

Título: El discurso del odio: mecanismos legales de protección y regulación a nivel europeo

Resumen:

El presente trabajo ofrece un estudio jurídico-penal minucioso del discurso del odio y su relación con el derecho a la libertad de expresión, desde una perspectiva tanto nacional como internacional se identifican los mecanismos legales que han sido creados para resolver estas situaciones, así como la evolución jurisprudencial y legislativa sufrida a largo de los últimos años, incluyéndose la nueva redacción dada al artículo 510 CP por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de Marzo.

Palabras clave: jurídico-penal, discurso de odio, libertad de expresión, mecanismos legales, jurisprudencial, ley orgánica.

Title: The hate speech: legal mechanisms of protection and regulation in an European level.

Abstract:

The present work offers a thorough penal and legal study of the hate speech and its relation to the right to freedom of speech. From both international and national perspectives, it aims to identify the legal mechanisms created to solve these situations, as well as the jurisprudential and legislative evolution throughout the past years, including the new writing given to the article 510CP by the Organic Law 1/2015, May 30th.

Key words: penal, legal, hate speech, freedom of speech, legal mechanisms, jurisprudential, organic law

ÍNDICE

ANEXO ABREVIATURAS.....	5
1. INTRODUCCIÓN	7
2. NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN ANTE EL DISCURSO DEL ODIO.....	9
3. EL DISCURSO ODIO SEGÚN EL TEDH.....	11
4. LEGISLACIÓN UNIÓN EUROPEA: DECISION MARCO 2008/913/JAI	16
5. LAS LIBERTADES CONSTITUCIONALES EN RELACION AL DISCURSO DEL ODIO.....	21
5.1 ARTICULOS 14 y 9.2 CE. IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACION	21
5.2 DIGNIDAD PERSONA	22
5.3 LIBERTAD EXPRESION -ARTÍCULO 20 CE-.....	23
5.4 LIBERTAD DE INFORMACION (LA PROTECCION AL DERECHO DE LA INFORMACION VERAZ).....	26
5.5 LIMITACIONES. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ARTÍCULO 20.4.....	28
6. REGULACION ACTUAL DISCURSO ODIO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL.	30
6.1 EL PARÁGRAFO 130 DEL STGB ALEMÁN COMO PRECURSOR DEL ARTÍCULO 510 CP.	30
6.2 INTRODUCCIÓN AL ARTICULADO.....	31
6.3 ELEMENTOS DELITO. ARTÍCULO 510 CP (BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, SUJETO ACTIVO, SUJETO PASIVO, CONDUCTA TIPICA, PENA, CONSUMACION Y CONCURSOS)	32
6.3.1 TIPOS BASICOS.....	35
6.3.2 TIPOS ATENUADOS	40
6.3.3 TIPOS CUALIFICADOS	43
6.3.4 DISPOSICIONES COMÚNES.....	44
6.3.5 SANCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS “ARTÍCULO 510 BIS”	45
6.3.6 PROPUESTAS DE MEJORA DEL ARTÍCULO 510 CP	46
7. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL APLICACIÓN DISCURSO ODIO	49
7.1 SENTENCIA CASO FRIEDMAN (LIBERTAD DE EXPRESION VS DERECHO EL HONOR).....	49
7.2 SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚMERO 235/2007, DE 7 DE NOVIEMBRE.....	50
8. CONCLUSIONES	54
BIBLIOGRAFÍA	56
JURISPRUDENCIA CONSULTADA.....	58

ANEXO ABREVIATURAS

CE	Constitución Española
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
CP	Código Penal
SJP	Sentencia del juzgado de lo penal
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional español
STS	Sentencia del Tribunal Supremo Español
TC	Tribunal Constitucional Español
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN

El discurso del odio es utilizado por sectores mayoritarios de la sociedad para generar y provocar un rechazo a un determinado sector de la población, marginándolo, estigmatizándolo, y criminalizando, este fue el principal objetivo por el que se creó un sistema internacional de derechos humanos para la protección integral y global para las minorías en riesgo. Las principales problemáticas que surgen sobre este asunto, giran en torno al establecimiento de los límites al ejercicio de la libertad de expresión, esta materia ha sido siempre muy discutida al ser un derecho fundamental y pilar de cualquier Estado Democrático.

Incluir este tipo de delitos es muy criticado por parte de la doctrina ya que en muchas ocasiones supone una clara extralimitación del Derecho Penal, pero no podemos olvidar de igual manera a quién se encuentra al otro lado de toda estas situaciones, individuos o grupos de personas que tienen que ser protegidas antes ciertas situaciones que dañan claramente su dignidad, y que en muchas ocasiones pueden llegar a generar situaciones de violencia u hostilidad sobre ellos, por lo tanto es importante reconocer que la libertad de expresión tiene que tener ciertos límites cuando entramos en el terreno del discurso del odio. Este planteamiento se discutirá a lo largo de todo el trabajo, desde un punto normativo nacional e internacional, además es imprescindible atender a toda la serie de jurisprudencia que ha debatido este asunto para poder llegar a comprender de una forma clara cuales son los parámetros que se están utilizando para proteger a las víctimas de estos delitos.

La libertad de expresión ha sido ampliamente desarrollada y teorizada desde que se conquistó, este derecho surgió en la época medieval como una respuesta al Estado opresor que no dejaba decidir a los ciudadanos sobre los problemas que afectaban al conjunto de la sociedad, el problema erradica en que actualmente muchas personas utilizan esta libertad de forma fraudulenta, corrompiendo su sentido original y usándola para intentar marginar y discriminar a ciertos sectores de la sociedad, propagando un mensaje intolerante que va en contra de la dignidad humana. Estos grupos de personas se ven atacados por el hecho de tener alguna característica diferente a la mayoría social, una diferencia como puede ser la etnia, orientación sexual, religión, etc. Contra este tipo de comportamientos, se ha creado toda una regulación por parte de los Estados Miembros, ofreciendo una respuesta contundente que proteja a estas personas de los discursos de odio, aunque se ha trabajado mucho para esto, a día de hoy sigue sin

existir una posición clara y unánime de tratar el asunto por lo que en muchas ocasiones hace que sea inútil todos estos esfuerzos. En este trabajo se estudiará y analizará los siguientes puntos:

En primer lugar se abordará la normativa internacional sobre la protección del discurso del odio, en especial la Declaración Universal de Derechos Humanos, posteriormente se investigará lo que entiende el TEDH como discurso de odio, y se analizarán los estándares que este ha creado y que están vigentes en todos los países que componen el CEDH, esencial por tanto este punto para comprobar la adecuación en el ámbito español. Desarrollando la legislación europea pasaremos a analizar la imprescindible Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia a través del Derecho penal, esta Decisión Marco, instaura una serie de obligaciones que tienen que tener en cuenta los Estados Miembros a la hora de legislar sobre el discurso del odio.

Ya finalizado este bloque, pasaremos a estudiar las libertades constitucionales que entran en juego dentro de estos discursos, entre ellas la dignidad de la persona, la libertad de expresión o la libertad de información, una vez entendido su contenido y límites dentro de nuestra Carta Magna, estudiaremos el articulado del Código penal español que trata estos hechos, identificando los elementos del delito y las características principales de cada apartado, esencial es el análisis realizado del desarrollo legislativo acontecido antes y después de la reforma operada en 2015. Existe una clara deficiencia técnica, ya que no se establecen claramente los límites del delito y existe una falta de unión entre conducta típica y bien jurídico protegido que deriva en una falta de proporcionalidad en las penas, estos elementos hacen que la actual regulación que contamos sea más que discutida por parte de la doctrina que critica duramente la asfixia que sufre la libertad de expresión, considerándola ilegítima y conducente a errores a la hora de aplicar el tipo por parte de los tribunales.

2. NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN ANTE EL DISCURSO DEL ODIO

El artículo 14 CE establece y reconoce el principio de igualdad y el rechazo de cualquier forma de discriminación, así la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 10 de diciembre de 1948, que es considerada como uno de los primeros textos fundacionales de derecho internacional sobre los derechos humanos, reconoció por primera vez la necesidad de proteger el derecho a la no discriminación mediante la discriminación efectiva y la provocación a ella: «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».

Aunque vemos que no desarrolla de manera directa el discurso del odio, este texto es primordial, ya que se trata del origen con el cual empezó a trabajar la Naciones Unidas sobre este tema, entre otros reconoce y protege el derecho a la libertad de expresión¹, a la prohibición de invocar normas que constituyan contrarias a los principios de las Naciones Unidas², o el reconocimiento de que ninguna persona o Estado pueda realizar cualquier tipo de acción cuya intención sea dañar o destruir algún derecho reconocido en la Declaración.³

Con la misión de trasladar estos derechos, los Estados comenzaron a codificar estos textos transformándolos en obligaciones específicas, así nació un texto claramente precursor del 510CP, la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CEDR), de 21 de diciembre de 1965.

¹ Artículo 19 DUDH

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

² Artículo 29 DUDH:

Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

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.

Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

³ Artículo 30 DUDH:

Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

Esta convención trata el asunto de la discriminación racial y es sumamente importante ya que obliga a los Estados a tipificarla, por lo tanto se da un paso más, ya que si la DUDH contenía unos principios fundamentales, la CEDR obliga a que estos tipos de comportamientos discriminatorios tengan un reproche penal. Analizando el texto nos encontremos con el artículo 4 CEDR donde se prohíbe toda difusión de ideas cuya misión sea inspirar un pensamiento de superioridad racial o promover violencia de cualquier tipo, basada en un móvil discriminatorio; ya sea raza, origen étnico o color⁴. Así, no solamente se regula la represión de la discriminación racial, sino que se prohíbe difundir ideas basadas en que cierta raza puede ser superior a otra.

Este hecho junto con la obligación de exigir un castigo penal hace que el CEDR sea un texto referente para el análisis del discurso del odio, ya que da un paso más en relación a otros textos sobre esta misma materia. Sin embargo, el que pule el concepto de incitación al delito es otro articulado, en concreto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCIP) de 1966, en este se razona que el lenguaje del odio solo puede tener relevancia penal, cuando tenga el discurso la consistencia suficiente para generar una incitación al odio, discriminación o violencia⁵.

⁴ Artículo 4 CEDR:

Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas: Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación; Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley; No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.

⁵ Artículo 20.2 PIDCP:

Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

3. EL DISCURSO ODIO SEGÚN EL TEDH

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido en su jurisprudencia una serie de estándares para proteger ciertos discursos que pueden fomentar el odio hacia determinados sectores de la sociedad, por razones diversas, como la etnia, color, orientación sexual, primero aclarar que ante todo el Tribunal protege claramente la libertad de expresión, ya que como hemos estudiado, es un pilar fundamental para cualquier sociedad, y pilar fundamental para el desarrollo y progreso de cualquier individuo.

Y esa protección es aplicable tanto a discursos inofensivos o bien recibidos por la sociedad, como para otros que pueden llegar a ofender o causar impacto en la sociedad, esta consideración es fundamental ya que el objetivo del TEDH no es limitar cualquier discurso que pueda llegar a incomodar sino frenar aquellos que puedan llegar a generar un clima de hostilidad o violencia, aunque no tengo una consecuencia directa, así por tanto se establecen una serie de mecanismos para determinar esta situación, estos se encuentran recogidos en el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), y de forma resumidas son, en primer lugar estar recogidos por la ley; en segundo perseguir una finalidad legítima; en tercero ser una medida necesaria en una sociedad democrática y por ultimo ser proporcional a los fines que se han previsto.

1º « [el ejercicio de la libertad de expresión], podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley»⁶

Por lo tanto bajo esta premisa se implanta la necesidad de que conste en los ordenamientos jurídicos una previsión legal que tenga rango de ley y sancione estos tipos de comportamientos que exceden el uso de la libertad de expresión.

De este modo no solo se requiere una regulación efectiva dentro del derecho interno de cada uno de los países, sino que esta contenga las suficientes herramientas y disposiciones que permitan al individuo conocer de manera clara y suficiente las conductas que tendría permitido realizar, reconociendo que es imposible llegar a alcanzar una comprensión exacta y minuciosa dentro de la redacción de las normativas, sería suficiente con que el individuo sepa adaptar su conducta.⁷

⁶ Artículo 10.2 CDEH.

⁷ STEDH de 26 de abril de 1979

2º Finalidad legítima para la injerencia del derecho

Otro de los esquemas para aceptar una restricción de la libertad de expresión según el CEDH, pasa porque tal injerencia está basada en una finalidad legítima⁸. Tales fines legítimos se consideran cuando se tratan casuísticas como la seguridad nacional, pública o territorial, la protección de la salud, la protección de la privacidad, la defensa del orden, prevención del delito y cuestiones referidas a la imparcialidad de los tribunales.⁹

3º Constitución de una necesidad social imperiosa en una sociedad democrática

Dentro del contenido del 10.2 CEDH, nos encontramos con la inclusión del concepto medidas necesarias, se entiendo pues, que ha de existir una necesidad social imperiosa¹⁰ y esta condición es sumamente importante a la hora de tomar una decisión sobre la restricción de la libertad de expresión. Esta necesidad tiene que estar competida con el pluralismo, tolerancia y la amplitud de miras¹¹, debiendo ser proporcional y con un interés legítimo.

Estas necesidades urgentes tienen que ser valoradas según el TDEH, por los jueces nacionales ya que, las autoridades dentro de un país, son mejor conocedoras de la situación actual de este, y de las necesidades sociales que acaecen en la sociedad donde viven, por tanto es modificable estas necesidades dentro de los países, y la evaluación puede variar. Para ejemplificar este concepto, podemos referirnos al asunto A., B. Y C. Contra Irlanda,¹² este versa sobre el derecho de aborto de la mujer, que en el caso de Irlanda no está permitido, a pesar que la mayoría de países europeos reconocen tal derecho con su propia regulación y restricciones. Aun así, se estimó que no existía una vulneración del CEDH por no registrar este, como un derecho de la mujer y superponer por tanto el derecho del nasciturus. Vemos como el TEDH reconoce el derecho de Irlanda de actuar así, a pesar del consenso más o menos amplio del resto de países, muy relativo por tanto, es el concepto de protección resultando muy diferente si observamos las realidades sociales de unos países y otros.

⁸ Por ejemplo: STEDH *Handyside* de 7 de diciembre de 1976, donde Handyside es juzgado por distribuir un libro llamado “Little Red Schoolbook”, un libro con contenido adulto, que contenía temas relacionados con sexo, alcohol y drogas y cuya distribución se iba a realizar entre colegiales. El libro finalmente se consideró que infringía la Ley de Publicaciones Obscenas de 1959.

⁹ Fines legítimos contenidos en el artículo 10.2 CEDH

¹⁰ Decisión Comisión 31159/96, de 24 de junio de 1996, p.8.

¹¹ STEDH de 7 de diciembre de 1976 (Asunto Handyside contra Reino Unido)

¹² STEDH de 16 de diciembre de 2000

4º Margen de apreciación

El concepto de margen de apreciación, o *marge d'appréciation* en lengua francesa, fue creado por el Consejo de Estado Francés¹³ y otros órganos similares continentales de observación de la legalidad de la acción¹⁴. Este tiene una raíz proteccionista y es que es fiel al pensamiento de que algunas políticas globales pueden poner en serio peligro la seguridad de una nación¹⁵. Así este principio faculta a los Estados a tomar decisiones con mayor o menor discrecionalidad a la hora de cumplir con las exigencias que han sido acordadas con el CEDH, siempre que se traten de contextos de emergencia nacional.

Más adelante, este concepto fue más allá y afectó a muchas más libertades contenidas en la CEDH, y en nuestro caso concreto, a la limitación de la libertad de expresión ante un discurso de odio, «esta doctrina es usada de forma más regular en los asuntos en los que no existe un amplio consenso dentro del Consejo de Europa, sobre cómo deber ser tratado el asunto»¹⁶, esta conclusión lleva por tanto a pensar que este estándar es clave y muy difuso, por lo que ha creado un extenso debate entre los juristas.

Para que entendamos más sobre este concepto el TEDH, define el margen de apreciación como «la maquinaria de protección establecida por el Convenio subsidiaria de los sistemas nacionales de garantía de los derechos humanos»¹⁷. Así cada Estado posee un margen amplio de discrecionalidad para crear sus propias pautas políticas a través de las leyes, teniendo el TEDH que acatarlas a no ser que se aleje considerablemente de los patrones de defensa europeos.

Este margen no es por tanto absoluto, ni podemos hablar de la misma discrecionalidad para todos los derechos, ya que si se produce un exceso a la hora de tomar una decisión, aunque el interés sea legítimo, este no podrá ser aceptado por la vigilancia europea. El eje de esta cuestión está en esclarecer con exactitud cuándo estamos hablando de un exceso y cuándo estamos dentro de una discrecionalidad permitida.

¹³ García Roca, J. (2010) “*El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*”. Aranzadi, Pamplona, p.108.

¹⁴ Yourow, H.C. (1996), *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of the European Human Rights jurisprudence*. Holanda: Nijhoff, p.14.

¹⁵ Benvenisty, E. (1999), «Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards.» *New York University Journal of International Law and Politics*, p.843.

¹⁶ STEDH de 7 de diciembre de 1979.

¹⁷ STEDH de 26 abril de 1979 (Asunto Sunday Times contra Reino Unido)

Conforme García¹⁸ establece, la discrecionalidad estatal está formada por una triada de esferas concéntricas, donde se puede observar una mayor o menor discrecionalidad por parte del Estado:

- ↳ **Esfera externa:** el control por parte de las instituciones europeas es débil y el TEDH permite un amplio margen de actuación por parte de los Estados. En esta parte del círculo hablaríamos de derechos como la propiedad, con poco contenido fundamental.
- ↳ **Esfera intermedia:** esta esfera de protección situada entre medias del interior y el exterior, está formada por una amplia gama de derechos y es aquí donde se sitúa entre otros, la libertad de expresión, es precisamente en este dónde existe mayor problemática a la hora de delimitar el margen de apreciación por parte de los Estados y donde se deben centrar los esfuerzos para especificar cuándo estaríamos ante una extralimitación de los derechos.
- ↳ **Esfera interna:** en este último círculo, pequeño y casi intocable, nos encontramos con derechos absolutos, como pueden ser el derecho a la vida o la prohibición de la tortura, razonablemente la discrecionalidad por parte de los Estados es muy baja y cuenta con un control muy minucioso.

Como hemos dicho la mayor problemática se encuentra en el círculo intermedio así, para determinar la discrecionalidad de los Estados, debemos de tener en cuenta una serie de elementos y realizar un extenso estudio del caso concreto, para razonar y establecer el margen de discrecionalidad, por tanto, este no puede ser universalmente establecido, entre los factores nos encontramos con: la naturaleza de la legitimación del ánimo perseguido, la finalidad, la duración, y efectos de las medidas restrictivas así como la naturaleza de la expresión (moral, religiosa, artística, política) y para terminar, el estatus de la persona que sufre la injerencia así como la sociedad a la que pertenece.¹⁹

Por tanto, si nos encontramos ante un estatus determinado, como podría ser el de un cargo político, sus declaraciones estarían sometidas a un margen de discrecionalidad por parte del Estado muy bajo, ya que el debate político está basado en la libertad de expresión; de igual manera es clave establecer si se está tratando un tema de interés público o por el contrario

¹⁸ García Roca, El margen de apreciación nacional..., p.119.

¹⁹ Gascón Cuenca, A. (2016) "El discurso del odio en el ordenamientos jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección". Aranzadi, Pamplona, pp.62-63.

estamos hablando de algo que tiene que permanecer en una esfera más privada. Tenemos que reseñar que el TEDH es mucho más exigente con el margen de apreciación cuando se tratan de incitaciones al odio²⁰, aunque «un margen de apreciación más extenso está por lo general disponible para los Estados Parte cuando regulan la libertad de expresión en relación con materias capaces de ofender las convicciones íntimas de las personas en su esfera moral, especialmente la religiosa²¹»

La conclusión por tanto es que debemos examinar, estudiar y profundizar el caso concreto para determinar el margen de apreciación por parte del Estado ante un cierto discurso.

5º Principio de proporcionalidad²²

El TEDH usa el juicio equitativo, este se entiende como un principio de proporcionalidad, el tribunal establece un vínculo entre los medios que usan para interferir en el derecho y la finalidad que se busca. Este principio se aplica cuando «se inflige un sacrificio excesivo al interés individual y privado»²³. El uso de este queda patente en la jurisprudencia del TEDH cuando utiliza otras vías menos restringidas a las asignadas por los Estados, si bien es cierto, que no siempre se utiliza este principio, lo que supone una crítica por parte de la doctrina que ve cómo muchos estados utilizan el margen de apreciación de una forma no proporcional.

6º Categoría de hecho histórico claramente probado o notorio

Este patrón empleado por el TEDH podemos encontrarlo en multitud de textos legislativos europeos, como en el 130 STGB de la República Alemana. Este estándar inhibe el ejercicio de la libertad de expresión del artículo 10 CEDH a quién niegue hechos históricos probados o notorios de crímenes contra la humanidad. Comportamientos que quedan fuera del ejercicio de la libertad de expresión, y que suponen un claro abuso de esta, como declaró: «la comisión en el asunto Marais contra Francia, que «además de ir en contra del texto, van en contra de los valores fundamentales de la Convención tal y como se expresa en su preámbulo, a saber, la justicia y la paz»²⁴.

²⁰ Weber, A. (2009), Manual on hate speech. Consejo de Europa, Estrasburgo, p.32.

²¹ Janneke Gerards, C. (2011), «Pluralism, Deference, and the Margin of appreciation doctrine», European Law Journal 17-1, p.110

²² STEDH de 13 de febrero de 2003 (Asunto Odievre contra Francia).

²³ García Roca, *El margen de apreciación nacional...*, p.179.

²⁴ Decisión de la Comisión 31159/96, de 24 de junio de 1996, p.9. «La commission estime que les écrits du requérant vont à l'encontre de valeurs fondamentales de la Convention, telle que l'exprime son préambule à savoir, la justice et la paix»

Entre los hechos históricos, claramente probados, nos hallamos con el Holocausto Nazi. En una de las decisiones de la Comisión, concretamente la del Asunto X contra Alemania, se dice que «describiendo los hechos históricos de los asesinatos de millones de judíos, como una mentira y una estafa sionista, los panfletos publicados no solamente dieron una visión engañosa de un hecho histórico relevante sino que también contenían un ataque a la reputación de todos aquellos descritos como mentirosos y estafadores»²⁵. En esta corriente se mantienen las posteriores sentencias, incluso llegando a asegurar que quién aprovecha y maltrata la libertad de expresión está atentando contra los Derechos Humanos.

Por tanto, podemos confirmar que el TEDH, en su amplia jurisprudencia, ha resuelto que los acontecimientos acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial, en concreto los referidos al Holocausto, son una clara extralimitación del derecho a libertad de expresión, un abuso del artículo 10 CEDH y a la misma vez del 17 CEDH.

4. LEGISLACIÓN UNIÓN EUROPEA: DECISION MARCO 2008/913/JAI

La Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, referente a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal es una pieza clave para abordar la regulación que deben de hacer los Estados Miembros sobre el discurso del odio. Específicamente en España esta Decisión Marco ha sido utilizada para argumentar la reforma que se practicó en el 2015 sobre los artículos 510CP Y 607.2CP. Por tanto esta Decisión Marco ha sido utilizada para perfeccionar y dar una mayor coherencia a la regulación previamente existente.

En síntesis esta es una continuación de la acción común 96/443/JAI y de todos los trabajos realizados internacionalmente sobre esta materia, de ahí por tanto surgió la necesidad de redactar tal Decisión Marco ya que existían ciertos problemas en el ámbito de la cooperación judicial y era necesario contar con estas directrices para que la legislación a nivel estatal fuera clara y completa, en su preámbulo se aboga por preservar los derechos humanos y las libertades

²⁵ Decisión de la Comisión 9777/82, de 16 de julio de 1982 (asunto X contra Alemania). «By describing the historical fact of the assassination of millions of jews , as a lie and a zionistic swindle , the pamphlets in question not only gave a distorted picture of relevant historical facts but also contained an attack on the reputation of all those who were described as liar or swindlers , or at least as persons profiting from or interested in such lies or swindles»

fundamentales contra ataques de racismo y xenofobia que son violaciones francas contras estos derechos y libertades que son pilares de la Unión Europea y por tanto de los Estados Miembros.

El racismo y la xenofobia son una amenaza contra los grupos de individuos que son centro de dicho comportamiento, haciéndose necesario concretar un enfoque común para todo la Unión Europea con la finalidad de establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias tanto contra las personas físicas como jurídicas responsables de dichos comportamientos, pero los Estados miembros no pueden solo limitarse a luchar de una forma penal estos problemas, ya que la Decisión Marco que a continuación vamos a analizar solo se limita a castigar determinados comportamientos que dada su gravedad merecen tener un reproche penal, la lucha debe ir más allá y tomar una serie de medidas en un marco global, pero debido a las diferentes culturas y leyes de los Estados Miembros es muy complicado una entera armonización del Derecho Penal a nivel europeo.

Antes de empezar a estudiar la Decisión Marco es importante definir diferentes términos para su completo entendimiento, en la presente cuando se habla del concepto *ascendencia* hablamos de las personas o grupos de personas que son descendientes de personas que pueden ser identificadas por ciertas características (como la raza o el color), sin que obligatoriamente puedan advertir aún todas esas características, a pesar de lo cual dichas personas o grupos de personas pueden ser objeto, debido a su ascendencia, de odio o violencia²⁶. Cuando se refiere al concepto *religión*, se habla en términos generales a las creencias o convicciones religiosas por las que se define a las personas.²⁷ Y por último, cuando se refiere a odio, es el odio basado en la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico.²⁸

El contenido de esta Decisión Marco es muy específico y exige a los Estados regular por medio del Código Penal las siguientes conductas:

- a) La incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la

²⁶ Consideración 7ª Decisión Marco 2008/913/JAI

²⁷ Consideración 8ª Decisión Marco 2008/913/JAI

²⁸ Consideración 9ª Decisión Marco 2008/913/JAI

ascendencia o el origen nacional o étnico,²⁹ así como la comisión de uno de estos actos mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales.³⁰

- b) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, adjunto al Acuerdo de Londres y en los artículos 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como la propaganda de estos. El castigo de estas conductas esta matizado en los artículos siguientes, pudiéndose castigar solo las que resultaran más graves.³¹
- c) Se debe penar tanto la incitación a realizar las conductas descritas como la colaboración en la comisión de las mismas³², fijándose una sanción máxima de 3 años y mínima de 1 año de prisión³³, así como conviene que las investigaciones por este tipo de delitos no estén supeditadas a la declaración o a la presentación de cargos por parte de la víctima de la conducta, al menos en los casos más graves³⁴.
- d) De tal manera, también se recoge en el artículo 4, que se deberá tener en cuenta como circunstancia agravada la comisión de delitos por estos motivos o que al menos los tribunales tengan en consideración esta motivación en el momento de determinar la pena.
- e) Cada estado miembro adoptará las medidas oportunas para garantizar que una persona jurídica también puede ser considerada responsable de las conductas contempladas anteriormente realizadas en su provecho por cualquier persona, actuando a título individual o formando parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, provecho de una persona jurídica, una persona sometida a la autoridad de esta última, además la responsabilidad de las personas jurídicas se entenderá sin detrimento de las acciones penales emprendidas contra las

²⁹ Artículo 1a) Decisión Marco 2008/913/JAI

³⁰ Artículo 1b) Decisión Marco 2008/913/JAI

³¹ Artículo 1.2 Decisión Marco 2008/913/JAI establece que: *“los Estados miembros podrán optar por castigar solamente aquellas conductas que puedan llegar a producir alteraciones en el orden público, o bien pudieran ser abusivas, amenazantes o insultantes”*

³² Artículo 2 Decisión Marco 2008/913/JAI.

³³ Artículo 3 Decisión Marco 2008/913/JAI

³⁴ Artículo 8 Decisión Marco 2008/913/JAI

personas físicas que sean autores o cómplices de las conductas contempladas³⁵, se debe castigar por tanto a la persona jurídica imponiéndole sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que pueden incluir multas de carácter penal y no penal o sanciones como la supresión de ayudas públicas, la prohibición del desempeño de su actividad y en casos más graves tomar una medida judicial de disolución³⁶.

³⁵ Artículo 5 Decisión Marco 2008/913/JAI

³⁶ Artículo 6 Decisión Marco 2008/913/JAI

5. LAS LIBERTADES CONSTITUCIONALES EN RELACION AL DISCURSO DEL ODIO

5.1 ARTICULOS 14 y 9.2 CE. IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACION

La Constitución Española reconoce el principio de igualdad en dos vertientes, el 9.2 CE es el encargado de proteger el principio de igualdad en el sentido material, esta «tiene en cuenta la posición real en la que se encuentran los ciudadanos³⁷», mientras que el 14 CE añade el principio de trato formal y no discriminación. Aunque el análisis de estos artículos no ha sido exento de discusiones doctrinales acerca de su interpretación, intentaremos trazar el contenido esencial dado que son base de la protección legal de los afectados por el discurso del odio.

Para empezar, el artículo 9.2 CE establece que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Corresponde por tanto a los poderes públicos proteger y promover las condiciones necesarias para que este principio sea real y efectivo, además de instar a trabajar para que sea removido todo obstáculo que dificulte su plenitud y ejercicio en todos los ámbitos de la vida. Este principio es clave dentro de un marco jurídico democrático y social como es el Estado español, que obliga no solamente a que se tenga en cuenta el principio de igualdad ante la ley, sino que es indispensable que la igualdad sea reflejada a través de las leyes para una materialización real y efectiva.

En esta corriente se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la STC 83/1984, de 24 Julio, al dictar que la «igualdad real, cuya procura encomienda la Constitución (art 9.2) a todos los Poderes Públicos y que es una finalidad propia del Estado Social y democrático de Derecho»³⁸. De la misma manera el artículo 14 CE dice que: «Los españoles son iguales ante la

³⁷ Carmona Cuenca, E. (1994), «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Revista de estudios políticos* 84, p.265.

³⁸ STC 83/1984, de 24 Julio, Fº.Jº.3.º.

ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social».

Con este artículo nos encontramos con la plasmación del derecho fundamental a la igualdad formal, y a la no discriminación que inculca la CE. Este artículo es de aplicación tanto a las personas individualmente consideradas, como a los poderes ejecutivo, judicial y legislativo, aunque precisar que no hablamos de una igualdad para todos idéntica, sino que una persona con un mismo derecho subjetivo pueden recibir diferentes soluciones y no por ello romper tales principios, siempre que exista por supuesto una razón legítima, un diferencial legal que no rompa el sentido de igualdad, una justificación basado en la razón y que sea ajustada al caso siendo proporcional con la finalidad a conseguir. Esta proporcionalidad es aplicada en el TEDH y obliga a que esta se dé entre la medida adoptada, el resultado ocasionado y la finalidad perseguida, que ha de ser legítima³⁹ dentro de un Estado Social y democrático de Derecho. Aunque debemos entender con cautela este precepto ya que no nos referimos a una igualdad uniforme, sino que el auténtico principio de igualdad no es a todos lo mismo, sino a cada uno lo que le corresponde.⁴⁰

Por tanto, un trato diferente puede ser justificable y razonable siempre que exista una finalidad, seguidamente de una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, si se dan por tanto estos elementos no tendríamos razones para considerarlo como un acto discriminatorio.⁴¹

5.2 DIGNIDAD PERSONA

La Constitución Española en su primer artículo ya establece que el Estado Social Democrático debe está sustentado en valores como la libertad, la igualdad, la justicia, y el pluralismo político, es obligado proteger por tanto el ejercicio de todos los derechos fundamentales, a todas las culturas que forman una sociedad, y las tradiciones intrínsecas a ellas.

En el artículo 10.1 CE, nos encontramos con la dignidad de la persona y los derechos inherentes que le son reconocidos, así el artículo queda redactado de tal manera: «La dignidad de

³⁹ Borrillo, D. (2013), «Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo». *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho* 71, p.548.

⁴⁰ Ruffini, F. (1992), «La libertad religiosa come diritto subiettivo». Il mulino, Milán, p.41.

⁴¹ García Añón, J. (2013), *Identificación policial por perfil étnico en España*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp.47-49.

la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

El Tribunal Constitucional se ha encargado de dar una definición sobre este concepto de dignidad, así: «un mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe respetar debe asegurar, de modo que, sean unas y otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona»⁴². Estas palabras confirman la protección de la dignidad de la persona como uno de los principios fundamentales dentro del ordenamiento jurídico español.

En palabras de Peces Barba identifica el concepto interno de dignidad con gran acierto con la idea de autonomía como «en uno, autonomía significa capacidad de elección, libertad psicológica, el poder decidir libremente, pese a los condicionamientos y limitaciones de nuestra condición»⁴³. Con lo que respecta al concepto externo es la aceptación del resto de la externalización de esta autonomía interna⁴⁴. Así la protección a la dignidad de la persona camina en dos direcciones, una autonomía interna y otra externa en relación a la aceptación de los individuos de esas elecciones y decisiones, en el mismo artículo se establecen dos límites propios de la dignidad de la persona, cuando pide respeto a los demás y respeto a la ley como pilar y limitación genérica en un estado democrático, son limitaciones que se encuentran de forma general en la práctica de cualquier derecho sea esencial o no. El concepto de dignidad trabaja como un principio informador que no puede ser quebrantado bajo ningún concepto, hemos estudiado este derecho porque en algunas situaciones este se ofrece como cortapisas a la hora de limitar la libertad de expresión, con la misión de impedir algunos discursos de odio que tratan de cosificar y excluir a ciertos grupos sociales⁴⁵.

5.3 LIBERTAD EXPRESION -ARTÍCULO 20 CE-

La libertad de expresión es uno de los pilares básicos del Estado democrático y social de Derecho, esta queda recogida en el 20 CE y de todas ellas que le son afines como la libertad de

⁴² STC 120/1990, de 27 de junio, Fº.Jº.4º.

⁴³ Peces-Barba Martínez, G. (2002), *“La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho”*. Dykinson, Madrid, p.64.

⁴⁴ STC 53/1985, de 11 abril, Fº.Jº.3º.

⁴⁵ Gascón Cuenca, “El discurso del odio.”, p.80.

prensa o el derecho a la información. Mismamente en su primer apartado, se reconoce y protege la libertad de expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones mediante la forma oral, escrita o cualquier otro tipo de soporte.

Este es un artículo amplio, donde además se prohíbe la censura o el secuestros de publicaciones, grabaciones... sin que medie una resolución judicial. Se salvaguarda tal libertad en dos vertientes, de forma activa y pasiva, protegiéndose la expresión y difusión pero a la misma vez la recepción de tal información.⁴⁶ Así lo ha consagrado el TC, donde se entendía que este derecho abarcaba pensamiento, ideas, opiniones, creencias y juicios de valor.⁴⁷

Aparte este artículo cuenta lógicamente con una serie de límites en concreto se nos habla de ellas en el 20.4 CE, estableciéndose tal limitación en la protección de otros derechos recogidos en la Carta Magna, haciéndose especial hincapié en el derecho al honor, a la intimidad a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia, por tanto la libertad de expresión estará protegida plenamente siempre que se respeten estos otros derechos constitucionales y su respectivas leyes donde se desarrollan.

La libertad de expresión en su apartado a)⁴⁸ protege la manifestación de pensamientos, ideas y opiniones emitidas a través de cualquier medio y por cualquier persona. A través de esta libertad se consiente a cualquier sujeto manifestar sus ideologías, sus creencias o sus pensamientos sin ningún tipo de intrusión.

Aunque ya es sabido que el todo vale no es amparado dentro de un Estado democrático, así lo ha consagrado el Tribunal Constitucional, «la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto»⁴⁹, posteriormente en el año 2000, clarificó el concepto de insulto, al especificar que «al afirmar tal cosa lo que se pretende decir no es que la Constitución vede en cualquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes; sino que, de la protección constitucional que otorga el 20.1a), están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que en las concretas circunstancias del caso y al margen de su veracidad o inveracidad,

⁴⁶ López Redondo, C. (2013), “*La libertad de expresión en situaciones de conflicto*”. Tirant lo Blanch, Valencia, p.14.

⁴⁷ Tómese de ejemplo: STC 6/1998, de 21 enero, Fº.Jº.5º.

⁴⁸ Artículo 20.1 a) CE: “*Se reconocen y protegen los derechos: A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.*”

⁴⁹ STC 105/1990, de 6 de junio, Fº.Jº.8º.

sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate»⁵⁰.

Importante enfatizar en la problemática que existe a la hora de calificar una información como ofensiva o hiriente, como declara Rodríguez, «en la resolución de los casos concretos se observan [...] muchos vaivenes y existe un alto grado de inseguridad jurídica derivado de la concreción de qué sea insultante y qué sea necesaria para la finalidad comunicativa»⁵¹. Para este tipo de problemática, donde entran en conflicto varios derechos, se ha establecido por la mayoría de tribunales, que debemos de atender a la ponderación de los derechos que entran en conflicto dentro del caso específico que estemos analizando, para determinar cuál es el que debe de imponerse.

El Tribunal Constitucional en los últimos años ha reiterado esta tendencia y reconoce que los derechos fundamentales parten del mismo lugar, protegiéndose de igual manera, por lo tanto hay que atender a un juicio de ponderación y examinar todas las circunstancias del caso concreto, así afirmó que: «en los conflictos entre particulares que afectan al artículo 18.1 CE, la concurrencia de otros derechos fundamentales y el carácter no absoluto sino principal y, por lo tanto, apriorístico, de todos ellos hacen de la ponderación judicial el método interpretativo materialmente empleado para resolver dichos conflictos, otorgando prevalencia a unos de ellos a la luz de las circunstancias del caso»⁵²

En síntesis, para determinar si una determinada comunicación de una opinión juicio de valor o creencia personal, excede el uso de la libertad de expresión frente a otros derechos fundamentales (derecho al honor, derecho a la intimidad...), es preciso ponderar todos los derechos en juego, con la máxima de instituir una relación de proporcionalidad que permita al juez esclarecer cual se impone a otro. Junto a este primer apartado genérico, encontramos que la Constitución Española, protege otros tipos más definidos, nos encontramos con el apartado b)⁵³, que reconoce el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, hablamos por tanto de la libertad de expresión creativa.

⁵⁰ STC 110/2000, de 5 de mayo, F.º J.º 8º.

⁵¹ Rodríguez Montañés, T. (2012), *“Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la constitución a las fronteras del derecho penal”*. Tirant lo Blanch, Valencia, p.293.

⁵² STC 51/2008, de 14 abril, F.º J.º 3º

⁵³ Artículo 20.1. b) CE: “Se reconocen y protegen los derechos: A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”

La libertad de expresión creativa, protege a quién crea, sin importar el medio donde se exprese, este por tanto es muy extenso, y aprueba la creación de cualquier manera, a través de un comic, una película, un blog, una pintura., igualándose estos a cualquier medio de comunicación tradicional. Por tanto este derecho no es más que una especificación del mismo derecho reconocido en el apartado a) –a expresar y difundir libremente, pensamiento, ideas y opiniones.

El apartado c)⁵⁴ se reconoce la libertad de cátedra, para entender su significado tenemos que referenciar la STC 5/81, la cual resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la LOECE, en ella los magistrados nos dan una clara definición de lo que entiende por esta libertad, esta es una de las manifestaciones de la libertad de enseñanza, considerada una «libertad frente al Estado, o más generalmente frente a los poderes públicos».

Así, «implica, de una parte, el derecho a crear instituciones educativas (artículo 27.6) y de otra, el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto que ocupan (artículo 20.1.c)»⁵⁵, posteriormente el ponente afirma que los centros privados tienen derecho a establecer un ideario educativo, ya que «forma parte de la libertad de creación de centros»⁵⁶.

5.4 LIBERTAD DE INFORMACION (LA PROTECCION AL DERECHO DE LA INFORMACION VERAZ)

Antes de empezar a analizar el derecho a la información, contenido en el 20.1 d)⁵⁷, tenemos que realizar la distinción entre la protección de libertad de expresión y la libertad de información, esto muy trascendental, ya que a la hora de la existencia de una posible limitación de algunos de estos derechos, las exigencias judiciales varían si nos encontramos en un supuesto u otro.

⁵⁴ Artículo 20.1. c) CE: “Se reconocen y protegen los derechos: A la libertad de cátedra.

⁵⁵ STC 5/1981, de 13 de febrero, F.º, J.º, 7º.

⁵⁶ STC 5/1981, de 13 de febrero, F.º, J.º, 8º.

⁵⁷ Artículo 20.1 d) CE: “Se reconocen y protegen los derechos: A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.”

El mismo TC ha manifestado la necesidad de separar ambas libertades⁵⁸, debido a que por una parte los hechos, son aptos para ser probados, mientras que las opiniones por su naturaleza no lo pueden ser. En multitud de ocasiones nos topamos con discursos, que pretenden superficialmente informar, pero que en su fondo, la finalidad clara es la discriminar a un colectivo o persona en concreto por algún motivo, por tanto no es merecedor de tal protección. La misión principal de libertad de información es colaborar en la formación de la opinión pública, incluso con ideas que pueden ser controvertidas, o que puedan llegar a molestar o ser chocantes.⁵⁹ Por tanto la diferenciación en un caso particular ante un tipo de derecho u otro no es siempre clara, y se deberá analizar exhaustivamente todos los hechos para constatar si nos encontramos ante una u otra.

El derecho a la información está formado por dos vertientes, por una parte el derecho a poder ser informado, sin que el Estado realice ninguna inferencia a la hora de comunicar la información - se pretende así evitar cualquier tipo de manipulación a la vez que obliga a impedir que cualquiera pudiera llegar a hacerlo -.

La otra vertiente es del derecho de dar a conocer a la opinión pública una información libre, efectiva, objetiva y plural, de forma que la censura previa está completamente prohibida en la Carta Magna.⁶⁰ La información de la cual se informe debe ser veraz, y totalmente plural, pudiendo cada persona elegir ser informado por el medio de comunicación que desee. La libertad de información por tanto es el derecho a recabar y difundir una información, así como el derecho a recibirla. El contenido, titulares del derecho y requisitos han sido definidos por el Tribunal Constitucional. Respecto a las exigencias ya hemos dicho que una de ellas es que la información resulte veraz: «La comunicación que la Constitución protege es, de otra parte, la que transmita información «veraz» (...).

Cuando la Constitución requiere que la información sea «veraz» no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas —o sencillamente no probadas en juicio—cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quién se le puede y debe exigir que lo que transmita como «hechos» haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el

⁵⁸ STC 50/2010, de 4 de octubre, F. ºJº.4º.

⁵⁹ Gascón Cuenca, El discurso del odio..., p.97.

⁶⁰ Martínez Núñez, M. (2008), El Tribunal Constitucional y las libertades del artículo 20 de la Constitución Española, *Revista de Derecho UNED* núm.3, p.295.

derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado»⁶¹.

Por tanto el TC, no protege conductas negligentes, consistentes en comunicación de rumores, invenciones o insinuaciones, que no han sido contrastadas, ni diligentemente obtenidas. El TC declara que: «el ordenamiento no presta su tutela a esta conducta negligente, ni menos a la de quien comunique, como hechos, simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible.

En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse «la verdad» como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio»⁶².

Así informaciones que finalmente se presten erróneas, pero que se han obtenido debidamente, son protegidas por la CE, y están dentro del derecho a la información y comunicación. Esta obtención diligente exige que el hecho que se va a comunicar haya sido contrastado con datos objetivos y que el profesional haya realizado una labor de averiguación y una correcta indagación, solo así podrá considerarse como veraz.

Por lo habitual se protege pues, todo aquel discurso que cumpla los requisitos de veracidad⁶³ de la información y que además resulte de interés o relevancia pública, pero como ya hemos explicado no tiene que ser objetivamente información indiscutible, sino que para su obtención se haya realizado con la correcta diligencia que se le debe exigir a un profesional de la comunicación.

5.5 LIMITACIONES. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ARTÍCULO 20.4⁶⁴

Exponer en último lugar las limitaciones que presenta la Constitución Española respecto al ejercicio de la libertad de expresión, estas incluyen el respeto de los derechos reconocidos en

⁶¹ STC 6/1988, de 21 enero, Fº.Jº.5º.

⁶² STC 6/1988, de 21 enero, Fº.Jº.5º.

⁶³ Bonilla Sánchez, J.J, (2010), *Personas y derechos de la personalidad*. Editorial Reus, Madrid, p.119.; Laurenzo Copello, P., (2002), *Los delitos contra el honor*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp.73-74.

⁶⁴ Artículo 20.4 CE: “*Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.*”

este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen, concretamente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la protección de la juventud y de la infancia. En esta manera que está redactado podríamos deducir erróneamente⁶⁵, que derechos como el honor a la intimidad se sitúan de una manera dominante sobre la libertad de expresión, pero esto no es así ya que todos estos derechos tienen la misma protección, no existe una pirámide donde uno esté por encima de otro o viceversa.

Siempre que exista una restricción a la libertad de expresión o información, tendremos que ponderar y analizar el caso concreto, para dilucidar si la limitación se adecúa o no, teniendo que existir siempre una proporcionalidad entre la medida adoptada y la penalidad que sufre el derecho que cede frente al que se protege⁶⁶.

Respecto a si las restricciones que impone el 20.4 CE son abiertas o cerradas, existe un amplio debate doctrinal, a mi parecer es más lógico pensar que se trata de un sistema cerrado⁶⁷, ya que se enumera con claridad cuáles son las posibles causas de limitación, entendiéndolo como abierto sería demasiado restrictivo para un derecho tan importante.

En cuanto a la limitación legal de la libertad de expresión, esta alcanza las interpretaciones que de este precepto hace el Tribunal Constitucional, así el TC en la STC 30/1992 asevera que la libertad de expresión preserva a todas las personas «frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la Ley, e incluso frente a la propia Ley en cuanto esta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución admite»⁶⁸ Así pues, ninguna disposición legal emanada de poderes públicos puede ir en contra del núcleo de este derecho.

El Tribunal Constitucional interpreta del artículo 20.1 a) y d) , el señalado “efecto irradiante”, es decir que: «además de derechos fundamentales, son valores objetivos esenciales del Estado Democrático y, como tales, están dotados de valor superior o eficacia irradiante, que impone a los órganos judiciales y a este Tribunal Constitucional, en los supuestos que colisionen con el derecho al honor, el deber de realizar un juicio ponderativo para establecer previamente si

⁶⁵ Jaén Vallejo, M. (1992), *Libertad de expresión y delitos contra el honor*. Colex, Madrid, p.59.

⁶⁶ Gascón Cuenca, El discurso del odio..., p.106.

⁶⁷ Con la misma opinión: Fernández-Miranda y Campoamor, A., (1984). «Artículo 20». En *Comentarios a las Leyes Políticas*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, p.524.

⁶⁸ STC 30/1982, de 1 junio, Fº.Jº.4º.

el ejercicio de aquellas libertades ha supuesto lesión del derecho al honor, y en caso afirmativo, si esa lesión viene o no justificada por el valor prevalente de tales libertades»⁶⁹.

6. REGULACION ACTUAL DISCURSO ODIO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL.

6.1 EL PARÁGRAFO 130 DEL STGB ALEMÁN COMO PRECURSOR DEL ARTÍCULO 510 CP.

El legislador español a la hora de dar cuerpo al 510 CP, ha tomado como referente el Código Penal Alemán, así el 130 configura un sistema encajado por una serie de conductas discriminatorias que comprenden la incitación al odio, a la violencia y las injurias o calumnias emitidas contra un determinado sector de la sociedad.

En el apartado primero del parágrafo 130⁷⁰ del Código Penal Alemán se distingue por tanto entre dos supuestos quién por una parte incite al odio o a la violencia y por otra los insultos e injurias contra parte de la población, teniendo que concurrir una perturbación del orden público y una lesión a la dignidad humana, contemplando en su caso una pena de prisión entre tres meses y cinco años.

En su apartado segundo el 130.2⁷¹ castiga con una pena de prisión de hasta tres años o multa a quien divulgue, exponga, haga accesible, produzca o suministre escritos que incitan odio

⁶⁹ STC 85/1992, de 8 Junio, Fª.J. º.4º.

⁷⁰ 130.1 STGB: “*Quien de una manera que sea apropiada para perturbar el orden público, incite al odio contra partes de la población o exhorta a tomar medidas violentas o arbitrarias contra ellas, agrede la dignidad humana de otros insultando, despreciando malévolamente o calumniando parte de la población, será castigado con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años.*”

⁷¹ 130.2 STGB: “*Con pena de privación de la libertad hasta tres años o con multa será castigado quien: divulgue b)exponga públicamente, fije, exhiba o de otra manera haga accesible c)ofrezca a una persona menor de 18 años, o haga accesible, produzca, suscriba, suministre, tenga disponible, ofrezca, anuncie, elogie, trate de importar o exportar: Publicaciones que incitan al odio contra partes de la población o contra un grupo nacional, racista, religioso o determinado por su etnia, que exhorten a medidas de violencia o arbitrariedad contra ellos o agredan la dignidad humana insultándolos, despreciándolos malévolamente o calumniándolos, a todos o parte de ellos, en el sentido de las letras a hasta c, o para facilitar a otro una utilización de esa índole, o Divulgue por radiodifusión un programa con el contenido de lo señalado en el numeral 1.*”

racial o describen actos atroces o inhumanos contra personas, exaltando o restando importancia la violencia o barbarie ejercida, destacar también la especial protección que tiene el menor ya que el simple ofrecimiento está también castigado.

Por ultimo, reseñar la concreta especificación que hace el legislador Alemán del negacionismo o aprobación de los hechos cometidos bajo la política alemana nazi, debido a la especial sensibilidad que entre el pueblo alemán pueden suscitar estas conductas se castiga incluso con una pena mayor, abarcando un sanción penal que puede llegar hasta los cinco años de prisión.

6.2 INTRODUCCIÓN AL ARTICULADO.

El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español fue contemplado por primera vez en el Código penal con la reforma que se llevó a cabo en el año 1995, tal regulación estuvo conformada por una serie de artículos que tipificaban una serie de conductas reprochables penalmente conocidas como delitos de odio.

La tipificación llevada a cabo no ha sido un tema libre de controversias ya que buena parte de la doctrina entiende que el castigo de este tipo de comportamientos supone adelantar de una forma inaceptable las barreras punitivas, y que de igual manera al regularse limitaba de forma inaceptable la libertad de expresión, sin embargo otra parte doctrinal acepta positivamente esta regulación ya que entienden que bienes jurídicos como son la dignidad de la persona y todo el resto que se desprenden de esta son merecedores de protección, aunque reconocen que la redacción de estos delitos puede ser mejorada.

En el 1995 el discurso del odio se reguló de la siguiente manera, en primer lugar se creó el 510, estableciéndose así un delito independiente que castigaba la provocación a la discriminación, a la violencia y al odio, añadir que el Código penal también contaba con el artículo 607.2 CP que tipificaba la defensa del delito de genocidio. Pero en el año 2015, se cambió la redacción dada del artículo 510 por la ley orgánica 1/2015, de 30 marzo por la que se modifica el Código penal.

El legislador ha tomado en cuenta multitud de reivindicaciones que por parte de órganos jurídicos, como el Tribunal Constitucional en la STC 235/2007 de 7 de noviembre, habían elaborado en relación a los artículos 510CP Y 607.2CP. También esta modificación ha tenido en cuenta la Decisión Marco 2008/913 JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre, aunque más adelante detallaremos más extensamente la citada reformada, se han suprimido vocablos como “provocación”, han modificado las penas y han unificado conductas que hasta el momento venían indicadas en el 607.2CP

6.3 ELEMENTOS DELITO. ARTÍCULO 510 CP (BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, SUJETO ACTIVO, SUJETO PASIVO, CONDUCTA TIPICA, PENA, CONSUMACION Y CONCURSOS)

- Bien jurídico protegido

Nos encontramos ante un tipo penal pluriobjetivo ya que se protegen diferentes bienes jurídicos según las conductas descritas. Hay que diferenciar en primer lugar entre las incitaciones directas e indirectas a la discriminación, en las primeras se condena la puesta en peligro del derecho a la igualdad del colectivo afectado por el móvil discriminatorio mientras que en las segundas es el peligro del peligro abstracto a la igualdad el que se protege. Por otra parte cuando hablamos de incitación a la violencia, sancionamos el peligro que existe para la seguridad del grupo al incitarse la práctica de actos violentos contra ellos.

- Sujeto Activo

Al tratarse de un delito común que puede ser cometido por cualquier persona

- Sujeto Pasivo

Respecto al titular del bien jurídico puesto en peligro, se ha operado una modificación con la nueva reforma del CP, anteriormente solo podía ser sujeto pasivo del 510.1 CP, los grupos o asociaciones, o también llamados «*grupos diana*⁷²», desatendiendo la protección de las personas, individualmente consideradas, frente supuestos de provocación al odio, a la violencia o a la discriminación.

⁷² Landa Gorostiza, J.M. (2012), «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1955-2011) del artículo 510CP y propuesta de lege lata», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 7, p.303

Ahora con la nueva redacción del 510 CP, la protección se amplía a «un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel», lo que ha servido para aclarar las dudas a la hora de interpretar la regulación anterior.

- Conducta típica

Las conductas perseguidas por el 510 CP son fomentar, promover, e incitar de forma directa o indirecta a la discriminación, al odio, hostilidad o violencia.

Respecto a las conductas, destacar que tienen que ser realizadas de forma pública, no pudiendo ser reprochadas penalmente cuando se ejecuten en el ámbito privado. Se castiga por tanto actos preparatorios de la discriminación, odio, hostilidad o violencia.

Con este nuevo formato del delito de odio, desaparece el debatido término provocación, que muchos vinculaban su definición, a la contemplada por el artículo 18CP, donde se describe como acto preparatorio. La provocación por tanto desaparece y ahora se utilizan las expresiones de incitación directa e indirecta, un adelantamiento penal de la conducta típica que ahora castiga actos previos a la incitación, a participaciones en tentativas. El motivo por el cual se anula el término provocación tiene que ver con la interpretación que se ha hecho de esta palabra, ya que si solo castigamos atendiendo a los requisitos del 18CP, solamente podrían resultar punibles los supuestos de incitación directa al delito, no pudiéndose castigar por tanto la incitación al odio, ni la justificación, negación o fomento de este tipo penal, tendrían que excluirse si atendemos al principio de legalidad.

Recordemos aquella sentencia, la SJP núm.3 de Barcelona, donde se condenó a Mohamed K. por un delito de provocación a la violencia por dar recomendaciones sobre posibles castigos que podrían ejercerse sobre las mujeres en casos de rebeldía, entre ellos actos violentos o torturas psicológicas, estas contenidas en su libro “*La mujer en el Islam*”, por ejemplo en el capítulo de *Cuestiones dudosas*, se concluye lo siguiente: «Si el diálogo sereno y la exhortación no desembocan en el resultado esperado, puede recurrir a otra medida disciplinaria: el abandono..., Algunas limitaciones a la hora de recurrir al castigo físico son: Nunca se debe pegar en una situación de furia exacerbada y ciega para evitar males mayores. No se deben golpearlas partes sensibles del cuerpo (la cara, el pecho, el vientre, la cabeza, etc.)»⁷³.

⁷³ SJP número 3 Barcelona 276/03, de 12 enero.

De otro lado también nos encontramos con otra sentencia, SJP núm.2 de Logroño donde se condenó por una provocación a la discriminación, concretamente por el uso racista de frases que aparecieron en la puerta del Ayuntamiento de Logroño, citas como: «Estamos condenados a vivir con la basura de inmigrantes que terminarán de destruirnos (violaciones, drogas, robos, asesinos... Moros, sudamericanos, países del este, paquistaníes, hindúes, africanos, etc. Toda esa gentuza tiene más derechos que cualquier riojano», «Lucharemos por defendernos aunque sea con explosivos». En afinidad, con estas dos sentencias, el termino provocación por tanto tiene que ser interpretado como una provocación a cometer el delito y no al simple odio, por lo tanto para configurar este delito tenía que ser suprimido en aras de entender con mayor claridad el tipo, ya que realmente no se está castigando una incitación a delinquir, sino un paso anterior, como si dijéramos la semilla de una cierta declaración de intenciones, un sentimiento de antipatía, rencor y hostilidad frente a determinados grupos.

En resumen, lo que se hizo con la antigua regulación del CP 1995 fue elevar a categoría de delito autónomo una tentativa de inducción a la discriminación o violencia, y por otra parte una tentativa de inducción a un sentimiento de odio que pudiera llegar a crear un peligro de discriminación o violencia⁷⁴.

Ya con la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, no aparece este término, que tanto debate ha generado, se reafirma el delito no como un acto preparatorio del 18CP, sino como un delito de provocación al odio sui generis.

- Penas

Estas oscilan entre uno a cuatro años de pena de prisión, aumentándose respecta al anterior CP en un año y de seis a doce meses de multa.

- Consumación

Debido a la existencia de diferentes bienes jurídicos protegidos todo ellos identificados por la presencia de un móvil discriminatorio: el derecho a no ser discriminado en los casos en los que se incita directamente a delitos discriminatorios.

⁷⁴ Portilla Contreras, G. (2015), "La represión penal del discurso del odio", en *Comentario a la reforma penal 2015. Parte especial*. Aranzadi p.727.

En el caso de incitación directa a la violencia hablamos de seguridad, como la existencia de un peligro para para la integridad física, aunque no exista una cercanía la lesión efectiva del bien jurídico, basta con una peligrosidad ex ante en el momento que se produce la incitación. Así la incitación directa y pública a agredir a un homosexual es peligrosa aunque no se produzca violencia alguna sobre los que reciben el mensaje.

Si se trata sin embargo de incitación indirecta, promoción, fomento o favorecimiento no concurre ni siquiera un peligro abstracto de seguridad o igualdad sino de un hipotético peligro o meros actos de colaboración en tentativas.

- Concursos

Pueden darse concursos de normas con diferentes actos preparatorios de atentados contra la vida o la integridad, resultando el 510 CP la norma preferente.

6.3.1 TIPOS BASICOS

En primer lugar vamos a pasar a analizar los tres tipos básicos de la actual regulación dada por el Código Penal del delito de odio, la pena común a estas conductas básicas es de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses.

Artículo 510 a):

«Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad».

Con esta nueva redacción, que sustituye al antiguo 510CP⁷⁵, podemos observar una desvinculación clara con las conductas descritas en el artículo 18 CP, fuente de críticas de la

⁷⁵ Artículo 510.1 CP, ya derogado por Ley Orgánica 1/2015, de 30 marzo por la que se modifica el Código Penal: “Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la

antigua redacción, el legislador acaba con la discusión castigando las conductas que fomenten, promuevan o inciten de forma directa o indirecta tales comportamientos⁷⁶.

Modificación necesaria y demandada por parte de la doctrina⁷⁷, refleja la legislación internacional europea y nacional sobre este asunto en las que son usados los verbos fomentar, promover o incitar para prohibir las conductas que no suponen una incitación directa a perpetrar la acción discriminatoria, pero que de una manera indirecta y ladina, pueden desembocar claramente en algunas de las conductas descritas. Por lo tanto la inclusión de conceptos como son la incitación directa e indirecta, supone un claro avance en el auxilio de las víctimas. También se incluyen los verbos promover y fomentar, para mi opinión innecesarios ya que son entre si equivalentes, y con significado afín a incitar, no debiendo ser incluidos por redundantes⁷⁸ y para evitar posibles confusiones a la hora de comprender el tipo penal.

Asimismo se añade a las conductas tipificadas, la hostilidad a las ya incluidas de odio, discriminación o violencia, debiendo ser estas, realizadas de forma pública⁷⁹, ya que las conductas realizadas en la esfera personal no toman la consideración de típicas.

En relación a los móviles, se ha incluido el discriminatorio fundado en «razones de género», en lo referente a la orientación sexual, esta se basa en la libertad de opción que puede ejercer el individuo en relación a sus preferencias sexuales sin que nadie pueda ser discriminado por la decisión que realice –homosexualidad, bisexualidad, intersexualidad, etc.-, de otra parte en ninguna de las regulaciones anteriores se ha tenido en cuenta la discriminación por la identidad sexual (actual agravante del artículo 22.4º). Sin embargo en esta nueva redacción sí que se ha incluido, extendiéndose y protegiendo a la víctima en supuestos de transfobia, es decir, discriminación fundada en la identidad sexual.

Respecto a los sujetos se establece claramente quien tiene legitimación activa para acudir a los tribunales incluyendo las acciones contra un grupo en general, una parte concreta de este o

pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses”

⁷⁶ De la misma opinión: Aguilar García, M.A. (2011), “La reforma del art. 510 del Código Penal”, *La Ley* 89, p.6.

⁷⁷ Camarero González, G. (2013), «Algunas notas sobre los artículos 510 y 607.2CP y su posible reforma desde el derecho comparado», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, pp. 12-13.

⁷⁸ De la misma opinión: Andrés Gascón, “El discurso del odio...”, p.194.

⁷⁹ Circunstancia exigida por el artículo 1.1.a) de la Decisión Marco 2008/913/JAI

simplemente contra una persona en particular. Por lo tanto aquí encontramos un reflejo más donde la nueva redacción atiende las peticiones de la doctrina en la que se pedía que las personas consideradas individualmente también tuvieran que ser reconocidas como sujeto legitimado para actuar antes los juzgados y tribunales.⁸⁰

Artículo 510.1 b):

«Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.»

De igual manera que se castigan los discursos que fomenten, inciten o promuevan al odio, discriminación, violencia... de una forma oral, también se penaliza a quién realiza este tipo de conductas pero mediante un soporte escrito, entre los que se podrían incluso entender las fotografías, imágenes..⁸¹ Se castiga por tanto la elaboración, producción y posesión, con la finalidad de distribución o facilitación a terceros del acceso, o que los difundan, vendan o distribuyan. Estas conductas típicas continúan en la línea de tipificar dentro de la categoría de delitos de peligro abstracto, al no ser necesaria una distribución, venta, difusión... de los contenidos, sino que se podría castigar simplemente por tener esa finalidad. Se sobrepasa así con la nueva reforma del Código Penal, las recomendaciones de la Decisión Marco, que no sanciona los actos de promoción, fomento o incitación indirecta.

Por tanto en este apartado se castigaría las conductas de cualquier editor, librero, director de prensa que difunda contenidos cuyo contenido apoye, enaltezca... conductas discriminatorias, aunque el propio difusor no se identificara con el mensaje, se produce la consumación directamente, en el momento que tenga la posesión para difundir, siempre que el material sea apto para generar un posible resultado en el que los bienes jurídicos protegidos en este delito resultaran lesionados.

⁸⁰ En armonía con la STC 235/2007, de 7 de noviembre.

⁸¹ En concordancia con la STC 235/2007, de 7 de noviembre.

La doctrina, ante esta posición del legislador se encuentra lógicamente dividida, mientras que unos autores entienden que al no diferenciarse la distribución efectiva frente a la distribución no materializada se rompe el principio de proporcionalidad, ya que en el caso de la no materializada, el contenido ni siquiera ha llegado al público y por lo tanto no se ha producido lesión alguna⁸², otros entienden que con esta nueva regulación, se está castigando un peligro abstracto por lo que la materialización no se conculca con un resultado objetivamente lesivo posterior que se materialice a raíz de las conductas descritas, sino que la simple intencionalidad de distribuir es lo que marca la frontera penal, frente a una simple posesión de título personal que no supondría ningún reproche penal. Esto es lo que distingue realmente la impunidad de la conducta, ya que en el segundo caso, el sujeto sí que posee una *animus* de que los materiales salten a la esfera pública.⁸³

Artículo 510.1 c):

«Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos».

El Código Penal actual deroga el antiguo artículo 607.2 CP⁸⁴, integrándolo dentro del nuevo 510 CP, en su apartado tercero se castigan conductas consistentes en negar, trivializar gravemente o enaltecer crímenes relacionados con los delitos de genocidio, lesa humanidad, o

⁸² Alastuey Dobón, C. (2014) “La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley 2013: consideraciones críticas” *Diario la Ley* 8245, p.13.

⁸³ Gascón Cuenca, “El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español.”, p.196.

⁸⁴ Artículo 607.2 CP, ya derogado por Ley Orgánica 1/2015, de 30 marzo por la que se modifica el Código Penal: “La 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”

contra personas y bienes protegidos en casos de conflicto armado, estos dos últimos supuestos son una ampliación de los crímenes, que ya no se limitan exclusivamente al genocidio.

En el primer artículo, apartado cuarto, de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 noviembre de 2008, se dejaba en manos de los Estados la posibilidad de sancionar los casos de negación o trivialización flagrante únicamente cuando estos crímenes hubiesen sido reconocidos por resolución firme por un tribunal internacional o nacional, por tanto solo se castigaba aquellos hechos probados por los tribunales que tuvieran una capacidad para incrementar las probabilidades de generar un espacio de odio entre estos grupos o individuos, adoptando por tanto el criterio sustentado por la Decisión Marco anteriormente referida y a la STC 235/2007.

Volver a tipificar las conductas que radican en negar los delitos de genocidio, lesa humanidad y los cometidos contra personas y bienes en el marco de un conflicto armado, debe de ser analizada y como menos cuestionada desde una perspectiva crítica, ya que se ha vuelto a incluir una conducta protegida por el Tribunal Constitucional anteriormente; que por ejemplo, el Holocausto haya sido una realidad constatada, no da derecho a coartar la libertad de expresión de un sujeto que por muy inverosímil que estribe su argumento se decide a negar la existencia de tales hechos, ya que no se puede prohibir la crítica pública de la existencia de cualquier acontecimiento histórico, a pesar de que se necesite crear un clima de hostilidad que pueda llegar a culminar en actos discriminatorios o violentos contra los grupos o individuos descritos, sigue siendo una extralimitación del Derecho Penal, que penaliza el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión, no hay nada más peligroso que imponer verdades históricas, obligar bajo una amenaza de prisión a entender que determinados hechos sucedieron de una determinada forma⁸⁵.

De difícil aplicación por tanto este precepto por parte de los tribunales porque estas simples negaciones donde se duda de las personas asesinadas en los campos de concentración o niegan la existencia de algún campo de exterminio en concreto, no tienen consistencia suficiente como para generar un clima de hostilidad o violencia, siendo el propósito final otro que es dar una visión distorsionada y disfrazada de la realidad, y aunque debiendo ser claramente reprochable socialmente debe ser excluida del reproche penal.

⁸⁵ Álvarez García, F.J. (2014), "La nueva reforma penal de 2013". *Eunomia*, pp.60-61

En alusión a la pena, esta se aumenta con la reforma a un máximo de cuatro años de prisión, cuando anteriormente esta se limitaba a dos años, a pesar de una ampliación de las conductas, no existe alguna justificación para este incremento y más aún, teniendo en cuenta la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 noviembre de 2008, cuya recomendación establecía no imponer penas superiores a los tres años

6.3.2 TIPOS ATENUADOS

El artículo 510 CP en su apartado segundo castiga la lesión y puesta en peligro de la dignidad por móviles discriminatorios, y prevé una pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses para:

Artículo 510.2.a):

«Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos».

Este apartado es un tipo atenuado de las conductas descritas de los artículos 510.1 a) y b) CP, esto refuerza el valor que tiene para el legislador la garantía de la dignidad de la persona, así el Tribunal Constitucional dictó en la STC 214/1991 de 17 de diciembre que «el odio y desprecio a todo un pueblo o etnia son incompatibles con el respeto a la dignidad humana que solo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos»⁸⁶

⁸⁶ STC 214/1991, de 17 de diciembre, Fº.Jº.8.º

En este primer supuesto nos encontramos con una conducta típica que consiste en la lesión de la dignidad de la persona, una transgresión de esta mediante acciones humillantes, menosprecio o descrédito en clave discriminatoria, por tanto un delito de simple actividad en el que las conductas descritas lesionan de una forma automática la integridad moral de los afectados. Como observamos el legislador impone penas inferiores para aquellas conductas que por su relevancia no son capaces de fomentar, promover, o incitar de forma directa o indirecta al odio, a la hostilidad, a la discriminación, o a la violencia contra los sujetos objetos de amparo; tanto de forma oral como escrita, pero que sí son capaces de lesionar la dignidad humana de las personas a las que se dirige, por tanto no generan un clima de hostilidad o enfrentamiento dentro de una sociedad, pero sí que pueden llegar a lesionar la dignidad de la persona.

Este tipo atenuado está cuestionado por parte de la doctrina ya que se volvería a romper el principio de proporcionalidad al no razonarse «por qué ha de aplicarse una pena inferior a quién lesiona la dignidad de otra u otras personas mediante actuaciones humillantes por motivos raciales o discriminatorios, que a quien por iguales razones fomenta el odio contra esas mismas personas»⁸⁷, también es debatido si realmente lo que se lesiona es la dignidad de la persona o se debería castigar por lesiones al honor y a la integridad moral⁸⁸.

Opino frente a esta parte de juristas que este tipo atenuado no rompe el principio de proporcionalidad sino que refuerza la protección de los afectados, ya que unos de los requisitos del tipo básico es la capacidad de generar un clima de tensión y hostilidad en la sociedad a través de una incitación al odio, dejando vulnerables a aquellos comentarios igualmente reprochables que a pesar de no llegar a ese extremo han lesionado gravemente la dignidad de la persona humana.

Artículo 510.2.b):

«Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus

⁸⁷Roig Torres, M. (2015), “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)”. Tirant lo Blanch, Valencia, pp.1261-1262.

⁸⁸Alastuey Dobón, “La reforma de los delitos de provocación al odio.”, p.15.

miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución».

Esta diferencia es clave para distinguir entre los que públicamente nieguen, trivialicen o enaltezcan los delitos de lesa humanidad, delitos de genocidio o delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado frente a los que enaltezcan o justifiquen mediante un medio de expresión pública o de difusión cualquier tipo de delito que haya sido propiciado contra algunos de los sujetos protegidos por el 510 CP. Incidencia que sin lugar a dudas ayuda a la proporcionalidad de penas, al castigarse como mayor severidad los ilícitos cometidos contra la comunidad internacional frente a otros que no pertenecen a este apartado y por tanto se castigan con menor pena.

Aunque si nos adentramos y analizamos con profundidad este apartado no existía expresamente ninguna necesidad de castigar este tipo de apología ya que la DM de 2008, solamente recomendaba la persecución de este tipo de delitos para aquellos que como anteriormente hemos dicho se encontraban en una categoría superior, delitos contra la comunidad internacional, como son los delitos de genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes contra la paz..., siempre y cuando estos incitaran al odio o violencia, sin embargo en este apartado se está castigando el enaltecimiento o justificación pública de delitos discriminatorios sin ni siquiera requerir ese elemento adicional que exigía la STC 235/2007, que era la existencia de una incitación indirecta.

Por lo tanto, basta con enaltecer o justificar el delito de odio, suprimiéndose la necesidad de demostrar que estas conductas son capaces de generar un clima de odio, hostilidad, violencia, discriminación contra los sujetos protegidos del 510 CP.

Artículo 510.2.b) *in fine*:

«Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos».

De manera genérica se castigan con las penas que han sido previstas en el tipo básico, es decir con una pena de uno a cuatro años, si finalmente estas conductas han sido aptas para

generar una atmósfera de odio, hostilidad, discriminación o violencia contra los grupos protegidos en la ley.

6.3.3 TIPOS CUALIFICADOS

Se prevén dos agravaciones de la pena en la redacción del artículo 510 CP, en primer lugar nos encontramos con el 510.3 CP, que dice así:

Artículo 510.3:

«Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas.»

Por lo tanto el 510.3º agrava la pena en su mitad superior, se trata de una agravación vinculada a la capacidad de difusión del comportamiento discriminatorio a través de las nuevas formas de comunicación que nos ofrece la tecnología, como las redes sociales. Cuando se publica algo en estas fuentes, la posibilidad de propagación del mensaje se multiplica exponencialmente, pudiendo llegar a miles de personas en cuestión de segundos, por lo tanto el clima de odio o discriminación se fomenta mucho más rápido, no pudiendo quedar impunes quienes realizan además desde el anonimato estos tipos de hechos.

Posteriormente nos encontramos con el segundo tipo agravado el 510.4 CP, que dice así:

Artículo 510.4 CP:

«Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.»

Esta vez el 510.4º se agrava la pena en un grado cuando los hechos resulten idóneos para alterar la paz pública, esta se prevé como una secuela de los hechos descritos anteriormente.

Por otro lado existe un problema de diferenciación entre esta conducta y las específicas del tipo básico, como hemos visto anteriormente para diferenciar las conductas básicas de las

atenuadas tenemos que tener en cuenta si tales conductas han sido idóneas para generar un clima de odio, hostilidad, discriminación o violencia que lleve consigo la generación de un sentimiento de miedo e inseguridad en las personas afligidas, por lo tanto es muy complejo distinguir estas acciones que configuran el tipo básico de aquellas que especifica el tipo agravado⁸⁹.

6.3.4 DISPOSICIONES COMÚNES

La nueva regulación del 510 también cuenta dos disposiciones comunes, que podrán ser aplicadas de forma general a todos los supuestos previstos en el artículo. La primera de ellas dice así:

a) Artículo 510.5 CP:

«En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente».

En esta disposición se sanciona con la inhabilitación especial, destrucción de libros, bloqueo de acceso a internet. Debido a que este tipo de hechos regulado en el 510 CP presentan actitudes claramente discriminatorias y la especial defensa que merecen los menores, se observa como disposición común poder apartar a los condenados por estos delitos de la docencia, evitando así una inculcación de un ideario claramente discriminatorio, aunque otros autores defienden que es una clara aniquilación de la libertad de expresión introduciéndose una clara censura para ejercer oficios educativos.⁹⁰

b) Artículo 510.6 CP:

«El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos. En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o

⁸⁹ Con el mismo sentir: Roig Torres, “Los delitos de racismo y discriminación.”, pp.1264-1265.

⁹⁰ Portilla Contreras, «La represión penal del discurso del odio...», pág. 751.

servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo».

Como análogo a la condena cuando se tratara de los tipos que castigan la posesión o distribución de los materiales parece lógica la posibilidad que da el legislador a los tribunales de convenir su destrucción, o en el caso de páginas contenidas en Internet acordar su bloqueo.

El cimiento de este apartado es tratar de evitar que los condenados se aprovechen de su contacto con los menores para inculcarles un determinado ideario racista o discriminatorio.⁹¹

6.3.5 SANCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS “ARTÍCULO 510 BIS”

Dada la nueva redacción del Código Penal, se incluye este nuevo artículo, el 510 bis CP, que queda de la siguiente manera:

«Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá una la pena de multa de dos a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33. En este caso será igualmente aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo 510 del Código Penal».

Este supuesto contempla que el delito sea cometido por personas jurídicas la sanción prevista para estos casos es la multa de dos a cinco años. Asimismo jueces y tribunales podrán imponer las penas recogidas en el artículo 33 CP, apartado 7, letras b) a g).

Recordemos que esta nueva disposición sigue la línea del artículo 6 de la Decisión Marco 2008/913/JAI estudiada anteriormente, donde se instaba a los Estados Miembros a adoptar las medidas necesarias que garantizaran que las personas jurídicas puedan ser consideradas

⁹¹ Roig Torres, M., “Los delitos de racismo.”, p.1265.

responsables de los delitos de odio, y asimismo que se pudieran imponer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias.

6.3.6 PROPUESTAS DE MEJORA DEL ARTÍCULO 510 CP

En primer lugar y una vez analizado el 510CP, observamos que con la modificación de 2015 no se ha tenido en cuenta la multitud de propuestas presentadas por doctrina y órganos especializados, da la sensación que se ha intentado incluso legislar de manera contraria a tales recomendaciones, con la reforma se pierde como ya hemos analizado, la relación con la provocación definida en el 18.1CP, por tanto se echa por tierra toda interpretación jurisprudencial echa en el pasado, ya que esta siempre estaba unida y basada en este término, nos encontramos ahora con otras acepciones que son fomentar, promover e incitar y no solo eso ya que se castiga tanto de una forma directa como indirecta, además si pasamos a analizar el objeto del delito nos encontramos con el concepto de «odio» y «hostilidad», no menos problemáticos, ya que si con la discriminación o la violencia podemos entender que se pueden llegar a cometer hechos ilícitos, con estos últimos esta interpretación nos resultaría casi imposible, ya hablamos de meros sentimientos o estados de antipatía y menosprecio hacia ciertas personas o grupos.

Una vez dicho esto y según mi opinión sería necesaria una nueva reformulación del 510CP para que se cumpla realmente con los compromisos internacionales en esta materia, sin caer en excesos ni restricciones muy graves a la libertad de expresión, ya que la actual regulación es excesiva en muchos puntos, por lo tanto propongo:

- ❖ Castigar únicamente una incitación directa al delito, restringiendo aún más como recomendaba la Decisión Marco a conductas que de alguna forma puedan llegar a perturbar el orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes; es decir conductas que produzcan una lesión efectiva del bien protegido, o una puesta en peligro de derechos fundamentales o valores constitucionales.
- ❖ Con la actual regulación la pena es prisión de uno a cuatro años, y multa de seis a doce meses, se propone disminuir la pena máxima a los tres años, tal y como recomienda la Decisión Marco, o mantenerla en cuatro años pero justificando el porqué de este aumento, ya que el legislador no ha dado motivo alguno para aumentarla en un año.

- ❖ Se propone precisar la diferencia entre los tipos básicos y agravados, ya que con la actual redacción se hace muy complejo distinguir las conductas que parecen muy similares entre sí, ya que en el básico se habla de que se tengan que crear un clima de odio, hostilidad, violencia..., mientras que en las agravadas que lleve aparejado la creación de un sentimiento de inseguridad o temor, una idea que se aporta sería utilizar la agravación cuando por ejemplo se demuestre que con el discurso de odio se haya materializado efectivamente una conducta violenta, discriminatoria o de odio.
- ❖ Respecto a los verbos usados en el tipo, promover y fomentar, se propone prescindir de ellos, ya que ambos tienen un significado muy parecido a incitar, este ya contenido en el tipo, y que engloba tanto la promoción como el fomento, todo ello para que se puede llegar a entender mucho mejor el tipo.

Respecto al 510 b), nos encontramos una vez más con una problemática anticipación de la intervención penal, en concreto quiero hacer hincapié en el momento de la venta o distribución “idónea”, ya que resulta excesivo castigar al librero que sin estar adherido a las ideario discriminatorio ponga en venta o distribución tales contenidos, nos encontramos ante una clara punición exagerada y nada proporcional, un atentado a la libertad de expresión, por lo tanto propongo:

- ❖ Sancionar únicamente los supuestos de difusión o reparto de escritos, fotografías, o cualquier otro material que incite de manera pública al odio, violencia, discriminación..., por tanto solo conductas provocadoras, además de exigir que el criterio de la identificación expresa con el mensaje contenido en el escrito, dejándose así de consumir el delito con la mera posesión para distribuir.

Respecto al 510 c), el TC ya se pronunció respecto a la negación del Holocausto, esta se consideró como atípica, y por tanto protegida por la libertad de expresión, como ya se dijo no se puede establecer una verdad objetiva e imponer al resto que piense y opine con ese sentir, se trata de una codificación que se extralimita claramente y vulnera gravemente derechos constitucionales de toda persona, ya que simplemente negar ciertos episodios históricos no puede tener la capacidad por si solo de generar un clima de violencia o discriminación.

Recordemos que la Decisión Marco nos decía que no bastaba con negar o trivializar determinados delitos, sino que se pedía una incitación a la violencia, al odio.., mientras que el 510CP exige simplemente una incitación indirecta, por lo tanto es muy difícil que este tipo llegue a ser aplicado, se propone por tanto:

- ❖ Eliminar el verbo negar de la regulación del delito de odio, para preservar la libertad de expresión del individuo, y solo castigar a quien efectivamente trivialicen o enaltezcan delitos de lesa humanidad, y cuyo contenido tenga un carácter claramente discriminatorio, racista o xenófobo.

7. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL APLICACIÓN DISCURSO ODIO

7.1 SENTENCIA CASO FRIEDMAN (LIBERTAD DE EXPRESION VS DERECHO EL HONOR)

Para aplicar correctamente el artículo 510.2 CP y no incurrir en una restricción de la libertad de expresión debemos distinguir entre informaciones que describen hechos objetivos interpretables al amparo de los derechos fundamentales de la libertad de expresión y creencias frente a meras informaciones que lo único que persiguen es la humillación o vejación de un colectivo.

Como precursor del apartado segundo del 510 CP podemos encontrar la célebre sentencia 214/1991 de 11 de noviembre, o también denominada “Caso Friedman”. Esta distingue claramente donde está el límite entre simples declaraciones u opiniones que se encuentran amparadas por la libertad de expresión e ideológicas (artículo 20.1 CE), frente a otras que solo buscan la clara vejación hacia un colectivo.

Violeta Friedman, fue una superviviente del campo de concentración nazi de Auschwitz, toda su familia fue asesinada en las cámaras de gas. León Degrelle, antiguo miembro de la Waffen S.S, realizó unas desafortunadas declaraciones para la revista *TIEMPO*, donde negaba antecedentes históricos relacionados con la persecución y exterminio del pueblo judío, durante el régimen nazi. La demanda en defensa de la protección del derecho al honor interpuesta por Friedman no fue aceptada en primera instancia (Autos núm. 1284/85) por la supuesta falta de legitimación activa, ya que las declaraciones no iban dirigidas contra ella ni contra su familia y tales afirmaciones estaban amparadas en la libertad de expresión, recurriéndose en apelación a la Audiencia Territorial de Madrid (recurso núm.572/86), fue denegada una vez más porque literalmente, «las declaraciones denunciadas como intromisiones ilegítimas en el ámbito personal de la demandante, no pueden reputarse de tales porque no se refieren a expresiones o hechos personales que la difamen o la hagan desmerecer en la consideración ajena».

Por casación también se recurrió ante el Tribunal Supremo, reafirmando este en su sentencia 214/1991, de 11 de noviembre, que la libre expresión de pensamientos, ideas... que protege la CE no ofende al honor de la persona física o su familia, aun cuando estas pudieran

generar dolor y sufrimiento a grupos sociales y que en todo caso no tiene legitimación activa debido a que a ella no le afectaba el descrédito.

En 1990 se solicita por último lugar el amparo al Tribunal Constitucional contra todas las resoluciones judiciales mencionadas anteriormente al vulnerarse del derecho a la tutela judicial efectiva art 24.1 CE, en relación al derecho al honor 18 CE. El Tribunal Constitucional dicta que las dudas, opiniones y afirmaciones sobre la actuación del régimen nazi contra los judíos forman parte del ejercicio de la libertad de expresión. No obstante, si estimó que ciertas declaraciones de Degrelle dañaba el derecho al honor de las víctimas, afirmaciones como:

“Si hay tantos [judíos], ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios” “(...) quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan”, “Falta un líder; ojalá que viniera un día el hombre idóneo (...) pero ya no surgen hombres como el Furher”, “A mi juicio, el doctor M., era un médico normal y ducho mucho que las cámaras de gas existieran alguna vez”⁹²

7.2 SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚMERO 235/2007, DE 7 DE NOVIEMBRE

Esta sentencia resuelve el recurso de amparo dictado contra la sentencia del Juzgado de lo Penal número 3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998, que condenaba a Pedro Varela Geiss a dos años de prisión por un delito continuado de genocidio en base al artículo 607.2CP y a la pena de tres años por un delito continuado del artículo 510CP.

El acusado Pedro Varela Geiss, director y titular de la librería Europa situada en Barcelona procedió de una forma continuada a la distribución y venta de todo tipo de materiales (tanto en soporte físico como digital), en los que de forma inequívoca y vejatoria se negaba a la vez que se justificaba el genocidio y persecución del pueblo judío durante el periodo histórico de la Segunda Guerra Mundial, donde se perpetró una masacre colectiva por parte de los responsables de la Alemania Nazi.

Constan en los hechos probados que estas publicaciones contenían afirmaciones discriminatorias tales como “los judíos son seres inferiores a los que se debe exterminar como

⁹² STC 214/1991, de 11 de noviembre

ratas”⁹³, conocida dicha actividad se practicó la retirada judicial de todo el material que incitaba al odio, un total de más de veinte mil documentos entre cintas, libros, catálogos etc. A título de ilustración merecen destacarse las siguientes reseñas extraídas del libro titulado “Absolución para Hitler”:

“Las cámaras de gas son fantasías de la posguerra y de la propaganda, comparables en toda su extensión con la inmundicia recogida durante la 1ª Guerra Mundial la Solución Final no era ningún plan de destrucción, sino de emigración, Auschwitz era una fábrica de armamento y no un campo de exterminio”⁹⁴

Esta sentencia es muy ilustre para el estudio del discurso de odio por lo siguiente:

- 1) El TC en el Fº.Jº.3º establece las diferencias para incurrir en las conductas tipificadas en el artículo 607 CP que son diferentes a las del 18.1CP. Clarifica que las conductas sancionables son la mera difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen la existencia de hechos que han sido considerados de genocidio por lo tanto para su sanción no se requiere la incitación, exaltación o enaltecimiento del genocidio.
- 2) Referenciando a la STC 214/1991, de 11 de noviembre, el TC evoca que el derecho a la libertad de expresión ampara también las opiniones subjetivas sobre ciertos hechos históricos «que por muy erróneas o infundadas que resulten no supongan un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro para la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos»⁹⁵, consecuentemente estas deben ser consentidas en una sociedad democrática. Así el Tribunal Constitucional protege la libertad de expresión o la libertad ideológica sin los que no podría existir una sociedad libre, ni por tanto agrega el TC, «soberanía popular»⁹⁶, reiterando que la Carta Magna protege también a quien lo niega.
- 3) Corroborar sus decisiones anteriores consolidando que «aun cuando la tolerancia constituye uno de los «principios democráticos de convivencia» a los que menciona el art.27.2 CE, dicho valor no puede relacionarse sin más con la tolerancia ante discursos que repelen a toda conciencia conocedora de las atrocidades perpetradas por los totalitarismos de nuestro

⁹³ STC 235/2007, de 7 de noviembre, antecedente 2º

⁹⁴ STC 235/2007, de 7 de noviembre, antecedente 4º

⁹⁵ STC 235/2007, de 7 de noviembre, F. ºJº.3. º

⁹⁶ STC 235/2007, de 7 de noviembre, F. ºJº.4. º

tiempo»⁹⁷. Por tanto, para establecer o no una sanción penal hay que saber si tales discursos afligen a bienes constitucionalmente protegidos

- 4) En el F. °J. °5 el TC define como debe interpretarse algo como discurso de odio. Lo escenifica como un discurso que suponga una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contras determinadas razas o creencias en concreto, para esta definición se citan varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la del asunto Erkeban contra Turquía de 6 de Julio de 2007, así como la Recomendación número R(97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, esta definición realizada por el Tribunal Constitucional no está exenta de problemática ya que realmente en ninguno de los anteriores textos se desgaja que el discurso del odio debe comprenderse como una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contras determinadas razas o creencias en concreto sino que engloba todas las formas de expresión que difundan, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia. Así que en ningún momento se desprende que se necesite una provocación directa⁹⁸.
- 5) A pesar de todo el Tribunal Constitucional reconoce en el F.ºJº.6.º que las conductas típicas contenidas en el 510CP pueden ser llevadas a cabo de forma directa o indirecta al constituir que: «la literalidad del ilícito previsto en el artículo 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio, que sí están presentes, por lo que hace al odio racial o antisemita que se refiere, en el delito previsto en el art. 510CP castigado con penas superiores»⁹⁹
- 6) El TC dada la redacción del artículo 607.2 CP reflexiona y concluye que no se pueden castigar conductas que nieguen el Holocausto y en general el genocidio, sin una promoción o adhesión valorativa positiva del hecho criminal¹⁰⁰, esta concluye baladí y por lo tanto no puede ser considerada como ilícito penal. Este escenario sería diferente si hablamos de la

⁹⁷ STC 235/2007, de 7 de noviembre, F. °Jº.4. °

⁹⁸ De la misma opinión: Gascón Cuenca, A. (2012) “Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. Landa, pp. 310-340.

⁹⁹ STC 235/2007, de 7 de noviembre, Fº.J. °6º.

¹⁰⁰ STC 235/2007, de 7 de noviembre, Fº.Jº.8º.

justificación del genocidio, donde sí se podría castigar penalmente la incitación tanto directa como indirecta contra el *Ius Gentium*.

- 7) Apreciable también el F°.J.º9.º donde se establece que «[Corresponderá entenderse como delito tipificado en el artículo 607.2CP] la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio cuando se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación»¹⁰¹

Al utilizarse la expresión *puede concretarse*, el Tribunal Constitucional está expresando posibilidad por lo tanto no se está exigiendo una concreción cierta sino que el discurso tenga como finalidad una provocación en contra de determinados grupos de personas que sea capaz de generar un clima de violencia u hostilidad que podrá o no derivar en actos específicos, actos que para la materialización de la conducta no tienen relevancia penal.

¹⁰¹STC 235/2007, de 7 de noviembre, F°.J.º9.º.

8. CONCLUSIONES

- 1) Se ha comprobado la existencia de modelos de protección a nivel internacional frente al discurso del odio, y estos son parte del ordenamiento jurídico nacional, ya que son textos que han sido ratificados por nuestro Estado, por tanto deben ser vigilados por los poderes públicos ya que deben proporcionar una protección y una respuesta efectiva a las víctimas de esto tipos de discursos.
- 2) Se observa una falta de compromiso respecto a estos estándares, ya que la regulación actual de estos tipos de delitos en España ha sido realizado de una forma incompleta e insatisfactoria como hemos reprochado en el apartado 6.3.6
- 3) Respecto al papel que juega la libertad de expresión en estos casos, llegamos a la conclusión de que podrá ser restringida o sometida a ciertas formalidades, siempre que persiga una finalidad legítima, que esta sea una medida necesaria en una sociedad democrática y por último que establezca una proporcionalidad a los fines que se han previsto, atendiendo en ciertos momentos al margen de apreciación de los Estados.
- 4) La protección ofrecida por el CEDH, y la interpretación que realiza el TEDH es muy limitada, ya que la teoría del margen de apreciación es usado por los Tribunales pero no reconocido en el CEDH, así que muchos Estados utilizan están discrecionalidad, justificando que ellos gozan de una mejor posición para determinar la limitación de un derecho ante el ejercicio de otro, este hecho pone también en riesgo toda la labor realizada por el TEDH, ya que precisamente estos mecanismos se crearon para que existiera un órgano supranacional que velara por ellos, por lo tanto respecto a este tema se necesita una aplicación uniforme a nivel europeo y una cohesión-coherencia con los textos europeos, así negar el Holocausto es penado en Alemania y atípico en España, por lo tanto sería interesante sustituir este margen de apreciación por otro mecanismo que por ejemplo obligo a los Estados a justificar la limitación que establezca
- 5) Sintetizamos que son tres son las conductas sancionadas en el 510CP, en primer lugar la negación, en segundo, la trivialización grave y por último el enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado o de sus autores, cuando estos sean realizados de una forma pública y puedan llegar a generar un estadio previo de odio, discriminación, hostilidad hacia un grupo concreto parte de él, o persona

individualmente considerada, siempre que este contenida dentro de las razones protegidas en el artículo.

- 6) La regulación que castiga el discurso el odio en España, ha sido objeto amplio de debate en los tribunales y en su respectiva jurisprudencia, así muchas veces no se ha aplicado de manera correcta estas problemáticas, alejándose de las legislación europea. Antes de que existiera el artículo 510 CP, el TC declaró que este tipo de represión penal no tenía cabida en España porque vulnera la libertad de expresión, ahora con la nueva reforma tenemos quizás de una excesiva protección, que sobrepasa las recomendaciones del TEDH y que hacen típicas meras declaraciones que en hipotéticos casos podría llevar a alguna de las consecuencias que recoge el 510 CP.
- 7) Se desprende una necesidad de definir de forma correcta el tipo penal, y de relacionar claramente con los bienes jurídicos que se están intentando proteger, y que por tanto en función del peligro que corran se impongan penas proporcionales, así conseguiremos un castigo que encaje en cada uno de los comportamientos en los que se puede revelar el discurso del odio, procediéndose solo a la sanción de aquellos comportamientos que de una manera efectiva pongan en peligro los derechos o valores protegidos
- 8) Finalmente, aseverar que el discurso de odio no puede tener ni el más mínimo resquicio en nuestra sociedad, ya que vivimos en un Estado Democrático y Social de Derecho, no solamente porque atenta contra la legislación internacional de la que España es parte, sino porque pone en peligro la dignidad de las personas, y el derecho de vivir en igualdad tanto material como formal, asegurar que todas las personas puedan desarrollarse de forma plena e igualitaria es totalmente fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar García, M.A. (2011), “La reforma del art. 510 del Código Penal”, *La Ley* 89.
- Alastuey Dobón, C. (2014) “La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley 2013: consideraciones críticas” *Diario la Ley* 8245.
- Álvarez García, F.J. (2014), “La nueva reforma penal de 2013”. *Eunomia*.
- Benvenisty, E. (1999), «Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards» *New York University Journal of International Law and Politics*.
- Bonilla Sánchez, J.J, (2010), *Personas y derechos de la personalidad*. Editorial Reus, Madrid.
- Borrillo, D. (2013), «Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho* 71.
- Camarero González, G. (2013), «Algunas notas sobre los artículos 510 y 607.2CP y su posible reforma desde el derecho comparado», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*.
- Carmona Cuenca, E. (1994), «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Revista de estudios políticos* 84.
- Córdoba Roda, J. (2004), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Marcial Pons, Madrid.
- Fernández-Miranda y Campoamor, A., (1984). «Artículo 20». En *Comentarios a las Leyes Políticas*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.
- García Añón, J. (2013), *Identificación policial por perfil étnico en España*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- García Roca, J. (2010) “*El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*”. Aranzadi, Pamplona.
- Gascón Cuenca, A. (2012) “Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. Landa.
- Gascón Cuenca, A. (2016) “El discurso del odio en el ordenamientos jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección”, Aranzadi, Pamplona.
- Jaén Vallejo, M. (1992), *Libertad de expresión y delitos contra el honor*. Colex, Madrid.

Landa Gorostiza, J.M. (2012), «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1955-2011) del artículo 510CP y propuesta de lege lata», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 7.

Laurenzo Copello, P., (2002), *Los delitos contra el honor*. Tirant lo Blanch, Valencia.

López Redondo, C. (2013), “*La libertad de expresión en situaciones de conflicto*”. Tirant lo Blanch, Valencia.

Martínez Núñez, M. (2008), El Tribunal Constitucional y las libertades del artículo 20 de la Constitución Española, *Revista de Derecho UNED* núm.3.

Peces-Barba Martínez, G. (2002), “*La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*”. Dykinson, Madrid.

Portilla Contreras, G. (2015), “La represión penal del discurso del odio”, en *Comentario a la reforma penal 2015. Parte especial*. Aranzadi.

Rodríguez Montañés, T. (2012), “*Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la constitución a las fronteras del derecho penal*” Tirant lo Blanch, Valencia.

Roig Torres, M. (2015), “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)”. Tirant lo Blanch, Valencia.

Ruffini, F. (1992), «La libertad religiosa come diritto subjetivo». IL mulino, Milán.

Weber, A. (2009), *Manual on hate speech*. Consejo de Europa, Estrasburgo

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- STEDH de 7 de diciembre de 1976 (Handyside contra Reino Unido)
- STEDH de 26 abril de 1979 (Sunday Times contra Reino Unido)
- Decisión Comisión del TEDH 31159/96 (Marais contra Francia)
- STEDH de 16 de diciembre de 2000 (Asunto A., B., C. contra Irlanda)
- STEDH de 13 de febrero de 2003 (Asunto Odievre contra Francia).

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

- STS 259/2011, de 12 de abril.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

- STC 5/1981, de 13 de febrero.
- STC 30/1982, de 1 junio.
- STC 83/1984, de 24 julio.
- STC 53/1985, de 11 abril.
- STC 6/1988, de 21 enero.
- STC 105/1990, de 6 de junio.
- STC 120/1990, de 27 de junio.
- STC 214/1991, de 17 de diciembre.
- STC 85/1992, de 8 Junio.
- STC 110/2000, de 5 de mayo.
- STC 235/2007, de 7 de noviembre
- STC 51/2008, de 14 abril.
- STC 50/2010, de 4 de octubre.

JUZGADOS DE LO PENAL

- SJP número 3 Barcelona 276/03, de 12 enero.