTA DEL TEDH: STEDH FRAGOSO DACOSTA V. ESPAÑA; VI. CONCLUSIÓN: EL TC ANTE LA INDEFINICIÓN DEL TEDH.

SUMMARY

I. INTRODUCTION; II. THE SPANISH CONSTITUTIONAL COURT IN THE FACE OF HATE SPEECH: BETWEEN “APPROPRIATENESS” AND THE REJECTION OF “CLEAR AND PRESENT DANGER”; III. HATE SPEECH” IN THE CASE LAW OF THE ECHR; IV. STC 190/2020: A FURTHER STEP IN “APPROPRIATENESS”; V. THE RESPONSE OF THE ECHR: STEDH FRAGOSO DACOSTA V. SPAIN; VI. CONCLUSION: THE SCC IN THE FACE OF THE LACK OF DEFINITION OF THE ECHR.

RESUMEN

El discurso del odio es uno de los principales focos de discrepancia entre el TC y el TEDH. La última ocasión en la que se ha puesto de manifiesto ha sido en la STEDH Frago Dacosta c. España, que ha supuesto la tercera condena consecutiva a España por hechos que el TC había calificado como discurso del odio. En este trabajo pretendemos, mediante un examen jurisprudencial de la doctrina de ambos tribunales, hallar dónde estriba el disenso entre ambos tribunales con el fin de elucidar un camino teórico que pueda fructificar en una armonización de la doctrina de ambos tribunales y evitar más sentencias condenatorias por asuntos similares.

ABSTRACT

Hate speech is one of the main areas of disagreement between Spanish Constitutional Court and the European Court of Human Rights. The most recent occasion on which was demonstrated was the ECHR Frago Dacosta v. Spain, which was the third consecutive condemnation of Spain for acts that the TC had qualified as hate speech. In this paper, though a jurisprudential examination of the doctrine of two courts, we intend to find out where the disagreement between the two courts lies, in order to elucidate a theoretical path that could lead to a harmonization of the doctrine of both courts and avoid more condemnatory sentences in similar cases.

PALABRAS CLAVE

Libertad de expresión, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, derechos fundamentales, democracia.

KEYWORDS

Freedom of expression, European Court of Human Rights, Spanish Constitutional Court, fundamental rights, democracy.

I. INTRODUCCIÓN

El tratamiento jurídico del discurso de odio constituye una de las principales discrepancias entre el Tribunal Constitucional español (en adelante, TC) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). La primera ocasión en la que en Europa se manifestó la intención de luchar contra el discurso fóbico se produjo en 1997 cuando el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó la Recomendación núm. R (97) 20, de 30 de octubre de 1997. Dos años más tarde, el TEDH lo analizó directamente por primera vez en la STEDH Sürek v. Turquía, de 8 de julio de 1999. En España, la primera sentencia en la que el TC se pronunció acerca este fenómeno fue la STC 235/2007, de 7 de noviembre, que resolvía un recurso de inconstitucionalidad; posteriormente, lo ha analizado en tres recursos de amparo: SSTC 177/2015, de 22 de julio; 112/2016, de 20 de junio y 190/2020, de 15 de diciembre.

Los numerosos votos particulares emitidos por algunos magistrados en estas resoluciones ponen de manifiesto que el discurso de odio no es una cuestión pacífica en el propio seno del TC. A pesar de reafirmar que España no es una democracia militante y que se pueden defender ideas abiertamente contrarias a la Constitución, se siguen sancionando conductas expresivas que son potencialmente peligrosas para el mantenimiento del orden público. Esta división se ha acentuado tras los pronunciamientos del TEDH: todas las sentencias del TC en relación con el discurso fóbico fueron recurridas ante el TEDH -salvo la STC 235/2007 por imposibilidad, ya que era un recurso de inconstitucionalidad- y todas obtuvieron el mismo resultado: se condenó a España. La última ocasión en la que se ha mostrado esta discrepancia en relación con el discurso del odio ha sido con la STEDH Frago Dacosta c. España,

que analizaba los hechos que dieron lugar a la STC 190/2020. Esto vuelve a poner de manifiesto una situación que no puede seguir manteniéndose mucho tiempo más.

¿A qué se debe esta discrepancia? ¿Por qué el TC no ha modificado su jurisprudencia en relación con el derecho a la libre expresión y sigue emitiendo sentencias contrarias a la doctrina del TEDH? Como sostendremos en este trabajo, la discrepancia que se ha mostrado en la STEDH Frago Dacosta c. España no es sino la última etapa de un camino de confusión en el que el TEDH y el TC se han adentrado desde el año 1999 y 2007, respectivamente. Para mostrar esta tesis comenzaremos exponiendo la doctrina de ambos tribunales en relación con el discurso del odio para, posteriormente, profundizar en la STC 190/2020 y STEDH Frago Dacosta c. España.

II. EL TC ANTE EL DISCURSO DEL ODIO: ENTRE LA «IDONEIDAD» Y EL RECHAZO AL «CLEAR AND PRESENT DANGER»

Como se ha señalado, la primera ocasión en la que el TC analizó el discurso de odio fue en la STC 235/2007, en la que debía valorar la constitucionalidad del art. 607.2 del CP que sancionaba «[l]a 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».

El Tribunal, en la valoración del precepto, advirtió dos conductas diferenciadas: por un lado, la negación del delito de genocidio y, por otro, su justificación. Sobre esta diferenciación, el

TC consideró que tan solo era inconstitucional el delito de justificación del delito de genocidio porque «[l]a especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio» (FJ 9). La clave, pues, radica en la incitación, aun indirecta, a la violencia.

En el FJ quinto definió el discurso del odio como «aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular» (FJ 5). De esta forma, la barrera punitiva se situaba por debajo

de dicho fenómeno, pues, a juicio del TC, cualquier manifestación expresiva que suponga una incitación indirecta a la violencia no constituirá un ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión y, por tanto, puede ser sancionada¹.

Siendo la incitación a la violencia el criterio decisivo para definir y sancionar el discurso del odio, el siguiente paso que se debía dar era concretar qué criterio se debe usar para determinar que se ha producido una incitación a la violencia. Y esto se produjo ocho años más tarde, en la STC 177/2015. En este caso, los recurrentes habían sido condenados por la Audiencia Nacional por el delito de injurias a la Corona tipificado en el art. 490.3 CP por quemar bocabajo los retratos de los Reyes de España en una manifestación antimonárquica en la ciudad de Gerona encabezada por una pancarta que decía «300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española».

A los efectos de la determinación de la inci-

1 No procede en este momento desarrollar esta cuestión, pero sí consideramos necesario realizar una serie de consideraciones. El propio art. 607.2 CP no introducía el elemento de la incitación indirecta, por lo que, si este es un elemento del tipo añadido por el TC, cabe preguntarse si se extiende también a todos los delitos de apología -como el delito de apología del terrorismo (art. 578 CP)- o, de lo contrario, será necesario dar razón de su exclusividad en el art. 607.2 CP. Cfr. 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*. 2009, núm. 85, p. 344, ISSN: 0211-5743.

Por otro lado, el TC ha salvado la constitucionalidad de parte del art. 607.2 CP porque la justificación del delito de genocidio supone una incitación indirecta a la comisión de dicho delito. A nuestro juicio, esta idea merece de un tratamiento pormenorizado. El término incitar es definido por la RAE como «[i]nducir con fuerza a alguien a una acción». La incitación directa, aquella conducta cuyo principal objetivo es que otro cometa un delito, es una conducta jurídicamente peligrosa y como tal se sanciona como modalidad de comisión delictiva en el art. 18 CP. Por su parte, la incitación indirecta parece ser concebida por el TC como un peligro potencial, de tal forma que debe sancionarse la justificación del delito de genocidio porque supone una adhesión valorativa al hecho criminal y, por tanto, entre quienes escuchan o leen ideas justificadoras de un genocidio puede despertarse un sentimiento de que dichos actos son deseables y se puedan sentir compelidos a cometerlos. Este parece ser el razonamiento que empleó la STC 199/1987, de 16 de diciembre, cuando afirmó que «[l]a manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos» (FJ 4). Esta idea está en clara sintonía con lo señalado por el juez Holmes en su opinión disidente en la sentencia de la Corte Suprema estadounidense *Gitlow v. New York* 268 U.S. 652 (1925), «toda idea es una incitación. Se ofrece para que se crea en ella y, si se cree, se actúa en consecuencia, a menos que alguna otra creencia la supere o que algún fallo de energía ahogue el movimiento en su nacimiento. La única diferencia entre la expresión de una opinión y una incitación en sentido estricto es el entusiasmo del orador por el resultado» (la traducción es nuestra). Por consiguiente, parece difícilmente conciliable mantener que la Constitución protege todas aquellas ideas, por peligrosas que sean, y, posteriormente, sostener que determinadas ideas deben ser sancionadas porque pueden crear un clima propicio para la comisión de hechos delictivos.

tación al odio o a la violencia, en el FJ cuarto el Tribunal afirmó que los hechos constituyeron una manifestación del discurso del odio porque «[e]s 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».

En la valoración de los hechos, el TC empleó dos técnicas: en un primer momento, analizó en abstracto los hechos y, posteriormente, llegó a la conclusión de que se produjo una incitación al odio o a la violencia:

«Quemar en público, en las circunstancias descritas, la fotografía o la imagen de una persona comporta una incitación a la violencia contra la persona y la institución que representa, fomenta sentimientos de agresividad contra la misma y expresa una amenaza.

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 imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio.

Hemos de reiterar que los recurrentes actuaron al término de la manifestación previa, cuya legitimidad no se cuestiona, y lo hicieron de manera premeditada. Ello denota que los demandantes aprovecharon

la celebración de la previa reunión para, una vez concluida, realizar la actuación descrita. La ausencia de espontaneidad en el comportamiento de los demandantes es patente, puesto que la quema de la fotografía no surge de forma instantánea en el contexto de la manifestación y al hilo de la crítica sobre el modelo constitucional de Estado o como expresión de la ideología antimonárquica e independentista de los recurrentes. Dicho acto fue, por el contrario, fruto de una actividad diseñada de antemano y orientada a mostrar el mayor grado de hostilidad frente a la institución de la Corona» (FJ 4).

En segundo lugar, cuando el Tribunal decide valorar los hechos a la luz del caso concreto, y centrándose en las consecuencias fácticas de lo que aconteció, entiende que, a pesar de no producirse hechos violentos, sí se produjo una incitación idónea para ello:

«En primer lugar debe advertirse sobre el riesgo evidente de que el público presente percibiera la conducta de los recurrentes como una incitación a la violencia y el odio hacia la Monarquía y hacia quienes la representan. Aunque no consta que se produjeran incidentes de orden público, la connotación destructiva que comporta la quema de la fotografía de los Reyes es innegable y, por ello, tal acción pudo suscitar entre los presentes reacciones violentas e “incompatibles con un clima social sereno y minar la confianza en las instituciones democráticas” (STEDH de 16 de julio de 2009, caso Feret c. Bélgica § 77), o, en fin, avivar el sentimiento de desprecio o incluso de odio hacia los Reyes y la institución que representan, exponiendo a SS.MM. “a

un posible riesgo de violencia” (STEDH de 8 de julio de 1999, caso 32, Sürek c. Turquía § 62), pues, como ha advertido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo” (STEDH de 16 de julio de 2009, caso Feret c. Bélgica § 73)» (FJ 5).

La apuesta del TC por un criterio para identificar la incitación a la violencia, donde lo que se valore sea exclusivamente el contenido de la expresión y no lo que fácticamente produjo, supone un rechazo implícito al criterio de origen estadounidense «clear and present danger», acuñado por primera vez en 1919 por el juez de la Corte Suprema estadounidense Oliver W. Holmes, consistente en que solo se puede restringir el derecho a la libre expresión cuando «las palabras son utilizadas en tales circunstancias y son de tal naturaleza que pueden crear un peligro claro e inminente de males sustantivos que el Congreso tiene derecho a prevenir»². El TC, a pesar de constatar que no se produjeron actos violentos,

señaló que los actos sí fueron idóneos para provocarlos³. Citando la jurisprudencia del TEDH -que, como se verá en el siguiente apartado, dista de ser clara-, distingue entre la incitación al odio y a la violencia, de forma que el TC está abriendo la puerta a castigar ideas u opiniones, cuyo modo de expresión sean idóneo para producir actos violentos⁴.

De hecho, esta apuesta del TC por el criterio de «idoneidad» es la causa de gran parte del disenso entre los magistrados. Concretamente, la magistrada Adela Asúa Batarrita, con cita al juez Holmes, sostiene que en el razonamiento del TC «se encadenan hipótesis dudosas e inverificables como que: “pudo suscitar en los presentes reacciones violentas” o similares, una extrapolación de los hechos que no indican la presencia de un clima en el que tal hipótesis pudiera alcanzar visos de realidad. Lejos se sitúan tales hipótesis de la exigencia de constatación de que el peligro que se alegue debe reunir los caracteres de ser real, apoyado en datos fehacientes, y además acuciante, inminente. Difícilmente puede compartirse que los Reyes corrieran algún peligro

2 Lo expresó de esta manera en *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919). La traducción es nuestra del texto original: «the words are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent». Un análisis de este criterio puede encontrarse en REDISH, M. H. *Advocacy of Unlawful Conduct and the First Amendment: In Defense of Clear and Present Danger*, *California Law Review*, núm. 5, 1982, p. 1159, ISSN: 0008-1221.

Este test se ha abordado por la doctrina. Sin ánimo exhaustivo, citamos los siguientes trabajos: ARIAS CASTAÑO, A. *Clear and present danger test la libertad de expresión en los límites de la democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2018; ARIAS CASTAÑO, A. *El discurso del odio en el espacio público: una visión desde la doctrina norteamericana del “clear and present danger”*. En: Benito ALÁEZ CORRAL. *Conflictos de derechos fundamentales en el espacio público*. Madrid: Marcial Pons, 2017 pp. 149-176; MARTÍN HERRERA, D. *Extreme speech y libertad de expresión: análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*. Presentación de Fernando Reviriego Picón. Madrid: Dykinson, 2018, pp. 80-97; MARTÍN HERRERA, D. *¿Es segura jurídicamente la persecución del “hate speech”?* En: Lucía ALONSO SANZ y Víctor Javier VÁZQUEZ ALONSO (dirs). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*. Sevilla: Athenaica, 2017, pp. 203-220.

3 El TC recurre al elemento del «espectador objetivo» para analizar la idoneidad para incitar a la violencia: «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)» (FJ 4).

4 En el rechazo al criterio «clear and present danger» y la apuesta por el criterio de «idoneidad», algunos autores han vislumbrado la diferente concepción del derecho a la libre expresión entre Europa y Estados Unidos. Cfr. TENORIO SÁNCHEZ, P. J. *La libertad de comunicación en Estados Unidos y en Europa*. En: Pedro J. TENORIO SÁNCHEZ (dir.). *La libertad de expresión. Su posición preferente en un entorno multicultural*. Madrid: Wolters Kluwers, 2014, pp. 215-245.

cierto y próximo, consecutivo al acto de la quema del retrato; no hay atisbo de datos en los hechos probados que permitan asentar el temor en algún suelo más seguro que el de la mera suposición» (punto 3). Del mismo modo, la magistrada Encarnación Roca Trías afirma que «la limitación establecida por la Constitución en el ejercicio de la libertad ideológica (art. 16.1 CE) permitía, en un caso como el presente, una posición basada en el principio clear and present danger, tal como sostiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos».

Esta sentencia supuso un punto de inflexión en la jurisprudencia constitucional española en relación con el discurso fóbico: la asunción del criterio de «idoneidad» implica un aumento de las posibilidades restrictivas del derecho a la libre expresión⁵.

Una vez señalado cuál es el elemento a valorar para restringir el derecho a la libre expresión -incitación directa o indirecta a la violencia- y el criterio para identificarlo -la «idoneidad»- restaba profundizar en su contenido, es decir, en qué consiste incitar. Esto se produjo en la STC 112/2016, en la que el TC debía resolver el recurso de amparo presentado por Tasio Erkizia, que fue condenado por un delito de enaltecimiento del terrorismo por pronunciar un discurso en el marco de un homenaje a un exmiembro de la banda terrorista ETA en el que, entre otras cosas, se afirmó: «La lucha armada no nos gusta a nadie, la lucha armada es desagradable, es dura, a consecuencia de ellas se va a la cárcel, al exilio, se es torturado; a consecuencia de ella se puede

morir, se ve uno obligado a matar, endurece a la persona, le hace daño, pero la lucha armada es imprescindible para avanzar»⁶.

El Tribunal valora la conducta del recurrente de la siguiente manera:

«[D]ebe concluirse que las resoluciones judiciales impugnadas, al condenar al recurrente como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo por su participación en ese homenaje, no han vulnerado su derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE]. Su conducta no puede ser considerada como un legítimo ejercicio de este derecho, por ser manifestación del conocido como discurso del odio, al estar presentes todos los requisitos citados necesarios para ello: fue una expresión de odio basado en la intolerancia (el acto se publicitó mediante carteles pegados en las calles en los que se transcribía un texto atribuido a Argala que dice: «La lucha armada no nos gusta a nadie, la lucha armada es desagradable, es dura, a consecuencia de ellas se va a la cárcel, al exilio, se es torturado; a consecuencia de ella se puede morir, se ve uno obligado a matar, endurece a la persona, le hace daño, pero la lucha armada es imprescindible para avanzar»; con proyección de fotografías de miembros encapuchados de la banda terrorista; el recurrente pidió con ambigüedad calculada «una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo

⁵ A nuestro juicio, este es el elemento discutible de la sentencia. Si el TC hubiera tratado de analizar, como señaló en los primeros fundamentos jurídicos, si la conducta era un ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión hubiera podido discutirse, pero sería coherente con la STC 235/2007. Mas determinar que un comportamiento incita a la violencia, cuando en la propia sentencia no se menciona episodio violento alguno, muestra una debilidad en el argumento

⁶ El homenajeado, Argala, desarrolló su actividad en los últimos años del franquismo, participó en el atentado a Carrero Blanco y fue asesinado por el Batallón Vasco-Español.

a un nuevo escenario democrático»); manifestado a través de un nacionalismo agresivo; con inequívoca presencia de hostilidad hacia otros individuos. Es cierto que la Recomendación núm. R (97) 20 del Consejo de Europa de la que parte la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es aplicable a la difusión a través de los medios de comunicación. Sin embargo, no puede obviarse en el presente caso dos ideas. Por una parte, los hechos cursaron en un acto público, lo que sin problemas puede entenderse como de eficacia perfectamente equiparable. Por otra, como reflejan las sentencias que antecieron a ésta, el acto tuvo repercusión pública, apareciendo la noticia del homenaje en los medios de difusión, periódicos y noticiarios de televisión, dato que no podía ignorar el recurrente» (FJ 6)

Siguiendo la doctrina sentada en la STC 177/2015 no es necesario que se produjeran hechos violentos para entender que lo expresado supuso una incitación a la violencia, pues, como se ha visto, basta con la idoneidad para causarla. A pesar de ello, el TC entendió que sí la hubo:

«Además, puede afirmarse que hubo una instigación a la violencia. Ciertamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 16 de julio de 2009, caso Ferret c Bélgica, § 73, recuerda que “la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo”. Parece claro, pues, que si los hechos implican tal incitación a la violencia, con mayor razón pueden incardinarse en dicho discurso (SSTEDH

de 29 de abril 2008, caso Kutlular c. Turquía, § 49; de 16 de julio de 2009, caso Ferret c. Bélgica, § 64; de 8 de julio de 1999, caso Sürek c. Turquía, § 62). Incitar supone siempre llevar a cabo una acción que ex ante implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta. Desde esta última perspectiva, acciones como las que nos ocupan crean un determinado caldo de cultivo, una atmosfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, antesala del delito mismo, singularmente si se tienen en cuenta las circunstancias en las que cursaron los hechos: fue un acto público, previamente publicitado mediante carteles pegados en las calles, en un contexto en el que la actividad terrorista seguía siendo un importante problema social. Por consiguiente, es incuestionable que, para un espectador objetivo, la conducta del recurrente era idónea para contribuir a perpetuar una situación de violencia» (FJ 6)

La interpretación que realiza el Tribunal en esta sentencia del término «incitación a la violencia» es, si cabe, más confusa que la realizada en la STC 235/2007. En este caso remite al contexto y, en concreto, a dos circunstancias: el propio hecho de que se tratara de un homenaje a un antiguo miembro de una banda terrorista, y al discurso que pronunció.

Respecto a lo primero, en coherencia con la doctrina establecida en la STC 235/2007, infiere que, dado que el acto de homenaje a Argala solo tiene razón de ser debido a sus acciones terroristas, se están justificando dichas acciones, lo que, en realidad, supone una «incitación indirecta»⁷. En relación con el contenido del discurso,

⁷ Esta indefinición en la interpretación de la «incitación», que criticamos en la nota al pie n^o1, es la que permite al Tribunal declarar que toda justificación lleva irremediabilmente a una sanción. Esta noción de incitación es la que hace ciertamente

compartimos lo que sostiene el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos en su voto particular, respecto a que difícilmente pudo incitarse a la comisión de un acto de violencia: «A pesar de que la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia insiste en afirmar que esta manifestación del recurrente responde a una ambigüedad calculada, la expresa referencia a un nuevo escenario democrático, con el contenido material que ello implica de respeto, entre otros, a los principios de pluralidad y tolerancia, impediría a cualquier espectador objetivo identificar en las expresiones del demandante de amparo una apelación al uso de medios violentos» (punto 5).

El significado de «incitar» que el TC asume, sobre todo a la luz de los hechos de esta sentencia, es tan amplio que es fácil llegar a la conclusión de que cualquier posicionamiento público que sea utilizado por un grupo terrorista para justificar sus acciones puede ser considerado como una incitación a la violencia. Esto redundará en la

posibilidad de que se produzca un «efecto desaliento», por el que los ciudadanos decidan no ejercer derechos -en este caso, el derecho a la libre expresión- por temor a la posible sanción que se les pueda imponer⁸. El TC lo analizó por primera vez en la STC 136/1999, de 20 de julio, que supuso la excarcelación de los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna sobre la base de dicho efecto. Para el Tribunal, la sanción fue tan excesiva que pudo provocar un retraimiento en otros ciudadanos de realizar una acción lícita. Sin embargo, en este caso, el efecto desaliento no se produce por la dureza de la sanción, sino por una interpretación confusa y vaga que permite sancionar casi cualquier comportamiento⁹. Cuando el «efecto desaliento» lo produce el máximo intérprete de la Constitución mediante una resolución irrecurrible -con excepción del TEDH- la consecuencia es irremediable.

La definición del discurso del odio como incitación directa a la violencia, la apertura a sancio-

complicado cohonestarla con la afirmación realizada en la STC 176/1995, de 11 de diciembre: «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».

⁸ Cuerda Arnau lo ha definido como « el resultado disuasorio indirecto que sobre el ejercicio de un derecho fundamental produce la sanción penal de una conducta ilícita pero muy cercana a las que resultan amparadas por el derecho en cuestión, razón por la cual se estima que recurrir al Derecho penal para sancionar esas extralimitaciones resulta desproporcionado». CUERDA ARNAU, M. L. La doctrina del efecto de desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Origen, desarrollo y decadencia. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2022, núm. 2, p. 92. ISSN: 1698-739X.

⁹ La doctrina ha profundizado en las causas de este efecto. Tomás de Domingo lo identifica en la «indeterminación del precepto penal» que provoca que «el titular del derecho dude de la licitud de su comportamiento y, en consecuencia, para evitar males mayores se abstenga de actuar [...] La clave [se haya] en el control de la licitud de la acción por parte del titular del derecho fundamental, que constituye la pauta interpretativa fundamental para valorar el desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales». DE DOMINGO PÉREZ, T. La teoría del desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales. En: Tomás DE DOMINGO PÉREZ y Antonio-Luis MARTÍNEZ-PUJALTE. *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*. Granada: Comares, 2011, p. 100. Por su parte, Martínez-Pujalte, para explicar el efecto desaliento, traza una distinción entre ámbito material, que «abarca toda acción u omisión que pueda incluirse en el área genérica de actividad o que sea expresión del ámbito de la persona dad humana al que pertenece el contenido del derecho fundamental constitucionalmente reconocido» y ámbito jurídicamente protegido, que «comprende únicamente el ámbito de actuación merecedor de una tutela absoluta, cuya delimitación resulta de la interpretación sistemática de la Constitución y de la atención a la finalidad del derecho fundamental». MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L. Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 2006, núm. 54, pp.78-79. ISSN: 0211-4526. De esta forma, señala que si se quiere restringir una acción que se encuentre dentro del ámbito material de un derecho fundamental, la medida debe superar el principio de proporcionalidad; de lo contrario, si se estableciera un castigo severo a dichas conductas, se podría generar un efecto desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales.

nar las conductas que supongan una incitación indirecta al odio o a la violencia y la interpretación del término incitativo que se realiza en las SSTC 177/2015 y 112/2016 dibujan un escenario ciertamente amenazante con el derecho a la libre expresión. Como hemos señalado anteriormente, estas sentencias fueron recurridas ante el TEDH y acabaron condenando a España. Procedemos, pues, a analizar la jurisprudencia en materia de discurso del odio del TEDH y a tratar de arrojar luz acerca de la causa de la discrepancia.

III. EL «DISCURSO DEL ODIIO» EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

El primer instrumento normativo europeo que proporcionó una definición de discurso del odio fue la Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, que lo definió así: «abarca todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la

xenofobia, el antisemitismo u otras las formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia expresada por agresivo nacionalismo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante».

El TEDH ha optado por dos vías diferentes para la valoración del discurso fóbico: el art. 17 CEDH y el art. 10.2 CEDH. El primero de ellos, que recoge la cláusula de abuso de derecho¹⁰, supone la inadmisión de la demanda por el propio contenido de las expresiones sin entrar en el análisis concreto. El TEDH ha empleado esta vía para los siguientes supuestos: partidos políticos con ideologías contrarios al espíritu del CEDH¹¹; apoyo a organizaciones terroristas¹²; utilización de simbología nazi¹³; discriminación racial¹⁴; ataques contra colectivos sociales¹⁵; en los casos de manifiesta incitación a la violencia¹⁶; y negacionismo¹⁷. El uso del art. 17 CEDH no ha estado exento de críticas, especialmente cuando se ha usado en

10 «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo».

11 Entre otras, la Decisión Partido Comunista de Alemania c. La República Federal Alemana de 20 de julio 1957, en el que se confirmó la disolución del Partido Comunista alemán. En caso de plantearse supuestos de partidos políticos nacionalsocialistas la resolución sería la misma, pues, como señaló en la Decisión B.H, M.W, H.P y G.K. c. Austria, de 12 de octubre de 1989, dicha ideología es una «doctrina totalitaria incompatible con la democracia y los derechos humanos».

12 Entre otras, la Decisión del TEDH (Sección 2.ª) Roj TV A/S c. Dinamarca, de 17 abril 2018, en el que se confirmó la prohibición de emisión de programas en los que se mostraba a apoyo al Partido de los Trabajadores del Kurdistan que es considerado como una organización terrorista.

13 Entre otras, la Decisión del TEDH (Sección 5.ª) Nix c. Alemania, de 13 de marzo de 2018, donde se convalidó la condena interpuesta al demandante por usar en un entrada de su blog una fotografía de Heinrich Himmler con un uniforme de la SS.

14 Entre otras, la Decisión Glimmerveen y Haqenbeek c. Países Bajos, de 11 octubre 1979, se entendió que postulados como los defendidos por los demandantes, que solicitaban la expulsión de todas las personas que fueran blancas son contrarios al espíritu del CEDH.

15 Entre otras, la Decisión Norwood c. Reino Unido, de 16 noviembre 2004, en la que entendió que la condena impuesta al demandante por colgar en una ventana un poster en el que se veía las torres gemelas ardiendo y las palabras «slam out of Britain - Protect the British People» suponía un ataque a todos los musulmanes y, por tanto, se procedió a inadmitir la demanda. También se ha aplicado el art. 17 CEDH para ataques por motivos étnicos, como ocurrió en las Decisiones Pavel Ivanov c. Rusia, de 20 febrero 2007, y Fouad Belkacem c. Bélgica, de 27 junio 2017.

16 Entre otras, la Decisión Medya FM Reha Radyo ve İletişim Hizmetleri A. .ª. c. Turquía, de 14 de noviembre de 2006. Esta es una postura ciertamente minoritaria del TEDH, pues generalmente, en los casos de incitación a la violencia se ha optado por analizar los hechos bajo el prisma del art. 10.2 CEDH.

17 Entre otras, la Decisión Gerd Honsik c. Austria, de 18 de octubre de 1995, en el que se entendió que la negación que el

los casos de negacionismo: algunos autores han observado que la aplicación de este artículo, con la consiguiente inadmisión *ratione materiae* de las demandas, sin valorar el contexto, supone la constitución de un tabú¹⁸, y la instauración de un modelo de democracia militante¹⁹. Sin embargo, la mayoría de los pronunciamientos en supuestos de discurso de odio, el TEDH ha preferido enjuiciarlos a la luz del art. 10.2 CEDH, concretado en un cuádruple test: previsión de la injerencia en la ley, persecución de un interés legítimo, necesidad de la injerencia en una sociedad democrática y proporcionalidad. En estos casos, el Tribunal de Estrasburgo valora individualizadamente los hechos, a la luz del caso concreto, lo que supone una mayor profundidad en la valoración del caso.

En 1999, el TEDH se pronunció por primera vez acerca del discurso del odio en la STEDH *Sürek c. Turquía*, donde debía valorar si la condena impuesta a un accionista mayoritario de un semanario en el que se publicaron dos cartas al director que condenaban con virulencia las acciones militares de las autoridades en el sudeste de Turquía, y les acusaban de reprimir brutalmente la lucha por la independencia y la libertad llevada a cabo por la población kurda, vulneraba el derecho a la libre expresión. El Tribunal denegó el amparo

sobre la base del siguiente argumento:

«En este contexto, es preciso considerar que el contenido de las cartas era susceptible de favorecer la violencia en la región, insuflando un odio profundo e irracional contra los que eran presentados como responsables de las atrocidades que se alegaban. De hecho, el lector saca la impresión de que el recurso a la violencia es una medida de autodefensa necesaria y justificada de cara al agresor». Finalmente, aclara que, a pesar de que el demandante no era el autor de las cartas, sí que «proporcionó a sus autores un soporte para atizar la violencia y el odio» (par. 63).

La condena se fundamenta en la potencial violencia que pudo desencadenarse tras la lectura del contenido epistolar. Por consiguiente, una vez probada la existencia de un discurso de odio no se requiere la prueba de la incitación a la violencia, pues el discurso de odio siempre la lleva implícita. De hecho, la justificación de la prohibición del discurso del odio se basa en su capacidad incitativa a la violencia.

Esta interpretación cambió en el año 2009, en

recurrente realizaba sobre las cámaras de gas carecía de todo fundamento. También se ha entendido como negacionismo supuestos de exteriorizaciones de ideología nazi en lugares donde se sintieron especialmente los horrores del Tercer Reich (p. ej., Decisión *Hans Jorg Schimanek c. Austria*, de 1 de febrero de 2000) o cuando el negacionismo se ha realizado con intención de rehabilitar dichos postulados (p. ej., *Garaudy c.* de 24 junio 2003).

18 A la aplicación del art. 17 CEDH se le denomina doctrinalmente «efecto guillotina». Cfr. ALCÁCER GUIRAO, R. Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia. *Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH. Revista Española de Derecho Constitucional*. 2013, núm. 97, pp. 325 y 339 a 341. ISSN: 0211-5743. También críticos con la aplicación de este artículo para los casos de manifestaciones expresivas en TERUEL LOZANO, G. M. *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, pp. 166 y 167; CARUSO, C. El hate speech en Estrasburgo: el pluralismo militante del sistema convencional. En: Lucía ALONSO SANZ y Víctor Javier VÁZQUEZ ALONSO (dirs). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*. Sevilla: Athenaica, 2017, pp. 113-117; ALONSO SANZ, L. La protección de los inmigrantes frente al discurso del odio. En: Lucía ALONSO SANZ y Víctor Javier VÁZQUEZ ALONSO (dirs). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*. Sevilla: Athenaica, 2017, pp. 241-261.

19 ALCÁCER GUIRAO, R. *La libertad del odio: Discurso intolerante y protección penal de minorías*. Madrid: Marcial Pons, 2020, p. 46.

la STEDH Féret c. Bélgica, de 16 julio 2009, donde se valoraba si la condenada recaída sobre el demandante, político en activo del Frente Nacional y diputado, por haber difundido una serie de oc-tavillas y por el contenido del programa político que figuraba en la página web, estaba amparado por el CEDH. En esta ocasión, señaló lo siguiente:

«El Tribunal estima que la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación, como en el caso de autos, son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población» (par. 73).

Este fragmento es clave, pues concreta uno de los cambios más decisivos que marcará la línea jurisprudencial del Tribunal: se produce una desvinculación entre la incitación o el llamamiento a la violencia y el discurso de odio, de tal forma que éste puede producirse sin que necesariamente se dé aquél. Por consiguiente, el TEDH admite la restricción del derecho a la libre expresión cuando se produzcan manifestaciones que puedan calificarse como discurso de odio, sin requerir incitación alguna de violencia. Implícitamente, también el TEDH rechaza la adopción del criterio «clear and present danger».

Este cambio fue duramente criticado por los jueces disidentes. En el voto particular formulado por el juez Andràs Sajó y suscrito por los jueces Vladimiro Zagrebelsky y Nona Tsotsoria,

quienes, en relación con este cambio de doctrina acerca de la relación entre el discurso del odio y la violencia, señalan que «[t]ras afirmar que la constatación de un discurso de odio no supone la incitación a un delito [concreto], la sentencia afirma, en la frase siguiente, que la difamación de un grupo constituye una discriminación: en efecto, ridiculizar a algunas partes de la población y unos grupos específicos constituye un motivo suficiente para sancionar. Difamar a un grupo (incluso ridiculizarlo), no es humillar o acosar, por razones prohibidas, a un miembro específico de un grupo protegido; es atentar contra la seguridad de la persona (es decir, de todas las personas pertenecientes al grupo)».

Terminan advirtiendo los riesgos que entraña esta concepción:

«Si la noción de “discurso peligroso” hace su entrada en la jurisprudencia del Tribunal, se asistirá, sin una razón imperiosa, a la extensión de la esfera de expresiones que pueden dar lugar a un delito, cualesquiera que sean por otro lado las condiciones y circunstancias reales en las que hayan sido formuladas. En el caso de autos, esta extensión alegre del “discurso delictivo” afecta a declaraciones políticas que tienen poco que ver con lo que la sentencia juzga inaceptable [...] Una noción de discurso de odio que no se refiere directamente al hecho de mover a la provocación de actos de violencia o intolerancia es demasiado amplia para ser compatible con una protección seria del discurso político».

En el año 2012, con la STEDH Vejdeland y otros c. Suecia²⁰, de 9 febrero 2012, el Tribunal de Estrasburgo se reafirmó en la doctrina inicia-

²⁰ Los hechos que dieron lugar a esta sentencias fueron los siguientes: Los demandantes, militantes de una asociación juvenil

da tres años antes cuando definió el discurso del odio como «[L]os ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o calumniar a grupos específicos de la población son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión ejercida de una forma irresponsable» (par. 55). Esta conceptualización del discurso del odio como injurias, ridiculizaciones o calumnias hacia grupos específicos de población hace surgir la pregunta: ¿para el TEDH es el discurso del odio una modalidad cualitativamente -especialmente, porque se dirige contra colectivos concretos- de insulto? Si así es, el paso siguiente sería elucidar qué es un insulto.

No obstante, en pronunciamientos recientes, el TEDH parece haber vuelto a modificar su doctrina. Precisamente, en las dos sentencias condenatorias a España puede verse este cambio. En la STEDH Stern Taulats y Roura Capellera c. España, de 13 de marzo 2018, que analizaba los hechos que dieron lugar a la STC 177/2015, uno de los principales argumentos esgrimidos para condenar a España fue el siguiente argumento:

«[L]a incitación a la violencia no se puede inferir de un examen conjunto de los elementos utilizados para la puesta en escena y del contexto en el que el acto se ha producido, y que tampoco se pueda establecer en base a las consecuencias del acto que, de acuerdo con los hechos declarados probados por el juez, no ha sido acompañado de conductas violentas ni de alteraciones del orden público» (par. 40).

Pero el retorno de la incitación a la violencia en el análisis del discurso del odio se consolidó cuando en la STEDH Tasio Erkizia Almandoz v. España, de 22 junio 2021, que enjuiciaba los hechos de la STC 112/2016, el TEDH, en el par. 40, introdujo tres criterios para identificar un discurso del odio:

«i. Si los comentarios se hicieron en un contexto político o social tenso. Si tal es el caso, el Tribunal normalmente reconoce una cierta justificación de la injerencia con tales declaraciones.

ii. Si las declaraciones, interpretadas y valoradas correctamente en su contexto inmediato o más general, pueden considerarse como un llamamiento directo o indirecto a la violencia o como una justificación de la violencia, el odio o la intolerancia. Al examinar esta cuestión, el Tribunal es particularmente sensible a las declaraciones categóricas que atacan o denigran a grupos en su conjunto, bien sean étnicos, religiosos o de otro tipo.

iii. El Tribunal también tiene en cuenta la forma en que se formularon las declaraciones y su capacidad, directa o indirecta, de hacer daño».

Acto seguido, entrando a valorar el segundo requisito afirmó lo siguiente:

«[E]l Tribunal considera que el discurso leído en su conjunto no incita al uso de la violencia o la resistencia armada, ni directa ni indirectamente [...] De hecho, el deman-

llamada «National Youth», distribuyeron aproximadamente un centenar de panfletos dejándolos en las taquillas de los alumnos en un centro de enseñanza secundaria en los que se realizaban manifestaciones de rechazo contra la aceptación social de la homosexualidad. Por ello, fueron condenados por un delito de agitación contra un grupo nacional o étnico.

dante expresó explícitamente la necesidad de elegir el camino más idóneo para conducir al pueblo hacia un escenario democrático. Aunque es cierto que algunas de las expresiones utilizadas por el demandante pueden considerarse ambiguas (véase ap. 10), no puede concluirse que su intención fuese la de incitar al uso de la violencia justificando y haciendo apología de la violencia terrorista» (par. 46).

Con esta sentencia el TEDH parece volver a la jurisprudencia inicial, por la que el discurso de odio requiere la presencia de la incitación a la violencia para ser sancionado. Sin embargo, un año antes, en 2020, en la Decisión Lilliendahl v. Islandia, de 11 de junio de 2020, el TEDH volvió a definir el discurso del odio tal y como lo realizó en la STEDH Vejdeland y otros c. Suecia: «[A]taques a las personas cometidos mediante insultos, ridiculización o calumnia de grupos específicos de la población» (par. 36).

Por consiguiente, puede sostenerse que el TEDH no ha mantenido una jurisprudencia uniforme acerca del discurso del odio: por un lado, lo ha conceptualizado como toda expresión que lleva implícita una incitación a la violencia, lo que, y a tenor de su reiterada negativa a asumir el criterio «clear and present danger», reclamaría un posicionamiento acerca de qué criterio debe acogerse para determinar cuándo se ha producido dicha incitación. Por otro, en otras resoluciones lo ha definido como una modalidad de insulto que se proyecta contra determinados colectivos sociales sin necesidad de que se deba incitar a la violencia.

Esta confusión en la doctrina del TEDH en relación con este fenómeno, dado que el propio TEDH se ha mostrado partidario de su sanción²¹, exige una toma de partido lo más diligente posible, pues, en realidad, cabe preguntarse si esta indefinición es la causa de los pronunciamientos condenatorios recaídos a los estados en sus sentencias acerca de este fenómeno.

El enjuiciamiento de los hechos que dieron lugar a la STC 190/2020 se produjo en este contexto: mientras el TC había emitido tres sentencias anteriores en las que había vinculado el discurso del odio a la incitación a la violencia, debiendo valorarse esta bajo el criterio de «idoneidad» consistente en el análisis de la idoneidad de las expresiones para producir episodios violentos, el TEDH se encontraba -y se encuentra- en un proceso de clarificación doctrinal sobre cómo interpretar el discurso fóbico. No resulta demasiado complicado aventurar qué ocurrió en la STC 190/2020 y en su recurso ante el TEDH.

IV. LA STC 190/2020: UN PASO MÁS EN LA «IDONEIDAD»

En esta ocasión, los hechos que debió enjuiciar el TC eran los siguientes: en el marco de una manifestación a causa de un conflicto laboral por el impago de mensualidades por parte de la empresa de la limpieza en las instalaciones militares del arsenal de Ferrol, un representante sindical, en el momento que tenía lugar la ceremonia del acto solemne de izado de la bandera con interpretación del himno nacional y guardia militar en posición de presenten armas, gritó «aquí tedes o

21 Anne Weber, autora del manual publicado por el propio Consejo de Europa, es tajante al respecto: «El concepto de “incitación al odio” [que se usa como sinónimo de discurso del odio] permite, por tanto, trazar una línea divisoria entre aquellas expresiones que quedan excluidas del artículo 10 del CEDH y no están amparadas por libertad de expresión o no están justificadas con respecto al segundo párrafo del artículo 10, y las que no se consideran constitutivas de “incitación al odio”, en consecuencia pueden tolerarse en una sociedad democrática». WEBER, A. *Manual on Hate Speech*. Estrasburgo: Editions du Conseil de l'Europe, 2009, p. 4.

silencio da puta bandeira» y «hai que prenderlle lume á puta bandeira» (aquí tenéis el silencio de la puta bandera y hay que prenderle fuego a la puta bandera). Fue procesado y condenado por el Juzgado de lo Penal nº1 de Ferrol por un delito de ultrajes a la bandera tipificado en el art. 543 CP; condena que ratificó la AN.

El TC declaró que la conducta no constituyó un ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión utilizando cuatro parámetros para el enjuiciamiento de la conducta: contenido ofensivo de la expresión, relación con los hechos, el contexto y el sentimiento que se desprende de lo manifestado:

- a) Respecto al contenido de la expresión, el TC entiende que calificar la bandera de «puta» «encierra un mensaje de menosprecio hacia la bandera, que cumple una función integradora de la comunidad, que puede ser la nacional, como sucede en el caso de autos, o la de cualquier comunidad autónoma, en cuanto símbolo político que refuerza el sentido de pertenencia a ella» (FJ 5).

Por otro lado, califica las expresiones como «de todo punto innecesarias para sostener el sentido y alcance de las reivindicaciones laborales defendidas por los trabajadores y trabajadoras de Cleanet» (FJ 5). Como hemos señalado, la manifestación venía convocándose de forma periódica y en otros momentos se habían gritado expresiones como «a bandeira non paga as facturas» (la bandera no paga las facturas), mas, para el TC, hay una diferencia entre esta última y las manifestaciones por las que fue sancionado:

«[A] diferencia de aquella frase [“la bandera no paga las facturas”] que, desde la perspectiva del

ejercicio de la libertad de expresión, sí podía entenderse que ponía en relación la referencia a la bandera con las reclamaciones salariales de los concentrados, las utilizadas, en cambio, por el demandante [“aquí tenéis el silencio de la puta bandera” y “hay que prenderle fuego a la puta bandera”], además de no poner de manifiesto ninguna conexión entre la bandera y aquellas reclamaciones laborales, pues no contenían ninguna palabra que permitiera asociarlas con el fin reivindicativo expresado, eran unas expresiones que no añadían nada más a aquella finalidad» (FJ 5).

- b) Del contexto se destacan dos datos: por un lado, el momento de gritar, mientras se izaba la bandera y se reproducía el himno nacional, le confiere un mayor desvalor, pues «el demandante se sirvió del referido momento solemne para proferir aquellas expresiones, innecesarias y desvinculadas de la reivindicación laboral» (FJ 5), y, por otro, el reproche que el resto de manifestantes le dirigieron cuando gritó.
- c) Entiende que el deseo de quemar la bandera «supone, no ya el de la mera destrucción material de la bandera por el fuego, sino también la difusión a los demás de un sentimiento de intolerancia y de exclusión que se proyecta con su afirmación a todos aquellos ciudadanos que sientan la bandera como uno de sus símbolos de identidad nacional y propios» (FJ 5).

En este último punto, el TC ahonda en la línea restrictiva sentada en las SSTC 177/2015 y 112/2016. En primer lugar, le otorga una protección privilegiada a la bandera como símbolo nacional, que era una de las críticas centrales de los magistrados Juan Antonio Xiol Ríos y María Luisa Balaguer Callejón en su voto particular en la STC 177/2015²². Por otro lado, sorprende

²² En este sentido profundiza en voto particular formulado por ellos magistrados Juan Antonio Xiol Ríos y María Luisa Balaguer Callejón cuando afirman que «[e]l valor de lo simbólico en el marco del Estado constitucional podría justificar la protección

la valoración del contexto en relación con la conexión de las expresiones con las reivindicaciones laborales, pues el propio hecho de manifestarse periódicamente a una hora donde se lleva a cabo un acto solemne responde a la voluntad de atraer la atención y conseguir su propósito de hacer llegar las protestas. Asimismo, si en dicho acto el momento culmen es el izado de bandera mientras suena el himno nacional, no es difícil conectar la expresión «puta bandera» con el motivo de la concentración: ante el soslayo de la

manifestación por los militares en favor del izado de la bandera, el demandante arremetió contra ella²³. Por añadidura, resulta destacable la nula atención prestada a las consecuencias de la conducta objeto de sanción. La única reacción que se produjo fue un reproche dirigido por sus propios compañeros manifestantes, por lo que no hubo ningún peligro de acción violenta ni de altercados, lo que, al menos, hubiera debido ser tomado en consideración²⁴.

de determinados símbolos por el derecho penal, pero la sentencia da por supuesto que esa justificación existe per se, y que despliega efectos incluso frente al ejercicio de determinados derechos fundamentales, de modo que supone una exigencia de adhesión a los símbolos que se acerca en exceso a una idea de democracia militante que la Constitución no contiene, tal y como la jurisprudencia constitucional ha repetido insistentemente desde el año 2003, en que apareció la noción en la STC 48/2003, de 12 de marzo, relativa a la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos. En aquel pronunciamiento se afirmó tajantemente que «en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de ‘democracia militante’ [...], esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución» (punto 4). En otro momento, siguen añadiendo que «[p]arece razonable pensar que, si no es necesario adherirse siquiera a las opciones políticas fundamentales del texto constitucional, cuanto menos puede hablarse de la necesidad o la obligación de adherirse a los símbolos, por más reconocimiento constitucional que estos posean» (punto 5).

23 El voto particular del magistrado Andrés Ollero Tassara lo declara tajantemente: «No comparto, en todo caso, la afirmación del ponente de que no existiera ninguna «conexión entre la bandera y aquellas reclamaciones laborales». Es más, doy por hecho que el almirante la encontró sin especial esfuerzo» (punto 5 del voto).

En el mismo sentido se lo expresa la magistrada Encarnación Roca Trías en su voto particular. A su juicio, las expresiones «[m]anifestaban una opinión del demandante de amparo acerca del comportamiento de aquellos a quienes, honrando la bandera, se reprochaba su pasividad por el impago de salarios a los trabajadores de Cleanet por parte de la empresa encargada del servicio de limpieza de las instalaciones del Ministerio de Defensa. Existió, por tanto, una conexión suficiente entre la crítica vertida por el recurrente y los hechos de base» (punto 3 del voto).

24 Una vez más, los cinco magistrados que formularon votos particulares insistieron en la necesidad del criterio «clear and present danger». Este es, sin duda, la clave de bóveda de la fractura en el seno del TC acerca de cómo comprender el discurso fóbico.

La magistrada Encarnación Roca Trías lo señala así: «el mensaje de una insatisfacción y protesta no fue acompañado de conductas violentas ni de alteraciones del orden público. De hecho, la capacidad de influencia de las palabras del condenado fue reducida, como así lo pone de manifiesto que personas allí congregadas mostraran su disgusto ante dichas expresiones» (punto 3 del voto).

Los magistrados Juan Antonio Xiol Ríos y María Luisa Balaguer Callejón argumentan la necesidad de la siguiente manera: «el magistrado y la magistrada que firmamos esta opinión discrepante entendemos que los hechos aceptados como hechos probados en el proceso penal, son una manifestación clara del ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión y del derecho a la libertad ideológica del recurrente en amparo. Entendemos, en la línea de lo establecido por el Tribunal Supremo de Estados Unidos [Street v. New York (394 U.S. 576, 1969), Texas v. Johnson (491 U.S. 397, 1989) y U.S. v. Eichman (496 U.S. 310, 1990)], cuando ha debido pronunciarse sobre el ataque a los símbolos patrios, o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 2 de febrero de 2010, asunto Christian Democratic People’s Party v. Moldova), que solo las formas de expresión que conlleven un riesgo claro e inminente de causar un comportamiento materialmente violento y dañino, y que no pueden ser contrarrestados a tiempo con más expresión, con discusión o con debate, puede ser objeto de represión, y por tanto pueden ser considerados como extramuros del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión» (punto 2 del voto).

Del mismo modo, el magistrado Cándido Conde-Pumpido Tourón lo expone de esta manera: «En mi opinión, la interpretación conforme a la Constitución del tipo penal aplicado hubiera exigido objetivar el bien jurídico digno de protección. No pueden serlo los sentimientos subjetivos de ofensa que puedan experimentar los ciudadanos, muchos o pocos, civiles o militares; sino únicamente el peligro real de alteración de la paz pública, expresión de una convivencia social tolerante con las diferentes

Esta sentencia ha ampliado considerablemente el alcance del criterio de «idoneidad» respecto de la STC 177/2015, pues para determinar la incitación a la violencia no es necesario un acto -la combustión de los retratos reales- que, aun no habiendo producido alteraciones del orden público, fuera idóneo para ello, sino que basta con que se exprese el deseo de hacerlo para que se entienda que dicha expresión es idónea para incitar a la violencia. Esta interpretación del TC, a nuestro juicio, es voluntarista y supone un amenaza para el derecho a la libre expresión por su alta capacidad restrictiva²⁵.

La STC 190/2020 ha supuesto la culminación, hasta fechas actuales, de la doctrina constitucional en relación con la interpretación del discurso del odio, que comenzó definiéndolo en la STC 235/2007 como la incitación directa a la violencia, y que posteriormente la ha modificado hasta entenderlo actualmente como una incitación indirecta a la violencia y que, para su identificación y sanción, es suficiente con que a juicio del juzgador el contenido sea idóneo para incitar a la violencia. Esta idoneidad puede producirse, bien

mediante actos, bien mediante la expresión del deseo de realizar dichos actos.

V. LA RESPUESTA DEL TEDH: STEDH FRAGOSO DACOSTA V. ESPAÑA

Tres años después de la STC 190/2020, el TEDH analizó los hechos y acabó amparando al recurrente sobre la base de cuatro argumentos:

- a) En primer lugar, se prestó atención al destinatario de las expresiones, a la bandera. En este sentido, el TEDH señaló que no pueden equipararse las ofensas contra personas particulares, que pueden lesionar el derecho a la vida privada de un individuo, con las dirigidas a los símbolos, pues «el daño causado en su caso es de un carácter diferente comparado con aquel provocado por el ataque a la reputación de un individuo concreto» (par. 30). Asimismo, en relación el argumento esgrimido por el TC de que ello provocó un «intenso sentimiento de humillación», aduce el TEDH que no se acusó daño

ideas ajenas, a veces contrapuestas, que expresan también el pluralismo político» (punto 6 del voto).

²⁵ Del mismo modo lo expresa el magistrado Andrés Ollero Tassara que sostiene lo siguiente: «Resultaba, a mi modo de ver, problemático el sentido que cupiera atribuir a las referencias del líder sindical a la bandera, al ser novedosas respecto a las utilizadas en manifestaciones anteriores desarrolladas en el mismo escenario. Las entiendo destinadas a molestar a la autoridad militar más que a cualquier otra circunstancia. En modo alguno me parecen enderezadas a generar odio o intolerancia, que merecerían diverso tratamiento en la doctrina aludida» (punto 4 del voto).

En este mismo punto, la posición del Ministerio Fiscal es particularmente destacable. Este formuló acusación en las instancias previas, pero ante el TC solicitó el amparo del recurrente especialmente fundado por la condena a España que supuso la STEDH Stern Taulats y Roura Capellera tras la STC 177/2015 que expondremos en el siguiente apartado del trabajo. Para el Ministerio Fiscal «[e]n cuanto al contenido de las expresiones proferidas por el recurrente, es cierto que aisladamente consideradas pueden entenderse como excesivas y ofensivas con el símbolo de la Nación española que es su bandera; pero su consideración como un grave ultraje constitutivo de delito resultaría ayuno de la necesaria proporcionalidad, atendiendo al contexto de reivindicación laboral en que se produjeron e incluso al dato de la orientación ideológica del sindicato al que pertenece el recurrente, en la órbita del nacionalismo gallego, y por ello sustancialmente desafecto con el destinatario último de la acción sindical ejecutada (el Estado español) y los emblemas que singularmente lo distinguen. La intención principal del recurrente al proferir las expresiones en cuestión en el referido contexto de protesta laboral sería la de mostrar la insatisfacción de los concentrados por los incumplimientos de su empresa y la pasividad de la administración pública para la que se prestan los servicios de limpieza, más que la de ultrajar un símbolo o emblema nacional, por más que las autoridades y miembros de las Fuerzas Armadas que escuchaban tales expresiones pudieran considerarlas con razón, desde su perspectiva, como ofensivas e incluso hirientes».

material alguno ni se interpuso demanda civil alguna por daños.

b) En segundo lugar, recordó su doctrina por la que es necesario distinguir entre críticas e insultos. En este caso, entiende el TEDH que «[las] declaraciones podrían ser consideradas razonablemente no como meras ofensas, sino como una crítica y una expresión de protesta y descontento contra el personal militar en su calidad de empleadores de los trabajadores de la compañía de limpieza» (par. 31).

c) Seguidamente, se valoró uno de los aspectos que concitó la mayor parte de las discrepancias en el seno del TC: la conexión de las expresiones con el objetivo de las reivindicaciones. En este punto, el TEDH remarca el hecho de que el recurrente fuera un dirigente sindical, lo que hace que se «[p]ued[er]a por tanto admitirse que se trataba de un debate sobre una cuestión de interés general para los trabajadores de la empresa de limpieza» (par. 32). Además, debido a su cargo, «se permite cierto grado de exageración o incluso de provocación; es decir, se permite cierto grado de exceso», siempre que no «sobrepas[e] ciertos límites, concretamente en lo que se refiere al respeto a la reputación y los derechos de otros» (par. 32).

d) Finalmente, se analiza el contexto de la acción, especialmente por lo que respecta a la posible incitación a la violencia, que, como hemos señalado, es el elemento clave, a tenor de las últimas sentencias, del discurso del odio para el TEDH. Así, señaló que, a pesar de que el contenido del mensaje pueda calificarse como provocativo o gratuito el uso de improperios, «no hay indicios de desorden o disturbios tras las declaraciones del demandante» (par. 29).²⁶

Aunque los ultrajes a la bandera no han sido una problemática asidua en la jurisprudencia del TEDH, sí podemos encontrar algunos pronunciamientos donde se valoran los usos proporcionados a la simbología nacional: desde quema de retratos personajes públicos -entre otras, STEDH Stern Taulats y Roura Capellera c. España-; quemas de banderas -entre otras, STEDH Democratic People's Party c. Moldova nº2, de 2 de febrero de 2010²⁶- hasta la expresión del deseo de acabar con estos mediante la cremación -entre otras, STEDH Savva Terentyev c. Russia, de 28 de agosto de 2018-. Precisamente, esta última resolución, recaída dos años antes de que el TC resolviera la STC 190/2020, sentó claramente la jurisprudencia en relación con las expresiones en las que se desease quemar símbolos nacionales; en este caso, a la policía como institución²⁷. El TEDH entendió que «[e]l comentario del demandante,

²⁶ El TEDH debía valorar si la sanción recaída al recurrente por la quema de la bandera nacional rusa y el retrato del presidente ruso constituía una vulneración del art. 10 CEDH. El Tribunal entendió que eran un acto de libertad que no puede ser sancionado porque «los eslóganes del partido demandante, aunque fueran acompañados de la quema de banderas y de imágenes, constituían una forma de expresar una opinión respecto a una cuestión de gran interés público, a saber, la presencia de tropas rusas en el territorio de Moldavia» (par. 27), pero, acto seguido, señala que la quema de estos símbolos está amparada porque «[e]n tales circunstancias, la Corte considera que nada indica en la actuación del partido demandante que tuviera la intención de alterar el orden público o de buscar un enfrentamiento con las autoridades o con los partidarios del partido gobernante» (par. 29).

²⁷ En esta ocasión, el recurrente fue condenado por emitir un comentario en un blog titulado «[o]dio a los polis, joder» en el que se expresaba así: «Un cerdo siempre es un cerdo. ¿Quién llega a ser un poli? Solamente los cortos de luces y los matones- los ejemplares más tontos y menos formados del mundo animal. Sería genial si en el centro de cada ciudad rusa, en la misma plaza... hubiera un horno, como en Auschwitz, en el que ceremonialmente cada día, y mejor todavía, dos veces al día (es decir, a mediodía y a media noche) polis infieles fueran quemados. La gente los quemaría. Esto sería un primer paso para limpiar la ciudad de sucios polis ignorantes».

integrado como parte de un debate, muestra su desaprobación emocional y rechazo a lo que consideró abuso de autoridad por parte de la policía y transmite su escéptico y sarcástico punto de vista sobre los estándares morales y éticos del personal de la policía rusa. Visto desde esa perspectiva, las declaraciones en cuestión pueden ser entendidas como una crítica mordaz hacia el estado actual de las cosas en la policía rusa y, en particular, la falta de rigor en la selección de su personal» (par. 71). Además, sostuvo que «el recurso a la noción de aniquilación por fuego, por sí mismo, tampoco puede ser considerado como incitador a ninguna acción ilegal, incluida la violencia» (par. 74). Tras esta sentencia no parecía demasiado complicado colegir cómo iba a resolver el TEDH los hechos planteados en la sentencia *Fragoso Dacosta v. España*.

La doctrina del TEDH en los casos en los que se pueda atacar a un símbolo nacional está sólidamente comprometida con el derecho a la libre expresión. Ha entendido que, aunque el rechazo se canalice mediante formas un tanto hirientes u ofensivas, las acciones deben ser valoradas como ejercicios legítimos del derecho a la libre expresión. Por consiguiente, y en coherencia con su doctrina en relación con el discurso del odio, únicamente podrán restringirse expresiones en caso de que se produzcan incitaciones al odio o a la violencia²⁸; pero, dado que, como hemos señalado, la reciente jurisprudencia del TEDH ha venido entendiendo que la incitación al odio requiere para su sanción la presencia de la incitación a la violencia, solo podrán restringirse estas expresiones cuando se detecte la presencia de la incitación a la violencia, que ha acabado instituyéndose como

la clave de bóveda en la discusión acerca de las restricciones del derecho a la libre expresión.

VI. CONCLUSIÓN: EL TC ANTE LA INDEFINICIÓN DEL TEDH

Podría sostenerse que las reiteradas condenas a España por parte del TEDH deberían hacer que el TC se replanteara su jurisprudencia acerca del discurso fóbico tratando de aproximarse a la dictada por el TEDH con el fin de evitar más condenas en asuntos similares²⁹. Sin embargo, a la vista de la jurisprudencia expuesta, el TC se halla en una situación complicada: el órgano que está emitiendo sentencias condenatorias a causa de su doctrina se encuentra, a su vez, en un proceso de clarificación doctrinal inconcluso, lo que genera una inseguridad e inestabilidad. Aun así, y con prescindencia de la necesaria clarificación doctrinal por parte del TEDH, analicemos cómo podría, si es posible, el TC armonizar su doctrina con los dos caminos que el Tribunal de Estrasburgo ha propuesto.

La primera vía jurisprudencial, aquella que concibe el discurso del odio ligado a la incitación a la violencia, requiere un criterio para identificarla. El TC y el TEDH se han mostrado contrarios a admitir el «clear and present danger», aunque en ambos tribunales se puede vislumbrar una fractura interna entre los magistrados acerca de esta cuestión. El TC ha apostado por el criterio de «idoneidad» y, por tanto, ha identificado la incitación a la violencia cuando el contenido de las palabras sea idóneo para incitar a la violencia, aunque esta no se haya producido, lo que, como se ha señalado, supone asumir un criterio alta-

28 QUESADA ALCALÁ, C. Los ultrajes a la bandera en España y el clamor general del Consejo de Europa: análisis comparativo de la Sentencia del TEDH *Fragoso Dacosta c. España*. *Revista General de Derecho Europeo*. 2023, núm. 61, p. 348. ISSN: 1696-9634.

29 El magistrado Andrés Ollero, que fue designado como primer ponente de la STC 190/2020, pero, ante la imposibilidad de obtener la mayoría necesario, renunció a su ponencia lo expresó así: «Ahorrraba así a mi querida España una nueva condena, como las ya coleccionadas sobre cuestiones similares».

mente peligroso y restrictivo respecto al derecho a la libre expresión. El TEDH, por su parte, continúa sin pronunciarse sobre esta cuestión.

La segunda vía, la conceptualización del discurso del odio como una modalidad de insulto cualitativamente distinta en atención a los destinatarios -miembros de determinados colectivos-, tampoco parece que pueda suponer un camino novedoso y fructífero. El TC ha reiterado en una jurisprudencia sólida desde la STC 105/1990, de 6 de junio, que el derecho a la libre expresión no ampara un «derecho al insulto»³⁰. De esta forma, el TC ya viene situando extramuros del ámbito jurídicamente protegido del derecho a la libre expresión a los insultos, por lo que la propuesta de entender el discurso del odio como una modalidad de insulto, que no supondría novedad doctrinal del TC, requiere una labor exegética tendente a elucidar qué es un insulto que el TEDH no ha realizado hasta el momento.

En definitiva, la ausencia de una jurisprudencia clara por parte del TEDH y el potencial restrictivo de la emitida por el TC dibujan un escenario preocupante en relación con la protección que ofrece el derecho a la libre expresión. La pregunta es si Europa y, por tanto, España van a optar por un modelo de democracia militante³¹, donde se sancionen conductas expresivas, incluso cuando no exista un riesgo para el mantenimiento del orden público, o si, por el contrario, se va a admitir todo tipo de ideas o expresiones confiando en el pleno despliegue de la libertad. Este es

el gran reto teórico actual acerca del derecho a la libre expresión que deberá ser afrontado en los próximos años.

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, R. Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 2013, núm. 97, pp. 309-341. ISSN: 0211-5743.

ALCÁCER GUIRAO, R. La libertad del odio: Discurso intolerante y protección penal de minorías. Madrid: Marcial Pons, 2020.

ALONSO SANZ, L. La protección de los inmigrantes frente al discurso del odio. En: Lucía ALONSO SANZ y Víctor Javier VÁZQUEZ ALONSO (dirs). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*. Sevilla: Athenaica, 2017, pp. 241-261.

ARIAS CASTAÑO, A. *Clear and present danger test la libertad de expresión en los límites de la democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

ARIAS CASTAÑO, A. El discurso del odio en el espacio público: una visión desde la doctrina norteamericana del “clear and present danger”. En: Benito ALÁEZ CORRAL. *Conflictos de derechos fundamentales en el espacio público*. Madrid: Marcial Pons, 2017 pp. 149-176.

30 Se ha sentado esta doctrina, entre otras, en las SSTC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 336/1993, de 15 de noviembre, FJ 8; 170/1994, de 7 de junio, FJ 4; 42/1995, de 13 de febrero, FJ 2; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 3; 127/2003, de 30 de junio, FJ 6; 198/2004, de 15 de noviembre, FJ 7; 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 6; 41/2011, de 11 de abril, FJ 5; 93/2021, de 10 de mayo, FJ 4

31 Recordemos que la aplicación del art. 17 CEDH por parte del TEDH es, a juicio de parte de la doctrina, la constatación de que el CEDH instituye un modelo de democracia militante. Ahora bien, dado que no todo discurso del odio ha sido analizado bajo el prisma de dicho precepto, no parece que pueda afirmarse que en el seno del Consejo de Europa se ha optado decididamente por dicho modelo de democracia.

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*. 2009, núm. 85, pp. 299-352. ISSN: 0211-5743.

CARUSO, C. El hate speech en Estrasburgo: el pluralismo militante del sistema convencional. En: Lucía ALONSO SANZ y Víctor Javier VÁZQUEZ ALONSO (dirs). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Textos críticos, Sevilla: Athenaica, 2017, pp. 109-127.

DE DOMINGO PÉREZ, T. La teoría del desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales. En: Tomás DE DOMINGO PÉREZ y Antonio-Luis MARTÍNEZ-PUJALTE. *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Granada: Comares, 2011, pp. 85-108

MARTÍN HERRERA, D. *Extreme speech y libertad de expresión: análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*. Presentación de Fernando Reviriego Picón. Madrid: Dykinson, 2018.

MARTÍN HERRERA, D. ¿Es segura jurídicamente la persecución del “hate speech”? En: Lucía ALONSO SANZ y Víctor Javier VÁZQUEZ ALONSO (dirs). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Textos críticos. Sevilla: Athenaica, 2017, pp. 203-220.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L. Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. 2006, núm. 54, pp.78-79. ISSN: 0211-4526.

QUESADA ALCALÁ, C. Los ultrajes a la bandera en España y el clamor general del Consejo de Europa: análisis comparativo de la Sentencia del TEDH Fragoso Dacosta c. España. *Revista General de Derecho Europeo*. 2023, núm. 61. ISSN: 1696-9634.

REDISH, M. H. Advocacy of Unlawful Conduct and the First Amendment: In Defense of Clear and Present Danger. *California Law Review*. 1982, núm. 5, p. 1159. ISSN: 0008-1221.

TENORIO SÁNCHEZ, P. J. La libertad de comunicación en Estados Unidos y en Europa. En: Pedro J. TENORIO SÁNCHEZ (dir.). *La libertad de expresión. Su posición preferente en un entorno multicultural*. Madrid: Wolters Kluwers, 2014, pp. 215-245.

TERUEL LOZANO, G. M. *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.

WEBER, A. *Manual on Hate Speech*. Estrasburgo: Editions du Conseil de l'Europe, 2009.