

DISCURSO DE ODIOS Y DISCRIMINACIÓN SEXO-GÉNERO EN EL ÁGORA DIGITAL: UNA APROXIMACIÓN EUROPEA*

Por

ANA GALDÁMEZ MORALES

Contratada predoctoral FPU. Departamento de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

Número ORCID: 0000-0002-0530-4850

agaldamez@us.es

Revista General de Derecho Constitucional 36 (2022)

RESUMEN: El discurso de odio hacia homosexuales, transexuales y otras identidades sexo-genéricas -alejadas del tradicional sistema binario predominante- se hace presente en las redes sociales y canales de comunicación digital derivando en la exclusión de estos colectivos que, a menudo, optan por la invisibilidad para sobrevivir. La libertad de expresión es un derecho esencial que ocupa un lugar preferente en los sistemas democráticos occidentales. Desde la aceptación de esta premisa, el presente trabajo profundiza en el marco normativo y jurisprudencial europeo de los discursos de odio -especialmente centrado en los actos de transfobia, homofobia y violencia por razón de la orientación sexual y la identidad de género- como límite a la libertad de expresión, con el objetivo de explorar la posibilidad de establecer parámetros de respuesta estables en el contexto europeo.

PALABRAS CLAVE: Discurso de odio, transfobia, homofobia, discriminación, libertad de expresión, dignidad, redes sociales, comunicación digital.

SUMARIO: I. MINORÍAS SEXUALES, DISCURSO DE ODIOS Y MODELOS JURÍDICOS. II. EXPLORANDO EL DISCURSO EN LAS REDES SOCIALES: ODIOS POR RAZÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO. 1. Breve aproximación semántica a las LGTBIfobias. 2. Herencia de mitos, desconocimiento y prejuicios en el ágora digital. III. PARADIGMA EUROPEO DEL DISCURSO DE ODIOS COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. 1. Concepto y criterios jurisprudenciales. 2. Discurso de odio por razón de la orientación sexual y la identidad de género: colectivos vulnerables. IV. DISCURSO DE ODIOS CONTRA LAS MINORÍAS SEXUALES EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TEDH. 1. STEDH, de 9 de febrero de 2012, caso *Vejdeland y otros c. Suecia*. 2. STEDH, de 14 de enero de 2020, caso *Beizaras y Levickas c. Lituania*. V. UNA REFLEXIÓN FINAL, ENTRE RETOS Y OPORTUNIDADES. BIBLIOGRAFÍA.

HATE SPEECH AND SEX-GENDER DISCRIMINATION IN THE DIGITAL AGORA: AN EUROPEAN APPROACH

ABSTRACT: Hate speech targeting homosexuals, transsexuals and other sex-generic identities -far from the traditional predominant binary system- is present in social networks and digital communication channels. As a result, it is causing the exclusion of these groups, which often opt for

* El presente trabajo ha sido elaborado en el marco de la Ayuda I+D+i (PID2019-107025RB-I00) Ciudadanía sexuada e identidades no binarias: de la no discriminación a la integración ciudadana (Binalsex), financiada por MCIN/AEI/ 10.13039/501100011033.

invisibility in order to survive. Freedom of expression is an essential and preferential right in Western democratic systems. Based on this premise, this paper delves into the European legal and jurisprudential framework on hate speech -especially focused on acts of transphobia, homophobia and violence based on sexual orientation and gender identity- as a limit to freedom of expression, with the aim of exploring the possibility of establishing stable response parameters in the European context.

KEYWORDS: Hate speech, transphobia, homophobia, discrimination, Freedom of speech, dignity, social networks, digital communication.

Fecha recepción: 21/04/2021

Fecha aceptación: 15/10/2021

I. MINORÍAS SEXUALES, DISCURSO DE ODO Y MODELOS JURÍDICOS

«Madrugada del 28 de junio de 1969. Las clientas habituales del Stonewall Inn -un bar oscuro de la mafia neoyorquina, situado en la zona oeste de Manhattan- se alzan contra las redadas policiales a ladrillazo limpio. Cada proyectil, un pedazo de memoria. El Stonewall era uno de los pocos locales donde se permitía la entrada a *queers*. Lesbianas, *drag queens*, jóvenes *trans* y trabajadoras sexuales convertían el local en un refugio nocturno. La paz nunca duraba demasiado»¹. El episodio -rememorado con estas palabras en una publicación reciente- no fue aislado; las redadas y las agresiones correctivas eran frecuentes. Sigue en nuestra memoria y se hace presente a través del testimonio de quienes lo vivieron².

Quizás pueda parecer que los golpes han quedado lejos, pero solo han cambiado su forma. Hoy la batalla de las identidades es discursiva y se libra en las redes sociales. Cada *tuit* -cada etiqueta- refuerza un mito, un prejuicio o, en sentido contrario, abandera una reivindicación. El odio hacia lo diferente -aquello que no encaja en nuestra sociedad normativa y las estructuras que la ordenan³- a menudo se banaliza en ese nuevo espacio comunicativo infinito -el ecosistema de la comunicación digital- abriendo paso a las palabras que sintetizan el discurso de odio, la exclusión y el miedo; aquel que levanta los muros del lenguaje y convierte al mundo en un lugar «más dividido y peligroso». El problema no es nuevo. En su informe sobre «la situación de los derechos humanos en el

¹ Amanda MAURI, «Memoria en llamas», en *El País*, 22 de agosto, 2020.

² Entre otros, José DONOSO, *El lugar sin límites*, Ed. Ediciones Cátedra, Madrid, 2010; Leslie FEINBERG, *Stone Butch Blues*, Ed. Alyson, New York, 2003.

³ No en vano, «el pensamiento patriarcal masculino ha centrado la ética en el valor de la ley y de la justicia». Véase Rafael VÁZQUEZ GARCÍA y María SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, «Antropo (andro) centrismo y especie. Ideología y naturalización del especismo en tiempos liberales», en *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, vol. 12, 2017, p. 27.

mundo», Amnistía Internacional describía el 2016 como un año marcado por el «uso cínico de la retórica»⁴ dirigida a determinados grupos de personas. La situación se mantiene. Los nuevos canales virtuales de comunicación son el vehículo perfecto para la transmisión de unos mensajes que se expanden a escala global, perpetuando la discriminación endémica propia de una sociedad atravesada y dividida por estructuras clásicas que favorecen la consolidación de un sistema binario de género predominante y excluyente respecto de quienes pretenden separarse de los cánones establecidos. A menudo -con mayor frecuencia de la que podamos pensar- esta exclusión se torna en agresión a través de un discurso que se hace viral, promoviendo rechazo y violencia por razón, sencillamente, de la orientación sexual o la identidad de género.

Todos sabemos -soy consciente de lo evidente de la afirmación- que el ser humano es un ser social; necesitamos desarrollarnos en sociedad y, en este sentido, la interacción entre los sujetos; en definitiva, la comunicación, es pieza clave. Una sociedad que no se sostiene si no descansa sobre el pilar de la tolerancia. Ya la reclamaba John Locke en su Carta⁵ para quienes profesan una religión diferente -porque el culto no se puede imponer- y bien podemos trasladarla al ámbito de las agresiones discursivas por identidad sexual y de género. Pero, si afrontamos la discriminación a partir del concepto de tolerancia, como elemento cardinal de toda sociedad democrática, no podemos olvidar que tampoco es un valor absoluto⁶; encuentra su límite en la medida en que puede confrontar; colisionar, con otro pilar del sistema democrático: el derecho a la libertad de expresión.

Se trata de una libertad de amplísimo contenido -y como tal debe garantizarse- que se configura, en los sistemas occidentales, como elemento vertebrador de la democracia⁷ y presupuesto necesario para la creación de esa opinión pública libre, que

⁴ «La situación de los derechos humanos en el mundo. Informe Anual 2016/17», Amnistía Internacional [En línea]: <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2017/02/amnesty-international-annual-report-201617/> [Consulta: 09/02/2021].

⁵ «No es la diversidad de opiniones -que no puede evitarse-, sino la negativa a tolerar a aquellos que son de opinión diferente, la que ha producido todos los conflictos y guerras que ha habido en el mundo». John LOCKE, *Carta sobre la tolerancia*, Ed. Tecnos, 1689.

⁶ «La tolerancia ilimitada nos conduce a la desaparición de la tolerancia misma» y, en consecuencia, a la destrucción de la sociedad. Karl POPPER, *The open society and its enemies*, Ed. Routledge, Londres y Nueva York, 2011. Citado por Irene SPIGNO, «Homofobia y transfobia: los discursos de odio contra las "minorías sexuales" en el ágora europea», en Lucía ALONSO SANZ y Víctor J. VÁZQUEZ ALONSO (eds.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Ed. Athenaica, 2017, p. 182.

⁷ Desde la conocida sentencia *Handyside*, sostiene el TEDH que la libertad de expresión no solo ampara los discursos inofensivos o que son bien recibidos, «también aquellos que chocan, inquietan u ofenden». Véase STEDH, de 7 de diciembre de 1976, caso *Handyside c. Reino Unido*, § 49.

sostiene los cimientos de todo proceso de legitimación⁸. Sin embargo, es a través de la comunicación y de la transmisión de mensajes -opiniones, ideologías y juicios de valor- como vamos, entre todos, construyendo nuestro imaginario; consolidando estructuras y patrones sociales, prejuicios y estereotipos que, en muchos casos, segregan, excluyen o perpetúan la discriminación ya existente, haciendo que la dignidad de la persona, como bien jurídico a proteger, se quiebre.

Frente a las expresiones de odio, el respeto a la diversidad -tal y como se recoge en la Declaración sobre la Tolerancia de la Unesco⁹- es también una garantía de libertad en la que fundamentar el establecimiento de límites, necesarios para armonizar el ejercicio de la libertad de expresión con otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, como la dignidad. Son estos bienes jurídicos los que sirven al profesor Jeremy Waldron para justificar que la regulación del discurso de odio -*hate speech*- es posible dentro de los márgenes legítimos de la libertad de expresión¹⁰. Él representa, en el contexto americano, a la voz minoritaria que se enfrenta a la posición liberal clásica predominante, negando el carácter absoluto e ilimitado de esta libertad, considerando que tal afirmación supondría la imposibilidad de garantizar esos otros derechos con los que pueda colisionar¹¹.

En la orilla opuesta, quienes defienden la libertad de expresión desde su ejercicio en total autonomía por parte de quien se expresa, dentro de un *free market of ideas*¹² blindado en el que cualquier discurso es admisible, con independencia de su contenido. Esto implica un deber de abstención por parte del Estado y, al mismo tiempo, de aceptación del principio de autorregulación del espacio público en el que -sostienen- el peso de la argumentación y el propio debate son los factores determinantes que propician la inevitable salida de estos mensajes del espacio público. Destaca, en línea con esta corriente, la idea *rawlsiana* de que solo puede restringirse la libertad de expresión -de los intolerantes- cuando exista un peligro para la seguridad o se impida a

⁸ Sobre el concepto de opinión pública, véanse, por todas, STC 6/1981, de 16 de marzo; STC 159/1986, de 16 de diciembre.

⁹ «Declaración de Principios sobre la Tolerancia», proclamada y firmada en la 28ª reunión de la Conferencia General de la UNESCO, el 16 de noviembre de 1995.

¹⁰ Jeremy WALDRON, *The harm in hate speech*, Ed. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2012, p. 11 y ss.

¹¹ A su juicio, el fundamento de las restricciones se apoya en dos pilares: de una parte, el reconocimiento de una suerte de bien público de *inclusión* o *confianza* que forma parte de la diversidad social y que se vería socavado por los discursos de odio; y, por otro lado, la dignidad de los colectivos minoritarios que se ven afectados por estos discursos: «Hate Speech is speech, no doubt; but not all forms of speech or expression are licit, even in America, and we need to understand why there might be a particular problem with restricting speech of this kind». *Ibid.*, p. 14.

¹² La alegoría del libre mercado de las ideas, formulada en el voto disidente del juez Holmes, en el asunto *Abrams v. United States*, en el año 1919.

las instituciones operar efectivamente¹³. Para el filósofo estadounidense, las «libertades básicas» solo pueden ser restringidas por otras libertades básicas. Así, la libertad de expresión no puede ser coartada por consideraciones agregativas, pero tampoco puede ser restringida por otros derechos que no sean las libertades básicas¹⁴. Por su parte, Dworkin -otro exponente de la discusión en EEUU- solo considera admisible su restricción del discurso en casos extremos de incitación directa a la violencia¹⁵.

Como es sabido, en el marco del debate sobre los límites de la libertad de expresión frente al discurso de odio «los estándares no son claros y, mucho menos, pacíficos»¹⁶. Se han distinguido tradicionalmente dos modelos teóricos que, en paralelo, han configurado construcciones doctrinales con consecuencias jurídicas dispares. Y es que, desde la tradición cultural y política del liberalismo¹⁷, se plantea el paradigma de la tolerancia hacia el intolerante; una narrativa que convive con otros modelos de democracia, contruidos sobre el ideal en el que se asientan las teorías contractualistas¹⁸, orientadas al bien común a partir de juicios compartidos: valores y principios desvinculados de cualquier doctrina, como base de los presupuestos éticos que deben limitar la estructura del debate de lo político. Desde esta segunda perspectiva -arraigada en el continente europeo- hay discursos que no deben siquiera entrar en el mercado de las ideas: aquellos que atentan contra los pilares en los que se asienta la democracia, tales como la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

Acuñado por primera vez por el Tribunal Supremo norteamericano, el término *hate speech* ha sido definido por el Consejo de Europa como «cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y

¹³ John RAWLS, *Justicia como equidad: Materiales para una teoría de la justicia*, Ed. Tecnos, 2002. También puede consultarse John RAWLS, *Sobre las libertades*, Ed. Paidós, 1996.

¹⁴ Acerca de estas libertades básicas, véase John RAWLS, *Teoría de la justicia* (ed. María Dolores González), Ed. Fondo de Cultura Económica, 1979, pp. 82 y 83.

¹⁵ Ronald DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Ed. OUP Oxford, 1996, pp. 218-225.

¹⁶ Ana VALERO HEREDIA, «Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 110, 2017, p. 285.

¹⁷ Posición teórica que hunde sus raíces en los postulados de John Stuart MILL. Silenciar la expresión de una opinión es un mal que afecta a toda la humanidad, por dos razones: si esa opinión es verdadera, se pierde la oportunidad de cambiar error por verdad; y, si no lo es, se pierde la percepción más clara de la verdad producida por la colisión con el error. Véase John Stuart MILL, *Sobre la libertad*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1984.

¹⁸ La teoría política de LOCKE es un buen ejemplo de la tradición contractualista de raigambre liberal que defiende la tesis de que los límites al ejercicio del poder emanan de los derechos subjetivos que los individuos poseen por naturaleza. Puede consultarse en este sentido, John LOCKE, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1991. (Traducción de Francisco Giménez Gracia).

otras formas de odio basadas en la intolerancia»¹⁹. Se trata de un discurso discriminatorio orientado a degradar, intimidar o incitar a la violencia contra un colectivo que se distingue, ya sea por razón de la raza, el sexo, la religión, o cualquier otra circunstancia personal o social²⁰. Algo que nos conduce inevitablemente al debate acerca de la conveniencia o no de imponer límites a su ejercicio. La misma discusión clásica que vuelve a cobrar sentido cuando, en pleno apogeo de la Sociedad de la Información, los canales y herramientas digitales de difusión masiva multiplican la visibilidad de unos mensajes extremos que -ya se presumía- iban a quedar arrinconados como consecuencia del propio debate²¹. No ha sido así. El discurso de odio hacia homosexuales, transexuales y las distintas identidades sexo-genéricas se hace presente y viaja a través de las redes sociales, derivando en la marginación de estos colectivos que -en demasiadas ocasiones- optan por la invisibilidad para sobrevivir. En este sentido, se hace necesario el estudio y análisis contextualizado -desde la perspectiva del Derecho Constitucional, aunque necesariamente complementada con algunos elementos derivados del enfoque penal- de los diferentes discursos que puedan constituir actos de transfobia, homofobia y violencia por razón de la orientación sexual y la identidad de género. Si bien no podemos olvidar el carácter esencial y el lugar preferente que ocupa el derecho a la libertad de expresión en las democracias occidentales, éste no puede servir de excusa y escudo protector para aquellos que promueven el odio y la intolerancia.

En este artículo se aborda una temática compleja: la discriminación discursiva por motivos concretos, pero a partir de un aparato conceptual necesariamente amplio -el derecho antidiscriminatorio y los derechos de la comunicación-, en un contexto comunicativo igualmente complejo -el digital- que se desarrolla en un marco jurídico multinivel, también amplio y complicado. Es, sin duda, un reto. Se trata de un debate que merece de una indagación profunda, asumiendo la convergencia de los distintos elementos en juego: los actores que intervienen en la comunicación; las minorías que se ven desatendidas o discriminadas; el contenido de los mensajes y los criterios que nos permiten diferenciar entre discurso de odio y delito de odio; así como el canal o vehículo de transmisión de dicho discurso.

¿Qué es discurso de odio? ¿qué realidades discursivas incluye el concepto? ¿debemos tolerar el discurso de odio contra las identidades que se alejan del sistema

¹⁹ Recomendación N° 97 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997.

²⁰ Véase Anne WEBER, *Manual on hate speech*, Ed. Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2009, pp. 3-5.

²¹ Andrés BOIX PALOP, «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 173, 2016, p. 61.

binario de género predominante? Son cuestiones que se abordan en el presente trabajo, a partir del marco normativo y jurisprudencial europeo en torno al discurso de odio como límite a la libertad de expresión -prestando especial atención al discurso homófobo y transfobo- sin olvidar las dificultades que entraña alcanzar una definición consensuada, así como el establecimiento de parámetros de respuesta estables²².

II. EXPLORANDO EL DISCURSO EN LAS REDES SOCIALES: ODIOS POR RAZÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO

Se trata de un concepto problemático; el odio «remite a consideraciones subjetivas y emocionales difíciles de catalogar jurídicamente»²³ y esto complica la tarea de sistematizar su presencia en el escenario comunicativo. En cualquier caso -y a pesar de la dificultad que entraña la delimitación del objeto de estudio en un contexto sumamente líquido- es obligado que nos detengamos, en primer lugar, en las diferentes formas en que el discurso de odio se hace presente, por razón de la orientación sexual o la identidad de género.

Las redes sociales constituyen el canal perfecto para la construcción y posterior transmisión de narrativas discursivas que, a menudo, giran en torno a determinados prejuicios en relación con las distintas identidades sexo-genéricas, directamente vinculados con el rechazo a la homosexualidad y la transexualidad²⁴. En este sentido, resulta útil comenzar identificando las principales fobias -cuya definición conviene, igualmente, acotar- configuradas sobre la base de mitos y juicios previos, en la medida en que se encuentran en el origen de los actos más habituales de discurso extremo.

1. Breve aproximación semántica a las LGTBfobias

Como en otros debates similares, partimos de una «determinada construcción del género» y de una «determinada visión de las personas como parte de la comunidad socio-jurídica»²⁵ a la que pertenecen. Fue el psicólogo George Weinberg el primero en

²² Ana VALERO HEREDIA, *op. cit.*, pp. 287-288.

²³ Octavio SALAZAR BENÍTEZ y Luca GIACOMELLI, «Homofobia, derecho penal y libertad de expresión: un estudio comparado de los ordenamientos italiano y español», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, vol. 26, 2016, p. 131.

²⁴ Paula RODRÍGUEZ LORENZO, «Subjetividad identitaria y su relación con el cuerpo trans: ensayo interpretativo en YouTube y Twitter», en Eva HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, José Manuel LÓPEZ AGULLÓ PÉREZ CABALLERO *et al.* (eds.), *Construcciones culturales y políticas del género*, Ed. Dykinson, Madrid, 2020, pp. 136-153.

²⁵ Blanca RODRÍGUEZ RUIZ, «Género en el discurso constitucional del aborto», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 156, 2012, p. 50.

utilizar el término homofobia²⁶ a comienzos de los setenta²⁷ para referirse a las personas «heterosexuales cuya conducta denota una profunda aversión hacia la homosexualidad; miedo irracional, odio e intolerancia hacia quienes tienen una orientación sexual distinta a la heterosexual»²⁸. En la medida en que se trata de una actitud discriminatoria dirigida hacia otra persona por su condición de homosexual, afecta también a las mujeres lesbianas. Sin embargo, en estos casos se prefiere el término lesbofobia²⁹, más específico y sensible con la discriminación múltiple: la que sufre por ser mujer y por ser lesbiana.

Con el tiempo, la tendencia ha sido la de ampliar el concepto. En la Resolución sobre la homofobia en Europa³⁰, ésta se define como «miedo y aversión irracionales a la homosexualidad y a la comunidad LGTB -lesbianas, gays, transexuales y bisexuales-, basada en prejuicios y comparable al racismo, la xenofobia, el antisemitismo y el sexismo»; una definición equiparable a la LGTBIfobia, término en el que se incluye, con carácter general, el rechazo a todas las identidades diversas.

Por su parte, la transfobia -considerada como una extensión de la homofobia³¹- se define como el rechazo que sufren las personas transexuales por transgredir el sistema sexo-género socialmente establecido. Algunos autores sitúan su origen en el sexismo oposicional³², esto es, la creencia de que masculino y femenino son categorías rígidas que se excluyen entre sí, con atributos diferenciados que impiden su solapamiento. Éste contrasta con el sexismo tradicional basado en la creencia en la superioridad de lo masculino.

Son algunas -las más comunes- de las fobias que sufren las minorías sexuales y que pueden materializarse en múltiples formas³³ de rechazo y discriminación: persecución, violencia física o psicológica, torturas, restricción de derechos o violencia verbal -la que

²⁶ Posteriormente acuñado por K.T. SMITH.

²⁷ George H. WEINBERG, *Society and the healthy homosexual*, Ed. St. Martin's Press, New York, 1972.

²⁸ *Guía de delitos de odio LGTBI*, Ed. Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación. Junta de Andalucía.

²⁹ Olga VIÑUALES, *Lesbofobia*, Ed. Bellaterra, 2002.

³⁰ Resolución del Parlamento Europeo sobre la homofobia en Europa, de 18 de enero de 2006.

³¹ El origen del rechazo se sitúa en el desafío a los roles del binarismo de género. Véase Jody NORTON, «Brain says you're a girl, but I think you're a sissy boy: Cultural Origins of Transphobia», en *Journal of Gay, Lesbian and Bisexual Identity*, vol. 2, 1997, pp. 139-164.

³² Julia SERANO, *Whipping girl. El sexismo y la demonización de la feminidad desde el punto de vista de una mujer trans*, Ed. Ménades, 2020.

³³ Resolución del Parlamento Europeo sobre la homofobia en Europa, de 18 de enero de 2006, *op. cit.*, Considerando B.

nos interesa-; agresiones discursivas que reproducen mitos o prejuicios intrínsecos en nuestro imaginario colectivo y que, en demasiadas ocasiones, van un paso más allá.

2. Herencia de mitos, desconocimiento y prejuicios en el ágora digital

«La homosexualidad no es algo natural»; «es una enfermedad y, con el tratamiento adecuado, se puede curar»; «ser transexual es equiparable a travestirse». Los ejemplos son muy numerosos: falsos mitos e ideas preconcebidas que se aceptan, sea por desconocimiento o porque se asientan sobre determinado postulado ideológico, en el marco del paradigma heteronormativo convencional. Es, en cualquier caso, un odio que viene de lejos y que, históricamente, se ha visto reforzado y justificado por el Derecho³⁴.

La homosexualidad ha sido una conducta prohibida y criminalizada prácticamente hasta mediados del siglo XX, fecha a partir de la cual comienza a invertirse la tendencia que nos lleva³⁵ a una etapa diametralmente opuesta, marcada por su reconocimiento, la equiparación de derechos y la protección jurídica de las mencionadas minorías sexuales³⁶. Eran, antes de este punto de inflexión, la influencia de la moral, los dogmas de la religión y la ciencia, los factores determinantes para justificar la represión. La medicina y los debates científicos contribuyeron, en la segunda mitad del XIX, a respaldar el estigma³⁷ con los datos y resultados de las últimas investigaciones. Así, los homosexuales fueron considerados enfermos mentales para quienes se proponían terapias como la esterilización o la castración³⁸. Una «conducta desviada» y una muestra de «debilidad» que hacía peligrar la preservación de la pureza de la raza aria. Con estos argumentos se justificó la estrategia nazi de persecución y exterminio de los homosexuales en Alemania³⁹.

En una etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial, comenzó tímidamente el paulatino proceso de despenalización en el continente europeo, en paralelo a la despatologización de estas conductas. Hasta la actualización de 1993, la homosexualidad fue considerada una enfermedad, catalogada como trastorno de conducta en la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y otros

³⁴ Irene SPIGNO, *op. cit.*, p. 188 y ss.

³⁵ En el mundo occidental.

³⁶ Sin embargo, a pesar de que los avances son notables, todavía son más de 70 los países del mundo que siguen penalizando las conductas homosexuales.

³⁷ Ambroise TARDIEU, *Etude médico-légale sur les attentats aux mœurs*, 1857.

³⁸ Michel FOUCAULT, *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2008.

³⁹ Andreas PRETZEL, «Inducción y complicidad en el asesinato de homosexuales. Delitos nazis de la justicia berlinesa», en *Orientaciones: revista de homosexualidades*, vol. 5, 2003, pp. 55-72.

Problemas de Salud de la OMS, a pesar de que, ya en 1973, había sido suprimida de la lista de trastornos en la sección «Desviaciones sexuales» de la segunda edición del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-II), de la Asociación Norteamericana de Psiquiatría. El hito, en el caso de la transexualidad, es llamativamente reciente: la Organización Mundial de la Salud excluyó la transexualidad de su lista de trastornos mentales de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) en julio de 2018, pasando a formar parte de un epígrafe denominado «Condiciones relativas a la salud sexual».

El camino hacia el cambio⁴⁰ de ciclo, que algunos autores califican de «revolucionario», ha sido -aún está siendo- «lento, pero constante»⁴¹. Es cierto que se ha superado casi de forma generalizada -salvo excepciones- la represión penal. Sin embargo, se mantiene latente un sentimiento de rechazo social, consecuencia de los siglos de estigmatización, que deriva, todavía en demasiadas ocasiones, en episodios de violencia y de odio. Cuando son las palabras -el uso de la retórica- las que dan vida a ese odio en forma de discurso dirigido a colectivos discriminados o vulnerables, conviene plantearse la pregunta de ¿hasta qué punto tiene cabida y en qué medida debe quedar protegido bajo el paraguas de la libertad de expresión?; ¿en qué casos y con qué criterios debe el discurso de odio limitar el ejercicio de este derecho fundamental?⁴²

La primera Miss España transgénero, Ángela Ponce -también fue la primera en competir por el título de Miss Universo- fue blanco de múltiples burlas y mensajes ofensivos en redes sociales, a pesar de ser considerada un referente y de la importancia de su gesta para la visibilidad del colectivo *trans*⁴³. Se han utilizado imágenes de su paso por el certamen para construir un *meme* referido al tamaño de sus genitales. Podríamos decir que lo preocupante y lo que debería centrar nuestra atención es el contenido de estos mensajes; podemos discutir -en función del caso concreto- acerca de si los consideramos discurso de odio o meros chistes; pero también es importante que prestemos atención, aunque sea de forma breve, a otro elemento de la comunicación

⁴⁰ Es interesante la reflexión de RODRÍGUEZ RUIZ sobre la evolución de la familia como modelo de organización social que, por extensión, podemos trasladar a la nueva visión aperturista respecto de las distintas categorías sexo-genéricas. Blanca RODRÍGUEZ RUIZ, «Matrimonio, género y familia en la Constitución Española: trascendiendo la familia nuclear», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, vol. 31, 2011, pp. 70-72.

⁴¹ Irene SPIGNO, *op. cit.*, p. 192.

⁴² Germán M. TERUEL LOZANO, «El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del convenio europeo», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 14, vol. 27, 2017, pp. 81-106.

⁴³ Sergio del AMO, «Los duros ataques a Ángela Ponce, la transexual española candidata a Miss Universo», en *El País*, 9 de noviembre, 2018.

que, en los tiempos actuales, resulta determinante: el canal; el soporte a través del cual se difunde ese contenido discriminatorio y, en ocasiones, de odio.

Sin ánimo de exhaustividad -consciente de la cantidad de contribuciones doctrinales que ya existen sobre los efectos de la comunicación digital- me permito simplemente apuntar aquellas características definitorias del nuevo marco tecnológico que, a la hora de aproximarnos a la libertad de expresión, nos imponen la obligación de reformular el marco normativo y los límites que aplicamos al ejercicio del derecho⁴⁴. Porque, si bien el discurso de odio es una cuestión eminentemente de contenido, -siendo esencial el elemento subjetivo y la intención de discriminar a cierto colectivo o grupo social- el tratamiento jurídico del derecho no puede ser el mismo cuando el soporte cambia; y más cuando utilizamos un canal tremendamente invasivo que sitúa al receptor en una posición especialmente vulnerable.

En la comunicación hay discurso; contenido; atribuciones de sentido, pero también otros elementos: actores, sujetos que participan en la comunicación y canales de transmisión de los que se desprenden unas consecuencias u otras. Internet; la comunicación en la era digital, trae consigo un nuevo modelo y paradigma de la comunicación en el que los contenidos adquieren una capacidad de difusión masiva⁴⁵ - los mensajes que se difunden a través de las redes sociales son potencialmente virales desde que se publican- gracias a la aparición de plataformas que facilitan el contacto virtual entre personas y el flujo de información.

Los contenidos llegan más lejos y con una pervivencia también mayor. Los mensajes que se propagan quedan almacenados en bases de datos y archivo digital de los servidores de forma permanente, salvo que actuemos en sentido contrario, y esto se torna especialmente peligroso cuando hablamos de discurso de odio o contenido discriminatorio que, en determinados casos, pueden incitar a la violencia. Contenidos en abierto y de acceso universal para todo aquel que disponga de la tecnología. Se puede participar, desde cualquier lugar del mundo, como emisor o como receptor de la información, desdibujándose la línea divisoria entre creadores y destinatarios de los mensajes.

Se abre el abanico en el ámbito subjetivo⁴⁶, en el que hasta ahora identificábamos como sujetos principales a los medios de comunicación convencionales, periodistas y

⁴⁴ Miryam RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, «El discurso de odio a través de Internet», en *Miguel Revenga Sanchez (dir.) Libertad de expresión y discursos del odio*, Ed. Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, 2015, p. 151.

⁴⁵ Sobre las posibilidades de Internet y las plataformas digitales de comunicación, véase Andrés BOIX PALOP, *op. cit.*, pp. 55-112.

⁴⁶ Puede encontrarse un estudio más detallado sobre el conjunto de los actores que operan en el ecosistema de la comunicación digital en una publicación reciente. Véase Ana GALDÁMEZ MORALES,

profesionales de la información, de un lado, y a los receptores de dicha información, lectores, oyentes o telespectadores, de otro. Un esquema clásico que se complica⁴⁷ con las nuevas plataformas y canales digitales de transmisión⁴⁸ -en el papel de la difusión de los contenidos-, así como los ciudadanos de a pie que actúan como emisores a través de sus perfiles en redes sociales.

La casuística es tan amplia que, siendo necesario analizar y resolver cada caso concreto en función de sus circunstancias particulares, resulta prácticamente imposible el establecimiento de una solución general para la ponderación constitucional de los casos de discurso de odio. No obstante, lo que sí podemos es extraer ciertas notas comunes y criterios estables, susceptibles de estandarización, a partir de los cuales tratar de configurar una respuesta jurídica -válida en el contexto europeo- para los casos de discurso de discurso homófobo y tránsfobo. Con este objetivo, se abordan, en los apartados que siguen, los principales instrumentos normativos que han tratado de definir el concepto, así como la jurisprudencia reciente en materia de odio por razón de la orientación sexual o la identidad de género.

III. PARADIGMA EUROPEO DEL DISCURSO DE ODIOS COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1. Concepto y criterios jurisprudenciales

Con frecuencia, empleamos la expresión 'discurso de odio' para calificar acciones o mensajes que -siendo reprobables, por su sentido discriminatorio u ofensivo-, responden a una naturaleza, cuanto menos, diversa. Hechos que, entre sí, tienen poco que ver, más allá de ser claro botón de muestra de la proyección del odio hacia un determinado grupo social. No en vano, el término ha servido para identificar conductas como la quema de cruces en los barrios de personas de raza negra⁴⁹, la distribución de panfletos de

«Derecho a la verdad y cánones de veracidad», en *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, vol. 69, núm. 2, 2021, p. 84.

⁴⁷ Jack M. BALKIN, «Free Speech is a Triangle», en *Columbia Law Review*, vol. 118, 2018, pp. 2011-2056.

⁴⁸ Plataformas; empresas tecnológicas con intereses y ánimo de lucro, a las que, sin embargo, se les confiere una creciente responsabilidad como «garantes interpuestos» en la gestión de los contenidos. Véase Miryam RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, «Las empresas tecnológicas en Internet como agentes de seguridad interpuestos», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, vol. 117, 2019, p. 98. En este sentido, COTINO HUESO, «Responsabilidad de intermediarios y prestadores de servicios de internet en Europa y Estados Unidos y su importancia para la libertad de expresión», en *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, vol. 17, 2017, pp. 1-32.

⁴⁹ Actos intimidatorios realizados por miembros del *Ku Klux Klan*, en Estados Unidos, en torno a 1866. KLANWATCH PROJECT, *Ku Klux Klan. A History of Racism and Violence*, Ed. Southern Poverty Law Center, Montgomery, Alabama, 2011, p. 46.

contenido homóforo en una escuela de secundaria⁵⁰, la negación del holocausto judío⁵¹ o la del exterminio del pueblo Tutsi en Ruanda⁵². Acotar una definición -ésta es una idea ampliamente compartida- no resulta, en absoluto, tarea sencilla.

Se trata de la traducción al castellano de la expresión anglófona *hate speech*, acuñada por el TS norteamericano y, desde allí, exportada al resto del mundo. En el ámbito del Consejo de Europa, la Recomendación n° 97 del Comité de Ministros a los Estados miembros, adoptada de 30 de octubre de 1997, incluye dentro de la categoría de discurso de odio:

[A] todas las formas de expresión que difunden, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio racial y de intolerancia, incluyendo: la intolerancia expresada a través de un nacionalismo agresivo y etnocéntrico, la discriminación y la hostilidad contra minorías, los inmigrantes y personas de origen inmigrante.

Parece que el elemento clave es la manifestación de un sentimiento de intolerancia y odio, con independencia de la forma que adopte el mensaje y de cuál sea el origen o el motivo de la discriminación⁵³ -racismo, xenofobia, antisemitismo, nacionalismo, etc.-. Es la definición que ha hecho suya el TEDH y que aplica, como límite válido al ejercicio de la libertad de expresión -sin olvidar que este derecho también ampara aquellas manifestaciones que «chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población»⁵⁴ - a través de dos vías de enjuiciamiento claramente diferenciadas⁵⁵:

⁵⁰ STEDH, de 9 de febrero de 2012, caso *Vejdeland y otros c. Suecia*. Más adelante abundaremos en los argumentos desarrollados por el Tribunal en este caso.

⁵¹ El negacionismo del Holocausto es el que, bajo una apariencia científica, niega abiertamente la existencia del Holocausto nazi o lo relativiza, reduciendo el número de víctimas del exterminio y minimizando su efecto. Fue Henry ROUSSO -véase *Le síndrome de Vichy* (1987)- el primero en utilizar este término para distinguirlo del revisionismo histórico, como forma de reinterpretar la historia a partir del análisis de nuevas fuentes. Pierre VIDAL-NAQUET, *Los asesinos de la memoria*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1994, citado por Germán M. TERUEL LOZANO, *La lucha del derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. Estudio constitucional de los límites penales a la libertad de expresión en un ordenamiento abierto y personalista*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

⁵² Véase Eric LAIR, «Reflexiones acerca del terror en los escenarios de guerra interna», en *Revista de Estudios Sociales*, vol. 15, 2003, pp. 88-108.

⁵³ Germán M. TERUEL LOZANO, «El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del convenio europeo», *op. cit.*, p. 86.

⁵⁴ STEDH, de 7 de diciembre de 1976, caso *Handyside c. Reino Unido*, *op. cit.*, § 49.

⁵⁵ Ana VALERO HEREDIA, *op. cit.*, p. 289.

En algunos casos, el Tribunal acude a la cláusula de abuso de derecho -art. 17 CEDH⁵⁶-, privando de protección a este tipo de discursos, sin entrar en el análisis de su contenido y de las circunstancias concretas del caso, cuando contravienen los principios y valores fundamentales del propio Convenio⁵⁷. Se pretende, de esta forma, la protección de la democracia y del orden constitucional surgido después de la Segunda Guerra Mundial⁵⁸. En otros casos, el Tribunal de Estrasburgo ha optado por la vía de la ponderación a la luz del art. 10 CEDH⁵⁹ -derecho a la libertad de expresión- en cuyo apartado segundo se contienen los motivos por los que, a través de una ley estatal, se puede limitar el ejercicio de este derecho; finalidades entre las que no se encuentran de forma expresa ni la homofobia, ni la transfobia. Esta ponderación responde -a grandes rasgos- a la concurrencia de tres criterios: a) la proporcionalidad de la injerencia en el derecho a la libertad de expresión respecto del fin legítimo que se persigue con su restricción; b) la previsión legal de dicha injerencia; y c) la necesidad de soportarla en el seno de una sociedad democrática. Con todo, a pesar de la existencia de este doble criterio, la tendencia actual es la de aplicar la segunda vía. La principal consecuencia, ligada al carácter necesariamente casuístico de la ponderación, es que se hace más difícil la tarea de alcanzar parámetros estables para el establecimiento de límites⁶⁰. La ponderación constitucional ofrece una solución aplicable al caso concreto, no una respuesta general a todos los conflictos.

Por otro lado, es importante diferenciar esta categoría de discurso de odio de aquellos mensajes que podrían calificarse como discurso odioso. Se trata de discursos que,

⁵⁶ Artículo 17. Prohibición del abuso de derecho: «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».

⁵⁷ STEDH, de 20 de octubre de 2015, caso *Dieudonné M'Bala M'Bala c. Francia*.

⁵⁸ Javier GARCÍA ROCA, «Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia (art. 17 CEDH)», en Javier GARCÍA ROCA y Pablo SANTOLAYA MACHETTI (eds.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 797-828.

⁵⁹ Artículo 10. Libertad de Expresión: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

⁶⁰ Ana VALERO HEREDIA, *op. cit.*, p. 288.

aunque puedan resultar molestos u ofensivos, no son lo suficientemente graves como para constituir un límite al ejercicio de la libertad de expresión, por tanto, están protegidos por este derecho. Y, aun siendo cierto que no podemos limitar o censurar estos contenidos mediante la represión, sí es posible -incluso diría que recomendable- explorar otro tipo de medidas preventivas destinadas a reducir el volumen general de odio en el contexto comunicativo. Volveremos sobre esta idea más adelante.

2. Discurso de odio por razón de la orientación sexual y la identidad de género: colectivos vulnerables

Los argumentos del TEDH han contribuido durante estos años a la tarea de delimitación de un concepto cuyo sentido se ha ido ampliando poco a poco. Así, en el Anexo a la Recomendación nº 5/2010, del Comité de Ministros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, se establece que:

Los Estados miembros tomarán las medidas apropiadas para combatir todas las formas de expresión, incluso en los medios de comunicación y en Internet, que puede ser razonablemente entendida como susceptible de provocar el efecto de incitar, difundir o promover el odio u otras formas de discriminación contra las personas lesbianas, gais, bisexuales y personas transgénero. Tal «discurso de odio» debería estar prohibido y desautorizado públicamente siempre que ocurra. Todas las medidas deben respetar el derecho fundamental a la libertad de expresión de conformidad con el artículo 10 del Convenio y la jurisprudencia del Tribunal (let. B, § 6).

De esta forma, se impone a los Estados la obligación «de adoptar medidas para sancionar cualquier forma de discurso de odio contra las minorías sexuales»⁶¹. Un enfoque recientemente trasladado a la definición que se recoge en la Recomendación General nº 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso de odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, adoptada el 8 de diciembre de 2015, que considera discurso de odio:

El uso de una o más formas de expresión específicas -por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, *difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas* y la justificación de esas manifestaciones- basada en una lista no

⁶¹ Irene SPIGNO, *op. cit.*, p. 196.

exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico, al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, *sexo, género, identidad de género y orientación sexual*.

Se incluye -esta vez sí- la referencia explícita al «sexo, género, identidad de género y orientación sexual» entre las posibles causas. Una definición, además, estrechamente vinculada a otro concepto de especial relevancia, construido a partir de factores históricos, institucionales o sociales⁶²: la vulnerabilidad-. Para el TEDH, es grupo vulnerable:

[Toda] minoría o grupo que sufra una opresión o una desigualdad histórica, o que se enfrenta a prejuicios profundamente arraigados, hostilidad y discriminación, o que es vulnerable por alguna otra razón y, por lo tanto, *pueda requerir una mayor protección contra los ataques cometidos mediante insultos, la ridiculización o la calumnia*⁶³.

Esta necesidad de mayor protección es el principal argumento esgrimido para justificar que, cuando el mensaje de odio se dirige a uno de estos grupos o colectivos a los que el TEDH atribuye el calificativo de «vulnerable», la tendencia instalada es la de restringir el derecho a la libertad de expresión, aunque dicho mensaje -tratándose de una ofensa que pueda incitar al odio y a la discriminación- no suponga una incitación clara a cometer actos de violencia:

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* [...] 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 población⁶⁴.

⁶² Miguel PRESNO LINERA, «El discurso del odio contra las minorías sexuales: respuestas penales y administrativas en España», en Francisco Javier Matía, Ascensión Elvira *et al.* (eds.), *La protección de los derechos fundamentales de personas LGTBI*, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, p. 285.

⁶³ STEDH, de 28 de agosto de 2018, caso *Savva Terentyev c. Rusia*, § 76. Así mismo, véase STEDH, de 10 de julio de 2008, caso *Soulas y otros c. Francia*.

⁶⁴ Entre otras, STEDH, de 16 de julio de 2009, caso *Féret c. Bélgica* y STEDH, de 9 de febrero de 2012, caso *Vejdeland y otros c. Suecia*. Este último caso se analiza con detenimiento en el siguiente epígrafe.

La Corte de Estrasburgo se aleja, al menos en este punto, del modo en que habitualmente se enfrenta a este tipo de casos el Tribunal Supremo norteamericano⁶⁵. El TEDH se decanta por la restricción de los discursos de odio, en línea con una interpretación sistemática de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Y es que, si bien este texto reconoce en su artículo 19 que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión y opinión, ya sabemos que no está exento de límites; entre otros: el reconocimiento de la dignidad humana⁶⁶; la garantía del goce igualitario de los derechos y libertades, sin distinción alguna de raza, color o sexo⁶⁷; la protección contra la discriminación y contra la incitación a la discriminación⁶⁸; así como la existencia de deberes -el respeto a los derechos de los demás- consustanciales a los derechos⁶⁹.

Conviene, antes de continuar, un breve apunte con el fin de dejar clara la diferencia entre el discurso de odio y los delitos de odio. Si bien es cierto que una parte de la doctrina sitúa al *hate speech* dentro de una tipología concreta de estos delitos, como es la incitación al odio⁷⁰, otros autores insisten en la importancia de la distinción⁷¹, teniendo en cuenta el bien jurídico a proteger en uno y otro caso: la restricción penal, entendida como *última ratio*, solo es posible si oponemos un bien jurídico penal que pueda verse lesionado por el ejercicio abusivo de la libertad de expresión.

⁶⁵ En la sentencia 562 U.S. 443 (2011), por la que se resuelve el caso *Snyder vs. Phelps*, se protegen bajo el paraguas de la Primera Enmienda los mensajes y arengas contra la homosexualidad emitidos durante el funeral de un marine fallecido en la guerra de Irak.

⁶⁶ Art. 1 DUDH: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros».

⁶⁷ Art. 2 DUDH: «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía».

⁶⁸ Art. 7 DUDH: «Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación».

⁶⁹ Art. 29 DUDH: «1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que solo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. 3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas».

⁷⁰ Carmen QUESADA ALCALÁ, «La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 30, 2015, p. 2.

⁷¹ Véase, en este sentido, Fernando REY MARTÍNEZ, «Discurso del odio y racismo líquido», en Miguel REVENGA SÁNCHEZ (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Ed. Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, 2015, pp. 51-88.

Por motivos de espacio, el enfoque elegido en el presente trabajo se circunscribe al primer concepto, aunque necesariamente complementado con algunos elementos derivados del derecho penal. Los delitos de odio basados en la orientación sexual o la identidad de género serán mencionados tangencialmente, aunque no desarrollados en profundidad, en las páginas que siguen, en la medida en que son objeto de análisis en las sentencias seleccionadas: casos recientes en los que el TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse de manera específica sobre el discurso de odio contra las minorías sexuales.

IV. DISCURSO DE ODIOS CONTRA LAS MINORÍAS SEXUALES EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TEDH

Como es sabido, la alegoría del *free market of ideas* fue formulada en el célebre voto disidente del juez Oliver Wendell Holmes en el asunto *Abrams v. United States*⁷², resuelto por el Tribunal Supremo norteamericano en el año 1919, y todavía hoy se reconoce como uno de los argumentos que sirven para justificar el lugar preferente que ocupa el derecho a la libertad de expresión. El concepto de *hate speech* nace como reacción frente a una corriente propicia para la vorágine de feroces mensajes sin límite ni control; un término posteriormente importado a través del océano para aplicarse en Europa, aunque con un sentido distinto -más amplio-, subsumiendo dentro del mismo cualquier incitación a la discriminación con independencia de que obedezca a consideraciones raciales, religiosas o de orientación sexual⁷³.

Hay ciertos mensajes que no tienen cabida en el paradigma europeo de la libertad de expresión. Ya se ha mencionado: en conflicto con la dignidad, la balanza de equilibrio imposible tiende a inclinarse del lado de este derecho, protegiendo a las personas y grupos -especialmente a los considerados vulnerables-, así como los pilares y principios sobre los que se asienta la democracia. Así ha sido en las dos ocasiones en las que el

⁷² «La persecución por la expresión de opiniones me parece perfectamente lógica. Si uno tiene dudas acerca de sus opiniones o de su poder y si desea un resultado con todo su corazón, uno naturalmente expresa sus deseos en la ley y barre toda oposición... pero cuando los hombres se den cuenta de que el transcurso del tiempo ha desvirtuado muchas convicciones profundas, podrán terminar creyendo... que el fin último deseado es mejor alcanzarlo por el libre intercambio de las ideas, que el mejor test de la verdad es el poder que tiene el pensamiento de terminar siendo aceptado en la competencia del mercado y que la verdad es la sola base sobre la cual sus deseos pueden ser conseguidos sin riesgo. [...] Mientras este experimento forme parte de nuestro sistema, creo que debemos estar siempre vigilantes contra los intentos de impedir las expresiones que aborrecemos... Sólo la emergencia que hace inmediatamente peligroso dejar la corrección de los malos consejos al tiempo, justifica hacer una excepción al mandato de que “el congreso no hará ninguna ley que restrinja la libertad de expresión”». (Extracto traducido por Carmen QUESADA ALCALÁ).

⁷³ WALDROM considera que el discurso del odio es un atentado contra la dignidad de los miembros de las colectividades difamadas, quienes se ven privados de su derecho a ser individuos aptos para la vida en sociedad. Jeremy WALDROM, *op. cit.*, p. 16.

TEDH ha tenido la oportunidad de enfrentarse al discurso homófobo o transfobo. Lo hizo en el año 2012, en el caso -ya comentado y estudiado por la doctrina- *Vejdeland y otros c. Suecia* y más recientemente, en 2020, con motivo del caso *Beizaras y Levickas c. Lituania*. Merece la pena, en cualquier caso, repasar el detalle de ambas sentencias con el objetivo de analizar la evolución de los argumentos y extraer los criterios comunes que nos permitan aproximarnos a una posible respuesta europea al discurso de odio por razón de la orientación sexual o la identidad de género.

1. STEDH, de 9 de febrero de 2012, caso *Vejdeland y otros c. Suecia*

Se trata del primer pronunciamiento del TEDH sobre un caso de discurso de odio por esta causa. Los recurrentes habían sido condenados -delito de incitación al odio y a la violencia contra los homosexuales, tipificado en el art. 8 del Código Penal sueco- por la distribución de panfletos homófobos en una escuela de secundaria.

En los folletos⁷⁴ -en torno a un centenar- repartidos encima o dentro de las taquillas y casilleros de los estudiantes, se afirmaba que «la homosexualidad es una inclinación sexual desviada»; «una de las principales causas de contagio del VIH y de otras enfermedades de transmisión sexual», con un «efecto moral destructivo para la esencia de la sociedad sueca». Se acusaba, además, al conjunto de los maestros y profesores del país, de ser excesivamente tolerantes con este tipo de conductas, en lugar de cumplir con su deber: advertir a los estudiantes de sus riesgos y consecuencias. A lo que añadían que «las organizaciones homosexuales están tratando de minimizar la importancia de la pedofilia y solicitan que su desviación sexual sea legalizada».

El TEDH consideró que, si bien tales afirmaciones no suponen una incitación directa a la violencia contra los homosexuales, sí constituyen una ofensa que puede incitar al odio, lo cual «no necesariamente entraña la llamada a un acto de violencia, u otros delitos»⁷⁵. En este sentido, «los 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»⁷⁶. Un argumento previamente utilizado en conflictos sobre xenofobia y odio racial⁷⁷, trasladado al presente caso para equiparar el tratamiento jurídico de la orientación sexual al resto de causas del discurso extremo: «la

⁷⁴ Elaborados por una organización llamada National Youth.

⁷⁵ STEDH, de 9 de febrero de 2012, caso *Vejdeland y otros c. Suecia*, *op. cit.*, § 54.

⁷⁶ *Ibid.*, § 55.

⁷⁷ Entre otros, caso *Féret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009.

discriminación basada en la orientación sexual es de igual gravedad que aquella que se basa en la raza, el origen o el color».

El Tribunal se decanta en este caso por aplicar el test de ponderación, a la luz del art. 10 CEDH, considerando proporcionada la injerencia -legalmente prevista- en el derecho a la libertad de expresión de los demandantes, respecto del fin legítimo perseguido (la protección de los homosexuales), así como necesaria en el seno de una sociedad democrática. Para ello se tienen en cuenta algunas cuestiones previamente analizadas por el Tribunal Supremo sueco, tales como: a) el hecho de que el reparto tuviera lugar en una escuela para cuyo acceso carecían de autorización; b) la distribución de los panfletos en las taquillas de los estudiantes implica que estos reciben la información sin haber tenido posibilidad de oponerse o de rechazarla; y c) los potenciales destinatarios de la información eran menores de edad, «más proclives a ser influenciados»⁷⁸.

El TEDH se aparta en este caso del criterio de la incitación directa a la violencia -lo cual fue considerado como un avance- al tratarse de discurso discriminatorio dirigido a un grupo vulnerable y minoritario. Sin embargo, a pesar de lo anterior, la sentencia recibió numerosas críticas y fue calificada de «oportunidad perdida»⁷⁹. Así lo afirmaron los jueces Yudkivska y Villiger en su voto concurrente, lamentando que la Corte de Estrasburgo desaprovechase la ocasión para «consolidar una respuesta frente al discurso de odio contra los homosexuales»⁸⁰, en la que ésta se desvincule -añadiendo al conjunto de las minorías sexuales- del resto de causas de discriminación.

2. STEDH, de 14 de enero de 2020, caso *Beizaras y Levickas c. Lituania*

Especialmente relevante resulta esta reciente sentencia, no solo por el criterio temporal, sino porque es la primera vez en que el TEDH se enfrenta a un caso de discurso de odio homóforo en Internet. Sucedió en 2014: la fotografía que inmortalizaba el beso de una pareja gay desató el aluvión de comentarios. Habían publicado la instantánea en Facebook -accesible al público en general- con el objetivo de anunciar el comienzo de su relación y recibieron más de ochocientos mensajes, muchos de ellos de contenido notoriamente discriminatorio: «Voy a vomitar -deberían castrarlos o quemarlos; curaos, zopencos- eso es lo que digo»; «Si nacisteis pervertidos y tenéis este trastorno, id y esconderos en sótanos y haced lo que queráis allí, maricones. Sin embargo, no arruinareis nuestra bonita sociedad, labrada por mi madre y por mi padre, en la que los hombres besan a las mujeres y no se restringen las pollas. Espero de verdad que

⁷⁸ Miguel PRESNO LINERA, *op. cit.*, p. 291.

⁷⁹ Irene SPIGNO, *op. cit.*, p. 198. Octavio SALAZAR BENÍTEZ y Luca GIACOMELLI, *op. cit.*, p. 153.

⁸⁰ Miguel PRESNO LINERA, *op. cit.*, p. 291.

mientras vayáis andando por la calle, a uno de vosotros le revienta la cabeza y le salte el cerebro»; «estos maricones me han jodido el almuerzo; si me dejaran, les dispararía a cada uno de ellos»; «¡¡¡¡¡Escoria!!!! A la cámara de gas con los dos»; «jodidos maricones, arded en el infierno, basura»; «A la hoguera con esos maricones...»; «¡Maricones ¡A la hoguera con esas zorras!»⁸¹.

En la fase de instrucción interna, estos comentarios no fueron debidamente investigados por las autoridades públicas lituanas -Fiscalía y tribunales nacionales- que rechazaron iniciar una investigación prejudicial. Los demandantes sostienen que el motivo de esta negativa fue, precisamente, su orientación sexual. De hecho, como señaló el Tribunal regional de Klaipėda, su exhibición pública «fue un intento de irritar o escandalizar deliberadamente a sujetos con diferentes opiniones o de alentar la publicación de comentarios negativos»⁸². El Gobierno lituano justificó en su escrito la actuación de los tribunales -a pesar de que el art. 170 del Código Penal tipifica como delito la realización de «declaraciones dirigidas a un grupo amplio e ilimitado de personas con intención de incitarlas contra otro grupo de personas pertenecientes a un colectivo caracterizado por su orientación sexual»⁸³- y aseguró que, con su «comportamiento excéntrico», «la intención de la pareja no había sido la de anunciar el comienzo de su relación, [...] sino desencadenar un debate público sobre los derechos del colectivo LGBT en Lituania»⁸⁴.

Ante estos hechos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condena al Estado de Lituania por incumplimiento de la obligación de investigar casos de posible discriminación -la cual se extiende a las cuestiones relativas a orientación sexual e identidad de género⁸⁵- en virtud del art. 13 del Convenio. Considera que «uno de los motivos para rechazar la incoación de las diligencias previas fue la desaprobación por parte de los tribunales de la demostración pública de la orientación sexual» de los demandantes⁸⁶, a pesar de «las obligaciones positivas que pesan sobre el Estado, inherentes al derecho al respeto efectivo a la vida privada derivado del art. 8 CEDH»⁸⁷.

En relación con el potencial viral de los contenidos, sostiene el Tribunal que, «a la luz de su accesibilidad y su capacidad para almacenar y comunicar enormes cantidades de

⁸¹ STEDH, de 14 de enero de 2020, caso *Beizaras y Levickas c. Lituania*, § 10.

⁸² *Ibid.*, § 23.

⁸³ *Ibid.*, § 98.

⁸⁴ *Ibid.*, § 92.

⁸⁵ Véanse STEDH, de 21 diciembre 1999, caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, § 28; y STEDH, de 30 de noviembre de 2010, caso *P. V. c. España*, § 30.

⁸⁶ STEDH, de 14 de enero de 2020, caso *Beizaras y Levickas c. Lituania*, *op. cit.*, § 121.

⁸⁷ *Ibid.*, § 110.

información, Internet desempeña una importante función en mejorar el acceso del público» a unos contenidos con importante repercusión⁸⁸. En consecuencia, «la publicación de un único comentario de odio, por no hablar de que dichas personas deberían ser «asesinadas», en la página de Facebook del primer demandante, era suficiente para ser tomado con la debida seriedad»⁸⁹. Así, concluye el Tribunal:

[...] los comentarios de odio con palmarios llamamientos a la violencia por parte de particulares y dirigidos contra los demandantes y la comunidad homosexual en general fueron instigados por una actitud intolerante contra dicho colectivo.

Y, en segundo lugar:

[...] la propia mentalidad discriminatoria conformó la base con arreglo a la cual las autoridades públicas competentes omitieron cumplir con su obligación positiva de investigar de una manera efectiva si dichos comentarios relativos a la orientación sexual de los demandantes constituían una incitación al odio y la violencia, lo que confirmó que, al rebajar el peligro de dichos comentarios, las autoridades al menos los toleraron⁹⁰.

El Tribunal considera probado que los demandantes sufrieron una discriminación -en forma de comentarios de odio y negación de una vía nacional de recurso efectiva- basada en su orientación sexual.

V. UNA REFLEXIÓN FINAL, ENTRE RETOS Y OPORTUNIDADES

Con una primera observación semántica nos damos cuenta de que encierra una dicotomía; conjuga dos conceptos antagónicos. Por un lado, la idea de discurso -el proceso de construcción discursiva implica, necesariamente, un procedimiento racional y lógico de atribuciones de sentido- cuya naturaleza nace esencialmente de la razón, como elemento contrapuesto a la irracionalidad que subyace a todo sentimiento de odio; algo que no podemos explicar de forma lógica y que, en principio, casa mal con la idea de discurso. El odio tiene origen en lo más profundo del sujeto, sin necesidad de ninguna clase de razón o revestimiento que lo justifique.

Pareciera como si, mediante una estructura de contrarios, se nos quisiera transmitir que el odio puede ser razonado; que es posible una versión atractiva del odio a partir de la estrategia verbal del intolerante. Sin embargo, en palabras de la filósofa Adela Cortina,

⁸⁸ STEDH, de 2 de febrero de 2016, caso *Magyar*, § 56.

⁸⁹ STEDH, de 14 de enero de 2020, caso *Beizaras y Levickas c. Lituania*, *op. cit.*, § 127.

⁹⁰ *Ibid.*, § 129.

«quien emite discurso de odio está convencido de que, de partida, existe una relación de desigualdad estructural respecto del colectivo que soporta el discurso y, no podemos afirmar que vivamos en una democracia auténtica, si la relación de los individuos es de desigualdad estructural»⁹¹.

Partimos del hecho de que «las opiniones no son inocuas»⁹²; calan empapando el traje que viste la sociedad, por mucho que ésta pretenda cubrirse con el mejor de los impermeables. El debate es una formidable herramienta para el desarrollo de una sociedad democrática, pues solo desde el disenso y la confrontación dialéctica se hace posible su esencial función conformadora de la opinión pública. Como ha reiterado el TEDH en numerosos pronunciamientos, «la libertad de expresión es aplicable no solo a la información o las ideas favorablemente recibidas, sino también a aquellas que ofenden, escandalizan o trastornan»⁹³. Por ello, «es precisamente cuando se presentan ideas que se enfrentan, chocan o rechazan el orden establecido, cuando la libertad de expresión es más preciosa»⁹⁴. En este sentido, el espacio que requiere el discurso para su eficaz difusión, debe ser más amplio cuanto más se aproxime a la deliberación política -ideológica- en sentido estricto. Resulta innegable, asumiendo esta premisa que, en el contexto de la comunicación digital, aumentan los riesgos de que ciertos mensajes provoquen una inevitable desestabilización social, especialmente cuando su contenido afecta a aquellos que consideramos vulnerables⁹⁵.

La generalización de las plataformas electrónicas, como motor de la comunicación interpersonal y de la inclusión de cualquier ciudadano con acceso a las nuevas tecnologías en el debate público, trae consigo una evidente ampliación de los espacios comunicativos, que crecen al mismo tiempo que se van limitando las parcelas de privacidad, cada día más reducidas⁹⁶. Así, el uso de un teléfono móvil, pone a nuestro alcance posibilidades insospechadas hace tan solo unos años: podemos transmitir y recibir información casi desde cualquier punto del planeta; ideas y opiniones que vuelan a gran velocidad para llegar a cualquier persona con solo pulsar un botón. Pero esta capacidad no está exenta de riesgos; y es que, determinados comentarios que

⁹¹ Véase Adela CORTINA (Prólogo) en Víctor J. VÁZQUEZ ALONSO y Lucía ALONSO SANZ, *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, Ed. Athenaica, 2017.

⁹² Rafael ALCÁCER GUIRAO, «Discurso del odio y discurso político», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 2, vol. 14, 2012, p. 28.

⁹³ STEDH, de 14 de enero de 2020, caso *Beizaras y Levickas c. Lituania*, *op. cit.*, § 91.

⁹⁴ STEDH, de 15 de marzo de 2011, caso *Otegi Mondragón c. España*.

⁹⁵ Miryam RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, «El discurso de odio a través de Internet», *op. cit.*, p. 156.

⁹⁶ Entre las consecuencias de esta transformación: el enriquecimiento del pluralismo, y el aumento de las posibilidades de recibir información y ser miembro activo de la comunidad política. Véase Andrés BOIX PALOP, *op. cit.*, pp. 55-57.

históricamente quedaban en un ámbito restringido, tienen ahora un alcance mucho mayor.

Este escenario nos enfrenta a la disyuntiva entre el libre intercambio de ideas, con independencia de su contenido -dejando que sea la conciencia crítica de los ciudadanos la herramienta que neutralice los mensajes xenófobos o discriminatorios- y la alternativa de la restricción, teniendo en cuenta que la impregnación social que provocan determinados mensajes racistas, xenófobos o discriminatorios puede silenciar el discurso de defensa de aquellas minorías cuyos contornos tienden a difuminarse. Es la postura que defiende Owen Fiss cuando justifica el límite a la libertad de expresión con el fin de proteger la propia libertad de expresión porque, en determinadas ocasiones, «debemos aminorar las voces de algunos para poder escuchar la voz de los demás»⁹⁷.

Cuando lanzamos un comentario a través de las redes sociales, sabemos de la magnitud de su alcance -en una triple dimensión: física; temporal y subjetiva-, así como de su efecto. Los mensajes llegan más lejos, por más tiempo, a un mayor número de personas, y con un impacto también mayor⁹⁸. En la jurisprudencia analizada, el Tribunal de Estrasburgo afirma que, «a la luz de su accesibilidad y de su capacidad para almacenar y comunicar enormes cantidades de información, Internet desempeña un importante papel en la mejora del acceso del público» a contenidos con gran repercusión⁹⁹. En este sentido, el potencial viral de cada *twit* justifica que -cuando nos enfrentemos a un caso de discurso de odio contra las minorías sexuales o, con carácter general, contra cualquier grupo vulnerable- podamos acudir a la aplicación analógica del mismo tratamiento jurídico que el Tribunal Constitucional español atribuye a los titulares de la información, en el contexto de la prensa escrita. Se justifica por su mayor difusión y capacidad de impacto, pues «sus lectores son mucho más numerosos e impresionables que los del cuerpo de la noticia». Esto mismo sucede en el universo de Twitter: sede de mensajes cortos y con elevado impacto, que se propagan a gran velocidad y que, a menudo, se ven acompañados de imágenes y de contenido audiovisual.

Pero esto es algo que puede utilizarse también en sentido positivo; como una oportunidad para dibujar esa silueta difusa de quienes necesitan visibilidad. No en vano, «Internet no es solamente un medio efectivo para preservar y promover principios democráticos. Es, además, una poderosa herramienta capaz de minarlos». En la reflexión de Cass Sunstein encontramos las dos caras de la moneda: la red como vehículo transmisor de aquellos contenidos que perpetúan estereotipos y que

⁹⁷ Sobre el efecto silenciador del discurso del odio. Owen M. Fiss, *The irony of free speech*, Ed. Harvard University Press, London, 2ª Ed., 1996, pp. 28-30.

⁹⁸ Abordado con más detalle en Ana GALDÁMEZ MORALES, *op. cit.*, pp. 82-85.

⁹⁹ STEDH, de 2 de febrero de 2016, caso *Magyar*, § 56.

discriminan y, al mismo tiempo, como instrumento capaz de todo lo contrario; de promover la tolerancia y los valores superiores que merecen ser protegidos, como la dignidad.

La noción de dignidad, tradicionalmente vinculada a valores o derechos como la igualdad de trato, la no discriminación o el reconocimiento social, opera ante el conflicto que se plantea por oposición con la libertad de expresión -en el marco del discurso de odio- como argumento a favor a la legítima restricción de aquella. Así lo afirma, como se ha visto, el TEDH en su jurisprudencia y, en la misma línea, el TC español:

[...] ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social¹⁰⁰.

Es un equilibrio complejo. Bajo el paraguas de la libertad de expresión no pueden hallar cobijo los mensajes de odio que promueven intolerancia y rechazo hacia homosexuales, transexuales y otras identidades sexo-genéricas. La protección de las minorías sexuales, colectivos vulnerables y sectores excluidos o invisibilizados por la sociedad, justifica la imposición de límites al ejercicio de este derecho cuando se traduce en violencia por razón, sencillamente, de la orientación sexual o la identidad de género. Porque, aunque las declaraciones no supongan una incitación directa a la violencia, «pueden constituir una ofensa que puede incitar al odio» hacia estos colectivos. Este argumento sirve al TEDH para equiparar el tratamiento que ya venía aplicando a los conflictos relacionados con la xenofobia y el odio racial al de la orientación sexual como causa de discurso extremo¹⁰¹.

Con todo, el discurso de odio únicamente opera como límite en caso de que exista una ofensa o bien jurídico a proteger, «sin que la pura defensa de una idea pueda considerarse como tal»¹⁰². Asimismo, a pesar de que el carácter necesariamente casuístico de la ponderación constitucional dificulta la tarea de alcanzar parámetros generales para el establecimiento de límites, no debemos desatender la oportunidad de

¹⁰⁰ STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8.

¹⁰¹ STEDH, de 9 de febrero de 2012, caso *Vejdeland y otros c. Suecia*, *op. cit.*, § 54.

¹⁰² Germán M. TERUEL LOZANO, «Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 114, 2018, p. 13.

construir, sobre la base de esa necesidad de mayor protección de estos colectivos a los que el TEDH atribuye el calificativo de «vulnerables», una categoría específica de discurso de odio contra las minorías sexuales. Ello contribuiría, sin duda, a consolidar una incipiente tendencia jurisprudencial cuyos efectos se trasladarían a la sociedad. Junto a esto, la otra vía de respuesta que sigue siendo necesario explorar: el desarrollo de medidas preventivas como la educación, la promoción de un discurso inclusivo -desde las instituciones públicas y privadas-, políticas proactivas y pedagógicas para combatir el discurso de odio, en el origen. La agresiones concretas pueden -conforme a la adecuada ponderación- ser expulsadas del debate, sin que esto nos lleve a una inercia restrictiva como respuesta a este tipo de discursos -igualmente preocupante¹⁰³- que nos haga olvidar la posición central que ocupa el derecho a la libertad de expresión en una sociedad democrática.

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, R., «Discurso del odio y discurso político», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 2, vol. 14, 2012, pp. 1-32.

ALISES, C., *Guía de delitos de odio LGTBI*, 2ª Ed. Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación. Junta de Andalucía, 2020.

TARDIEU, A., *Etude médico-légale sur les attentats aux mœurs*, 1857.

AMO, S. del, «Los duros ataques a Ángela Ponce, la transexual española candidata a Miss Universo», en *El País*, 9 de noviembre, 2018.

PRETZEL, A., «Inducción y complicidad en el asesinato de homosexuales. Delitos nazis de la justicia berlinesa», en *Orientaciones: revista de homosexualidades*, vol. 5, 2003, pp. 55-72.

BALKIN, J. M., «Free Speech is a Triangle», en *Columbia Law Review*, vol. 118, 2018, pp. 2011-2056.

BOIX PALOP, A., «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 173, 2016, pp. 55-112.

COTINO HUESO, L., «Responsabilidad de intermediarios y prestadores de servicios de internet en Europa y Estados Unidos y su importancia para la libertad de expresión», en *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, vol. 17, 2017, pp. 1-32.

DONOSO, J., *El lugar sin límites*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2010.

DWORKIN, R., *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, OUP Oxford, 1996.

FEINBERG, L., *Stone Butch Blues*, Alyson, New York, 2003.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 15.

FISS, O. M., *The irony of free speech*, Harvard University Press, London, 2ª Ed., 1996.

FOUCAULT, M., *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2008.

GALDÁMEZ MORALES, A., «Derecho a la verdad y cánones de veracidad», en *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, vol. 69, núm. 2, 2021, pp. 77-110.

GARCÍA ROCA, J., «Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia (art. 17 CEDH)», en Javier GARCÍA ROCA y Pablo SANTOLAYA MACHETTI (eds.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 797-828.

SERANO, J., *Whipping girl. El sexismo y la demonización de la feminidad desde el punto de vista de una mujer trans*, Ed. Ménades, 2020.

KLANWATCH PROJECT, *Ku Klux Klan. A History of Racism and Violence*, Southern Poverty Law Center, Montgomery, Alabama, 2011.

LAIR, E., «Reflexiones acerca del terror en los escenarios de guerra interna», en *Revista de Estudios Sociales*, vol. 15, 2003, pp. 88-108.

LOCKE, J., *Carta sobre la tolerancia*, Tecnos, 1689.

_____, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Espasa Calpe, Madrid, 1991.

MILL, J. S., *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1984.

NORTON, J., «Brain says you're a girl, but I think you're a sissy boy: Cultural Origins of Transphobia», en *Journal of Gay, Lesbian and Bisexual Identity*, vol. 2, 1997, pp. 139-164.

POPPER, K., *The open society and its enemies*, Routledge, Londres y Nueva York, 2011.

PRESNO LINERA, M., «El discurso del odio contra las minorías sexuales: respuestas penales y administrativas en España», en Francisco Javier MATÍA PORTILLA, Ascensión ELVIRA PERALES *et al.* (eds.), *La protección de los derechos fundamentales de personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 279-311.

QUESADA ALCALÁ, C., «La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 30, 2015, pp. 1-33.

RAWLS, J., *Justicia como equidad: Materiales para una teoría de la justicia*, Tecnos, 2002.

_____, *Sobre las libertades*, Paidós, 1996.

_____, *Teoría de la justicia* (ed. María Dolores González), Fondo de Cultura Económica, 1979.

REY MARTÍNEZ, F., «Discurso del odio y racismo líquido», en Miguel REVENGA SÁNCHEZ (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, 2015, pp. 51-88.

RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., «El discurso de odio a través de Internet», en Miguel REVENGA SÁNCHEZ (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, 2015, pp. 149-186.

_____, «Las empresas tecnológicas en Internet como agentes de seguridad interpuestos», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, vol. 117, 2019, pp. 77-100.

RODRÍGUEZ LORENZO, P., «Subjetividad identitaria y su relación con el cuerpo trans: ensayo interpretativo en YouTube y Twitter», en Eva HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, José Manuel LÓPEZ AGULLÓ PÉREZ CABALLERO *et al.* (eds.), *Construcciones culturales y políticas del género*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 136-153.

RODRÍGUEZ RUIZ, B., «Género en el discurso constitucional del aborto», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 156, 2012, pp. 49-83.

_____, «Matrimonio, género y familia en la Constitución Española: trascendiendo la familia nuclear», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, vol. 31, 2011, pp. 69-102.

SALAZAR BENÍTEZ, O. y GIACOMELLI, L., «Homofobia, Derecho penal y libertad de expresión: un estudio comparado de los ordenamientos italiano y español», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, vol. 26, 2016, pp. 125-164.

SPIGNO, I., «Homofobia y transfobia: los discursos de odio contra las "minorías sexuales" en el ágora europea», en Lucía ALONSO SANZ y Víctor J. VÁZQUEZ ALONSO (eds.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, 2017, pp. 177-201.

TERUEL LOZANO, G. M., «Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 114, 2018, pp. 13-45.

_____, «El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del convenio europeo», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 14, vol. 27, 2017, pp. 81-106.

_____, *La lucha del derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. Estudio constitucional de los límites penales a la libertad de expresión en un ordenamiento abierto y personalista*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

VALERO HEREDIA, A., «Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 110, 2017, pp. 283-312.

VÁZQUEZ ALONSO, V. J. y ALONSO SANZ, L., *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, Athenaica, 2017.

VÁZQUEZ GARCÍA, R. y SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, M., «Antropo (andro) centrismo y especie. Ideología y naturalización del especismo en tiempos liberales», en *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, vol. 12, 2017, pp. 26-38.

VIDAL-NAQUET, P., *Los asesinos de la memoria*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1994.

VIÑUALES, O., *Lesbofobia*, Bellaterra, 2002.

WALDROM, J., *The harm in hate speech*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2012.

WEBER, A., *Manual on hate speech*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2009.

WEINBERG, G. H., *Society and the healthy homosexual*, St. Martin's Press, New York, 1972.