

Tesis doctoral

El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español.



Presentada por:

Andrés Gascón Cuenca

Dirigida por:

Profesor Doctor D. José García Añón

Programada de doctorado:

Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional

Valencia, 2015

La presente tesis doctoral se ha realizado en el marco de una beca para personal investigador en formación (PIF) dentro proyecto Prometeo I para grupos de investigación de excelencia, número 2010/099 con el título *Inmigración, integración y políticas públicas: garantías de los derechos y su evaluación*. Asimismo, también se encuadra dentro del Proyecto Prometeo II /2014/078, titulado *Justicia social, exigibilidad de los derechos humanos e integración*.



SUMARIO

ÍNDICE	5
LISTADO DE ABREVIATURAS	13
INTRODUCCIÓN	17
Capítulo I. Contexto histórico del derecho a la libertad de expresión. Su codificación en los textos jurídicos de Estados Unidos de Norteamérica y la República Francesa	25
Capítulo II. Diferencias entre los sistemas de protección del derecho a libertad de expresión: Estados Unidos de América y Europa	55
Capítulo III. Estándares internacionales de protección ante el discurso del odio con origen racial o técnico en el ámbito internacional	139
Capítulo IV. La libertad de expresión y la regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español	227
CONCLUSIONES	411
BIBLIOGRAFÍA	421

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	13
INTRODUCCIÓN	17
Capítulo I. Contexto histórico del derecho a la libertad de expresión. Su codificación en los textos jurídicos de Estados Unidos de Norteamérica y la República Francesa	25
<i>1.1. El uso de la razón pública en la obra de Immanuel Kant</i>	26
1.1.1. Introducción	26
1.1.1. Kant y utilización de la razón pública	27
1.1.2. Conclusiones	37
<i>1.2. Primeras positivizaciones del derecho a la libertad de expresión</i>	38
1.2.1. La codificación del derecho a la libertad de expresión en los textos fundacionales de Estados Unidos de Norteamérica	41
1.2.2. La codificación de la libertad de expresión en los textos franceses. El artículo 11 de la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789	48
1.2.3. Conclusiones	52
Capítulo II. Diferencias entre los sistemas de protección del derecho a libertad de expresión: Estados Unidos de América y Europa	55
<i>2.1. Introducción</i>	55
<i>2.2. Evolución contemporánea del derecho a la libertad de expresión en Estados Unidos de Norteamérica</i>	57
2.2.1. Introducción	57
2.2.2. Diferentes etapas en la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo de EE. UU.	60
2.2.2.1. Desde el año 1919 hasta la década de 1930. La limitación de la libertad de expresión cuando se utiliza para amenazar al Estado	61

2.2.2.2. El inicio del cambio de tendencia hacia una mayor protección de la libertad de expresión a lo largo de la década de los años 40 y 50	66
2.2.2.3. La protección de la libertad de expresión sin atender a su contenido. Evolución desde la década de los años 60 hasta la actualidad	74
2.2.3. Situación doctrinal actual	83
2.2.4. Conclusiones	86
2.3. <i>El modelo de libertad de expresión configurado en el ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania</i>	90
2.3.1. Introducción	90
2.3.2. Ley Fundamental para la República de Alemania	91
2.3.2.1. El modelo de democracia militante de la República de Alemania	98
2.3.3. Código Penal alemán	101
2.3.3.1. Artículo 130 del StGB	102
2.3.3.2. Críticas doctrinales al artículo 130 del StGB	111
2.3.4. Estudio de la jurisprudencia	117
2.3.4.1. La libertad de expresión y el discurso protegido al amparo del artículo 5 GG	119
2.3.4.2. Apartados 1 y 2 del artículo 130 StGB	126
2.3.4.3. Apartados 3, 4 y 5 del artículo 130 StGB	133
2.3.5. Conclusiones	137
Capítulo III. Estándares internacionales de protección ante el discurso del odio con origen racial o étnico en el ámbito internacional	139
3.1. <i>Las normas internacionales como canon autónomo de validez en el ordenamiento jurídico español</i>	141
3.1.1. Postura en contra de la aplicabilidad directa de los estándares internacionales	142

3.1.2. Postura a favor de la aplicabilidad directa de los estándares internacionales	143
3.1.3. Contenido del mandato constitucional	146
<i>3.2. Estándares de protección en el ámbito internacional</i>	149
3.2.1. Introducción	149
3.2.2. Textos fundacionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos	149
3.2.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966	152
3.2.3.1. Aplicación de los estándares contenidos en el PIDCP por parte del Comité de Derechos Humanos	155
3.2.3.1.1 El margen de aplicación del Comité de Derechos Humanos	156
3.2.3.1.2. Estándares del artículo 19 PIDCP	157
3.2.3.1.3. Estándares del artículo 20 PIDCP	162
3.2.4. Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial	165
3.2.4.1. Principales características de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial	166
3.2.4.2. Articulado y sistemas de fiscalización de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial	167
3.2.4.3. Desarrollo de los Estándares de Protección del Artículo 4 CEDR por parte del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la doctrina del CoEDR	170
3.2.4.4. Reservas realizadas por los Estados Miembros al artículo 4 de la CEDR	175
3.2.5. Otros textos de especial interés	176
3.2.6. Observaciones acerca de la protección internacional	180
3.2.7. Sistematización de los estándares establecidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial	183

3.2.8. Conclusiones	186
<i>3.3. Estándares de protección ante el discurso del odio identificados en el ámbito del Consejo de Europa y de la Unión Europea</i>	188
3.3.1. Consejo de Europa	189
3.3.1.1. Recomendaciones del Consejo de Europa en materia de discurso del odio	189
3.3.1.2. Estándares de protección contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su aplicación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	193
3.3.1.2.1. Criterios determinantes para la aplicación de la protección contenida en la Convención Europea de Derecho Humanos por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	195
3.3.1.2.2. Aplicación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de los estándares de protección ante el discurso del odio contemplado en el articulado de la Convención Europea de Derechos Humanos	196
3.3.1.2.3. Conclusiones	210
3.3.2. Estándares provenientes de normativa de la Unión Europea	216
3.3.2.1. Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual	217
3.3.2.2. Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal	218
<i>3.4. Conclusiones</i>	220
Capítulo IV. La libertad de expresión y la regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español	227
<i>4.1. Introducción</i>	227
<i>4.2. La Constitución española de 1978</i>	229

4.2.1. La dignidad de la persona como eje central de los derechos reconocidos en la CE: el artículo 10 CE	230
4.2.2. La igualdad material y formal y la no discriminación como extensión de la dignidad: los artículos 9.2 y 14 de la CE	235
4.2.3. El derecho al honor como protección frente al discurso del odio innominado: el artículo 18 de la CE	244
4.2.3.1. Protección civil del derecho al honor	250
4.2.4. La libertad de expresión como pilar fundamental del Estado democrático y social del Derecho: el artículo 20 de la CE	253
4.2.4.1. Distinción en la protección de la libertad de expresión y la libertad de información	255
4.3.4.1.1. La libertad de expresión en la CE	256
4.2.4.1.2. La protección del derecho a la información veraz	260
4.2.4.2. La relación entre la libertad de expresión y de información y discurso público	262
4.2.4.3. Las limitaciones específicas del artículo 20.4 de la CE	265
4.2.4. El modelo de democracia no militante de la CE	268
4.2.5. Conclusiones	269
4.3. <i>Regulación del discurso del odio en el Código penal español, en su redacción anterior a julio de 2015</i>	273
4.3.1. Introducción	273
4.3.2. Artículo 510.1 del CP	274
4.3.2.1. Bien jurídico protegido	275
4.3.2.2. Identificación de la conducta típica	276
4.3.2.3. La provocación a la discriminación al odio y a la violencia y su relación con el artículo 18.1 CP	284
4.3.2.4. Sujetos pasivos	290
4.3.3. Artículo 510.2 del CP	291
4.3.4. Artículo 607.2 del CP	293
4.3.4.1. Análisis de las características del artículo	294

4.3.4.1.1. Negación de los delitos de genocidio	295
4.3.4.1.2. Justificación de los delitos de genocidio	298
4.3.5. Problemas dogmáticos que suscita la protección contemplada en los artículos 510 CP y 607.2 CP	299
4.3.5.1. Identificación de la protección frente al discurso del odio de los artículos 510 CP y 607.2 CP con el Derecho penal de enemigo	300
4.3.5.1.1. Principales críticas que ha recibido el Derecho penal del enemigo y su no asimilación con la protección ofrecida por los artículos 510 CP y 607.2 CP	305
4.3.5.2. Problemas comunes	308
4.3.5.3. Críticas al artículo 510.1 CP	317
4.3.5.3. Críticas al artículo 510.2 CP	319
4.3.5.4. Críticas al artículo 607.2 CP	321
4.3.6. Conclusiones	321
4.4. <i>Estudio jurisprudencial de la aplicación de la protección ante el discurso del odio</i>	323
4.4.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	323
4.4.1.1. Sentencia del Tribunal Constitucional número 214/1991, de 11 de noviembre	324
4.4.1.2. Sentencia del Tribunal Constitucional número 176/1995, de 11 de diciembre	329
4.4.1.3. Sentencia del Tribunal Constitucional número 235/2007, de 7 de noviembre	332
4.4.1.4. Criterios utilizados por el Tribunal Constitucional español respecto de los artículos 10.1 CE, 14 CE y 9.2 CE, 18 CE y 20 CE	338
4.4.1.4.2. Artículo 10.1 CE	339
4.4.1.4.2. Artículos 9.2 y 14 CE	340
4.4.1.4.3. Artículo 18.1 CE	341
4.4.1.4.4. Artículo 20 CE	342
4.4.1.5. Conclusiones	346

4.4.2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los artículos 510 CP y 607.2 CP	348
4.4.2.1. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) número 259/2011, de 12 de abril	349
4.4.2.2. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª) número 2021/2014, de 30 de mayo	356
4.4.2.3. Conclusiones	357
4.4.3. Jurisprudencia de las audiencias provinciales y los juzgados de lo penal en la aplicación de los artículos 510 CP y 607.2 CP	359
4.4.3.1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 5ª) 787/2012, de 29 de junio y sentencia del Juzgado de lo Penal de Manresa, número 307/2011, de 11 de noviembre	360
4.4.3.2. Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 8ª) 388/2012, de 5 de septiembre y la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 18 de Barcelona 534/2013, de 10 de diciembre	365
4.4.3.3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 3ª) 104/2013, de 1 de febrero	368
4.4.3.4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 2ª) 107/2014, de 7 de marzo	372
4.4.3.5. Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 2ª) 399/2012, de 16 de mayo	375
4.4.3.6. Sentencia del Juzgado de lo Penal número 3 de Barcelona 102/98, de 16 de noviembre	376
4.4.3.7. Sentencia del Juzgado de lo Penal de Vigo 22/2012, de 24 de enero	380
4.4.3.8. Conclusiones parciales al apartado del estudio jurisprudencial de las audiencias provinciales y de los juzgados de lo penal en la aplicación de los artículos 510 CP y 607.2 CP	381
4.4.4. Conclusiones	384
4.5. <i>Redacción dada al artículo 510 CP por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código penal</i>	387
4.5.1. Tipos básicos	388

4.5.2. Tipos atenuados	395
4.5.3. Tipos cualificados	398
4.5.4. Disposiciones comunes	400
4.5.5. Artículo 510 bis del Código penal	401
4.5.6. Conclusiones	402
CONCLUSIONES	411
BIBLIOGRAFÍA	421

LISTADO DE ABREVIATURAS

BGHSt	Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen. Sentencia del Tribunal Federal alemán en materia penal.
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Sentencia del Tribunal Constitucional de la República de Alemania.
CDH	Comité de Derechos Humanos.
CE	Constitución española.
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos.
CEDR	Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.
CoE	Consejo de Europa.
CoEDR	Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.
CP	Código penal español.
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Ley Fundamental para la República de Alemania.
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrech
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
SAP	Sentencia de audiencia provincial.
SJP	Sentencia de juzgado de lo penal.
StÄG	Ley de modificación del Código penal alemán.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional español.
StGB	Strafgesetzbuch. Código penal alemán.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo español.
TC	Tribunal Constitucional español.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TS	Tribunal Supremo español.
VStGB	Völkerstrafgesetzbuch. Código penal alemán que se ocupa de los delitos cometidos contra la comunidad internacional

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

El presente proyecto de tesis doctoral tiene como objetivo principal la investigación de la relación entre el derecho a la libertad de expresión y el conocido como *discurso del odio*, en el marco del ordenamiento jurídico español. Este trabajo se realiza con la finalidad de identificar qué mecanismos legales se han previsto para abordar estas situaciones, y si la respuesta que se ha configurado está en consonancia con las obligaciones contraídas por España en el ámbito internacional en esta materia. Para ello es imprescindible el estudio de la interpretación jurisprudencial de esta normativa para conocer la existencia de posibles disfunciones entre estos tres ámbitos.

Los problemas actuales giran en torno al establecimiento de límites al ejercicio del derecho a la libertad de expresión cuya regulación en esta materia específica ha sido siempre muy cuestionada al ser un derecho fundamental inherente a las sociedades democráticas de Derecho actuales. Así, la inclusión de tipos penales que castigan el discurso del odio es vista por parte de la doctrina como una extralimitación del legislador de la última ratio que se le debe adscribir al Derecho penal para regular los comportamientos de los ciudadanos. En el margen opuesto están las víctimas de estos comportamientos cuyos derechos se ven afectados, y parte de la doctrina que opina que sí se deben establecer ciertos límites al ejercicio de la libertad de expresión cuando este se utiliza en el marco de este tipo de discurso. Esta dicotomía es el problema primordial que se investigará, teniendo en cuenta todos los factores que afectan a la solución de estas disputas.

Se pretende abordar la cuestión de la limitación del derecho a la libertad de expresión desde el punto de vista doctrinal y normativo en dos niveles, el internacional y el nacional, y su reflejo a nivel jurisprudencial. Todo esto con el objetivo de conocer cuáles son los estándares de protección que se ofrecen a las víctimas en nuestro ordenamiento jurídico.

La libertad de expresión, pilar fundamental de cualquier Estado democrático de Derecho, ha sufrido una evolución desde su primera teorización y conquista, hasta nuestros tiempos. En un primer momento este derecho surgió por la necesidad que tenía la ciudadanía de participar activamente en el foro público decidiendo sobre aquellos asuntos que le afectaban, frente al poder opresor del Estado medieval que castigaba el disenso y que pretendía su tutela permanente. En la actualidad, una parte de la sociedad ejerce su derecho a la libertad de expresión con el objetivo de convertirlo en una herramienta que legitime, justifique y proteja aquellos discursos xenófobos, racistas o basados en la intolerancia, que pretenden albergar actitudes discriminatorias y ofensivas contra la dignidad humana de las personas que conforman ciertos grupos minoritarios presentes en nuestra sociedad. Estos se ven atacados por tener alguna condición que los diferencia de la mayoría social, como sus rasgos fenotípicos, su religión, su color de piel, etc.; o en otras ocasiones, por la adscripción a un determinado grupo de características o comportamientos que son vistos como altamente desagradables o peligrosos por el resto de la sociedad que pretenden incitar a su rechazo como miembros de pleno derecho.

Frente a este tipo de comportamientos, tanto el ámbito internacional como los diferentes ordenamientos jurídicos internos de los Estados de nuestro entorno, y también el español, ofrecen una serie de respuestas jurídicas ante estas conductas que configuran la protección frente a este tipo de discursos. Sin embargo, la constatación de esta realidad no se debe entender como la solución del conflicto, puesto que las respuestas normativas ofrecidas son tan dispares y la legitimación de la protección tan discutida por la doctrina y por una parte de la judicatura, que en muchas ocasiones deviene inoperante. La actualidad de esta problemática, que en los últimos años se está poniendo de relevancia tanto por instituciones internacionales como nacionales por el aumento de este tipo de comportamientos, es el motivo por el que se plantea en esta investigación qué tipo de protección se está ofreciendo a las víctimas de este discurso y si la respuesta está en consonancia con

los estándares internacionales de protección que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Para abordar esta tarea es necesario realizar el estudio del *status quaestionis*. Para la consecución de este objetivo se llevará a cabo una investigación detallada de todos los ámbitos que influyen en el asunto que aquí nos ocupa y que nos informarán de cuál es el estado actual del problema planteado.

En primer lugar, se tratarán cuáles fueron las necesidades que empujaron a la sociedad a luchar por la protección de la libertad de expresión como marco esencial en que se debe desarrollar la participación de los ciudadanos en la formación de la opinión pública. En este sentido se estudiará el papel de la libertad de expresión según Immanuel Kant como un ejemplo de cómo se puede ejercer la autonomía de los ciudadanos frente al poder del Estado.

En segundo lugar, se tratarán los dos modelos sobre los que históricamente se ha construido la libertad de expresión. El primero se corresponde con el ejemplo norteamericano, en el que se podría situar a T. Jefferson como una influencia directa sobre el proceso de codificación que este derecho sufrió en las primeras declaraciones de derechos norteamericanas. El segundo hace referencia al modelo continental de protección presente en diversos Estados europeos y que, en general, se puede identificar con la tarea realizada en la Revolución francesa, en cuyo proceso de complicación influyeron otros factores que permiten diferenciar ambos procesos. Así, se contrapondrán las características de estos dos modelos respecto de la positivización de esta libertad para conocer sus particularidades históricas.

El tercer ámbito que se tratará, y que está directamente relacionado con el apartado anterior, es la identificación de las características que estos dos modelos históricos han desarrollado de forma contemporánea en la aplicación de la legislación que protege el derecho a la libertad de expresión. En primer lugar, se

estudiará el ejemplo norteamericano basado en la Primera Enmienda a la Constitución de EE. UU., junto con la dilatada evolución que el Tribunal Supremo de este país ha ido construyendo mediante su jurisprudencia a este respecto. En segundo lugar, y dentro de la respuesta que en términos generales se ofrece en Europa a estos comportamientos, se identificarán las características de la regulación contemplada por el ordenamiento jurídico de la República de Alemania. Se ha elegido este sistema legal como marco de comparación por dos motivos: por un lado, el legislador español se basó en él en el momento de incluir este tipo de preceptos en nuestro ordenamiento; y por otro lado, regula estas conductas mediante el Código penal, de igual forma que España, y por ejemplo de forma diferente a Francia, donde se contempla en la ley que desarrolla la libertad de prensa (Ley Gayssot, de 13 de julio de 1990). Este apartado tiene como objetivo contraponer las características existentes en ambos modelos, que responden de forma muy dispar ante el fenómeno del discurso del odio. Es necesario conocer esta realidad para poder justificar de forma fundamentada qué vía debería utilizar el legislador español para afrontar este problema y articular una respuesta legal adecuada.

Una vez identificada la construcción histórica de protección de la libertad de expresión y la forma diferente de abordar el discurso del odio en EE. UU. y en Alemania, en un tercer apartado se investigarán los estándares de protección que existen a nivel internacional y que forman parte del ordenamiento jurídico español. Mediante este análisis se podrá identificar este modelo dentro de alguno de los dos analizados en el apartado anterior, para así determinar los bienes jurídicos que se intentan proteger mediante los diferentes textos internacionales que regulan esta materia.

Bajo el amparo de la Organización de Naciones Unidas se sitúan los artículos 19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. Asimismo, es igual de importante atender a la interpretación que los comités

creados por estos textos legales hacen de los artículos referidos, como parte integral de la protección ofrecida en este ámbito. Además, al margen de estos tratados internacionales también existen otro tipo de actuaciones realizadas por la ONU con el objetivo de combatir la discriminación étnica y racial, a través de las diferentes resoluciones emitidas a este efecto y las diversas conferencias internacionales en las que este organismo expresa su preocupación por el fenómeno del discurso del odio, ofreciendo a los Estados ciertas recomendaciones a seguir para combatir su dispersión.

Por otra parte, los artículos 10 y 17 de la Convención Europea de Derechos Humanos establecerían la limitación de la utilización de la libertad de expresión bajo ciertas circunstancias, entre las que podemos identificar el discurso del odio, dentro de los ordenamientos jurídicos de los Estados que conforman el Consejo de Europa. Esta Convención dio lugar a la creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano encargado de fiscalizar el cumplimiento de las garantías establecidas en el texto, que ha resuelto en numerosas ocasiones sobre conflicto de derechos que nos ocupa, en una dilatada jurisprudencia a este respecto. En estas decisiones el TEDH ha ido estableciendo una serie de estándares de protección, vigentes en todos los países que forman parte del CEDH, que deberían ser tenidos en cuenta por los ordenamientos jurídicos nacionales y sus tribunales. Por lo tanto, es esencial su identificación para la posterior evaluación de su aplicación a nivel español.

Continuando en el espacio europeo, es imprescindible atender a la legislación proveniente de la Unión Europea, que completará la visión internacional. Así, se estudiará principalmente la 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 mediante el Derecho penal, que establece una serie de obligaciones a los Estados Miembros sobre la prohibición a través de la

jurisdicción penal de un elenco de comportamientos que se identifican con el discurso del odio.

Una vez realizado este ejercicio en el que se pretende hacer un recorrido en profundidad por todo el ámbito internacional en el que se aborda la relación entre la libertad de expresión y el discurso del odio, es el momento de investigar la realidad propia del ordenamiento jurídico español.

Así, en esta parte se estudiarán los artículos del Código penal que regulan estos comportamientos, identificando cuáles son las características que estos presentan. Es esencial centrar el estudio en torno al actual y enardecido debate doctrinal que ha generado la inclusión de los artículos 510 y 607.2 del Código penal. La mala técnica jurídica empleada en la redacción de los artículos resulta en una pluralidad de problemas entre los que destacan dos: 1) la falta de identificación nítida de cuáles son sus límites; y 2) la carencia de una conexión entre la conducta tipificada y los bienes jurídicos superiores que se intentan proteger que, a primera vista, podría derivar en una falta de proporcionalidad en las penas previstas. Estos dos grandes problemas obtienen como resultado, por un lado, la oposición frontal que parte de la doctrina ejerce frente a la limitación que esta regulación supone para el derecho a la libertad de expresión, observada como una limitación ilegítima del propio derecho; y por otro lado, la aplicación errática del tipo penal por parte de los tribunales, sobre todo a consecuencia de la STS 250/2011, de 12 de abril, que añade un tercer problema a los ya existentes y que es el intento de asimilación de nuestro modelo de protección con el contemplado en EE. UU.

Además, y puesto que el discurso del odio puede lesionar derechos fundamentales garantizados en la Constitución española, es necesario añadir al estudio los artículos que protegen la dignidad de la persona, la igualdad formal y material y la ausencia de discriminación, y el derecho al honor.

Por lo tanto, es esencial realizar un estudio, tanto legislativo como jurisprudencial de todos estos ámbitos, para conocer sus características y la interpretación que los tribunales han realizado, para así poder identificar de forma concreta los problemas derivados de su aplicación y determinar si la respuesta que ofrece nuestro ordenamiento está en consonancia o no con los estándares internacionales identificados en el capítulo anterior. En este sentido es necesario incluir dentro del estudio la modificación que de estos artículos ha realizado el legislador en julio de 2015, lo que añade a esta investigación una vía de desarrollo futuro que consistiría en la observación y evaluación de la interpretación judicial de la nueva redacción, dado que en este momento no contamos con ninguna decisión en este sentido.

Una vez completado el estudio integral de la relación existente entre el derecho fundamental a la libertad de expresión y su posible limitación en cuanto se encuadra dentro del discurso del odio, llegará el momento de valorar los resultados alcanzados y establecer unas conclusiones acerca de la pregunta que se pretende resolver en esta investigación. Así, aunque ha parecido oportuno realizar apartados de conclusiones parciales en cada uno de los capítulos acerca de cada uno de los ámbitos estudiados, una vez la investigación ha llegado a su fin, se recopilarán estos y se valorará críticamente la legitimidad de la limitación estudiada y la efectividad de la protección ofrecida por el ordenamiento jurídico español a la luz de los estándares internacionales de protección que forman parte de este.

METODOLOGÍA

Se plantea una combinación de investigación básica, puesto que una parte de esta se basa en el estudio de normas jurídicas, jurisprudencia y doctrina, en conjunción con una parte de investigación aplicada, dado que esta primera parte se relacionará con otros aspectos ajenos al Derecho como los fenómenos sociales, los factores políticos y filosóficos, entre otros.

Respecto al tipo de investigación, se pretende realizar en primer lugar, un estudio bibliográfico, puesto que se atenderá al análisis crítico de la literatura científica existente referente a la materia, pero al mismo tiempo se plantea una investigación descriptiva de las propiedades de la materia de estudio y explicativa ya que se identificarán las causas de las posibles incidencias que se encuentren a lo largo de la investigación, con el objetivo de individualizar las posibles desviaciones que se encuentren en la aplicación de la normativa vigente.

Por lo tanto se plantea un método de investigación teórico, basado en un primer momento en el método analítico-inductivo en la recolección de la información necesaria, así como en la elaboración de los marcos teóricos sobre los que se desarrollará en un momento posterior la posición sobre la cuestión planteada, tomando como marcos dogmáticos el Derecho penal y el Derecho internacional. Posteriormente se empleará el método sintético-deductivo en la elaboración de las conclusiones y de las recomendaciones a las que se llegue. Asimismo, se empleará el método histórico en el momento de realizar la parte de la investigación en la que se traten las primeras codificaciones de la libertad de expresión, sobre la que después se basará la construcción de los modelos de protección actuales.

Se utilizarán fuentes primarias y secundarias para la obtención de la información. Por un lado acudiendo a las leyes nacionales y a los tratados internacionales, que establecen algún tipo de regulación de la materia objeto de estudio, así como a las sentencias de tribunales internacionales y nacionales y a las recomendaciones de comités internacionales en las que se interpreten las leyes correspondientes. También se emplearán textos doctrinales de autores relevantes que traten la materia. Todo ello con el objetivo de obtener una imagen completa y actualizada de la problemática y poder fundamentar jurídicamente las conclusiones que se alcancen con la finalidad de ofrecer una respuesta a los dilemas que esta plantea.

Capítulo I. Contexto histórico del derecho a la libertad de expresión. Su codificación en los textos jurídicos de Estados Unidos de Norteamérica y la República Francesa

Siguiendo con el índice, en este apartado se expondrán los resultados de la investigación en los que se muestra la construcción y conceptualización histórica de la libertad de expresión desde la realidad norteamericana y francesa. Así, por una parte se tratará el papel que la libertad de expresión tuvo en los textos fundacionales norteamericanos, y por otra parte, en los de la revolución francesa. El objetivo final es establecer similitudes y divergencias entre ambos procesos que dieron origen a la conceptualización inicial de este derecho y al posterior desarrollo normativo que este ha tenido.

En la actualidad, este desarrollo se puede identificar, por una parte, con el modelo norteamericano de protección de la libertad de expresión, y por otra parte, con el modelo imperante en los Estados europeos y en la normativa internacional (Naciones Unidas [PIDCP y CEDR], el Consejo de Europa y la Unión Europea). En este punto es necesario destacar que la investigación histórica sobre el origen y evolución del derecho a la libertad de expresión no es el ámbito concreto de la investigación que aquí se propone. Es por esto que mi intención en este apartado es únicamente establecer aquellas características esenciales que dan forma a ambos patrones normativos y que derivaran en las diferentes conceptualizaciones que sobre el derecho a la libertad de expresión y sus estándares de protección encontramos en los modelos de protección que se expondrán en los apartados sucesivos.

Asimismo, resulta igualmente necesario destacar los antecedentes históricos que precedieron a la positivización de la libertad de expresión en el seno de los textos revolucionarios de finales del siglo XVIII, para así iniciar este apartado partiendo de la base de las actitudes frente a las que surge la necesidad de proteger este derecho, que contendrán las notas esenciales de dicho proceso. Por lo tanto, en

primer lugar se destacarán las principales influencias de Immanuel Kant en la conformación del derecho a la libertad de expresión. A continuación se proseguirá con los textos fundaciones de Estados Unidos de Norteamérica y finalizar con los de la Revolución Francesa.

1.1. El uso de la razón pública en la obra de Immanuel Kant

1.1.1. Introducción

La obra de I. Kant nos permite conocer cuáles fueron las necesidades que movieron a la sociedad a luchar contra el yugo del feudalismo y a empezar a demandar a sus gobernantes derechos que les permitieran ir adquiriendo libertades. Tomamos a Kant como unos de los autores que teorizaron y desarrollaron la necesidad de establecer el derecho a la utilización pública de la razón como un pilar fundamental para combatir el abuso de poder y la falta de legitimidad.

Lo que pretendo en este apartado es establecer cuáles son las características básicas que Kant sistematizó acerca de la necesidad de garantizar la libertad de los ciudadanos en la utilización de la razón pública¹, esto es la facultad que deben detentar los ciudadanos para participar en el foro público de aquellos asuntos que les atañen como miembros de la colectividad. Para la consecución de este objetivo se estudiará, en primer lugar, aquellos textos en los que Kant aboga por el proceso de la Ilustración como la vía mediante la que los ciudadanos deben abandonar progresivamente el estado de tutela en el que se encontraban inmersos y empezara a utilizar sus propias capacidades intelectuales. En segundo lugar, se profundizará en la necesidad de que se garantice el derecho a la libertad de expresión de ideas en el

¹ Es necesario apuntar que cuando Kant habla a *ciudadanos* se refiere a aquellas personas que gozan de independencia económica y no por ejemplo a las mujeres o a los trabajadores asalariados. Por lo tanto deberá tenerse en cuenta esta circunstancia ante cualquier referencia que se haga al concepto de ciudadano o de individuo utilizado en este apartado. Ver: Norberto Bobbio, *Igualdad y libertad* (Barcelona: Paidós, 1993), 116-117.

escenario público; en tercer lugar, centrarnos en las máximas que debe identificar el Estado en su constitución civil; y en cuanto lugar, la construcción del *imperativo categórico* kantiano como defensa de la dignidad del ciudadano .

1.1.1. Kant y utilización de la razón pública

En *¿Qué es la Ilustración?*², Kant sintetiza todas las particularidades ideológicas de este período histórico que se caracterizará por el abandono progresivo de la tutela de la razón a la que los individuos han estado sometidos y que supone el inicio de la independencia individual. Así, Kant escribe que la Ilustración “es la salida del ser humano de su minoría de edad, de la cual él mismo es culpable”³. Imputa esta incapacidad directamente al ser humano por su falta de decisión y de interés, al no intentar valerse por sí mismo, como individuo, sin la tutela de terceros en el desarrollo de su vida dentro de la sociedad. De esta forma, como subraya el profesor Ansuátegui, “el protagonista de la Ilustración va a ser el propio individuo activo, racional y autónomo que se despierta de un largo letargo y que adquiere conciencia de sí mismo y de sus capacidades”⁴. Kant pone de manifiesto que hasta ese momento el hombre prefería depender de otros factores, y de ahí, su incapacidad y la tutela a la que había estado sometido de forma culpable, en lugar de utilizar su propia razón para reflexionar sobre lo que sucede a su alrededor. Así, señala varias razones, entre ellas la pereza y la cobardía, por las que los individuos han preferido estar en esta situación de tutela permanente. Kant, critica que la mayoría de los seres humanos hayan naturalizado esta situación de

² Immanuel Kant, *Crítica de la razón pura. ¿Qué es la Ilustración?* (Valencia: Universidad de Valencia, 1991). Esta será la versión que se citará aquí. La versión original del artículo publicado en la revista *Berlinische Monatsschrift* titulado *Beantwortung der Frage: was ist Aufklärung?*, en el año 1781, puede consultarse en: <https://www.uni-potsdam.de/u/philosophie/texte/kant/aufklaer.htm>

³ Kant, Immanuel, *Crítica de la razón ...*, 63.

⁴ Francisco J. Ansuátegui Roig, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión* (Madrid: BOE, 1994), 295.

control de la voluntad, aceptándola con complacencia, lo que deriva en una falta de la utilización de la capacidad de discernimiento propio⁵.

Frente a esta situación de subyugación, la Ilustración pretende ser la vía mediante la cual la gran masa empieza a utilizar sus capacidades intelectuales, con el objetivo de liberarse poco a poco de la tiranía del dictamen ajeno y comience a pensar de forma autónoma⁶. Este es un procedimiento lento, y sobre todo interior⁷, que no puede ser alcanzado por medio de una revolución, ya que esta únicamente serviría para destronar “el despotismo personal y la opresión codiciosa o dominadora”⁸, pero no para iniciar una verdadera reforma del modo de pensar, que es la única vía por la que el ser humano puede abandonar este estado de tutela. La condición central para que este procedimiento de liberación se inicie es la libertad, “la más inofensiva de entre todas las que pueden llamarse libertad, a saber: la de hacer *uso público* de la propia razón en todos los aspectos”⁹.

Así, la libertad para utilizar públicamente la razón propia cobrará un papel esencial en la construcción de la Ilustración según Kant, dado que sin esta no se puede considerar que se esté ejerciendo una actividad ilustrada¹⁰. El autor diferencia entre la utilización pública y privada de la propia razón. La primera se da cuando el ciudadano “*en cuanto docto (Gelehrter)*”¹¹, es decir, ejerciendo a título individual dentro la colectividad y no siendo lego en una materia, la utiliza delante del público. Sin embargo, la utilización privada de la razón se da cuando el ciudadano utiliza esta fuera del papel individual dentro de la colectividad al que me acabo de referir,

⁵ Kant, Immanuel, *Crítica de la razón ...*, 64.

⁶ Ansuátegui Roig, Francisco J., *Orígenes doctrinales de la libertad ...*, 295.

⁷ Ansuátegui Roig, Francisco J., *Orígenes doctrinales de la libertad ...*, 297.

⁸ Kant, Immanuel, *Crítica de la razón ...*, 64.

⁹ Kant, Immanuel, *Crítica de la razón ...*, 65.

¹⁰ Ansuátegui Roig, Francisco J., *Orígenes doctrinales de la libertad ...*, 296.

¹¹ Kant, Immanuel, *Crítica de la razón ...*, 65.

y la ejerce dentro del desempeño de un puesto civil o cargo oficial al que ha sido designado. Mientras que la primera utilización debe enmarcarse dentro de la más absoluta libertad para que pueda considerarse que se ha logrado la Ilustración; la segunda, puede ser limitada de forma estricta sin que por ello se vea obstaculizado este proceso en modo alguno.

Por consiguiente, tal y como apunta Ansuátegui¹², el papel que cada una de estas utilidades de la razón tuvo en el desarrollo de la Ilustración fue diferente. Así, la utilización de esta por parte del ciudadano en cuanto ejerciéndola como tal (pública), es esencial para la consecución de la Ilustración y no debe estar condicionada de ninguna forma, permitiendo así que el individuo exprese libremente sus opiniones frente a la generalidad. Kant afirma que el ciudadano puede ser obligado a observar ciertas conductas, como el pago de impuestos, pudiendo ser castigado en caso de no cumplir, pero que en ningún caso podría ser sancionado por expresar, en cuanto ciudadano docto, “sus ideas contra la inconveniencia o incluso la injusticia de tales imposiciones”¹³. Por otro lado, encontramos la utilización de la razón por parte de los individuos no ya como miembros de una generalidad, sino como sujetos determinados y definidos, por ejemplo, la utilización que un funcionario o un clérigo realizan de su razón dentro del desarrollo de las funciones que les han sido asignadas dentro del cargo que desempeñan. En este caso, esta utilización privada puede ser limitada, ya que de lo contrario, podría llevarles a incumplir los deberes que su posición les asigna. Así, Kant asevera que “un eclesiástico está obligado a hacer homilía a sus catecúmenos y a su feligresía siguiendo el *credo* de la Iglesia a la que sirve”¹⁴, y de igual forma, un funcionario está obligado a seguir las directrices de su superior. En estas situaciones el individuo no actúa como ciudadano miembro de una colectividad, sino como representante de la institución para la que trabaja o con la que está

¹² Ansuátegui Roig, Francisco J., *Orígenes doctrinales de la libertad ...*, 297.

¹³ Kant, Immanuel, *Crítica de la razón ...*, 65-66.

¹⁴ Kant, Immanuel, *Crítica de la razón ...*, 66.

ligado, y por lo tanto no tiene libre potestad de enseñar o actuar libremente, sino como manda o el credo que defienden, o las leyes que se encargan de aplicar, dado que están desempeñando una misión ajena. Aquí se realiza un uso privado de la razón que puede ser limitado sin problema alguno en la conquista de los objetivos de la Ilustración. Como he referido, para Kant el proceso de la Ilustración no se corresponde con un proceso revolucionario, sino más bien con un proceso evolutivo, en el que cada uno de los ciudadanos debe de realizar las ocupaciones propias de su cargo, en el sentido de que la organización social ha de mantenerse y cada individuo debe cumplir con la función que tiene asignada¹⁵, sin impedimento de que cuando actúan fuera de estas puedan, expresarse con total libertad.

De la divergencia entre la razón pública y la privada, se desprende la posición de Kant sobre la protección que, de la libertad de expresión, debiera existir en una sociedad. Así, este derecho le debe ser garantizado de forma íntegra a un ciudadano cuando este utiliza su razón pública. Esto es, se le debe permitir expresar su opinión sin ningún tipo de limitación, dado que este procedimiento es esencial en el progreso de la sociedad en su conjunto¹⁶, pero también su propio desarrollo personal. En este sentido, Kant afirma que en el caso de que existieran acuerdos o contratos adoptados en un determinado momento por parte de la sociedad para establecer a un grupo (por ejemplo el eclesiástico), como ejercitante de una suerte de supratutoría continuada sobre la sociedad, estos serían nulos, ya que supondrían la detención de cualquier proceso de ilustración y coartarían la posibilidad de progresar de generaciones futuras. Por lo tanto, no pueden establecerse dogmas eternos detraídos a la crítica pública que no puedan ser desafiados por conocimientos posteriores, dado que supondría que las sociedades futuras serían “incapaces de ampliar sus conocimientos y de purificar de errores”¹⁷ ya existentes,

¹⁵ Ansuátegui Roig, Francisco J., *Orígenes doctrinales de la libertad ...*, 297.

¹⁶ Kant vuelve a mostrar aquí su idea de que la Ilustración es un proceso intelectual personal que tendrá su proyección en la esfera organizativa de la sociedad mediante la participación política de los individuos en los asuntos comunes.

¹⁷ Kant, Immanuel, *Crítica de la razón ...*, 67.

evitando así progresar en el proceso de Ilustración. Este razonamiento muestra la importancia capital que la libertad de expresión tiene en la sociedad, puesto que es la herramienta que los ciudadanos tienen para expresar su parecer sobre cuestiones públicas que afectan a la generalidad, y que ayudarán a la colectividad a evolucionar y progresar hacia la autonomía personal, hacia un mejor gobierno y hacia la legitimidad respecto de la leyes¹⁸.

A la libertad de pensar se le oponen la coacción civil, las imposiciones morales (*Gewissenszwang*) y la tutela de la razón. Respecto de la primera oposición, la libertad de pensar va intrínsecamente asociada con la libertades de hablar (expresión) y de escribir, y cuando un gobernante priva a sus ciudadanos de las dos últimas, también les sustrae en último termino la libertad de pensar, ya que para que esta se materialice de forma plena es necesario pensar en comunidad, en un ambiente donde se dé un intercambio de ideas recíproco¹⁹. En segundo lugar, Kant se opone a la imposición de dogmas de fe obligatorios por parte de individuos que se alcen como tutores, que tengan como objetivo abstraer a los ciudadanos de replantearse estos postulados por “un miedo angustioso al *peligro de una investigación personal*”²⁰, que les pudiera llevar a una suerte de condenación y que coartan desde un inicio cualquier actividad crítica. La tercera de las oposiciones significa “el sometimiento de la razón a ninguna otra ley sino a las que ella se da a sí misma”²¹. Esto significa que la razón está sometida a las leyes que ella misma se impone, y en el caso de que no acate este sometimiento, esta determinada razón deberá doblegarse a las leyes que le impone alguna otra persona, dado que sin ley

¹⁸ Tal y como señala el profesor de Lucas, haciendo referencia a Kant: «El ciudadano -pero, no lo olvidemos, no todos los hombres- tiene pues el derecho de la libre crítica en cuanto a su pertenencia a la comunidad de hombres (de ahí la restricción de lo que Kant llama uso privado), y esa libertad es, según el propio Kant, "ilimitada" e irrenunciable». Javier de Lucas, «Anotaciones sobre el principio kantiano de publicidad», *Diánoia* XXXIII 33 (1987): 136.

¹⁹ Así lo explica Kant en: Immanuel Kant, *Cómo Orientarse en el Pensamiento*. Trad. por Carlos Correas (Buenos Aires: Editorial Quadrata, 2005), 71-72.

²⁰ Kant, Immanuel, *Cómo Orientarse en el Pensamiento*, 72.

²¹ Kant, Immanuel, *Cómo Orientarse en el Pensamiento*, 72.

“ni siquiera el mayor absurdo, puede mantenerse mucho tiempo”²². Esto plantea una serie de problemas graves de interpretación que, como señala el profesor de Lucas, llevan a la difícil conciliación entre “el poder incondicional de obediencia con la libertad”²³.

Por lo tanto, estos son los rasgos que se le adscriben a un Estado ilustrado. Como he apuntado, estos giran en torno a la libertad que los individuos deben tener para expresar sus ideas como miembros de la sociedad. El Estado debe buscar la independencia intelectual de sus ciudadanos y no la subyugación y la domesticación. Por esto, al ciudadano se le debe garantizar la máxima libertad cuando, utilizando su razón pública, expone sus ideas a cerca de cuestiones colectivas. Kant presenta esta búsqueda de la independencia intelectual como un deber, con el objetivo de abandonar la heteronomía en la que el hombre ha vivido hasta ahora. Esta tutela paternalista en la que ha estado inmerso no le ha permitido participar en asuntos públicos que le afectaban directamente como ciudadano, lo que ha resultado en la imposición de todo tipo de comportamientos, que tenían como objetivo controlar a la sociedad mediante el no reconocimiento de la reciprocidad existente gobernante y gobernado en el desarrollo de los asuntos públicos.

Por otra parte, el reconocimiento de esta libertad cuando nos encontramos en el plano de la razón privada, difiere de la pública. Aquí las personas no utilizan su razón en cuanto tales, sino como instrumentos²⁴ que se enmarcan dentro de una relación de servicio a una autoridad a la que le deben cierta obediencia. Pero incluso en esta instancia, si por ejemplo un párroco en la defensa del credo que profesa,

²² Kant, Immanuel, *Cómo Orientarse en el Pensamiento*, 73.

²³ Sobre este problema aquí únicamente pretendo realizar una descripción breve porque no es objeto directo de la materia de estudio, aunque si es necesario apuntarlo. Para conocer en mayor profundidad el mismo ver: de Lucas, Javier. «Anotaciones sobre el principio kantiano de publicidad», 139.

²⁴ Pablo Muchnik, «Kant y la antinomia de la razón política moderna», *Revista Latinoamericana de Filosofía*, Vol. XXXIV-1 (2008): 57.

encontrara alguna contradicción con sus propias creencias internas, “entonces no podría ocupar su cargo oficial sin cargo de conciencia: tendría que presentar su dimisión”²⁵. Así, también es necesaria dentro de la esfera de la razón privada, la libertad de pensamiento para poder identificar conflictos entre estos dos niveles, y poder apartarse cuando el individuo detecte un conflicto que pueda dificultar la realización de la tarea que le ha sido encomendada.

Por todo esto, para Kant el reconocimiento de la más fundamental de las libertades, la libertad para hacer uso público de la propia razón en todos los aspectos, es esencial para que exista una relación recíproca entre los ciudadanos y sus gobernantes, aceptando los primeros las leyes emitidas por los segundos como propias y no como impuestas. Esta actitud reformista y no revolucionaria que “es la base del contrato social kantiano”²⁶, es la propuesta mediante la que se intenta acabar con la injusticia, la parcialidad y la impunidad que caracterizaba a los gobernantes feudales.

En *La paz perpetua*, el autor define el *primer artículo definitivo para la paz perpetua*, ofreciendo una definición de qué debe entenderse por libertad externa o jurídica²⁷. Así, afirma que la constitución civil de todo Estado debe ser republicana, debiendo establecerse de acuerdo con las siguientes máximas, dado que estas se derivan del contrato social originario y por lo tanto, en la que deben estar fundadas todas las normas jurídicas a las que voluntariamente decida obligarse un pueblo. Estos principios son: “1.º de la *libertad* de los miembros de una sociedad (en cuanto hombres), 2.º de la *dependencia* de estos respecto a una única legislación común (en cuanto súbditos) y 3.º de conformidad con la ley de la *igualdad* de todos los

²⁵ Kant, Immanuel, *Critica de la razón ...*, 66.

²⁶ Muchnik, Pablo, «Kant y la antinomia de la razón *política* moderna», 60.

²⁷ Immanuel Kant, *Sobre la paz perpetua*. Trad. por Joaquín Abellán (Madrid: Tecnos, 1998), 15-17.

súbditos (en cuanto ciudadanos)”²⁸. De estos principios, Kant excluye que la libertad externa o jurídica deba definirse como “la facultad de hacer todo lo que se quiera, con tal de no perjudicar a nadie. Pues, ¿qué significa *facultad* (*Befugnis*)? La posibilidad de una acción en tanto que con ella no se perjudique a nadie. Por lo tanto, la explicación de la definición vendría a ser: libertad es la posibilidad de acciones con las que no se perjudica a nadie. No se perjudica a nadie (hágase lo que se haga) si solamente no se perjudica a nadie: es, pues, mera tautología”²⁹.

De esta afirmación, se deriva la posición que Kant sostiene sobre la limitación de la libertad externa (que no es pacífica dentro de la academia). Si bien este autor ha sido identificado por parte de la doctrina como el “adalid teórico”³⁰ del concepto de *libertad negativa*³¹ cuando trata la libertad en sentido amplio, de acuerdo con la posición que sostiene Colomer³², y con la que coincido, cuando Kant trata la limitación de la libertad externa la defiende como *libertad positiva*.

Esta conclusión se extrae directamente del texto citado anteriormente, junto con la afirmación de que la libertad exterior debe ser entendida como “la facultad de no obedecer ninguna ley exterior sino en tanto en cuanto he podido darle mi consentimiento”³³. Por lo tanto, esta libertad solamente podrá verse limitada por leyes a las que yo he dado mi sufragio, esto es, no existe un deber de obediencia a cualquier ley, sino a aquellas a las que voluntariamente hemos prestado nuestro

²⁸ Kant, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, 15. También en: Immanuel Kant, *Teoría y Práctica*. Trad. Roberto Rodríguez Aramayo (Madrid: Tecnos, 1993), 27-36.

²⁹ Kant, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, 15-16. Nota al primer artículo definitivo.

³⁰ Ver: Ricardo García Manrique, «Las ideas de igualdad y libertad en Norberto Bobbio», *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares* 2 (1992-1993): 158.

³¹ Es necesario destacar que Kant no utilizó en su obra los conceptos de *libertad negativa* y *libertad positiva*. Estas expresiones son asociadas de forma general hoy en día con la obra de Isaiah Berlin a raíz de su conferencia inaugural en la Universidad de Oxford el 31 de octubre de 1958. Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty*, (Oxford: Oxford University Press, 1971), 118-172.

³² José Luis Colomer Martín-Clavero, «Algunos apuntes sobre Kant y la libertad política», *DOXA* 15-16 (1994): 581-598.

³³ Kant, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, 16.

consentimiento, y no por el posible efecto perjudicial que mis acciones puedan causar en terceros³⁴.

Esta interpretación de las palabras de Kant, que puede considerarse errónea, puesto que como he mencionado anteriormente es considerado como el primer teórico de lo que posteriormente Berlin describiría como *libertad negativa*, se basa en la exclusión directa que el primero realiza de la limitación de la libertad externa respecto del daño a terceros. Por lo tanto, ¿cómo se puede conjugar la defensa que Kant realiza a lo largo de su obra de la *libertad negativa* con su opinión acerca de la limitación de la libertad exterior?

De acuerdo con Colomer, Kant no se opone mediante la redacción de esta nota al pié a su argumentación sobre la libertad negativa sino que “critica como inadecuada o insuficiente una determinada propuesta normativa de la libertad legítima, o del criterio de delimitación de la libertad en un sistema jurídico”³⁵. Así, Kant en estas líneas se refiere a la libertad que ha sido establecida o regulada por el Derecho, es decir, aquella respecto de la que se tiene la *facultad* de ejercer acción. Así, cuando un individuo ejerce un derecho que le ha sido reconocido por el Derecho, el límite al mismo no puede establecerse en el perjuicio a un tercero, sino que dependerá del respeto a la ley, de la que existe un acuerdo común en su acatamiento dado que hemos ofrecido nuestro consentimiento a la misma.

Este acuerdo común en el respeto a los límites establecidos en la ley es esencial en la conceptualización que Kant realiza de la libertad, dado que está

³⁴ Por contraposición a la definición que Berlin ofrece de libertad negativa al afirmar que: “yet it remains true that the freedom of some must at times be curtailed to secure the freedom of others”. Ver Berlin, Isaiah, *Four Essays on Liberty*, 126.

³⁵ Colomer Martín-Clavero, José Luís, «Algunos apuntes sobre Kant y la libertad política», 585.

vinculado directamente con su defensa de la universalidad de la ley³⁶, entendiendo esta como que todas las leyes y obligaciones morales deben proceder de la voluntad de todos y cada uno de los seres racionales. En este sentido, todos deben participar y reconocer la capacidad de contribución de los demás seres racionales en el proceso legislativo. De esta forma, Kant afirma que “el poder legislativo no puede pertenecer más que a la voluntad colectiva del pueblo. [...] Por consiguiente, la voluntad concordante y conjunta de todos, en cuanto cada uno decide para todos y todos para cada uno, esto es, la voluntad colectiva del pueblo, puede ser únicamente legisladora”³⁷.

La idea principal de la filosofía kantiana resumida en su *imperativo categórico*, enuncia precisamente este principio, es decir, el concepto de libertad “en tanto que su realidad queda demostrada mediante una ley apodíctica de la razón práctica, constituye la *clave de bóveda* para todo el edificio del sistema de la razón pura”³⁸, por esto, es imprescindible a toda condición de ley y deber moral, que estos sean el resultado de la voluntad racional de todos los seres humanos, que deben considerarse a sí mismos y también necesariamente al resto, como legisladores de aquellas leyes que limiten o restrinjan la libertad. Kant en la formulación de este imperativo establece el odio como un acto que supone una afrenta a la dignidad humana³⁹, además de suponer uno de los vicios que se opone a los seres humanos⁴⁰.

³⁶ Este extremo también es defendido por el autor en *Teoría y Práctica* al afirmar: “el derecho es la limitación de la libertad de cada uno a (289/290) la condición de su concordancia con la libertad de todos, en tanto que esta concordancia sea posible según una ley universal”. Ver: Kant, Immanuel, *Teoría y Práctica*. Trad. Roberto Rodríguez Aramayo (Madrid: tecnos, 1993), 26.

³⁷ Immanuel Kant, *Principios metafísicos del Derecho* (Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1873), 467-468.

³⁸ Immanuel Kant. *Crítica de la razón práctica*. Ed. Roberto R. Aramayo (Madrid: Alianza Editorial, 2000), 52.

³⁹ Immanuel Kant. *The Metaphysics of Morals*. Ed. por Mary Gregor (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), 161-162.

⁴⁰ En este sentido, Kant afirma que: “[The Vices of Hatred for Human Beings] They comprise the loathsome family of *envy*, *ingratitude*, and *malice*. – In these vices, however, hatred is not open and violent but secret and veiled, adding meanness to one’s neglect of duty to one’s neighbor, so that one also violates a duty to oneself”. Ver: Kant, Immanuel, *The Metaphysics of Morals*. Ed. por Mary Gregor (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), 206-208.

En este sentido hay autores⁴¹, entre los que me identifico, que defienden que el discurso del odio al tener como objetivo atacar a la dignidad de los ciudadanos, iría en contra de este imperativo y que por lo tanto no estaría cubierto por la defensa que Kant realizó de la necesidad de proteger el foro de discusión de la intervención del legislador. Este tipo de comportamientos al tener como objetivo el mantener roles de control y sometimiento que inhiben la capacidad de ciertos grupos de actuar en condiciones de igualdad dentro de la sociedad, facultarían la intervención del Estado con el objetivo de restablecer las interacciones de los ciudadanos desde un plano “respeto como libres e iguales”⁴². Sin embargo, otra parte de la doctrina⁴³ defiende que el mismo concepto de dignidad requiere la garantía de una libertad de expresión muy amplia, puesto que esta protege el derecho de los demás a expresar su desprecio por ciertas personas.

1.1.2. Conclusiones

Esta introducción a la conceptualización de Kant sobre la libertad es esencial en esta investigación, puesto que influenció la construcción del derecho a la libertad de expresión que se realizó tanto en Europa como en Estados Unidos de Norteamérica. La utilización de la libertad como parte esencial del desenvolvimiento, desarrollo y participación de los individuos en la sociedad es básica, y para llegar al momento actual en el que la libertad de expresión es un pilar esencial de cualquier Estado democrático de Derecho, el uso público de la razón contemplado por Kant fue de una importancia capital.

⁴¹ Jeremy Waldron, *The Harm in Hate Speech* (Cambridge: Harvard University Press, 2012), 46-47; Alexander Brown, *Hate Speech Law. A Philosophical Examination* (Londres: Routledge, 2015), 91-96.

⁴² Helga Varden, «A Kantian Conception of Free Speech», en *Freedom of Expression in a Diverse World*, ed. por Deirdre Golash (Londres: Springer, 2010), 53-54.

⁴³ Ronald Dworkin, «Reply to Jeremy Waldron», en *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, ed. por M. Herz y P. Molnar (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 342.

Muchos de los conceptos que utilizó a lo largo de sus obras como, el no poder expresar dogmas detraídos a la crítica pública, la necesidad de garantizar la participación de todos los miembros de la sociedad, el contrato social, las tres características de la paz perpetua, el límite del ejercicio del derecho basado en el propio Derecho o la necesidad de que todos los ciudadanos participen en el proceso legislativo, son ideas básicas en nuestras sociedades. Como he adelantado, uno de los objetivos principales del discurso del odio es atacar la dignidad humana que constituye uno de los principios básicos garantizados en los ordenamientos jurídicos de los Estados democráticos de Derecho. Además este tipo de discurso ataca otros principios y derechos, como el de igualdad (tanto formal como material), no discriminación y el honor de la persona.

Mediante este tipo de conductas, se pretende la creación de un clima de tensión que acabe con la expulsión de determinadas minorías del seno de la sociedad, detrayéndoles a sus miembros la capacidad de participación y desafiando poniendo en peligro los valores y derechos acabados de indicar, perpetuando roles de opresión y dominio de ciertas minorías, que coaccionan la libertad de estos grupos para actuar desde un plano de igualdad en el seno de la sociedad. Por esto, la razones argüidas por Kant en su defensa de la participación de los ciudadanos en la configuración del espacio público es esencial en esta investigación puesto que se opondría a este escenario, y es una visión muy relevante que fortalecerá las conclusiones finales.

1.2. Primeras positivizaciones del derecho a la libertad de expresión

Una vez comentadas las principales características que propiciaron el cambio del Antiguo Régimen a la Ilustración de acuerdo con la obra de Immanuel Kant, es necesario continuar con el estudio de la codificación de la libertad de expresión y sus características, en los textos jurídicos creados a partir de la Revolución Francesa y en las cartas fundacionales norteamericanas, puesto que estos reflejan desde un

punto de vista normativo la lucha inicial que se libró por la garantía del derecho a la libertad de expresión en la configuración de la sociedad, cuyas características como veremos en el capítulo II, han influenciado directamente los textos actuales.

Antes de tratar propiamente la materia que ocupa este apartado, que el profesor Peces-Barba efectúa una distinción entre tres modelos de positivización de derechos humanos. Estos son: el inglés, el americano y el francés⁴⁴. Sin embargo, como este apartado se construye con la finalidad de establecer las bases sobre las que han evolucionado los dos modelos que en la actualidad pueden identificarse sobre la dispar aproximación a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio, aquí únicamente se estudiarán las características de los dos últimos.

Así, tal y como describe Arendt, el cambio de orden que supuso el paso del Antiguo Régimen a la Ilustración, significó la creación de un *novus ordo saeculorum*, que constituyó la “convicción de que la fuente y el origen del poder político reside en el pueblo”⁴⁵, con el objetivo de acabar con las estructuras organizativas políticas y sociales que se conocían hasta el momento.

Tal y como subraya Ansuátegui⁴⁶, tradicionalmente se han mantenido dos formas de explicar la relación entre el proceso iniciado en América y el iniciado en Francia. Por un lado están los autores que creen que existen profundas diferencias entre ambos modelos, debido a la existencia de particularidades propias que los alejarían; y por otro lado aquella parte de la doctrina que opina que ambos

⁴⁴ Gregorio Peces-Barba Martínez, «Los Derechos del Hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa», *Anuario de Filosofía del Derecho* VI (1989): 57-128. De Cabo identifica cuatro modelos constitucionales históricos: el constitucionalismo evolutivo, propio de Inglaterra; el constitucionalismo originario, propio de EE. UU.; el constitucionalismo revolucionario, que surge con la Revolución Francesa; y el modelo teórico de constitucionalismo de aportación alemana. Ver: Carlos de Cabo Martín. *Teoría histórica del Estado y del Derecho constitucional* Barcelona: PPU, 1993), 221-264.

⁴⁵ Hannah Arendt, *Sobre la revolución*. Trad. por Pedro Bravo (Madrid: Revista de Occidente, 1967), 191.

⁴⁶ Ansuátegui Roig, Francisco J., *Orígenes doctrinales de la libertad ...*, 341.

movimientos pertenecen a una misma raíz común o al menos, se han influenciado mutuamente⁴⁷. De esta forma, la idea de una *revolución atlántica* que englobara ambas revoluciones, es una idea que ha sido discutida ampliamente⁴⁸.

Dentro de la primera corriente situaríamos a Gusdorf. Este autor identifica características propias de cada uno de los modelos descritos respecto del contexto histórico y social en el que se desarrollan. Así, por un lado los textos americanos pretenden conseguir la continuidad de los derechos ingleses que se habían conquistado, por lo que la lucha en este sentido será contra un enemigo extranjero. Por otro lado, los escritos franceses lo que pretenden es una ruptura total con el Estado tal y como se concebía hasta el momento, y por lo tanto la lucha será interna (en términos de guerra civil), contra las estructuras del Antiguo Régimen que eran las propias del Estado francés⁴⁹ hasta la fecha. También hay que mencionar que la filosofía de ambos modelos sobre la libertad de expresión está construida sobre la base de características compartidas⁵⁰. Lo que se pretende aquí es identificar aquellas características propias de cada modelo que han propiciado que el contenido protegido por este derecho diverja en ambos sistemas, haciéndolo también la protección frente al discurso del odio.

⁴⁷ Bernard Vincent, *The Transatlantic Republican. Thomas Paine and the Age of Revolutions* (Amsterdam: Rodopi, 2005), 65-84. Este autor afirma que existe influencias en los ideólogos de ambos movimientos, pero también admite cierto grado de mitificación en el ideario francés sobre la revolución americana.

⁴⁸ Ansuátegui Roig, Francisco J., *Orígenes doctrinales de la libertad ...*, 342. Ver también: Jaques Godechot, «Revolución francesa o revolución atlántica», en comp. M^a José Villaverde, *Alcance y legado de la Revolución francesa* (Madrid: Editorial Pablo Iglesias), 109-115.

⁴⁹ Ansuátegui Roig, Francisco J., *Orígenes doctrinales de la libertad ...*, 343-344. Esto es reconocido por políticos contrarios al propio proceso revolucionario como Edmund Burke, que admite que no se puede crear un nuevo Estado si este se fundamenta en la herencia de derechos constitucionales definidos históricamente anteriores. Edmund Burke, *Reflections on the Revolution in France*. Ed. por Frank M. Turner (Londres: Yale University Press, 2009), 33-35.

⁵⁰ Ansuátegui Roig, Francisco J., *Orígenes doctrinales de la libertad ...*, 346.

1.2.1. La codificación del derecho a la libertad de expresión en los textos fundacionales de Estados Unidos de Norteamérica

En este apartado se pretende presentar las características propias de la codificación americana del derecho a la libertad de expresión, desde el inicio de la independencia del Reino Unido, hasta la aprobación del *Bill of Rights*, que contiene la Primera Enmienda. Así, en primer lugar se conocerán frente a qué surge la necesidad de protección del derecho a la libertad de expresión, para posteriormente tratar los primeros textos doctrinales que lo codifican con el objetivo final de mostrar las diferencias que respecto de este derecho se pueden identificar con el modelo francés, mostrando que desde el propio surgimiento del derecho se pueden observar diferencias entre ambos modelos.

La lucha por los derechos que se libraré en Estados Unidos de Norteamérica corresponde con la voluntad de la colonias de mantener los derechos que habían conquistado a la metrópoli y que estaban en peligro. Así, respecto del derecho a la libertad de expresión, después de la supresión en 1641 de la Cámara Estrellada⁵¹ en el Reino Unido, la jurisdicción en esta materia pasó a los tribunales de la *Common Law*, donde encontramos diversos tipos de libelos, entre los que destaca el sedicioso (*seditious libel*)⁵², que se encargaba de castigar las informaciones maliciosas o injuriosas que se pudieran realizar respecto de los gobernantes, y que se materializaba en el castigo de cualquier información crítica que se pudiera realizar sobre su persona.

⁵¹ Sobre la aplicación del libelo por parte de la Cámara Estrellada y porqué se llegó a su supresión ver: Irving Brant, «Seditious Libel: Myth and Reality», *New York University Law Review* 39-1 (1965): 1-20.

⁵² Ansuátegui Roig, Francisco J., *Orígenes doctrinales de la libertad ...*, 356; Brant, Irving, «Seditious Libel: Myth and Reality», 11-12.

Este escenario, que tuvo como principal defensor a *sir* William Blackstone en sus obra *Commentaries on the Law of England in Four Books*⁵³, supuso un control muy férreo de la libertad de prensa. Si bien Blackstone abogaba por la eliminación del sistema de licencias previas, descartando cualquier restricción *ex ante* al ejercicio del derecho a la libertad de prensa. Sin embargo, era un firme defensor del control *ex post*, por el que se pudiera castigar en un juicio justo e imparcial escritos publicados que fueran ofensivos o peligrosos contra la preservación de la paz o el orden, el gobierno o la religión, dado que según su opinión, esta restricción contribuía a fortalecer los derechos civiles⁵⁴. Además, afirmaba que el libelo en sí tiende a romper con la paz pública, y que no importa si lo que se afirma es verdadero o falso, sino que la mera provocación es la acción constitutiva del delito que, en su caso, podría agravarse si las afirmaciones son declaradas falsas⁵⁵. Es importante señalar que su obra tuvo un gran impacto en Estados Unidos de Norteamérica, llegándose a afirmar que «su concepción de la libertad de prensa era la que los redactores de la Primera Enmienda tenían en mente

⁵³ William Blackstone, *Commentaries on the Law of England in Four Books*. 4 vol. (Londres: A. Strahan, 1809).

⁵⁴ Blackstone afirma: “Every freeman has an undoubted right to lay what sentiments he please before the public: to forbid this, is to destroy the freedom of the press: but if he publishes what is improper, mischievous, or illegal, he just take the consequence of his own temerity [...], any dangerous or offensive writings, which, when published, shall on a fair and impartial trial be adjudged of a pernicious tendency, is necessary for the preservation of peace and good order, of government and religion, the only solid foundations of civil liberty”. Blackstone, William, *Commentaries on the Law ...*, 4:151-152.

⁵⁵ Blackstone afirma: “for the same reason, it is immaterial with respect to the essence o a libel, whether the matter of it be true or false; since the provocation, and not the falsity is the thing to be punished criminally: though, doubtless, the falsehood of it may aggravate it’s guilty, and enhance it’s punishment”. Blackstone, William. *Commentaries on the Law ...*, 4:150. Es importante señalar que el caso más importante sobre libelo sedicioso que se siguió en las colonias americanas fue contra John Peter Zenger, acusado de libelo contra el gobernador Cosby durante la época que estuvo en el cargo en Virginia. Este caso es considerado como el germen de la defensa tenaz de la libertad de expresión en el proceso de independencia. Ver: Harold L. Nelson, «Seditious Libel in Colonial America», *The American Journal of Legal History* 3 (1959): 160 y 171-172; Julius J. Marke, «Peter Zenger’s Trial», *Litigation* 6 (1979-1980): 41-55.

cuando escribieron el mandato constitucional de que “El Congreso no debe legislar” limitando esta libertad»⁵⁶.

Frente a esta realidad⁵⁷, pronto surgieron las primeras críticas en la misma Inglaterra por parte de los periodistas John Trenchard y Thomas Gordon, que escribieron las Cartas de Catón (*Cato's Letters*) que a su vez también gozaron de una amplia repercusión en Norteamérica⁵⁸, y en las que trataron la realidad de la libertad de expresión. En la carta número 15, del sábado 4 de febrero de 1721, titulada “de la libertad de expresión: que es inseparable de la libertad pública”⁵⁹, los autores establecen que “sin la libertad de pensar, no puede existir la sabiduría; y no puede existir la libertad pública sin la libertad de expresión: que es el derecho de cada uno de los individuos, hasta el punto de que con él se lesione o se controle el derecho de otra persona, siendo estas dos las únicas verificaciones que el derecho puede sufrir, las únicas barreras que este debe conocer”⁶⁰. Trenchard y Gordon, afirmaron que “la libertad de expresión es el gran baluarte de la libertad, prosperan y mueren juntas”⁶¹. La tiranía, mediante la utilización del terror, ha sido usada durante mucho tiempo como un instrumento para controlar a la sociedad, lo que ha

⁵⁶ Brant, Irving, «Seditious Libel: Myth and Reality», 14. «His definition of freedom of the press must be what the framers of the first amendment had in mind when they drafted the constitutional mandate that "Congress shall make no law" abridging that freedom». Todas las traducciones que se realicen serán propias a no ser que se indique lo contrario.

⁵⁷ Una discusión muy interesante que trata en profundidad las diversas justificaciones que planteaban por un lado Blackstone y, por otro lado las Cartas de Catón puede verse en: Steven J. Heyman, *Free Speech and Human Dignity* (New Heaven: Yale University Press, 2008), 7-11. Mientras que Blackstone sostenía la idea de la tradición legal para mantener el orden social, las Cartas de Catón apelaran a los derechos naturales para justificar la no regulación del derecho a la libertad de expresión vinculado a la publicación de escritos.

⁵⁸ Robert E. Shalhope, «Toward a Republican Synthesis: The Emergence of an Understanding of Republicanism in American Historiography», *The William and Mary Quarterly* 29-1 (1972): 58.

⁵⁹ El título original en inglés es: No. 15, Saturday, February 4, 1721, of Freedom of Speech: That the Same Is Inseparable From Publick Liberty”. John Trenchard, *Cato's Letters, vol. 1 November 5, 1720 to June 17, 1721* (Indiana: Liberty Foundation, 1724), 79-82.

⁶⁰ “Without freedom of thought, there can be no such thing as wisdom; and no such thing as publick liberty, without freedom of speech: Which is the right of every man, as far as by it he does not hurt and control the right of another; and this is the only check which it ought to suffer, the only bounds which it ought to know”. Trenchard, John, *Cato's Letters, vol. 1 ... , 1721*, 79.

⁶¹ Trenchard, John, *Cato's Letters, vol. 1 ... , 1721*, 81.

tenido como consecuencia su domesticación. Por esto, la libertad de expresión es esencial para la prosperidad de la nación, puesto que permite por un lado, abandonar este estado de domesticación y por otro, facultar a los ciudadanos a expresarse libremente sin temor a la represión.

Como acabo de subrayar, es interesante observar cómo los autores destacan que en ciertas circunstancias, la libertad de expresión puede ser limitada. Esta es una característica que necesita ser estudiada de una forma más detenida, puesto que establece que el límite a este derecho se encuentra en la lesión al derecho de un tercero. Los autores también tratan el tema de los libelos en su carta número 32, de sábado 10 de junio de 1721, titulada *reflexiones en torno al libelo*⁶². En primer lugar, diferencian entre los libelos públicos y los privados. Afirman que, respecto de los segundos, se puede limitar aquello que se puede decir sin que existan mayores problemas: “hay algunas verdades que no son apropiadas para ser contadas; como por ejemplo cuando el descubrimiento de un pequeño error puede causar un gran daño; o cuando el descubrimiento de un gran error no es positivo, y este no debería ser considerado como un hallazgo de ninguna forma; y es peor aún descubrir un error cuando este no existe”⁶³. Estas limitaciones únicamente sería aceptables en el plano privado, puesto que, en el público los males que pueden producir son ampliamente mayores que los beneficios, ya que existe la obligación de los ciudadanos para con su país y con la verdad, de exponer las debilidades públicas, y a estos, no se les puede hacer ningún reproche⁶⁴. Posteriormente, diferencian un tercer tipo de libelo, los realizados en contra del pueblo (*libels against the people*).

⁶² Título original: No. 32, Saturday, June 10, 1721. Reflections Upon Libeling. Trenchard, John, *Cato's Letters, vol. 1 ...*, 160-164.

⁶³ “here are some truths not fit to be told; where, for example, the discovery of a small fault may do great mischief; or where the discovery of a great fault can do no good, there ought to be no discovery at all: And to make faults where there are none, is still worse”. Trenchard, John, *Cato's Letters, vol. 1 ...*, 1721, 160.

⁶⁴ “The exposing therefore of publick wickedness, as it is a duty which every man owes to truth and his country, can never be a libel in the nature of things; and they who call it so, make themselves no compliment”. Trenchard, John, *Cato's Letters, vol. 1 ...*, 160.

Utilizan esta categoría para afirmar que el juicio del pueblo como tal, se merece la mayor reverencia y autoridad, y que los gobernantes le deben el máximo respeto.

Es especialmente importante destacar, que los autores afirman que la mayoría de libelos son puramente personales y por lo tanto atacan a las personas, no por lo que estas hacen, sino por lo que son. Afirman que estas conductas deben ser castigadas por los ordenamientos jurídicos de forma proporcional al daño causado, dado que la reputación debe ser defendida por la ley, de la misma forma que la propiedad lo es⁶⁵. En el supuesto de que estos ataques no fueran perseguibles, la libertad y la ley se verían perjudicadas, dado que el acto de difundir informaciones falsas sería impune y por lo tanto, una acción aún más ideal de dañar a la sociedad y a la paz del mundo. Así, hacen especial hincapié en la proporcionalidad del castigo, y en que la tipificación únicamente contenga los libelos que ellos describen, ya que de lo contrario una ley que tuviera una pluralidad de limitaciones de gran alcance haría poco segura la tarea de expresar la opinión⁶⁶.

El contenido de las dos cartas que se acaban de destacar, muestra cómo históricamente los ataques dirigidos hacia las personas por lo que son, han sido objeto de preocupación, debiendo ser contrarios al ordenamiento jurídico, puesto que la dignidad de los individuos debe ser considerada como un bien jurídico digno de protección, de igual forma que lo es la propiedad. Otra cosa será la evolución en la interpretación que se haga de esta teoría y de su equiparación con el libelo grupal (que es básicamente en el que se basa el discurso del odio que aquí se investiga), y la convicción o no de que este tipo manifestaciones son ideales para lesionar alguno de los bienes dignos de protección por parte del ordenamiento jurídico.

⁶⁵ “Them not for what they do, but for what they are: And this is to provoke them without mending them. All this therefore is libelling; an offence against which the laws of almost every country, and particularly of our own, have furnished a remedy in proportion to the consequence and quality of the person offended. And it is as just that reputation should be defended by law, as that property should”. Trenchard, John, *Cato's Letters*, vol. 1 ..., 162.

⁶⁶ Trenchard, John, *Cato's Letters*, vol. 1 ..., 162-163.

Hasta aquí, se han estudiado las primeras teorías que aún en el marco de las colonias británicas en Norteamérica hacen referencia a las primeras inquietudes acerca de la garantías que debería gozar el derecho a la libertad de expresión en estos territorios. A continuación se investigarán aquellos autores que, ya en el período de la independencia, y de la redacción de la Constitución y de la Carta de Derechos, han tenido una influencia directa en el ideario que posteriormente se plasmaría en estos textos legislativos federales.

En primer lugar y por su importancia, es necesario destacar la figura de Thomas Jefferson para el que la defensa de la libertad de expresión y de prensa era capital, circunstancia de la que dejó constancia en una pluralidad de escritos, como su autobiografía⁶⁷, o en la múltiple correspondencia que intercambió con otros intelectuales. Hay que subrayar que Jefferson defiende la libertad de expresión sobre todo a través de la libertad de prensa y de conciencia. Para este autor, la libertad de expresión se difunde principalmente a través de los periódicos y encuentra su límite en la difusión de hechos falsos⁶⁸. A parte de esta limitación, se tiene que asegurar una libertad plena a su ejercicio, puesto que Jefferson era un firme defensor de la teoría clásica de la libertad de expresión, que tiene como principio que cuantas más ideas se expongan en el foro público, y por lo tanto cuando más espacio se le dé al ciudadano para exponer sus razonamientos, más fácil le será a la sociedad acceder a la verdad, que encontrará su camino y vencerá al error⁶⁹.

⁶⁷ Jefferson hace una cantidad de referencias muy importante a este derecho tanto en las colonias como fuera de ellas. Ver: Thomas Jefferson, *The Autobiography of Tomas Jefferson, 1743-1790*. Ed. por Paul Leicester Ford (Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 2005), 127-128; 138-139.

⁶⁸ Thomas Jefferson, «Carta a Monsieur de St. Etienne», en *Autobiografía y otros escritos*, ed. Adrienne Koch y William Peden (Madrid: Tecnos, 1987), 499. Ver el artículo 6 donde establece que: “Los impresores podrán ser procesados legalmente por imprimir y publicar hecho falsos perjudiciales para la parte demandante; pero no estarán sometidos a ninguna otra restricción”.

⁶⁹ Sin embargo, como señala el profesor Ansuátegui, Jefferson cuenta con otros escritos en los que aboga por medidas más restrictivas con las libertad de prensa, pero que no cuentan con la suficiente entidad como para alterar su firme compromiso en favor de la libertad de prensa. Ansuátegui Roig, Francisco J., *Orígenes doctrinales de la libertad ...*, 369.

Respecto de la libertad de conciencia, Jefferson afirma en *Notes on the State of Virginia* que: “Los derechos de conciencia nunca se los cedimos [a los gobernantes], nunca podríamos. [...], los poderes legítimos de gobierno sólo se extienden a los actos que lesionan a otros. Pero no me hace daño que mi vecino diga que hay veinte Dioses, o ningún Dios. Ni me roba la cartera ni me rompe la pierna”⁷⁰. Además, afirma que combatir estas actitudes a través de la represión, esto es prohibiéndolas “puede empeorarle [a la persona que las realiza], haciendo de él un hipócrita, pero nunca le hará un hombre más sincero. Puede fijarle obstinadamente en sus errores, pero no los curará”⁷¹, para acabar afirmando que “la razón y el libre examen son los únicos agentes eficaces contra el error”⁷². Por lo tanto, Jefferson era partidario de una amplia libertad respecto a la comunicación de las opiniones personales que únicamente podían ser restringidas en supuestos muy concretos. La influencia que estas notas tendrán en la filosofía que después se materializará en la Primera Enmienda y el posterior desarrollo jurisprudencial de esta es muy importante, ya que las premisas esenciales de la postura de Jefferson se ven reflejadas en su redacción.

Hasta aquí, se ha pretendido esbozar las características filosóficas básicas que han dado forma al derecho a la libertad de expresión en Estados Unidos de Norteamérica, desde su formación como colonias inglesas hasta la aparición de figuras tan importantes como Jefferson. La Primera Enmienda será tratada en

⁷⁰ “The rights of conscience we never submitted, we could not submit. We are answerable for them to our God. The legitimate powers of government extend to such acts only as are injurious to others, but it does me no injury for my neighbor to say there are twenty Gods, or no God. It neither picks my pocket nor breaks my leg”. Thomas Jefferson, *Notes on the State of Virginia* (Richmond: J. W. Randolph, 1853), 170.

Jefferson ya había expresado esta idea en su carta al Coronel Humphreys, donde expresa que: “hay derechos que no tiene objeto ceder al gobierno, pese a lo cual los gobiernos siempre han procurado conculcarlos. Estos derechos son el de pensar y publicar nuestros pensamientos de palabra o por escrito; el derecho al libre comercio; el derecho a la libertad personal. Hay instrumentos tan particularmente dignos de confianza que jamás deberíamos dar al legislativo la libertad de modificarlos”. Jefferson, Thomas, «Carta al Coronel Humphreys», en *Autobiografía y otros escritos*, ed. por Adrienne Koch y William Peden (Madrid: Tecnos, 1987), 494.

⁷¹ Jefferson, Thomas, *Autobiografía y otros escritos*, 282.

⁷² Jefferson, Thomas, *Autobiografía y otros escritos*, 282.

apartados posteriores, cuando se estudie la jurisprudencia de la Corte Suprema en su aplicación, con el objetivo de unir el articulado legal con la evolución interpretativa que esta ha sufrido a lo largo de la historia.

Como se ha podido comprobar, pese a que sí que hay una preocupación por el libelo a nivel individual expresada en las Cartas de Catón estableciendo como límite a la libertad de expresión la lesión o el control de los derechos de terceras personas, esta no se ve reflejada ni en las primeras primeras declaraciones de derechos de los Estados (como las de Pensilvania, Maryland, Carolina del Sur o Massachusetts), que abogan por una restricción sin límites, que a su vez se ve reflejada en el ideario de Jefferson y en su *Notes on the State of Virginia* que únicamente habla de la limitación de la comunicación de ideas cuando estas comunican hechos falsos. Tanto la postura que se adoptó en las primeras declaraciones de derechos, como la mantenida por Jefferson, pueden considerarse tanto el origen de la redacción que recibió la Primera Enmienda, como de lo que después el Tribunal Supremo de Estados Unidos definirá como el *marketplace of ideas*, cuyo ideario consiste en afirmar que la verdad, en competición con la mentira ante el público, siempre vencerá, y que por esta razón no se necesita ningún tipo de regulación a este respecto.

1.2.2. La codificación de la libertad de expresión en los textos franceses. El artículo 11 de la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789

A continuación, se estudiará la fundamentación filosófica que de la libertad de expresión se realizó en la Declaración francesa de 1789 con el objetivo de establecer las posibles divergencias existentes entre los dos procedimientos históricos, que puedan ser el germen de los diferentes modelos de protección que respecto de la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio existen en la actualidad.

Como se ha argumentado, la revolución que se produjo en Francia tenía por objetivo romper con las estructuras políticas vigentes hasta el momento, basadas en los privilegios de ciertos estamentos sociales en los que tenía su fundamento el Antiguo Régimen⁷³. Así, la principal finalidad fue conseguir una nueva estructura que permitiera la emancipación de la sociedad y que esta pudiera actuar por sí misma sin estar subyugada al arbitrio de otros. Una de las principales diferencias entre el proceso seguido en Estados Unidos de Norteamérica y en Francia, tal y como subraya Ansuátegui, es la falta de la influencia religiosa debido al peso del humanismo laico que contribuyó a “poner más atención en la libertad de pensamiento”⁷⁴.

Antes de llegar a la redacción del artículo 11 de la Declaración francesa, es necesario comentar brevemente lo que se puede identificar como la génesis del mismo, y que fue la convocatoria de los Estados Generales del 24 de enero de 1789 y la aparición de los cuadernos de quejas o *cahiers de doléances*⁷⁵. Estos tenían por objetivo que los franceses pudieran formular quejas e ideas con el objetivo de proceder con la reformulación de las estructuras estatales como forma de paliar los abusos que estos sufrían⁷⁶.

La libertad de expresión era una de las principales demandas que recogían estos cuadernos, como por ejemplo en *Remonstrances, moyens et avis que le tiers état du baillare de Nemours charge a ses députés de porter aux Etat Généraux*, que en su artículo 30 establece que “no puede haber más delito en las palabras o en los escritos, que la injuria o la calumnia. Toda persona que sufra de la una o la otra

⁷³ Giorgio del Vecchio, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans la révolution française* (Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1968), 17.

⁷⁴ Ansuátegui Roig, Francisco J., *Orígenes doctrinales de la libertad ...*, 385.

⁷⁵ del Vecchio, Giorgio, *La déclaration des droits ...* 18-19.

⁷⁶ del Vecchio, Giorgio, *La déclaration des droits ...*, 20-21. Estos cuadernos fueron creados en virtud del edicto del Consejo francés de 5 de julio de 1788. Una información mucho más detallada sobre el alcance de los *cahiers* se puede ver en: Jacques Godechot, *Los orígenes de la Revolución francesa* (Madrid: Ediciones Península, 1974), 143-152.

tiene derecho de invocar contra estas la venganza de las leyes, como haría contra todo otro atentado cometido contra su persona”⁷⁷. También en la *Déclaration de droits à faire, et pouvoirs a donner par le peuple François, pour les Etats-généraux, dans les soixante assemblées indiquées à Paris, le mardi 21 avril 1789*, se indica en su artículo primero que la libertad es un atributo esencial e inseparable de los seres inteligentes y que las libertades de hablar, escribir, de imprimir y publicar, de moverse con libertad y de utilizar estas facultades como a uno le parezca siempre que no sea contrario a los casos que están especificados en la ley de la sociedad en la que nos encontramos⁷⁸.

Posteriormente, en las primeras propuestas de redacción de la Constitución, se reflejó la necesidad de recoger el sentimiento que busca la libertad de expresión. Concretamente, el diputado Emmanuel-Joseph Sièyes en *Préliminaire de la Constitution Française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l’homme & du citoyen*, hizo una firme defensa de la libertad de comunicar los pensamientos propios siempre que esto no atente contra los derechos de otros⁷⁹. Por otra parte, el diputado M. de Sienty, en *Exposition des motifs qui paroissent devoir*

⁷⁷ “Ne peut y avoir de délit dans les paroles ou dans les écrits, que l’injure ou la calomnie. Tout homme qui a souffert de l’une ou de l’autre a droit d’invoquer contre elles la vengeance des lois, comme il le ferait contre tout autre attentat commis sur sa personne”. J. Madival y E. Laurent, ed. *Archives parlementaires de 1789 à 1860: recueil complet des débats législatifs & politiques des Chambres françaises* (Paris: Librairie administrative de P. Dupont, 1862), 163, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k495339>

⁷⁸ “La liberté, attribut essentiel & inséparable d’un être intelligent, pensant, voulant, que a la faculté de s’instruire & se perfectionner; qui parcourt & s’assujettit la terre: crée les arts, les sciences, & les différentes formes de gouvernement [...]. De-là la liberté de parler, d’écrire, d’imprimer & de publier; d’aller où lui semble, & de faire librement usage de les facultés en tout ce qui n’est pas contraire à loi de la société; enfin de ne pouvoir être empêché dans l’exercice de toutes les facultés que dans les formes & les cas prescrits par la loi”. Ha sido posible consultar el texto original dado que la Bibliothèque nationale de France (BnF), ha procedido con la digitalización de los documentos a través de su plataforma Gallica.

⁷⁹ El artículo VII de su exposición establece: “Ainsi, personne n’est responsable de sa pensée, ni de les sentiments; tout homme a le droit de parler ou de se taire; nulle manière de publier ses pensée & ses sentiments ne doit être interdite à personne, & en particulier, chacun est libre d’écrire, d’imprimer ou de faire imprimer ce que bon lui semble, toujours à la seule condition de ne pas donner attente aux droits d’autrui”. Emmanuel-Joseph Sieyès, *Préliminaire de la Constitution Française : reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l’homme, du citoyen*, (1789), 42-43, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k41690g.r=.langFR>

determiner à réunir à la Déclaration des Droits de l'Homme, celle des devoirs du Citoyen, establece una serie de derechos que tienen sus correspondientes obligaciones. En el artículo XIII establece la comunicación libre de pensamientos únicamente limitada por daños a terceros, especificando como obligación que “ninguna persona debe atentar por sus palabras o sus escritos al buen orden de la sociedad y al honor de sus conciudadanos. La calumnia pública y privada debe ser castigada por la ley, que debe asegurarse de impedir y de prohibir los escritos peligrosos y calumniosos”⁸⁰.

Todas estas proposiciones, desde las realizadas en los *cahiers de doléances*, hasta las primeras propuestas de declaración de derechos que acabamos de ver, tuvieron un reflejo en la redacción que se le dio finalmente al artículo 11 de la Declaración francesa de derechos⁸¹. La libertad de expresión era una de las principales reivindicaciones recogidas en los textos que la precedieron⁸² y de ahí que su inclusión en el corpus de este texto fuera fundamental. Asimismo, la mayoría de los textos precedentes a esta recogían, como hemos visto, la necesidad de imponer límites a este derecho. Estos bordes son determinados de dos formas. En primer lugar una remisión general a la ley, es esta quien debe determinar en qué circunstancias será posible proceder con la limitación del derecho. En segundo lugar, una limitación impuesta por el propio texto: la lesión de los derechos de un tercero. Esto contrasta de forma palpable con los textos americanos vistos con anterioridad, en los que no se contemplaba ninguna limitación. Finalmente, la

⁸⁰ El artículo XIII establece como derecho “La libre communication des pensées est un droit de l’homme, elle ne doit étre referaïent qu’autant qu’elle nu t’aux droits d’autrui”. La obligación correspondiente es: “Nul ne doit attenter pas ses paroles & par ses écrits, au bon ordre de la Société & a l’honneur de ses Concitoyens. La calomnie publique & privée doit étre punie par la Loi, qui doit s’assurer des moyens d’empêcher & de proscrire les écrits dangereux & calomnieux”. Se consulta el texto original a través de la plataforma Gallica de la BnF.

⁸¹ El artículo 11 de la Declaración de derechos del Hombre y del ciudadano de 1789 establece lo siguiente: La libre communication des pensées et des opinions esta un des droits les plus précieux de l’homie: tour cotilleen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l’abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi.

⁸² Pierre Le Mire, «Article 11», en *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789*, eds. Gérard Conac y Marc Debene (París: Económica, 1993), 229.

redacción del artículo 11 de la Declaración, incluyó únicamente la primera de las limitaciones, prohibiendo aquellos abusos que se puedan cometer en la utilización del derecho a la libertad de expresión que se encuentren contemplados por la ley.

Por lo tanto, en los textos franceses sí que existe una preocupación, desde el inicio de las primeras codificaciones del derecho a la libertad de expresión, por los posibles abusos que se pudieran cometer en su ejercicio. Ya en los cuadernos de quejas quedaron reflejados muchas de las preocupaciones que la no regulación del ejercicio a la libertad de expresión creaba en los ciudadanos. Así, desde la punición de las injurias y las calumnias, aquellas manifestaciones que lesionen los derechos de los demás o las que alteren el buen orden de la sociedad o el honor de sus ciudadanos, fueron limitaciones que se impusieron al derecho a la libertad de expresión en un momento en el que la sociedad observaba este derecho como imprescindible en su escalada hacia la libertad. Esto es importante, dado que estas concepciones quedaron reflejadas en la redacción del artículo 11 de la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 contemplando la limitación de este derecho en aquellos supuestos que estén determinados por ley. Esta concepción ejercerá influencia en las declaraciones de derechos y constituciones posteriores, que utilizarán de modelo francés y que por lo tanto también contemplarán este tipo de limitaciones.

1.2.3. Conclusiones

Si bien, como se ha argumentado anteriormente es ampliamente discutido por la doctrina si las revoluciones que acaecieron en Estados Unidos de Norteamérica y en Francia son procesos que provienen de una misma fuente, y de ahí lo que Godechot define como revolución atlántica, o si son procedimientos aislados, en cuanto al tema que aquí nos ocupa, que es el estudio de los límites impuestos a la libertad de expresión en el seno del nacimiento de ambos movimientos, sí que se observan unas diferencias claras.

Por una parte, en el panorama norteamericano cuyo objetivo es mantener las estructuras y los derechos adquiridos de la metrópoli, se observa un ataque al derecho a la libertad de expresión desde diversos flancos (como por ejemplo en los textos de Blackstone), que unido a las preocupaciones especiales que los gobernantes mostraban por proteger singularmente los derechos conexos, como la libertad de prensa, llevó a que existiera una alta preocupación por las restricciones legales que se podían establecer en contra de este derecho. De esto se deriva que muchas de las declaraciones de derechos que fueron surgiendo en los diversos Estados, o bien establecen el derecho a la libertad de expresión sin ningún tipo de limitación legal, como es el caso de las declaraciones de Virginia de junio de 1776, la de Pensilvania de septiembre de 1776, la de Maryland de noviembre de 1776, la de Carolina del Norte de diciembre de 1776 o la de Massachussetts de marzo de 1780; o bien no hacen ningún comentario al respecto, como es el caso de la declaración de derecho de Delaware de septiembre de 1776 o la propia declaración de independencia de Estados Unidos de Norteamérica de julio de 1776.

Esta realidad contrasta con la que nos encontramos en Francia, donde desde un inicio podemos encontrar que en los Cuadernos de Quejas existe una preocupación por conquistar el derecho a la libertad de expresión (y todos los que están ligados a este, como la libertad de prensa), pero al mismo tiempo existe un interés en disponer ciertas limitaciones a las que se deberá atender en caso de que exista un conflicto de derechos. En los textos anteriores a la proclamación del artículo 11 de la Declaración de Derecho de 1789, se prevén diversas formas de limitar la libertad de expresión bien sea cuando conculque los derechos de un tercero o de la sociedad, cuando sean circunstancias que estén previstas por la ley o cuando atenten contra las buenas costumbres (*bonnes mœurs*).

Finalmente la limitación que se estableció en el artículo 11 de la Declaración fue la de aquellas que estuvieran determinadas por la ley. En este mismo sentido, la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791, también contempló en su título

primero la libertad de hablar, de escribir, de imprimir y de publicar sus pensamientos, y establece que el poder legislativo no podrá hacer leyes que vulneren y pongan trabas al ejercicio de los derechos naturales o civiles que se contemplan en el título y que están garantizados por la Constitución de 1791 pero “como la libertad no consiste más que en poder hacer todo aquello que no perjudique ni a los derechos de los demás, ni a la seguridad pública, la ley podrá establecer penas contra los actos que, atentando contra la seguridad pública, o contra los derechos de los demás, fueren perjudiciales para la sociedad”⁸³.

Como se puede observar, existen diferencias manifiestas entre ambos modelos en el momento de establecer posibles limitaciones a la libertad de expresión con el objetivo de poder perseguir los abusos que se puedan cometer en su utilización. Estas características divergentes, que se manifestaron ya desde un inicio, han perdurado en el tiempo y continúan en la actualidad. Como veremos en los capítulos siguientes, la evolución tanto en su codificación como en su limitación que ha sufrido el derecho a la libertad de expresión depende del contexto en el que se haya desarrollado y del modelo que la haya influenciado. Por esto es básico conocer los diferentes antecedentes históricos, dado que así sabremos si una determinada interpretación de los límites es extraña dentro de la tradición jurídica que estemos observando.

⁸³ “mais comme la liberté ne consiste qu'à pouvoir faire tout ce qui ne nuit ni aux droits d'autrui, ni à la sûreté publique, la loi peut établir des peines contre les actes qui, attaquant ou la sûreté publique ou les droits d'autrui, seraient nuisibles à la société”.

Capítulo II. Diferencias entre los sistemas de protección del derecho a libertad de expresión: Estados Unidos de América y Europa

2.1. Introducción

En el capítulo I se ha tratado la conceptualización histórica de la libertad de expresión desde una doble óptica. En primer lugar, se ha estudiado el surgimiento de este derecho como condición esencial para la evolución de las sociedades desde el Antiguo Régimen hacia la Ilustración, donde la formación de la opinión pública tiene un cometido cardinal tal y como expone Kant en sus escritos. En segundo lugar, se ha mostrado cómo se teorizó e implementó este derecho en los primeros textos legales en Estados Unidos de Norteamérica y en Francia, circunstancia que me ha permitido identificar divergencias entre ambos modelos. Así, a continuación es necesario investigar de qué forma se han plasmado estas incipientes regulaciones en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, con el propósito de analizar el calado de estas diferencias en las regulaciones actuales.

Así, en este apartado se expondrá el diferente tratamiento que ha recibido la regulación del derecho a la libertad de expresión en Estados Unidos de América y en Europa con el objetivo de conocer las características particulares de ambos modelos. Si bien en EE. UU. la regulación es muy limitada, por cuanto el contenido de la Primera Enmienda y la interpretación que el Tribunal Supremo realiza de la misma dejan un margen de actuación más bien angosto a cualquier regulación, en Europa podemos observar cómo la mayoría de los Estados poseen en sus ordenamientos jurídicos algún tipo de regulación respecto del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, .

Es necesario destacar que no es posible identificar un modelo Europeo unitario. Este está compuesto por las diversas respuestas que ofrecen los ordenamientos jurídicos que componen Europa junto con la jurisprudencia del

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tienen una serie de características comunes, por cuanto comparten legislación proveniente de la Unión Europea que hasta cierto punto obliga a armonizar la regulación del discurso del odio en los Estados Miembros, pero que en cualquier caso no es un único modelo como sí lo es el de la Primera Enmienda. Como se estudiará en el apartado donde analizaré de forma comparada la protección ofrecida por Alemania, dado que esta ha servido de modelo paradigmático al legislador español, este modelo serie de características comunes que ha permitido a la doctrina denominarlo modelo europeo de protección, por contraposición al modelo de EE.UU. Los estándares internacionales de protección frente al discurso del odio contemplados por textos supranacionales de los que España forma parte, serán analizados en otro capítulo dado que estos forman parte del sistema jurídico español, y por lo tanto pueden ser aducidos ante el sistema jurisdiccional nacional.

El diferente acercamiento entre los dos arquetipos se debe a diversos factores, entre los que destacan: la diversa valoración que reciben tanto la libertad de expresión como el derecho a la igualdad cuando ambos entran en conflicto; la finalidad última que deber perseguir la libertad de expresión dentro de la sociedad; o la consideración de este derecho como meramente individual, debiendo protegerlo de las injerencias del Estado. Estas características, junto con otras que se detallarán en apartados siguientes, se utilizarán para construir estos dos modelos que nos servirán como marco de referencia en el momento de analizar de forma integral la protección que se ofrece en ordenamiento jurídico español. Por lo tanto, el análisis de cómo es entendido el derecho a la libertad de expresión en ambos modelos es útil por cuanto nos ayudará a conocer la diferente protección y justificación que se le brinda al derecho a la libertad de expresión cuando este es utilizado en el marco del discurso del odio con origen racial o étnico con la suficiente entidad como para entrar en conflicto con otros derechos y valores, como puede ser la dignidad humana, la igualdad o el honor.

2.2. Evolución contemporánea del derecho a la libertad de expresión en Estados Unidos de Norteamérica

2.2.1. Introducción

Gran parte de la sociedad norteamericana se ve a sí misma como la portadora del estandarte de la libertad de expresión que dirige el mundo libre. Ya desde la Guerra Fría, la rivalidad entre lo que podemos denominar el bloque comunista y el capitalista, irguió a EE. UU. como el país en el que se gozaba de una amplia protección de la libertad de expresión. La Primera Enmienda, no es únicamente uno de los más cotizados derechos constitucionales sino una característica identitaria propia de la cultura estadounidense⁸⁴. Y esto continúa presente en la mente de los ciudadanos norteamericanos. De entre los derechos que protege la Primera Enmienda⁸⁵, el que una amplia mayoría de la sociedad asocia con esta es el derecho de libertad de expresión⁸⁶. Esta es vista como el garante máximo del mercado de las ideas⁸⁷ (*market place of ideas*), en el que cualquier ciudadano puede defender sus opiniones, sean cuales sean, sin importar su carácter racista o xenófobo, argumentando que los ciudadanos de esta forma al tener la posibilidad de conocer todas las ideas existentes en referencia a una determinada materia, podrán identificar aquellas que son falsas de aquellas que son verdaderas⁸⁸.

⁸⁴ Lee C. Bollinger, *The Tolerant Society* (Oxford: OUP, 1986), 237-250. Ver también: Floyd Abrams, *Speaking Freely. Trials of the First Amendment* (Nueva York: Viking, 2005), 234-278.

⁸⁵ Entre los que podemos identificar, aparte de la libertad de expresión, la de: prensa, religión, reunión o de petición.

⁸⁶ «2012 survey: Public opposes unlimited campaign spending», First Amendment Center, acceso 3 de septiembre de 2015, <http://www.firstamendmentcenter.org/2012-survey-public-opposes-unlimited-campaign-spending>

⁸⁷ Concepto utilizado por primera vez por el juez Holmes, en su voto disidente a la sentencia Abrams contra Estados Unidos, 250 U.S. 616, 624-31 (1919).

⁸⁸ Ver: Ronald Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Regarding of the American Constitution* (Oxford: Oxford University Press, 1996), 385. Es interesante el debate que plantea Schauer, poniendo en duda que el mercado de las ideas sea el lugar ideal donde la mentira siempre cede ante la verdad y por lo tanto, donde esta pueda ser conocida sin más. Ver: Frederick Schauer, «Facts and the First Amendment», *Ucla Law Review* 57-4 (2010): 908 y 920.

Este modelo de protección de la libertad de expresión de Estados Unidos está basado en el marcado carácter liberal de la Primera Enmienda a la Constitución, que establece que: el Congreso no hará ley alguna en la que adopte una religión como oficial del Estado o prohíba practicarla libremente, o coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios⁸⁹. En su redacción y posterior interpretación, influyeron de una forma clara las posiciones de John Milton, John Locke, Thomas Jefferson y sobre todo la de John Stuart Mill⁹⁰ sobre la libertad de expresión. En *Aeropagítica*, Milton defiende que la mejor forma de conocer la verdad es mediante la confrontación de esta con la falsedad, sin regulaciones legales que lo que consiguen es ir en contra de la propia verdad⁹¹. Locke por su parte establece que la libertad de expresión es un derecho que se debe configurar de forma individual, puesto que es un proceso mental personal el juzgar cuando un presupuesto ver cierto o falso⁹². Thomas Jefferson también admitió que el error sólo se puede evitar argumentado libre y racionalmente, ya que afirma que la coacción sobre el pensamiento sólo contribuye a provocar más radicalización, certificándose como un instrumento inútil en la búsqueda de la verdad⁹³. Posteriormente, John Stuart Mill en *On Liberty*⁹⁴, establece que al silenciar ciertas ideas debemos asumir que podemos estar silenciando la verdad. Afirma que aunque creamos que las ideas silenciadas son erróneas, estas mismas contienen una porción de verdad puesto que

⁸⁹ “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances”.

⁹⁰ Aunque Mill publicó *On Liberty* en 1859 y la Declaración de Derechos fue adoptada en 1791, la influencia que esta obra ha tenido en el posterior desarrollo e interpretación del contenido de la Primera Enmienda es fundamental.

⁹¹ John Milton, *Aeropagítica* (Nueva York: Project Gutenberg, 2006), 49-53.

⁹² John Locke, *An Essay Concerning Human Understanding Human Understanding* (Ontario: Batoche Books, 2001), 376.

⁹³ Ansuátegui Roig, Francisco J., *Orígenes doctrinales de la libertad ...*, 354.

⁹⁴ John Stuart Mill. *The Collected Works of John Stuart Mill, Volume XVIII - Essays on Politics and Society Part I*. Ed. por John M. Robson (Toronto: University of Toronto Press, 1977), 228-231, acceso el 3 de octubre de 2015, <http://oll.libertyfund.org/titles/233>.

en el choque de ideas contrarias entre sí es cuando la verdad tiene la oportunidad de aflorar⁹⁵. Asimismo, Mill reconoce que evitar el daño a terceros (tradicionalmente entendido como daño físico) es la única conducta por la cual el gobierno puede ejercer su poder coercitivo de forma correcta sobre un miembro de una comunidad en contra de su voluntad, no pudiendo prohibir al individuo acciones que vayan en contra de su propio bien (ya sea físico o moral), puesto que el individuo es soberano de su cuerpo y su mente⁹⁶. Mill es muy claro al afirmar que las meras molestias que la expresión de la opinión individual pueda ocasionar en terceros, no es suficiente para limitar su derecho a la libertad de expresión⁹⁷. El principio de daño a terceros únicamente puede actuar cuando se viola o existe una amenaza de violación inminente⁹⁸ de los derechos de los demás.

Básicamente del carácter liberal del texto se pueden extraer los principios que caracterizarán el desarrollo jurisprudencial que se expondrá en el siguiente apartado. La configuración de la libertad de expresión como: un derecho negativo⁹⁹ de no interferencia por parte del Estado en los derechos de los ciudadanos que defiende intereses individuales y no los colectivos, la preferencia de la libertad en contra de la igualdad, y la búsqueda de la verdad como última meta dentro del mercado de las ideas serán las características principales de las sentencias del Tribunal Supremo de Estados Unidos sobre todo a partir de la sentencia *Terminello* contra Chicago de 1949.

⁹⁵ Mill, John Stuart. *The Collected Works* ..., 331-332.

⁹⁶ Mill, John Stuart. *The Collected Works* ..., 260-262. Ver también: Owen Fiss, «A Freedom Both Personal and Political», en *On liberty*, ed. por David Bromwich y George Kateb (Londres: Yale University Press, 2003), 179 y 280-281.

⁹⁷ Mill, John Stuart. *The Collected Works* ..., 260.

⁹⁸ Mill, John Stuart. *The Collected Works* ..., 224-225. Hay autores que afirman que los argumentos de Mill sí que podrían ser utilizados para prohibir ciertos tipos de discurso del odio. Ver: David O. Brink, «Millian Principles, Freedom of Expression, and Hate Speech», *Legal Theory* 7 (2001): 119-157.

⁹⁹ Michel Rosenfeld, «Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis», *Cardozo Law Review* 24 (2002-2003): 1529-1530. El sentimiento general que se puede extraer de la Constitución de EE. UU. y de la protección que esta brinda a los derechos que reconoce es el de un sistema que configura al Estado como el enemigo de los derechos de los ciudadanos.

2.2.2. Diferentes etapas en la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo de EE. UU

El objetivo de este apartado es realizar un estudio jurisprudencial de las sentencias más relevantes del Tribunal Supremo de EE. UU. respecto de la interpretación del contenido de la Primera Enmienda desde sus primeras sentencias en año 1919 hasta las últimas del 2003. Es importante destacar que el Tribunal ha variado de forma sustantiva la interpretación realizada¹⁰⁰. Aunque de lo mencionado en los apartados anteriores se pudiera entender que los ciudadanos estadounidenses tienen derecho a decir lo que quieran, cuando quieran y como quieran, esto no es completamente correcto. Este derecho ha estado (o está en la actualidad) limitado por cuestiones de “seguridad nacional, moralidad pública o seguridad personal”¹⁰¹. Es por esto que en este apartado identificaré y analizaré tres etapas en las que ha variado la interpretación que el Tribunal Supremo ha realizado de la Primera Enmienda, respecto del contenido de la protección de la libertad de expresión en EE. UU. Esta división está ejemplificada en la mayoría de las obras que utilizaré como fuentes de referencia, como la de Bleick, Kübler o Rosenfeld, si bien, la concreción exacta de los períodos puede variar de un autor a otro. A través de este estudio se observarán claras variaciones del discurso protegido por la Primera Enmienda que se corresponderán con diferentes momentos importantes en la historia de EE. UU.

¹⁰⁰ Una primera aproximación nos permite afirmar que la idea de una libertad de expresión sin límites era una idea marginal dentro de la tradición legal angloamericana. Ver: Ken I. Kersch, *Freedom of Speech, Rights and Liberties under the Law* (California: ABC-CLIO, 2003), 41-50.

¹⁰¹ Erik Bleich, *The Freedom to be Racist? How the United States and Europe Struggle to Preserve Freedom and Combat Racism* (Londres: Oxford University Press, 2011), 63.

2.2.2.1. Desde el año 1919 hasta la década de 1930. La limitación de la libertad de expresión cuando se utiliza para amenazar al Estado

Una primera etapa en la evolución de la protección de la libertad de expresión en EE. UU. se identifica con el período en el que se producen las primeras sentencias, desde el año 1919 hasta la década de los años 30. Esta etapa se caracteriza, en un primer momento, por la doctrina del *bad tendency test*, que permitía a los organismos públicos prohibir el discurso que se considerara peligroso para la “salud pública, la seguridad o la moral”¹⁰². También podemos encontrar leyes que limitaban la libertad de expresión en los siguientes extremos: el quebrantamiento de la paz, la sedición o la difamación. Todos estos aspectos, estaban regulados en un inicio por los estados o por las ciudades, sin que estas leyes u ordenanzas fueran aplicadas de una forma extensa por parte de los tribunales. Posteriormente, en 1925, el Tribunal Supremo dictó la sentencia *Gitlow* contra el pueblo¹⁰³, donde expandió su poder de fiscalización, incluyendo la libertad de expresión como una de las libertades protegidas de las acciones de los Estados¹⁰⁴ en virtud de la Decimocuarta Enmienda¹⁰⁵. Por lo tanto podemos observar que esta primera etapa se va a caracterizar por un control de la libertad de expresión bastante extenso ya que el *bad tendency test* permitirá limitar toda una serie de discursos contrarios a la actuación del Gobierno.

¹⁰² Bleich, Erik, *The Freedom to be Racist? ...*, 64. También: Elisabeth Zoller, «The United States Supreme Court and the Freedom of Expression», *Indiana Law Review* 84-3 (2009): 888-891.

¹⁰³ *Gitlow v. the People*, 268 U.S. 670-672 (1925). Zoller, Elisabeth, «The United States Supreme Court and the Freedom of Expression», 889; Bleich, Erik, *The Freedom to be Racist? ...*, 64.

¹⁰⁴ En opinión de Zoller la intención de James Madison -autor de la Bill of Rights- al establecer que el Congreso no legislara en contra de la Primera Enmienda era que la regulación de este derecho correspondiera únicamente a la jurisdicción estatal y no a la federal. Sin embargo, la aplicación de la Decimocuarta Enmienda en conjunción con la Primera llevó al Tribunal Supremo a prohibir también a los estados promulgar leyes que restrinjan este derecho. Ver: Zoller, Elisabeth, «The United States Supreme Court and the Freedom of Expression», 805.

¹⁰⁵ En este sentido y para un estudio más profuso de la protección de la libertad de expresión durante estos años ver: David M. Rabban, *Free Speech in Its Forgotten Years 1870-1920* (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), 147-160.

En este primer apartado, he escogido cinco sentencias que muestran cuál es la tendencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de EE. UU. en este primer período. En concreto son: Schenck contra Estados Unidos, Debs contra Estados Unidos, Abrams contra Estados Unidos, Gitlow contra el pueblo y Whitney contra California¹⁰⁶.

La preocupación de Tribunal Supremo de EE. UU. por el contenido de la Primera Enmienda, comenzó a emerger durante el período de la Primera Guerra Mundial¹⁰⁷, fase en la que dictó una serie de sentencias en las que condenaba a pacifistas por la distribución de panfletos contrarios a la guerra y al reclutamiento militar¹⁰⁸. En estas, las condenas impuestas a los acusados de acuerdo con la Ley de Espionaje (*Espionage Act*) por los tribunales inferiores eran confirmadas por el Tribunal Supremo. Tanto en la sentencia Schenck contra Estados Unidos, como en Debs contra Estados Unidos, el juez Holmes (que posteriormente se convertirá en uno de los mayores defensores de la libertad de expresión), escribe en ambos casos la sentencia en nombre de la mayoría confirmando la condena y acuñando una nueva fórmula alternativa al *bad tendency test*, conocida como la del peligro claro y presente¹⁰⁹ (*clear and present danger*). A partir de este nuevo test, la libertad de expresión únicamente podrá ser limitada cuando sea utilizada para crear un peligro que deberá tener como requisitos, ser claro e inmediato¹¹⁰. En estas dos sentencias, Holmes justifica las condenas basándose en la intencionalidad de los acusados, que en ambos casos era la obstrucción del reclutamiento del servicio militar obligatorio

¹⁰⁶ Si bien en el texto he preferido citar las sentencias en castellano, en las anotaciones al pie mantendré el nombre completo en inglés, y utilizaré la forma de citación de sentencias norteamericana con el objetivo de que su localización sea más rápida.

¹⁰⁷ Friedrich Kübler, «How much freedom for racist speech? Transnational aspects of a conflict of human rights», *Hofstra Law Review* 27-2 (1998-1999): 348; Bleich, Erik, *The Freedom to be Racist?* ..., 64.

¹⁰⁸ Ver: Debs. v. United States, 249 U.S. 211 (1919) y Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919).

¹⁰⁹ Schenck v. United States, 249 U.S. 52 (1919).

¹¹⁰ La inmediatez y la claridad son requisitos que recuerdan la posición de Mill y su principio del daño a terceros.

en tiempo de guerra, entendiendo que esto suponía un desafío al funcionamiento del gobierno, y que por lo tanto esta utilización de la libertad de expresión no estaba protegida por la Constitución.

Posteriormente, en la sentencia *Abrams contra Estados Unidos*, el Tribunal Supremo confirma la condena al acusado, en la que se limita la libertad de expresión respecto de la publicación de dos folletos en los que se llamaba al alzamiento de las clases trabajadoras en contra de los abusos del capitalismo y en favor de la Revolución rusa. También se abogaba por la objeción a la fabricación de munición y se llamaba a una huelga general en estas factorías. En esta ocasión, el juez Holmes (junto con el juez Brandeis), se muestra contrario a la opinión expresada por la mayoría, afirmando que las opiniones que estos dos folletos ofrecían, en ningún momento atacan al Gobierno¹¹¹. Afirma, que no se prueba que la intención del acusado fuera paralizar o dificultar la persecución de la guerra por parte del gobierno de los Estados Unidos. Aquí aparece por primera vez el test del peligro presente e inminente (*clear and imminent danger*)¹¹², que será utilizado a lo largo del desarrollo jurisprudencial que el Tribunal realizará posteriormente para justificar la limitación constitucional de la libertad de expresión. A su vez, también aparece por primera vez el concepto del mercado de las ideas (*marketplace of ideas*)¹¹³, que será muy utilizado en sentencias posteriores. Este concepto afirma que, la mejor vía para conocer la verdad sobre las cosas es permitir que todas las ideas compitan en el mercado y que esta competición es el único lugar donde la verdad puede ser conocida de forma segura. Esta sentencia marca un punto de inflexión capital en la jurisprudencia que posteriormente seguirán el resto de fallos en materia de libertad de expresión del Tribunal Supremo¹¹⁴.

¹¹¹ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 626 (1919).

¹¹² *Abrams v. United States*, 250 U.S. 627 (1919). Posteriormente, cambiará la palabra *imminent* por *present*, sin que esto tenga mayor relevancia.

¹¹³ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 627 (1919).

¹¹⁴ David M. Rabban, «The Emergence of Modern First Amendment Doctrine», *The University of Chicago Law Review* 50-4 (1983): 1303-1330.

En *Gitlow contra el pueblo*¹¹⁵, también se confirma la condena al acusado por publicar un manifiesto izquierdista que llamaba a una lucha revolucionaria de clases en EE. UU. El juez Holmes, en esta ocasión se separó de la opinión mayoritaria (opinión seguida también en esta ocasión por el juez Brandeis), entendiendo que no existía un peligro claro y presente en el manifiesto de intentar derrocar al Gobierno mediante la fuerza, dado que, únicamente una pequeña minoría de la sociedad apoyaba el punto del vista defendido por el condenado. Además, Holmes reconoce que el manifiesto era más que una teoría, era una incitación, y afirma que toda idea lo es, ya que estas ofrecen en sí mismas una creencia y si es creída, se actúa de acuerdo con ella, excepto cuando otra creencia la sobrepasa o algún error o energía la reprime en su nacimiento. La única diferencia entre la expresión de una opinión y la incitación en sentido estricto, es el entusiasmo del hablante en su resultado¹¹⁶. En esta sentencia, Holmes viene a reafirmar su test del peligro claro y presente y de que la competición de las ideas, dentro del mercado de las ideas, es el marco en el que se debe desarrollar el derecho a la libertad de expresión garantizado en la Primera Enmienda de la Constitución de EE. UU.¹¹⁷. Este razonamiento incorpora a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

¹¹⁵ *Gitlow v. the People*, 268 U.S. 652 (1925).

¹¹⁶ De este tenor expresa su opinión el juez Holmes en: *Gitlow v. the People*, 268 U.S. 673 (1925). El texto original de la sentencia dice lo siguiente: it is manifest that there was no present danger of an attempt to overthrow the government by force on the part of the admittedly small minority who shared the defendant's views. It is said that this manifesto was more than a theory, that it was an incitement. Every idea is an incitement. It offers itself for belief, and, if believed, it is acted on unless some other belief outweighs it or some failure of energy stifles the movement at its birth. The only difference between the expression of an opinion and an incitement in the narrower sense is the speaker's enthusiasm for the result.

¹¹⁷ En este sentido ver: Ronald J. Krotoszynski Jr., *The First Amendment in Cross-Cultural Perspective. A Comparative Legal Analysis of the Freedom of Speech* (Nueva York: New York University Press, 2009), 14-30.

del EE. UU. la filosofía utilitarista de John Stuart Mill¹¹⁸ respecto a la libertad de expresión¹¹⁹. Esta idea, junto con el test del peligro claro y presente, protegerá el discurso de xenófobo y racista, cuando no se incite a la violencia.

Pese a que se desprende de estas dos últimas sentencias comentadas que tanto el juez Holmes como el juez Brandeis únicamente justificarían la limitación de la libertad de expresión cuando exista un peligro claro y presente, en la última sentencia que se estudiará en este primer apartado, Whitney contra California¹²⁰, ambos jueces firman una opinión concordante a la sentencia que condena a la acusada por crear el Partido Comunista de los Trabajadores de California (*Communist Labor Party of California*). En opinión de Brandeis (seguida por Holmes), afirma que: “el mero hecho de formar la sociedad para enseñar en sindicalismo, [...], o reunirse con otros para ese fin, es suficiente para considerar que se ha materializado el crimen. Se es culpable aunque la sociedad no haya contemplado la inmediata promulgación de la doctrina, [...]. La acusada es castigada [...], en el estado de preparación [del delito], donde, si existieran

¹¹⁸ Mill, como he argumentado en el apartado 2.2.1., argumenta que silenciar la expresión de una opinión supone robársela a la humanidad, tanto si es acertada como si no lo es. Mill afirma: “the peculiar evil of silencing the expression of an opinion is, that it is robbing the human race; posterity as well as the existing generation; those who dissent from the opinion, still more than those who hold it. If the opinion is right, they are deprived of the opportunity of exchanging error for truth: if wrong, they lose, what is almost as great a benefit, the clearer perception and livelier impression of truth, produced by its collision with error”. Mill, John Stuart. *The Collected Works ...*, 229. Ver también: Lee C. Bollinger, *Uninhibited, Robust, and Wide-open. A Free Press for a New Century* (Oxford: Oxford University Press, 2010), 46-55.

¹¹⁹ En este sentido ver: Krotoszynski Jr., Ronald J., *The First Amendment ...*, 14-20; Frederick Schauer, «The Sociology of the Hate Speech Debate», *Villanova Law Review* 37 (1992): 816. Es muy interesante ver la dicotomía que presentan: Rosenfeld, Michel, «Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis», 1532; y Thomas David Jones, «Human Rights: Freedom of Expression and Group Defamation under british, canadian, indian, nigerian and united states law - a comparative analysis», *Suffolk Transnational Law Review* 18 (1995): 485-486.

¹²⁰ Whitney v. California, 274 U.S. 327 (1927).

amenazas a orden público, únicamente sería de forma remota”¹²¹. Por lo tanto, pese a no existir un peligro presente, ambos jueces votan a favor de confirmar la condena a la acusada.

Por lo tanto, podemos observar como el Tribunal Supremo de Estados Unidos en esta primera parte del estudio, sí que considera constitucional la limitación de la libertad de expresión en unos determinados ámbitos que están más o menos marcados por la Primera Guerra Mundial, no existiendo un consenso mayoritario, firme y claro por la libertad de expresión sin restricciones. Asimismo, pese a que tanto el juez Holmes como Brandeis establecen tanto el test del peligro claro y presente y la concepción Milliana¹²² de que todas las ideas deben contribuir a la formación de la opinión de los ciudadanos, se puede observar que no existe una aplicación clara de sus criterios.

2.2.2.2. El inicio del cambio de tendencia hacia una mayor protección de la libertad de expresión a lo largo de la década de los años 40 y 50

Durante estas dos décadas hay que destacar que aún podemos encontrar ciudades o estados que cuentan con legislación que castiga la utilización racista del lenguaje, como las que dieron lugar a las sentencias que se estudiarán a continuación: Chaplinsky contra New Hampshire, Dennis contra Estados Unidos y Beauharnais contra Illinois. En este período ya se observa una tendencia

¹²¹ Whitney v. California, 274 U.S. 373 (1927). “The mere act of assisting in forming a society for teaching syndicalism, of becoming a member of it, or of assembling with others for that purpose, is given the dynamic quality of crime. There is guilt although the society may not contemplate immediate promulgation of the doctrine. Thus, the accused is to be punished not for contempt, incitement, or conspiracy, but for a step in preparation, which, if it threatens the public order at all, does so only remotely”.

¹²² Mill, John Stuart. *The Collected Works ...*, 228-231; José García Añón, *John Stuart Mill: Justicia y Derecho* (Madrid: McGraw Hill, 1997), 403-404; José García Añón, «Racionalidad y universalidad: el “espectador imparcial” y el imperativo categórico de Kant a Mill», en *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el Bicentenario de su muerte*, coord. por Alfonso Castro, Francisco J. Contreras, Fernando H. Llano y José Manuel Panea (Sevilla: Innovación editorial Lagares, 2003), 161-162.

expansionista del Tribunal Supremo que camina hacia una libertad de expresión casi sin restricciones que prevalecerá sobre la legislación estatal o local y sobre las decisiones de los tribunales inferiores. También hay que destacar que tanto el juez Holmes como el juez Brandeis ya no formaban parte del Tribunal Supremo en este período, pero su doctrina será seguida por los jueces que posteriormente ocuparon sus puestos.

Entrado ya en el análisis de la primera sentencia, *Chaplinsky contra New Hampshire*¹²³, en esta se condena a un Jehová por utilizar las llamadas *fighting words*¹²⁴ en contra de un policía que le llamó al orden cuando el primero se encontraba haciendo proselitismo de su religión, concretamente repartiendo panfletos en la vía pública, circunstancia que provocó fuertes reacciones de los transeúntes por las afirmaciones que estos escritos contenían. Concretamente, los insultos utilizados contra el agente fueron: “jodido fascista” y “jodido mafioso” (*dammed fascist* y *dammed racketeer*). El Tribunal llega al convencimiento de que estos apelativos no estaban protegidos por la Primera Enmienda, dado que: “El derecho a la libertad de expresión no es absoluto en cualquier momento y bajo cualquier circunstancia. Existen ciertos tipos de discurso que están bien definidos y claramente limitados, de los que el castigo y la prevención nunca han suscitado ningún problema constitucional. Estos tipos de lenguaje incluyen el lascivo o obsceno, el profano, el difamatorio y el insultante o las *fighting words* que son aquellas que su simple divulgación infligen daño o tienden a incitar a una inminente ruptura de la paz. Se observa de forma clara que estas afirmaciones no son partes

¹²³ *Chaplinsky v. New Hampshire* 315 U.S. 568 (1942).

¹²⁴ Si bien el término *fighting words* es traducido al Español como *palabras belicosas* en algún escrito traducido al Español por el Gobierno de EE. UU. (ver en su versión inglesa y española: Congress of the United States, Rights of the People, Individual Freedoms and the Bill of Rights, 2003. Concretamente el capítulo que trata la libertad de expresión, disponible en: <http://www.america.gov/st/democracy-english/2008/June/20080630212514eafas0.1354945.html>), no existe una traducción doctrinal clara sobre este término. En este sentido, el término palabras belicosas no es una traducción adecuada del significado del término *fighting words*, y es por esto que no habiendo encontrado una traducción que se ajuste a fielmente a su significado lo mantendré en inglés.

esenciales de ninguna exposición de ideas, y tienen un escaso valor social en el conocimiento de la verdad que cualquier beneficio que se pueda derivar de estas está claramente sobrepasado por el interés social en el orden y la moralidad”¹²⁵. Debido a la repercusión que tuvo esta sentencia es necesario conocer en mayor profundidad los tres elementos necesarios que el Tribunal establece para limitar el derecho a la libertad de expresión.

En primer lugar, el Tribunal establece que el lenguaje que no contribuye a la búsqueda de la verdad puede ser limitado. Por lo tanto, dado que no es esencial en la exposición de las ideas que deben dirigir a la sociedad a este fin, cualquier interés social en el orden y la moralidad es superior, protegiendo la restricción de este tipo de discurso. Esto supone reconocer que las ideas que el Tribunal protege son aquellas que cuya finalidad es la determinación de la verdad. Objetivo que también es el que persigue la libertad de expresión. Únicamente el discurso que contribuye a la mejora de la sociedad mediante la transmisión de ideas es el que debería estar protegido por la Primera Enmienda¹²⁶.

En segundo lugar, únicamente el lenguaje ofensivo que inflija daño o intente incitar a una inmediata ruptura de la paz¹²⁷ será aquel que podrá ser considerado

¹²⁵ Chaplinsky v. New Hampshire 315 U.S. 571-572. “The right of free speech is not absolute at all times and under all circumstances. There are certain well defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any Constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or "fighting" words-those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace. It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality”.

¹²⁶ Thomas I. Emerson, «Toward a General Theory of the First Amendment», *Yale Law Journal* 72 (1962-1963): 881.

¹²⁷ La definición de inminente ruptura de la paz se desarrolla en mayor profundidad en puntos posteriores. En este punto quiero destacar la opinión de Greenawalt sobre la idoneidad de la inmediatez de la ruptura de la paz para conocer si las *fighting words* tienen el objetivo de ofender o no, puesto que pueden existir situaciones en las que los epítetos racistas ofendan de forma grave a la persona a la que se dirigen pero debido a las características personales del ofendido, no sean ideales para producir una situación violenta. Ver: Kent Greenawalt, *Fighting Words. Individuals, Communities and Liberties of Speech* (Nueva Jersey: Princeton University Press, 1995), 50-58.

dentro del anterior apartado (esto es, considerado como lenguaje que no persigue la búsqueda de la verdad). El primero cubre el posible daño no físico, mientras que el segundo cubre el daño físico. Si bien el segundo será utilizado en posteriores sentencias, el daño no físico al ser por su naturaleza interno a la persona y difícil de probar y cuantificar va a encontrar difícil acomodo en la evolución jurisprudencial del Tribunal¹²⁸.

El tercero de los requisitos es el reconocimiento de que en ciertas circunstancias la libertad de expresión puede ceder a favor de otros valores como el orden social o la moralidad. Teniendo presentes las particularidades del caso, en el que existe una confrontación directa entre los sujetos que plantean la disputa, supone reconocer que aquellas expresiones que por su simple divulgación sean ideales para provocar en la persona a la que van dirigidas una reacción violenta no están protegidas por la libertad de expresión.

Por lo tanto, esta decisión tomada por todos los jueces del Tribunal Supremo supone reconocer que aquellas palabras que están dirigidas a infligir un daño no están protegidas por la Primera Enmienda. Podríamos entender que los insultos racistas dirigidos a personas a causa de su raza, religión, rasgos fenotípicos, etc., tienen claramente este objetivo¹²⁹, sin embargo, como se mostrará en casos posteriores el Tribunal protege de forma clara el discurso del odio que tiene este objetivo.

La segunda sentencia de este período es Dennis contra Estados Unidos¹³⁰. Esta se enmarca en el período duro del *macartismo*, en el que la persecución de los

¹²⁸ Mark Rutzick, «Offensive Language and the Evolution of First Amendment Protection», *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 9-1 (1974): 7.

¹²⁹ Bleich, Erik, *The Freedom to be Racist? ...*, 67-68.

¹³⁰ Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951). En esta los jueces Black y Douglas escriben votos particulares contrarios a la condena por considerar que van en contra del test de peligro claro y presente que se había establecido como el criterio jurisprudencial relevante en los casos que afectarían las libertades de la Primera Enmienda.

simpatizantes del Partido Comunista granjeaba grandes apoyos dentro la sociedad norteamericana. El proceso transcurre en contra de los líderes de este partido en EE. UU. que fueron arrestados por conspirar para provocar la caída del gobierno y a su vez conspirar para crear un grupo de personas con esta finalidad¹³¹. El Tribunal Supremo observa, de forma paradójica, que el requisito de inmediatez que requiere el test del peligro claro y presente no es necesario en este caso debido al gran peligro que supone esta amenaza, aún cuando los jueces reconocen que el gobierno tendría el poder suficiente de aplacar una rebelión y que el número de supuestos revolucionarios es insuficiente para la consecución de su objetivo¹³². El Tribunal argumenta su decisión en el peligro que supone proteger a un grupo que intenta derribar al gobierno “tan pronto como sea posible”¹³³. Tal y como afirma el juez Black, que disiente del parecer de la mayoría, la condena supone rechazar el test del peligro claro y presente dado que según su opinión, la única razón para proceder a confirmar la condena es el peligro que la defensa de la doctrina del comunismo supone para la seguridad EE. UU.¹³⁴, dado que la situación en la que se plantea el posible derrocamiento del Gobierno no tiene la suficiente entidad como para acceder a la limitación del derecho a la libertad de expresión en esta situación.

El tercer fallo judicial es *Beauharnais contra Illinois*¹³⁵. En este caso se condena al acusado por la distribución de panfletos con un marcado carácter racista en contra de los afroamericanos por las calle de Chicago (Illinois). En estos también se adscribían a este grupo: violaciones, robos, tráfico de drogas, entre otros¹³⁶. Se

¹³¹ Acciones prohibidas por la Ley Smith de 1940.

¹³² *Dennis v. United States*, 341 U.S. 509 (1951). Esta posición queda muy clara además en el voto particular del juez Franfurter, donde afirma que: “La provocación [de las personas que están siendo juzgadas] no crea un peligro inminente de una magnitud tal que ponga en peligro el esquema actual de nuestra sociedad”. *Dennis v. United States*, 341 U.S. 518. “Their advocacy does not create an immediate danger of obvious magnitude to the very existence of our present scheme of society”.

¹³³ *Dennis v. United States*, 341 U.S. 510 (1951).

¹³⁴ *Dennis v. United States*, 341 U.S. 580 (1951).

¹³⁵ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

¹³⁶ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 252 (1952).

confirma la condena impuesta basándose en la ley de libelo grupal del estado de Illinois. Concretamente, se afirma que algunos estados elaboraron leyes que sancionaban el libelo individual y que por lo tanto, si esta facultad sí les está permitida, también les debe estar permitido castigar el libelo dirigido contra grupos definidos¹³⁷, por lo que se reconoce que este tipo de lenguaje no está protegido por la Primera Enmienda de la Constitución y por lo tanto, no tiene que ser considerado bajo el prisma del test del peligro claro y presente¹³⁸. En la argumentación de su decisión, la mayoría se hace eco de los diferentes disturbios raciales que sucedieron en este tiempo en este estado para justificar el fin legítimo de la legislación que prohibía el libelo grupal y cuya finalidad era: “contener la difamación falsa o malintencionada de los grupos religiosos o raciales, realizados en lugares públicos y con la intención calculada de tener un impacto emocional poderoso en aquellos que a los que les fue presentada”¹³⁹.

Esta sentencia es un hito en la evolución de restricción del discurso del odio en EE. UU., dado que supone la confirmación de la ley del estado de Illinois respecto del libelo grupal. El fallo judicial redactado por el juez Frankfurter estableció que el libelo grupal estaba fuera de la protección ofrecida por la Primera Enmienda y que los estados tenían toda la autoridad legislativa para tomar medidas razonables para mitigar el mal social que este tipo de lenguaje promueve, como es el conflicto racial¹⁴⁰. Sin embargo, hay que resaltar que esta opinión no fue tomada de forma unánime ya que se adoptó con un margen de cinco votos a favor, por

¹³⁷ Kübler, Friedrich, «How much freedom for racist speech? Transnational aspects of a conflict of human rights», 351; Bleich, Erik, *The Freedom to be Racist? ...*, 68; Rosenfeld, Michel, «Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis», 1536.

¹³⁸ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 256 (1952). Concretamente: “Libelous utterances not being within the area of constitutionally protected speech, it is unnecessary, either for us or for the State courts, to consider the issues behind the phrase “clear and present danger”. Ver también: Rosenfeld, Michel, «Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis», 1536.

¹³⁹ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 261 (1952). “To curb false or malicious defamation of racial and religious groups, made in public places and by means calculated to have a powerful emotional impact on those to whom it was presented”.

¹⁴⁰ Samuel Walker, *Hate Speech. The History of an American Controversy* (Nebraska: Nebraska University Press, 1994), 93-100.

cuatro en contra¹⁴¹. En este sentido, debo destacar el voto particular disidente del juez Black¹⁴² (al que se une el juez Douglas), en el que argumenta que la mayoría de su compañeros utiliza de forma errónea el concepto de libelo, así como la jurisprudencia previa que se alega para argumentar la decisión adoptada. Concretamente, afirma que el la acción civil de libelo ha sido creada únicamente para atender las relaciones entre particulares y que por lo tanto no puede ser aplicado de forma extensiva a los grupos de personas¹⁴³, puesto que esta acción supone trasladar este delito de la esfera de lo privado (que no participa en el debate público) donde sí estaría constitucionalmente aceptado su castigo, a la esfera de lo público (que sí que participa de la discusión pública). Así, realizar una equivalencia entre ambos espacios supone la invasión del derecho contemplado en la Primera Enmienda¹⁴⁴ y así se reconoce en la sentencia Chaplinsky contra New Hampshire. Otro punto importante en el voto del juez Black, es que las *fighting words* únicamente pueden tener tal consideración y por lo tanto ser objeto de reproche legal cuando van dirigidas a individuos y no a colectivos. Pone en duda que en este caso concreto el lenguaje utilizado fuera amenazante, dado que era utilizado para exponer unas ideas que eran de una gran importancia e interés público¹⁴⁵.

¹⁴¹ Debido a lo ajustado de la decisión y a cambios posteriores en la línea jurisprudencial esta sentencia ya no es considerada como un precedente jurídicamente vinculante. Ver: Kent Greenawalt, «Free Speech in the United States and Canada», *Law and Contemporary Problems*, 55-1 (1992): 19.

¹⁴² *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 267-275 (1952). El juez Jackson en su opinión disidente afirma que las leyes que castigan el libelo grupal son un encomiable deseo de reducir el abuso de la libertad de expresión pero que no está de acuerdo con la decisión de la mayoría en el extremo de que los estados no deben aplicar el test federal del peligro claro y presente a los casos en los que está en juego la libertad de expresión. Ver: *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 288-304. En este sentido: David Riesman, «Democracy and Defamation: Control of Group Libel», *Columbia Law Review* 42 (1942): 508-511.

¹⁴³ A favor de la tipificación del libelo grupal ver: Riesman, David, «Democracy and Defamation: Control of Group Libel», 730-759; Greenawalt, Kent, «Free Speech in the United States and Canada», 16-20. En contra de la tipificación del libelo grupal ver: Caleb Yong, «Does Freedom of Speech Include Hate Speech?», *Res Publica* 17-4 (2011): 17-18.

¹⁴⁴ Ver: *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 271-272 (1952). Ver también: Rosenfeld, Michel, «Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis», 1536; Kübler, Friedrich, «How much freedom for racist speech? Transnational aspects of a conflict of human rights», 351.

¹⁴⁵ Ver: *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 272-273 (1952). Ver: Bleich, Erik, *The Freedom to be Racist? How the United States and Europe Struggle to Preserve Freedom and Combat Racism* 69-70; Zoller, Elisabeth, «The United States Supreme Court and the Freedom of Expression», 898.

Finalmente, destaca que la decisión de la mayoría cuyo objetivo es proteger a las minorías sociales que pueden verse atacadas por los libelos de grupo, van en contra de los propios derechos de estos puesto que confirma la potestad de los estados de poder censurar ciertos tipos de expresión que se pueden volver en contra de las propias minorías.

Pese a que esta decisión fue una oportunidad importante para extender la legislación respecto del libelo grupal a todo EE. UU., pronto fue repudiada incluso por las personas y colectivos que veían necesario este tipo de legislación, que encontrar en la férrea defensa de la libertad de expresión una mejor estrategia de defender sus posiciones que no mediante la regulación legal del derecho a la libertad de expresión en los casos de discurso del odio¹⁴⁶.

Por lo tanto, podemos extraer como conclusión de las sentencias comentadas en este apartado que a lo largo de los veinte años estudiados continúan los fuertes desacuerdos acerca de cuál debe ser la interpretación correcta de la Primera Enmienda y, por encima de todo, qué tipo de discurso está o no está cubierto por esta. Podemos observar que, por una parte, se sitúan fuera de la protección constitucional las *fighting words*, dirigidas a individuos y que posteriormente, esta será una categoría que se ampliará para proteger a los grupos que puedan ser individualizados. Asimismo, tampoco se protege el lenguaje subversivo que tiene a desestabilizar el Gobierno aunque este no suponga una amenaza inminente. Por otra parte, se hace patente el fuerte desacuerdo de los jueces Black y Douglas con las decisiones adoptadas por la mayoría de los jueces a través de sus votos particulares, que les van convirtiendo en firmes defensores de una libertad de expresión casi ilimitada.

¹⁴⁶ Walker, Samuel, *Hate Speech. The History ...*, 100.

2.2.2.3. *La protección de la libertad de expresión sin atender a su contenido. Evolución desde la década de los años 60 hasta la actualidad*

Durante este período, observaremos que el Tribunal Supremo ofrece una protección mucho más férrea de la Primera Enmienda de la que venía aplicando hasta el momento¹⁴⁷. En las decisiones que se estudiarán a continuación, que son *Terminello contra Chicago*, *Brandenburg contra Ohio*, *New York Times Co. contra Sullivan*, *National Socialist Party contra la Ciudad de Skokie*, *R.A.V. contra la Ciudad de St. Paul's* y *Virginia contra Black et. al.*, se elevan los estándares de protección de la libertad de expresión ampliamente, dejando atrás la vacilaciones observadas en la jurisprudencia a lo largo de las etapas anteriores, y el discurso racista es protegido de una manera más patente.

La primera de las sentencias objeto de análisis es *Terminello contra Chicago*¹⁴⁸. Aunque dictada en el período que abarca el apartado anterior, esta sentencia supone un punto de inflexión¹⁴⁹ en la protección que hasta el momento venía ofreciendo el Tribunal Supremo. El caso versa sobre un encuentro organizado por los Cristianos Veteranos de América (*Christians Veterans of America*), al que se invitó al ex sacerdote *Terminello* que realizó una serie de manifestaciones antisemitas, en las que, entre otras, llamaba a su asesinato. La promoción del encuentro tuvo una alta repercusión y había tanto en la sala de la conferencia como fuera de ella una alta concentración de personas que se encontraban enfadadas y agitadas (*angry and turbulent*)¹⁵⁰ debido al contenido del discurso del ex sacerdote. Los epítetos racistas en contra de los judíos lanzados por el orador, provocaron que las personas que estaban congregadas fuera del recinto empezaran a destrozar el mobiliario urbano y asimismo, a tener alguna refriega con los agentes que lo

¹⁴⁷ De la misma opinión: *Bollinger, Lee C., Uninhibited, Robust, and Wide-open. ...*, 51.

¹⁴⁸ *Terminello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949).

¹⁴⁹ *Bleich, Erik, The Freedom to be Racist? ...*, 70.

¹⁵⁰ *Terminello v. Chicago*, 337 U.S. 3 (1949).

protegían. Pese a que, en principio se dan todos los requisitos expuestos en la sentencia de Chaplinsky contra New Hampshire respecto del test del peligro claro y presente, la condena fue revocada.

Las instrucciones dadas al jurado encargado de valorar los hechos, para entender que la conducta era contraria a la legalidad vigente fueron: “el mal comportamiento debe constituir una ruptura de la paz si este provoca a la ira pública, invita al conflicto, lleva a un estado de agitación, o crea altercados, o si este molesta a los residentes en el disfrute de la paz y la tranquilidad, levantando alarma”¹⁵¹. Estas indicaciones fueron consideradas por la mayoría de los jueces que adoptaron la decisión como demasiado amplias y suficientes para poner en peligro los derechos garantizados por la Primera Enmienda. En opinión del juez Douglas, quien redactó la opinión de la mayoría: “La función de la libertad de expresión [...] es invitar al conflicto [...] o incluso provocar ira en la gente”¹⁵². Por lo tanto podemos observar que, aunque se den las circunstancias necesarias para cumplir con los requisitos del test del peligro claro y presente, la instrucción que se le debe realizar al jurado debe ser muy escrupulosa y aunque se cumplieran todos los requisitos para limitar el lenguaje en función de este test, se optó por revocar la sentencia.

En el siguiente caso, *Brandenburg contra Ohio*¹⁵³, un líder del Ku Kux Klan en un mitin y siendo grabado por la televisión se acercó a las personas allí congregadas que portaban armas y cruces en llamas realizando exaltaciones racistas, en las que, entre otras afirmaciones, se llamaban a enterrar a los

¹⁵¹ *Terminello v. Chicago*, 337 U.S. 3 (1949). “Misbehavior may constitute a breach of the peace if it stirs the public to anger, invites dispute, brings about a condition on unrest, or creates a disturbance, or if it molest the inhabitants in the enjoyment of the peace and quiet be arousing alarm”.

¹⁵² *Terminello v. Chicago*, 337 U.S. 4 (1949).

¹⁵³ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

afroamericanos¹⁵⁴. Al mismo tiempo, también afirmaban que: “si el Presidente, el Congreso, o el Tribunal Supremo, continúan suprimiendo la raza blanca [sic] caucásica, es posible que debamos tomar algunas acciones de venganza”¹⁵⁵. Pese a darse por probada la utilización de *fighting words* y amenazar a diversas instituciones políticas y judiciales, se decidió en pleno que la ley que facultó la condena estatal era demasiado amplia¹⁵⁶ e iba más allá de test del peligro claro y presente¹⁵⁷, de forma que el único lenguaje que puede estar prohibido es aquel que: “está dirigido directamente a incitar o producir acciones inminentes castigadas por la ley y es ideal para incitar o producir estas acciones”¹⁵⁸. Por lo tanto, pese a que se llamó a la violencia en contra de los afroamericanos y judíos, no hubo ningún incidente de forma inminente¹⁵⁹ y por lo tanto el Tribunal Supremo entiende que no se dan requisitos necesarios para el castigo de la conducta. Esta sentencia clarifica el concepto que de inminente el Tribunal va desarrollando, exigiendo que los hechos como consecuencia de un discurso del odio se materialicen de forma inmediatamente posterior al mismo, no reconociendo en sí al propio mitin ninguna capacidad dañina.

En la siguiente sentencia, *New York Times Co. contra Sullivan*¹⁶⁰, el Tribunal Supremo continuará su jurisprudencia expansiva sobre la protección de la libertad

¹⁵⁴ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 447 (1969).

¹⁵⁵ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 445-446 (1969).

¹⁵⁶ Los acusados fueron condenados bajo la Ley de Sindicalismo Criminal de Ohio (Ohio Criminal Syndicalism Statue) de 1919 que castigaba de forma general abogar por cometer crímenes, sabotajes, actos violentos, o métodos no legales de terrorismo, como una forma de reforma política o industrial.

¹⁵⁷ Además de ir más allá de este test, la sentencia expresamente decidió en contra de la jurisprudencia establecida en *Whitney v. California*. Ver: *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 449.

¹⁵⁸ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 447 (1969). Ver también: Kübler, Friedrich, «How much freedom for racist speech? Transnational aspects of a conflict of human rights», 352.

¹⁵⁹ De acuerdo con la interpretación de la jurisprudencia, el término *inminente* debe ser entendido de forma que en un espacio de tiempo muy pequeño se produzca algún altercado como consecuencia del discurso. Ver: *Hess v. Indiana*, 414 U.S. 105 (1973). También: Greenawalt, Kent, *Fighting Words. Individuals, Communities ...*, 18; Bleich, Erik, *The Freedom to be Racist? ...*, 72.

¹⁶⁰ *New York Times Co. V. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

de expresión, esta vez en el área del libelo individual. El caso versa¹⁶¹ sobre una publicidad a cargo de 3 afroamericanos y un clérigo del estado de Alabama publicada en el New York Times en la que apoyaban el movimiento estudiantil que luchaba por la igualdad de derechos en la educación, la lucha por el derecho a voto, y la defensa jurídica de Martín Luther King, Jr., que en ese momento estaba pendiente de juicio en la ciudad de Montgomery (Alabama). Además, la publicidad continuaba afirmando en el párrafo tercero que: “Cuando los grupos de apoyo se manifestaban a favor de King, la policía les reprimió con cientos de agentes y gases lacrimógenos”¹⁶², y en el párrafo sexto “Una vez y otra, los infractores de la ley contestaron a la protesta pacífica del Dr. King con intimidación y violencia. Ellos han atentado contra su casa, casi matando a su esposa e hijo”¹⁶³. De acuerdo con estas afirmaciones, el Comisionado de Montgomery, encargado de supervisar a la policía entendió que la noticia tergiversaba la realidad, dando a entender que era la propia policía la que había atentado contra King. Por lo tanto, entendió que se le había difamado como persona al cargo del cuerpo policial. A nivel estatal, se condenó a la editorial del rotativo a una indemnización de 500.000 dólares, pero una vez esta apeló al Tribunal Supremo, el fallo quedó anulado. La Corte afirma que: “nosotros afirmamos en el día de hoy que la Constitución delimita el poder estatal de indemnizar por daños en las causas de libelo, trasladadas por funcionarios públicos en contra de las personas que critican su conducta en el desarrollo de sus funciones oficiales. Desde que esto es una acción legal, es aplicable la regla de pedir la prueba de la intención dolosa”¹⁶⁴. Los requisitos para probar esta intención

¹⁶¹ Para una explicación exhaustiva de los pormenores del caso ver: Bollinger, Lee C., *Uninhibited, Robust, and Wide-open. ...*, 14-20.

¹⁶² New York Times Co. V. Sullivan, 376 U.S. 257 (1964).

¹⁶³ New York Times Co. V. Sullivan, 376 U.S. 257 (1964).

¹⁶⁴ New York Times Co. V. Sullivan, 376 U.S. 283 (1964). “We hold today that the Constitution delimits a State's power to award damages for libel in actions brought by public officials against critics of their official conduct. Since this is such an action, the rule requiring proof of actual malice is applicable”. Destacar que el juez Black emite voto particular concurrente (al que se une el juez Douglas), afirmando que la Decimocuarta Enmienda, no únicamente *delimita* el poder de los estados para indemnizar a los funcionarios públicos, sino que es un poder que lo prohíbe completamente.

dolosa (*actual malice*) son que se convenza claramente de que las afirmaciones se realizaron con “conocimiento de que estas eran falsas o con ignorancia temeraria de si estas son falsas o no”¹⁶⁵. Por lo tanto, vemos cómo el estándar de protección ante el libelo individual se eleva en el caso de los funcionarios públicos, dado que únicamente accederán a la protección cuando puedan probar el estándar de la intención dolosa, siendo los requisitos probatorios de este muy difíciles de alcanzar¹⁶⁶.

Posteriormente, en la sentencia *National Socialist Party contra la Ciudad de Skokie*¹⁶⁷, referencia indispensable en el desarrollo jurisprudencial actual del Tribunal Supremo sobre la libertad de expresión, vuelve a tratar el tema de leyes estatales que tratan de limitar el contenido de la Primera Enmienda en situaciones que puedan provocar al odio racial y religioso¹⁶⁸. Este asunto versa sobre la marcha del Partido Nacionalsocialista de América (NSPA), en algunos vecindarios alrededor de la ciudad de Chicago, incluyendo Skokie, un barrio residencial cuya población estaba compuesta por un gran número de supervivientes al Holocausto. En este caso, las autoridades locales iniciaron tres medidas legislativas. La primera obligaba a quién convocara una marcha a suscribir un seguro de responsabilidad que cubriera posibles desperfectos en el transcurso de la misma; la segunda, la prohibición de distribuir propaganda o mostrar materiales que incitaran o promovieran al odio en contra de personas de confesión Judía o su prosapia u odio en contra de personas de cualquier culto; y la tercera, prohibía la utilización de los

¹⁶⁵ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 280 (1964). “That is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not”.

¹⁶⁶ Ver: Henry Cohen, *Freedom of Speech and Press, Exceptions to the First Amendment* (Nueva York: Nova Science Publications, 2008), 21.

¹⁶⁷ *National Socialist Party v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977).

¹⁶⁸ Ver: Bleich, Erik, *The Freedom to be Racist? ...*, 74; Rosenfeld, Michel, «Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis», 1537; Kübler, Friedrich, «How much freedom for racist speech? Transnational aspects of a conflict of human rights», 352-352.

uniformes del NSPA y la posibilidad de lucir esvásticas¹⁶⁹. Los integrantes del NSPA, junto con la Unión de Libertades Civiles Americanas (*American Civil Liberties Union*), acudieron a los tribunales dado que entendían que la legislación adoptada conculcaba su derecho a la libertad de expresión. Al final del procedimiento estatal, se llegó al convencimiento por parte de los tribunales de que la normativa no cumplía con los estándares que necesariamente se deben observar cuando se dictan leyes que limitan el contenido de la Primera enmienda¹⁷⁰, sin que el Tribunal Supremo conociera del asunto en esta decisión¹⁷¹. Por lo tanto, esto supone la legitimación bajo la protección que ofrece la Primera Enmienda, en conjunción con la Decimocuarta, del lenguaje racista sin ningún tipo de trabas. Finalmente, marcharon por diversos barrios de Chicago, decidiendo voluntariamente no hacerlo en Skokie.

Debido a la repercusión causada y a que esta sentencia es utilizada como paradigma de la libertad de expresión¹⁷² en EE. UU., es necesario atender a cuáles fueron las consecuencias de su autorización. En todos los lugares donde decidieron manifestarse los miembros del NPSA acudieron un número mayor de personas contrarias a su ideología, mostrando la marginalidad tanto de las ideas extremistas del nacionalsocialismo, como el apoyo que la sociedad da a este tipo de grupos en

¹⁶⁹ *National Socialist Party v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977); *Smith v. Collin*, 439 U.S. 916 (1978).

¹⁷⁰ *Village of Skokie v. National Socialist Party of America*, 373 N.E.2d. 21 (Ill. 1978). El Tribunal Supremo de Illinois declaró que mostrar una esvástica en un uniforme es una acción que no es tan ofensiva como para provocar una amenaza a la paz pública. Así, no se cumplía con el estándar de *fighting words* y por lo tanto era un acto protegido por la libertad de expresión. Texto original: Nor can we find that the swastika, while not representing fighting words, is nevertheless so offensive and peace threatening to the public that its display can be enjoined.

¹⁷¹ Ver nota al pie 59. En *Smith v. Collin*, 439 U.S. 919, el juez Blackmun emite un voto particular disidente (al que se suma el juez White), afirma que al no pronunciarse, se pueden producir tensiones entre esta decisión y el caso visto anteriormente de *Beauharnais v. Illinois*, puesto que en esta se confirmó la condena por una ajustada votación y esta línea jurisprudencial, no ha sido nunca revocada. Además afirma que, al no haber una jurisprudencia clara en asuntos difíciles (hard) como este, donde hay tantos intereses a tener en cuenta, los diferentes tribunales se han sentido como si tuviesen que pedir disculpas por la decisión adoptada. Texto original: each court dealing with these precise problems (the Illinois Supreme Court, the District Court and this Court) feels the need to apologize for its result.

¹⁷² Bollinger, Lee C., *The Tolerant Society*, 50-60.

EE. UU. Para los defensores de la libertad de expresión sin restricciones esta fue una gran victoria, puesto que supone un claro ejemplo del buen funcionamiento del *mercado de las ideas*, donde la sociedad en su lucha por la búsqueda de la verdad puede elegir de entre todos los puntos de vista posibles.

Sin embargo, hay una serie de factores que no se han tenido en cuenta y que favorecieron la conclusión obtenida en presente caso y su presentación como un triunfo paradigmático por parte de aquellos que creen en la libertad de expresión ilimitada. Que al final los miembros de la NPSA decidieran voluntariamente no marchar por Skokie, o que estos no decidieran convertir esta ciudad en su lugar de encuentro anual para la realización de la marcha con sus uniformes y esvásticas, amenazando a los habitantes de este barrio año tras año¹⁷³. Bajo estas circunstancias no tan favorables, tal vez se nos hubieran presentado una sucesión de cuestiones a las que posiblemente la opción de la libertad de expresión absoluta no hubiese podido contestar de forma tan satisfactoria.

El siguiente caso objeto de estudio es R.A.V. contra la Ciudad de St. Paul¹⁷⁴. El caso versa sobre un grupo de adolescentes que construyeron una cruz con enseres antiguos y le prendieron fuego en el jardín trasero de una familia afroamericana. Fueron enjuiciados mediante la ordenanza de crímenes motivados por prejuicios (*Bias-Motivated Crime Ordinance*), que prohibía mostrar símbolos que fueran conocidos o razonablemente conocidos que “provocan indignación, alarma o resentimiento en otros, basado base a la raza, color, credo, religión o género”¹⁷⁵. El Tribunal Supremo del estado de Minnesota confirmó la condena, ya que identificó la provocación de indignación, alarma o resentimiento, junto con la doctrina de las *fighting words* y por lo tanto situó la quema de la cruz fuera del leguaje protegido

¹⁷³ Bleich, Erik, *The Freedom to be Racist? ...*, 74.

¹⁷⁴ R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).

¹⁷⁵ R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992). “Arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender”.

por la Primera Enmienda. Sin embargo, el Tribunal Supremo declaró la ordenanza claramente inconstitucional, afirmando que: “la razón por la cual las *fighting words* son una categoría excluida de la protección de la Primera Enmienda no es que estas comuniquen una determinada idea, sino que su contenido encarna una particular e intolerable (y socialmente innecesaria) forma de expresar cualquier idea que el hablante desea expresar”¹⁷⁶. Dado que la ordenanza prohibía particularmente una serie de mensajes que comunicaban un cierto tipo de lenguaje (intolerancia racial, de género o religiosa), la ciudad crea la posibilidad de perseguir un cierto tipo de ideas y no otras y por lo tanto, esto hace que la ordenanza sea inconstitucional. El Tribunal Supremo concluye, que las *fighting words* no pueden estar basadas en un determinado contenido, debiendo ser este neutral¹⁷⁷, sino que deben proscribir cómo se transmite el lenguaje por el hablante¹⁷⁸, dado que si se permitiera lo contrario se facultaría a los legisladores de la ciudad de St. Paul a prohibir expresar unos

¹⁷⁶ R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 393 (1992). “The reason why fighting words are categorically excluded from the protection of the First Amendment is not that their content communicates any particular idea, but that their content embodies a particularly intolerable (and socially unnecessary) mode of expressing whatever idea the speaker wishes to convey”.

¹⁷⁷ La exigencia de que la legislación que limite la libertad de expresión tenga un contenido neutral podría entrar en conflicto con otras leyes que sí se ha declarado constitucionales. Así lo expone el juez White en su voto disidente a la presente sentencia. Comenta que aún siendo constitucionales limitan el lenguaje respecto a su contenido como por ejemplo: las amenazas al Presidente, el acoso sexual, entre otros. Un ejemplo de estas normas basadas en contenidos neutrales sería castigar la conducta de realizar una pintada de carácter racista en la casa de una familia judía por una ley que regule los daños a la propiedad, y no por una que castigue la realización de pintadas antisemitas. Es interesante la problemática que plantea Greenawalt acerca de la dificultad de castigar la forma en la que uno se expresa, sin tener en cuenta el mensaje que se está intentando (o no) transmitir: Greenawalt, Kent, «Free Speech in the United States and Canada», 25-30; Robert H. Bork, «Neutral Principles and some First Amendment Problems», *Indiana Law Journal* 47 (1971): 32-35.

¹⁷⁸ Así, el Tribunal Supremo también decide que se debe revisar la jurisprudencia establecida en *Chaplinsky*, dado que se establece que los contenidos obscenos o difamatorios ya no son categorías del lenguaje enteramente invisibles a la Constitución. Ver: R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 383 (1992). Ver también: Kübler, Friedrich, «How much freedom for racist speech? Transnational aspects of a conflict of human rights», 353; Rosenfeld, Michel, «Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis», 1539. De una forma muy clara Cohen explica los requisitos necesarios que deben cumplir la legislación no basada en contenidos, como son, por un lado las restricciones del tiempo, lugar o forma y por otro lado, las restricciones incidentales que inicialmente no están destinadas a restringir el lenguaje pero que de forma incidental lo hacen. Ver: Cohen, Henry, *Freedom of Speech and Press*, ..., 9-35.

determinados puntos de vista y no otros¹⁷⁹. Pese a que reconocen que la ordenanza buscaba asegurar derechos humanos básicos¹⁸⁰ a miembros de grupos que históricamente han sido sujetos objeto de discriminación, el peligro de censura que presenta la limitación de la libertad de expresión mediante leyes que limitan el contenido del lenguaje, pone en peligro la totalidad del derecho de forma excesiva y por lo tanto debe ser declarado inconstitucional.

El último caso que es investigará es el de Virginia contra Black et al.¹⁸¹. En este se condena a tres personas por tres incidentes que son: la quema de dos cruces, una en el jardín de sus vecinos afroamericanos, y otra en su propio jardín (en el marco de un mitin del Ku Klux Klan) y un tercer intento no llevado a cabo. Los acusados fueron condenados bajo la ley del estado de Virginia que prohibía a cualquier persona la intención de intimidar a una persona o grupo, quemando una cruz en la propiedad de otra, en una autopista o en un lugar público¹⁸². El Tribunal Supremo del estado de Virginia estableció que la ley era inconstitucional porque materialmente no difería de la que fue anulada por el Tribunal Supremo en la sentencia R.A.V. contra Ciudad de St. Paul. En una decisión 6 a 3, el Tribunal Supremo rebatió este argumento estableciendo que sí que existía una diferencia clara entre las dos leyes que permitían el castigo de la quema de cruces. Mientras que la de la ciudad de St. Paul estaba basada en contenidos, dado que establecía que era un acto perseguible cuando este se realizara con la intención de intimidar por la raza, el color, la creencia, la religión o el género; la ley del estado de Virginia no establecía los contenidos por lo que ese acto de intimidatorio podía ser perseguido

¹⁷⁹ Es interesante el debate que plantea Yong. Argumenta que la Corte Constitucional de EE. UU. requiere que la neutralidad de una determinada ley u ordenanza, sea respecto de su justificación y no respecto de sus efectos. Caleb Yong, «Does Freedom of Speech Include Hate Speech?», *Res Publica* 17-4 (2011): 9.

¹⁸⁰ Principalmente, este tipo de lenguaje ataca al núcleo esencial de la persona, como es su dignidad personal. De esta se desprenden toda una serie de derechos humanos que se ven afectados por este tipo de lenguaje. En este sentido: Eric Barendt, *Freedom of Speech* (Oxford: Oxford University Press, 2005), 31-34.

¹⁸¹ Virginia v. Black et al., 343 (2003).

¹⁸² Virginia v. Black et al., 538 U.S. 348 (2003).

(se castigaba fuese cual fuese su objetivo)¹⁸³. Así, la opinión mayoritaria reconoce que la quema de una cruz es una forma de expresión que intimida de una forma especialmente virulenta y que en el pasado, ha dado pie al inicio de violencia de una forma especialmente inminente¹⁸⁴.

En este último período analizado muestra claramente la actitud expansionista del Tribunal Supremo hacia una mayor protección del derecho a la libertad de expresión. En primer lugar, exigiendo que para que se dé el test del peligro claro y presente, se deban producir altercados de forma inminente a la provocación; en segundo lugar, limitando la capacidad de actuar ante el delito de libelo de las personas públicas y en tercer lugar, con la declaración de que cualquier ley que limite la libertad de expresión proscribiendo lenguaje basado en contenido es inconstitucional, como queda claro en el caso de las decisiones contradictorias en materia de quema de cruces, dado que materialmente para un mismo supuesto de hecho, se ofrecen dos soluciones distintas, circunstancia esta que no atiende al principio de protección y reparación de la víctima.

2.2.3. Situación doctrinal actual

Como he podido comprobar, la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo de Estados Unidos hacia una amplia protección de la libertad de expresión es clara, reflejo de la concepción histórica que de este derecho se ha tenido en este ordenamiento jurídico¹⁸⁵. Sin embargo, es necesario poner de relieve que existe un

¹⁸³ Virginia v. Black, 538 U.S. 362. De hecho, la opinión mayoritaria destaca que el hecho de quemar una cruz no intenta perseguir de forma exclusiva a las minorías raciales o religiosas.

¹⁸⁴ En este sentido la sentencia recoge toda una serie de actos en los que el Ku Klux Klan ha realizado la quema de cruces a lo largo de su historia (quemadas frente a iglesias y sinagogas, en lugares donde se construían viviendas sociales para afroamericanos, de forma posterior a la sentencia de Brown v. Board of Education of Topeka [sentencia que declara la segregación escolar inconstitucional]), que prueban que estos actos han dado lugar a incidentes muy graves. Ver: Virginia v. Black, 538 U.S. 352-357.

¹⁸⁵ De la misma opinión: Erik Bleich, «Freedom of Expression versus Racist Hate Speech: Explaining Differences Between High Court Regulations in the USA and Europe», *Journal of Ethnic and Migration Studies* 40-2 (2014): 297-298.

amplio debate doctrinal sobre este asunto, que sobre todo desde la década de los 80 se ha replanteado si la evolución trazada por el Tribunal respecto de la interpretación de la Primera Enmienda es la adecuada para tratar el asunto del discurso del odio. Estos autores¹⁸⁶ se cuestionan desde una pluralidad de ámbitos cuáles son las consecuencias de la gran protección de la que goza la libertad de expresión en EE. UU., subrayando que en muchas ocasiones la penalidad que sufren el resto de derechos, como por ejemplo la dignidad de las personas a las que va dirigido el mensaje, no recibe la consideración necesaria y se ve subyugada por la interpretación que el Tribunal Supremo realiza de la Primera Enmienda. Además, se replantean si el *mercado de las ideas* cumple su función, es decir, si la falta de regulación del derecho a la libertad de expresión fomenta de forma fehaciente el conocimiento de la verdad, o si por el contrario la idea que de este se defiende únicamente corresponde con un ideal romántico del concepto, cuestionándose las posibles consecuencias de este escenario.

Asimismo, ponen en tela de juicio la concepción que respecto del daño realiza el Tribunal Supremo, dado que lo identifica con el daño físico perdiendo de vista que estos comportamientos tienen un impacto en el foro interno de sus víctimas, que además tiene una contrapartida externa como restricciones autoimpuestas que cercenan sus libertades con el objetivo de evitar ser el objetivo de este tipo de comportamientos¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Judith Butler, *Lenguaje, poder e identidad* (Madrid: Síntesis, 1997), 20; Mari J. Matsuda, «Public Response to Racial Speech: Considering the Victim's Story», *Michigan Law Review* 87-8 (1988-1989): 2337; Waldron, Jeremy, *The Harm in Hate Speech*; Greenawalt, Kent. *Fighting Words. Individuals, Communities and Liberties of Speech*, 40-50; Heyman, Steven J., *Free Speech & Human Dignity*, 166-180; Richard Delgado y Jean Stefancic, *Must We Defend Nazis?* (Nueva York: New York University Press, 1997), 95-110; Richard Delgado y Jean Stefancic, *Understanding Words that Wound* (Oxford: Westview Press, 2004), 13-30; Alexander Meiklejohn, *Free Speech And Its Relation to Self-Government* (Nueva York: Harper Brothers Publishers, 1948) 23-50.

¹⁸⁷ Matsuda, Mari J., «Public Response to Racial Speech: Considering the Victim's Story», 2337-2339; Delgado, Richard y Jean Stefancic, *Understanding Words that Wound* (Oxford: Westview Press, 2004), 8-10.

Autores como J. Waldron se plantean la necesidad de regular el libelo grupal¹⁸⁸ con el objetivo de proteger de forma efectiva la dignidad de las personas sin que esto suponga la imposición de una “aura de intocabilidad de sus convicciones”¹⁸⁹. Este autor basa su opinión en la misma historia jurisprudencial que he reseñado en el apartado anterior. Como hemos visto, las primeras sentencias donde se castigaba la sedición se justificaban por la necesidad de proteger al Estado en momentos de debilidad de opiniones o acciones que lo podían desestabilizar¹⁹⁰. Waldron afirma que el Estado ha aprendido durante doscientos años a defenderse de este tipo de ataques, a saber responder a las críticas sin necesidad de suprimirlas y que actualmente el castigo de ideas disidentes a las defendidas por parte del Estado no son adecuadas. De la misma forma se pregunta si el estatus de ciudadanos con iguales derechos de las minorías dentro de la sociedad estadounidense está tan garantizado que no es necesario establecer ningún tipo de mecanismo que faculte a los miembros de estos colectivos a poder acudir a los tribunales en los casos en los que sean ofendidos por insultos raciales o denuncias racistas¹⁹¹.

En contraposición a estos, otro sector doctrinal¹⁹² se sitúa a favor de la no regulación del derecho a la libertad de expresión. De forma general, estos autores siguen la línea de la jurisprudencia del Tribunal Supremo afirmando que una amplia libertad de expresión promueve valores clave como la autonomía individual y la

¹⁸⁸ Como ya defendió Riesman en el artículo citando anteriormente de 1942. Ver: Riesman, David, «Democracy and Defamation: Control of Group Libel», 727-780.

¹⁸⁹ Waldron, Jeremy, *The Harm in Hate Speech*, 17-30.

¹⁹⁰ Recordar aquí que el propio juez Holmes se muestra a favor de castigar este tipo de conductas. Ver el comentario de las sentencias *Schenck v. United States* y *Debs v. United States*.

¹⁹¹ Waldron, Jeremy, *The Harm in Hate Speech*, 21.

¹⁹² Richard Post, «Hate Speech», en *Extreme Speech and Democracy*, ed. Ivan Hare y James Weinstein (Oxford: Oxford University Press, 2010), 123-140; Ivan Hare, «Extreme Speech Under International and Regional Human Rights Standards», en *Extreme Speech and Democracy*, ed. Ivan Hare y James Weinstein (Oxford: Oxford University Press, 2010), 62-72; Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona, Ariel, 2002).

democracia¹⁹³, argumentado que son los propios grupos minoritarios lo que han aprendido ha combatir este tipo de comportamientos a través del ejercicio de este amplio derecho a la libertad de expresión y que cualquier intento de limitarlo es ajeno a su tradición jurídica.

Por lo tanto como se puede observar, si bien la posición jurisprudencial del Tribunal Supremo de EE. UU. es bastante clara a este respecto, el debate doctrinal que genera la regulación de este tipo de comportamientos está presente en este contexto, de igual forma como veremos, en el resto de ordenamientos jurídicos que se estudiarán en los apartados siguientes.

2.2.4. Conclusiones

A lo largo del análisis realizado, se puede comprobar cómo ha ido evolucionando la interpretación que el Tribunal Supremo ha realizado de la Primera Enmienda de la Constitución de EE. UU. La idea de que en EE. UU. siempre ha existido un derecho amplio a expresar cualquier opinión no es cierta.

En las primeras etapas jurisprudenciales analizadas, podemos observar cómo se castigaba la utilización del derecho a la libertad de expresión en un ámbito peligroso, como es la crítica a la actuación del Gobierno, esencial en cualquier país democrático, la distribución de folletos de carácter socialista contrarios al modelo económico imperante en el país, o la misma creación del Partido Socialista de California. Estas han sido conductas que si bien se encuadran en una época determinada, como la guerra fría y el *macartismo*, en la actualidad es altamente improbable que estas estuvieran situadas fuera de la protección de la Primera Enmienda. En general son prohibiciones que no podrían ser recibidas de forma satisfactoria en la configuración actual de la sociedad, dado que supondrían una

¹⁹³ Sionaidh Douglas-Scott, «The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European Approaches», *William & Mary Bill of Rights Journal* 7-2 (1999): 306

limitación inaceptable del derecho a la libertad de expresión por cuanto penalizan directamente el pensamiento político disidente, pilar fundamental en cualquier Estado democrático de Derecho.

Posteriormente, con el test de las *fighting words* y del peligro claro y presente, se evoluciona hacia una mayor amplitud del lenguaje, llegando al último bloque de sentencias comentadas, donde nos encontramos en el extremo opuesto con el que iniciamos. Así, el Tribunal Supremo únicamente faculta a legislar en materia de limitación de la libertad de expresión con medidas de contenido neutro que persigan la *forma* en la que se trasmite el lenguaje, como por ejemplo la regulación del tiempo, lugar y forma en la que se realizan las manifestaciones o de forma incidental (a través del lenguaje simbólico), esto es, mediante leyes cuyo objetivo no es regular la libertad de expresión, pero que de forma material, acaban haciéndolo¹⁹⁴.

Por lo tanto, pese a que sí que existe cierta legislación que castiga algunos tipos de utilización de lenguaje de odio, en EE. UU. se protege ampliamente el lenguaje racista como parte del contenido amparado por la Primera Enmienda. Fruto de la concepción *milliana* de la búsqueda de la verdad y de la interpretación que adscribe a las *fighting words* un contenido neutro, el Tribunal Supremo de EE. UU. ha anulado tanto leyes estatales como locales que prohibían la utilización de este tipo de lenguaje, reconociendo que estas coartaban únicamente la expresión de una parte del discurso, que aunque podamos creer que es desagradable, debe permanecer en el mercado de las ideas para que así, de entre todas los pensamientos expuestos, los ciudadanos puedan conocer cuáles son ciertos y cuáles no, y finalmente la verdad triunfe sobre la mentira.

¹⁹⁴ Pongamos por ejemplo que la ciudad X legisla en sentido de prohibir las acampadas en los parques públicos por una razón de ordenación cívica y se da el caso que un grupo de manifestantes acampa en uno de estos parques protestando por una tala de árboles. La ordenanza que prohíbe el camping, pese a que está limitando la capacidad de expresión de los manifestantes, en principio, no conculcaría su derecho a la libertad de expresión.

Que los estados o las ciudades, intenten legislar en el sentido de excluir este tipo de discurso, demuestra que existe parte de la sociedad norteamericana que cree, de igual forma que en muchos países europeos, que las expresiones racistas o xenófobas no deberían formar parte del discurso público por cuanto estas únicamente tienden a prolongar y profundizar los estereotipos que existen en la sociedad sobre las minorías, con el objetivo de que la mayoría pueda continuar coartando los derechos de los primeros. Pero, una y otra vez, han encontrado el muro de la Primera Enmienda. Según los defensores de la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo las minorías que forman la sociedad de EE. UU. han aceptado y aprendido a utilizar esta interpretación para defender sus derechos. Sin embargo, los defensores de que algún tipo de regulación debe existir afirman que la no existencia de regulación es un problema que repite patrones de subyugación y dominación por parte de la mayoría de la sociedad sobre las minorías.

Si bien, esta amplia libertad de expresión jugó un papel esencial en Skokie, poniendo de manifiesto que las personas de ideología nazi son grupúsculos dentro conjunto de las sociedad de EE. UU. y que, al no suponer una amenaza real los grupos judíos podían utilizar este mismo derecho en su contra, no queda tan claro que este resultado pueda ser aplicado de forma extensiva a todos los casos de lenguaje de odio. Que las ideas nacionalsocialistas sean rechazadas ampliamente por la sociedad en EE. UU. (ideas que derivan de un suceso no acaecido ni en su territorio), no implica que las ideas racistas en contra de las diferentes minorías que sí que conforman la sociedad americana sean también ampliamente rechazadas, dado que estos comportamientos aún tienen su reflejo en el seno de la comunidad americana. Reflejo de estas execrables creencias son las ideas que todavía algunos sectores sociales mantienen en la actualidad de que los afroamericanos deben vivir en barrios segregados, o que deben ser enterrados en sitios espacialmente

diferenciados en los cementerios¹⁹⁵. Opino que proteger este tipo de lenguaje bajo el paraguas de la Primera Enmienda únicamente fomenta y agranda la fractura social que existe en el seno de la sociedad de EE. UU., dado que este tipo de comportamientos reciben el poder legitimador del Estado al ser protegidos.

Esto supone no reconocer que el lenguaje de odio expresado por una parte de la mayoría social, en contra de una minoría, que históricamente ha estado subyugada no tiene un mayor efecto estigmatizador y continuador de ese dominio social. Pensar que el lenguaje de odio puede ser perseguido mediante legislación que regule la forma en la que el lenguaje es expresado, sin atender al contenido del mismo supone no entender el problema. Este tipo de expresiones tratan de trasladar mediante la utilización del lenguaje un mensaje cuyo único objetivo es, por un lado, atacar a los derechos más esenciales del ser humano, como es su dignidad y los derechos que derivan de esta, y por otro lado, que estas minorías se sientan rechazadas por la sociedad y se autoexcluyan de la misma, para poder prolongar su superioridad sobre ellas. Estos son objetivos espurios al concepto mismo de Estado democrático de Derecho y por lo tanto, puede ser cuestionada su protección.

Esta opinión contraria a la regulación que Estados Unidos de Norteamérica realiza de la regulación del lenguaje del odio, debe ser entendida en los siguientes términos. No pretendo afirmar que el modelo de EE. UU. no sea útil para la regulación de este fenómeno en el seno de su sociedad. Como hemos visto en capítulos anteriores, la evolución histórica que sufre el derecho a la libertad de expresión va unida a intentos repetidos de limitar la libertad de expresarse en una pluralidad de ámbitos. Frente a esta realidad, se ha optado por garantizar una libertad casi sin cortapisas, que los grupos sociales activos en la defensa de los derechos civiles han aprendido a utilizar. Por esto, no intento defender en el

¹⁹⁵ En este sentido, Manny Fernández, «Racial Tensions Flare Anew in a Texas Town», *The New York Times*, 21 de junio de 2012, acceso 9 de septiembre de 2015, http://www.nytimes.com/2012/06/22/us/in-jasper-texas-racial-tensions-flare-again.html?_r=0

presente trabajo que EE. UU. debiera adoptar el modelo que España o Alemania han desarrollando en sus ordenamientos jurídicos, sino mostrar que ambos prototipos responden a realidades diferentes, con características diversas y que por lo tanto intentar exportar las ideas de un patrón al otro puede darnos como resultado realidades no satisfactorias para los protección de los derechos de los ciudadanos.

2.3. El modelo de libertad de expresión configurado en el ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania

2.3.1. Introducción

Una vez estudiada la evolución histórica y las características actuales de la interpretación que el Tribunal Supremo de EE. UU. efectúa sobre la Primera Enmienda, realizaré un estudio legislativo comparado con el ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania, con finalidad de establecer cuáles son las diferencias respecto de la protección de la libertad de expresión entre ambos modelos.

La elección de este marco jurídico para realizar el escenario comparativo es debido a que el legislador español utilizó el modelo alemán como marco de referencia en el momento de incluir en nuestro Código penal los artículos que se encargan de regular el discurso del odio. Además, Alemania forma parte del Consejo de Europa y de la Unión Europea, entes que como veremos en el capítulo siguiente, regulan esta materia e imponen ciertas obligaciones tanto a España como a Alemania, que en cierto sentido tienden a armonizar las respuestas que en general todos los Estados Parte deberían ofrecer ante este tipo de comportamientos.

Así, la investigación realizada en el estudio de este marco comparado me permitirá conocer, en primer lugar, qué tipo de conductas se sitúan fuera de la protección del derecho a la libertad de expresión y qué bienes jurídicos ponen en

peligro estas conductas en el sistema jurídico alemán, y en segundo lugar, qué mecanismos son utilizados por los tribunales para concluir que un determinado comportamiento se puede calificar como delito de odio y cuáles son las sanciones establecidas para este tipo de comportamientos. Este trabajo comparado se realiza con el objetivo de poder establecer semejanzas y diferencias con el capítulo 4, cuando se conozca la regulación del ordenamiento jurídico español.

El sistema jurídico alemán contiene una pluralidad de preceptos que tratan el lenguaje de odio. Si bien se puede pensar que por motivos históricos la legislación promulgada en Alemania puede considerarse excepcional, de forma general no difiere de forma radical de la que podemos encontrar en Francia o en España¹⁹⁶. La investigación del ordenamiento jurídico alemán se estructurará de la siguiente forma: en primer lugar, se estudiarán los preceptos de la Ley Fundamental para la República de Alemania (*Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*), en segundo lugar, los artículos del Código penal (*Strafgesetzbuch*), en tercer lugar, cuál es la interpretación jurisprudencial que se ha realizado de estos, y en cuarto lugar, se realizará una valoración crítica de los resultados obtenidos.

2.3.2. Ley Fundamental para la República de Alemania

La Ley Fundamental para la República de Alemania (*Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, en adelante GG), contiene una pluralidad de artículos que deben ser tenidos en cuenta en el estudio del lenguaje del odio con origen racial o étnico. El artículo principal en torno al que gira el derecho fundamental a la libertad de expresión es el 5 GG¹⁹⁷, que garantiza la libertad de expresión, información, prensa, de emisión televisiva y cinematográfica, prohibiendo la

¹⁹⁶ Esto no supone afirmar que estas legislaciones sean iguales en esta materia, pero sí se puede adelantar que tienen más similitudes que diferencias.

¹⁹⁷ Ver: Ulrich Karpen. *La constitución de la República Federal de Alemania: ensayos referentes a los derechos fundamentales y los principios de la ley fundamental con una traducción de la ley fundamental* (Baden-Baden: Nomos, 1992), 94-97.

censura, de la siguiente forma: “Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. La censura está prohibida”¹⁹⁸.

En el segundo inciso del artículo 5 GG, se establecen tres limitaciones¹⁹⁹ al derecho establecido en el punto anterior, estos son: los límites establecidos en las leyes generales, provisiones legales que protejan a la juventud y el derecho al honor²⁰⁰.

En el tercer inciso del artículo 5 GG, se establecen 4 campos que no están sujetos a la limitación anterior. Estos son: el arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza científica. Un punto importante que se establece en este artículo es que: “la libertad de enseñanza no exime de la *lealtad* a la Constitución”²⁰¹. Esta es una de las múltiples referencias que podemos encontrar en el texto de la GG al modelo de democracia militante en la República de Alemania, dado que este exige la lealtad al texto de la Ley Fundamental por encima del derecho a la libertad de cátedra. De esta forma, la libertad de enseñanza y el arte sólo pueden restringirse cuando contradigan otros valores también protegidos por la GG²⁰², como derechos

¹⁹⁸ Traducción oficial de la *Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, realizada por el *Deutscher Bundestag*, por lo tanto a efectos prácticos no considero necesario incorporar el texto del artículo en alemán.

¹⁹⁹ Ver: Karpen Ulrich, «Libertad de expresión», 98-100.

²⁰⁰ Artículo 5.2 GG: Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal. Una de las primeras similitudes que se puede adelantar en este punto es la cercanía de la redacción entre este artículo y el 20.4 de la Constitución española, que contienen de forma similar los mismos límites.

²⁰¹ Énfasis añadido. Aquí tenemos la primera muestra del modelo constitucional de democracia militante establecido en la GG alemana, que exige la lealtad a la constitución y a los valores que esta representa. Esto difiere del modelo constitucional español de democracia no militante que se tratará más adelante. Ver: STC 235/2007, de 7 de noviembre.

²⁰² Winfried Brugger, «The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I)», *German Law Journal* 3, (2002): 3.

fundamentales de terceros o valores fundamentales que necesiten protección por encima del derecho a la libertad de expresión.

Así, el artículo 5 GG garantiza el derecho a la libertad de expresión tanto en su dimensión interna, es decir, la formación de las propias ideas; como la dimensión externa, esto es, poder expresar y difundir las opiniones propias. Esta última es la que de acuerdo con el párrafo 2 y 3 del artículo 5 GG puede ser limitada por las leyes generales²⁰³, las provisiones legales que protejan a la juventud y las relativas al derecho al honor.

Posteriormente, el artículo 4 GG²⁰⁴ trata la libertad religiosa. Declara la inviolabilidad de la libertad de creencia, de conciencia y de confesión religiosa, garantizándose el libre ejercicio del culto. De igual forma que el artículo 5 GG, el 4 GG garantiza la dimensión interna y la externa del derecho, garantizando la elección de culto y su profesión.

El artículo 2.1 GG²⁰⁵ establece el libre desarrollo de la persona, siempre que no viole los derechos de los demás, atente contra la Constitución o las leyes morales

²⁰³ El Código penal alemán (StGB) está considerado una provisión legal general por lo que la regulación del derecho a la libertad de expresión del artículo 5 GG que este contiene está en consonancia con lo especificado. De acuerdo con Zuleeg, esta regulación está justificada dado que la dignidad y los derechos fundamentales de otras personas no pueden ser lesionados bajo el pretexto de la expresión libre de la opinión. Ver: Manfred Zuleeg, «Group Defamation in West Germany», *Cleveland-Marshall Law Review* 52 (1964): 62.

²⁰⁴ Artículo 4 GG: 1) La libertad de creencia y de conciencia y la libertad de confesión religiosa e ideológica son inviolables. 2) Se garantiza el libre ejercicio del culto. 3) Nadie podrá ser obligado, contra su conciencia, a realizar el servicio militar con armas. La regulación se hará por una ley federal.

²⁰⁵ Artículo 2.1 GG: Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o las leyes morales básicas (*Sittengesetz*). Estas últimas deben entenderse como los valores fundamentales de la ética (*Grundwerte der Ethik*). Las leyes morales básicas (*Sittengesetz*) son la suma de las normas comunes de la cultura occidental, algo que por lo general llamamos derecho natural (*Naturrecht*). Ver: Dieter Hesselberger, *Das Grundgesetz. Kommentar für die politische Bildung* (Bonn: Hermann Luchterhand Verlag, 1997): 74. “Sittengesetz ist die Summe derjenigen Normen, die Allgemeingut der abendländischen Kultur sind, etwas das, was man auch Naturrecht zu nennen pflegt”. Este concepto puede asemejarse al de *buenas costumbres* que encontramos en el ordenamiento jurídico español.

básicas (*Sittengesetz*). El artículo 9 GG²⁰⁶ que garantiza la libertad de asociación, establece en el párrafo segundo que: están prohibidas las asociaciones cuyos fines o cuya actividad sean contrarios a las leyes penales o que estén dirigidas contra el orden constitucional o contra la idea del entendimiento entre los pueblos. El artículo 21 GG²⁰⁷ establece la fundación libre de los partidos políticos, establecido que su organización interna debe responder a principios democráticos. Aquellos que tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y de democracia o que pongan en peligro la existencia de la República serán declarados inconstitucionales. Ambos artículos muestran una vez más el carácter militante de la GG alemana, al establecer que tanto las asociaciones como los partidos políticos deberán respetar el orden establecido por la Ley Fundamental, y los valores que esta representa. Especialmente la GG impone el deber a los partidos políticos de respetar los valores del orden fundamental libre y democrático (*freiheitlich demokratische Grundordnung*), basado en el Estado de Derecho²⁰⁸.

Una vez conocidos los derechos que pueden ser puestos en relación con el derecho a la libertad de expresión y por lo tanto con el lenguaje de odio, debemos preguntarnos qué valores podemos encontrar en la GG que justificarían una limitación de este derecho.

²⁰⁶ Artículo 9 GG: 1) Todos los alemanes tienen el derecho de crear asociaciones y sociedades. 2) Están prohibidas las asociaciones cuyos fines o cuya actividad sean contrarios a las leyes penales o que estén dirigidas contra el orden constitucional o contra la idea del entendimiento entre los pueblos. 3) Se garantiza a toda persona y a todas las profesiones el derecho de fundar asociaciones para mantener y fomentar las condiciones económicas y de trabajo. Los convenios que restrinjan o tiendan a obstaculizar este derecho serán nulos, e ilegales las medidas que se adopten con este fin. Las medidas que se adopten según los artículos 12a, 35 apartado 2 y 3, 87a apartado 4 y 91 no podrán dirigirse contra los conflictos laborales organizados por asociaciones en el sentido de la primera frase del presente apartado con el fin de mantener y fomentar las condiciones económicas y de trabajo.

²⁰⁷ Artículo 21 GG: 1) Los partidos participan en la formación de la voluntad política del pueblo. Su fundación es libre. Su organización interna debe responder a los principios democráticos. Los partidos deberán dar cuenta públicamente de la procedencia y uso de sus recursos, así como de su patrimonio. 2) Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales. Sobre la constitucionalidad decidirá el Tribunal Constitucional Federal. 3) La regulación se hará por leyes federales.

²⁰⁸ Brugger, Winfried, «The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I)», 6.

En primer lugar, el artículo 1 GG²⁰⁹ establece la protección de la dignidad humana, calificándola además de intangible²¹⁰. Este artículo es fundamental en la interpretación de la GG como norma básica de la República Federal de Alemania, ya que como se estudiará en los apartados sucesivos, configura la dignidad como principio constitucional superior y como derecho fundamental²¹¹. Esto es consecuencia directa de la redacción de la GG en el año 1949, justo después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial. Se buscaba una ruptura radical con el pasado, con el objetivo de establecer un sistema fundamentado en el Estado de Derecho, que se basó particularmente en el idealismo racionalista de Kant²¹². Por ese motivo, en el apartado 1.1. se estudia particularmente la opinión de este autor sobre la protección de la dignidad humana en el debate público, y cómo la libertad de expresión podía ser regulada cuando esta dañaba este valor esencial de la persona.

Como se comentará en apartados posteriores, la GG no es una constitución neutral respecto de los valores que consagra, sino que establece una ordenación de principios y de derechos enraizados en la idea de justicia y de igualdad, con la

²⁰⁹ Artículo 1 GG: 1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. 2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. 3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativos, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.

²¹⁰ El artículo 79.3 GG establece que el artículo 1 GG no puede ser modificado.

²¹¹ Ernst Benda, «The Protection of Human Dignity (Article 1 of the Basic Law)», *Southern Methodist University Law Review* 53 (2000): 444; Edward J. Erbele, «Human Dignity, Privacy, and Personality in German and American Constitutional Law», *Utah Law Review* 4 (1997): 971-973; Claudia E. Haupt, «Regulating Hate Speech – Dammed if you do and Dammed if you don't: Lessons Learned from Comparing the German and U.S. Approaches», *Boston University International Law Journal* 23 (2005): 314-315.

²¹² Erbele, Edward J., «Human Dignity, Privacy, and Personality in German and American Constitutional Law», 697 y 972-973. Ver también: Edward J. Erbele, «Public Discourse in Contemporary Germany» *Case Western Reserve Law Review* 47-3 (1997): 897-898; James Q. Whitman, «Enforcing Civility and Respect: Three Societies», *Yale Law Journal* 109 (1999-2000): 1333; Benda, Ernst, «The Protection of Human Dignity (Article 1 of the Basic Law)», 444; John C. Knechtel, «When to Regulate Hate Speech», *Penn State Law Review* 110 (2005-2006): 561; Haupt, Claudia E., «Regulating Hate Speech – Dammed if you do and Dammed if you don't: Lessons Learned from Comparing the German and U.S. Approaches», 314.

finalidad de construir un orden social que tenga como valor central el ser humano, y a partir de ahí, construir un orden democrático estable. Es por ello que se llega al convencimiento que de acuerdo a la redacción dada al artículo, “la dignidad humana es inalienable siendo tanto una prioridad como parte constituyente del contrato social. [...] La dignidad humana es además parte constituyente del ser humano, y su garantía es la esencia del orden social alemán. En este sentido, la dignidad es el valor legal superior en Alemania”²¹³.

Por otro lado, el artículo 3 GG²¹⁴ establece la igualdad ante la ley, especificando que: nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Además, junto con lo ya afirmado, el propio artículo 5.2 GG establece una serie de circunstancias en las que el derecho a la libertad de expresión puede ser restringido.

Estos son los preceptos constitucionales centrales de la GG alemana que serán tenidos en cuenta por los tribunales en los casos de lenguaje de odio²¹⁵ y que tienen como finalidad que nadie pueda utilizar sus derechos fundamentales para destruir el orden libre y democrático del Estado²¹⁶. Por lo tanto, se puede concluir que el derecho a la libertad de expresión está configurado en la *Grundsgesetzes* como un derecho no absoluto, dado que los individuos pueden disfrutar de este

²¹³ Erbele, Edward J., «Human Dignity, Privacy, and Personality in German and American Constitutional Law», 972. Erbele reafirma su posición en Erbele, Edward J., «Public Discourse in Contemporary Germany», 897.

²¹⁴ Artículo 3 GG 1) Todas las personas son iguales ante la ley. 2) El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes. 3) Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico o psíquico.

²¹⁵ Brugger, Winfried, «The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I)», 17.

²¹⁶ Bradley A. Appleman, «Hate Speech: A Comparison Of The Approaches Taken By The United States And Germany», *Wisconsin Internatioal Law Journal* 14 (1995-1996): 429.

hasta el punto en que su conducta viole los derechos de los demás o ataque “el orden constitucional o las leyes morales básicas [Sittengesetz]”²¹⁷.

Tanto el orden constitucional como las leyes morales básicas se enmarcan dentro del mencionado principio del orden fundamental de libertad y democracia (*freiheitliche demokratische Grundordnung*), al que se deben someter especialmente los partidos políticos, el cual está establecido dentro de la propia GG y que ha sido definido por el Tribunal Constitucional Federal²¹⁸, como “el sistema que excluye cualquier forma de tiranía o arbitrariedad y representa un sistema de gobierno dirigido bajo el imperio de la ley, basado en la autodeterminación de la población como expresión de la voluntad de la mayoría hacia la libertad y la igualdad. Los principios fundamentales de este orden incluyen al menos: el respeto por los derechos humanos básicos, especialmente el derecho de la persona a la vida y al desarrollo personal, la soberanía popular, la separación de poderes, la responsabilidad del gobierno, la legalidad de la administración, la independencia de los tribunales, el principio multipartidista, y la igualdad de oportunidades para todos los partidos políticos”²¹⁹.

Como se puede observar, la GG establece una relación directa entre el disfrute de los derechos que contiene y el funcionamiento propio del Estado con unos principios esenciales que deben regir estas relaciones, y que son los principios de la dignidad, la libertad y la igualdad. Estos principios, como se investigará en

²¹⁷ Appleman, Bradley A., «Hate Speech: A Comparison Of The Approaches Taken By The United States And Germany», 429. Como establece el artículo 2 GG.

²¹⁸ Sentencia BVerfGE 2, 1, de 23 de octubre de 1952.

²¹⁹ BVerfGE 2, 1, de 23 de octubre de 1952, para 38. “So läßt sich die freiheitliche demokratische Grundordnung als eine Ordnung bestimmen, die unter Ausschluß jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt. Zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung sind mindestens zu rechnen: die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien”.

apartados posteriores, serán los que regirán la interpretación que los tribunales realicen de los artículos mencionados en este apartado.

2.3.2.1. *El modelo de democracia militante de la República de Alemania*

La GG alemana establece expresamente un modelo de democracia militante²²⁰. La experiencia histórica en el tiempo de la República de Weimar y la supresión de los derechos fundamentales por parte del Partido Nacional Socialista, “ha tenido una importante huella en la elaboración de la GG y el resto de legislación”²²¹. Esta huella queda patente en el artículo 18 GG, que priva de los derechos fundamentales que esta contiene a aquellos que intenten combatir el régimen fundamental de libertad y democracia mediante el abuso de la libertad de expresión, de opinión, particularmente de la libertad de prensa, de reunión y de

²²⁰ El concepto de democracia militante proviene de los trabajos publicados en 1937 por Karl Loewenstein en los que se postula a favor de que las democracias tengan sistemas de defensa ante aquellos que mediante la utilización de los derechos que estas confieren intenten destruir el sistema. Loewenstein realiza un estudio sobre el alzamiento del fascismo en Europa y afirma que la democracia debe hacer todo lo posible por vencer y rescatar los valores que defiende. Afirma que: “la democracia tiene que ser redefinida. Esta debería ser [...] la aplicación de una autoridad disciplinada, por personas con visiones liberales, de los fines últimos del gobierno liberal: la dignidad humana y la libertad”. “In this sense, democracy has to be redefined. It should be [...] the application of disciplined authority, by liberal-minded men, for the ultimate ends of liberal government: human dignity and freedom”. Karl Loewenstein, «Militant Democracy and Fundamental Rights, II», *The American Political Science Review* 31-4 (1937): 658. Ver también: Karl Loewenstein, «Militant Democracy and Fundamental Rights, I», *The American Political Science Review* 31-3 (1937): 417-432; Appleman, Bradley A., «Hate Speech: A Comparison Of The Approaches Taken By The United States And Germany», 430; David E. Weiss, «Striking a Difficult Balance: Combating the Threat of Neo-Nazism in Germany While Preserving Individual Liberties», *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 899 (1994): 917-919; David A. Jacobs, «Recent Developments. The Ban of Neo-Nazi Music: Germany Takes on the Neo-nazis», *Harvard International Law Journal* 34 (1993): 564-566; Donald P. Kommers, «The Jurisprudence of Free Speech in the United States and the Federal Republic of Germany». *South California Law Review* 53 (1979-1980): 674-675.

²²¹ Eric Stein, «History Against Free Speech: The New German Law Against the “Auschwitz” -and Other- “lies”», *Michigan Law Review* 85 (1986-1987): 279; Gregory H. Fox, y Georg Nolte, «Intolerant democracies», en *Democratic Governance and International Law*, ed. de Gregory H. Fox, y Brad R. Roth (Cambridge: CUP, 2000): 415-417. Asimismo, Fox y Nolte realizan una diferenciación entre democracia procedimental y democracia sustantiva, en la que tratando específicamente la GG alemana ponen de manifiesto que el artículo 79.3 GG prohíbe que el artículo que trata sobre la dignidad de la persona (1 GG) o los principios básicos de gobierno (democracia, Estado de Derecho, separación de poderes, federalismo y estado social), puedan ser cambiados enmendados constitucionalmente. Ver Fox, Gregory H. y Georg Nolte, «Intolerant democracies», 400-405.

asociación, entre otros²²². Por lo tanto, la exigencia de una adscripción positiva a los derechos y valores que expresa la constitución y particularmente a los valores de libertad y democracia, es un rasgo característico de la GG alemana donde el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*)²²³ se postula a favor de una comunidad que emplee el Derecho en defensa de los valores políticos de la Ley Fundamental: las demandas sobre libertad de expresión deben ser sopesadas contra los valores de dignidad humana u honor personal que se encuentran en la base de la propia Ley Fundamental²²⁴.

Este modelo de adscripción positiva a la libertad y a los valores democráticos ha llevado al Tribunal Constitucional Federal alemán a la prohibición del Partido Socialista del Reich (*Sozialistische Reichspartei*) en 1952²²⁵, y del Partido

²²² Artículo 18 GG: Quien, para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia, abuse de la libertad de expresión de opinión, particularmente de la libertad de prensa (artículo 5, apartado 1), de la libertad de enseñanza (artículo 5, apartado 3), de reunión (artículo 8), de asociación (artículo 9), del secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (artículo 10), así como del derecho de propiedad (artículo 14) y del de asilo (artículo 16a) pierde estos derechos fundamentales. La privación y su alcance serán declarados por el Tribunal Constitucional Federal.

²²³ Este rasgo de adscripción positiva a los derechos y principios constitucionales es una característica que no encontraremos en otras constituciones, como por ejemplo la española. En el caso de España, el Tribunal Constitucional ha establecido que la Constitución también protege a aquellos que la niegan, rechazando que el modelo constitucional español sea militante (Ver: STC núm. 235/2007, de 7 de noviembre; STC 48/2003, de 12 de marzo. El Tribunal Constitucional afirma que, dado que toda la Constitución es reformable, no existen valores prohibidos). Sin embargo, esto no es un tema pacífico entre la doctrina. Aquí simplemente se apunta una diferencia, al menos desde el punto de vista de la interpretación judicial entre ambos modelos, sobre todo a partir de la aprobación de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos. En este sentido ver: Miguel Revenga Sánchez, «El tránsito hacia (y la Lucha por) la democracia militante en España», *Revista de Derecho Político* 62 (2005): 11-31 (sobre todo a partir de la página 19); Eduardo Sanz Arcega, «Democracia militante y derecho penal. Los delitos apologéticos en España», *InterseXiones* 3 (2012): 127-153.

²²⁴ Stein, Eric, «History Against Free Speech: The New German Law Against the “Auschwitz” -and Other- “lies”», 279; Margarita Roig Torres, «El “*discurso del odio*” en el sistema norteamericano y europeo. Tratamiento del racismo y la xenofobia en el proyecto de reforma del código penal», *TEORDER* 15 (2014): 181-185.

²²⁵ BVerfGE 2, 1. Ver: Kommers, Donald, *The Constitutional Jurisprudence ...*, 509-520; Ronald J. Jr. Krotoszynski, «A Comparative Perspective on the First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany», *Tulane Law Review* 78 (2003-2004): 1590-1592.

Comunista de Alemania (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands*) en 1956²²⁶. Actualmente se ha iniciado un procedimiento contra el Partido Nacional Democrático de Alemania (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands*).

Por lo tanto, la GG establece un modelo por el que “el orden democrático puede defenderse por sí mismo de cualquiera que amenace su existencia y los principios básicos. El Estado [alemán] tiene el derecho, si no el deber, de defenderse a sí mismo suprimiendo las actividades anticonstitucionales”²²⁷.

En este sentido, el modelo de democracia militante de la GG autoriza al Gobierno a defender el orden fundamental de libertad y democracia de dos formas. La primera, mediante ciertos artículos de la GG que se pueden activar si el orden es amenazado (por ejemplo, como se ha visto, mediante la prohibición de partidos políticos). En segundo lugar, mediante otras leyes mencionadas expresamente por la GG que pueden autorizar al Gobierno a limitar ciertos usos de la libertad de expresión (por ejemplo, el artículo 5 GG, en conjunción con el artículo 130 del Código Penal alemán)²²⁸. Esta segunda opción, como se mostrará a continuación, es la que se suele aplicar cuando nos encontramos ante un caso en el que un individuo utiliza la libertad de expresión para difundir mensajes de odio, xenófobos, discriminatorios o violentos que atacan el orden fundamental de libertad y democracia establecido por la GG. Así, como he mencionado, la GG no es una constitución neutral respecto de la jerarquía de derechos y principios que

²²⁶ BVerfGE 5, 85. Ver: Kommers, Donald, *The Constitutional Jurisprudence ...*, 228; Krotoszynski, Ronald J. Jr., «A Comparative Perspective on the First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany», 1590-1592.

²²⁷ Appleman, Bradley A., «Hate Speech: A Comparison Of The Approaches Taken By The United States And Germany», 430.

²²⁸ Jacobs, David A, «Recent Developments. The Ban of Neo-Nazi Music: Germany Takes on the Neo-nazis», 566.

contiene²²⁹, dado que la dignidad humana recogida en el artículo 1 de la GG tendrá, de forma general, más peso en los juicios de proporcionalidad que realicen los tribunales²³⁰.

2.3.3. Código Penal alemán

El Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*, StGB), es el primer ejemplo de ley general²³¹ al que se refiere el 5.2 GG cuando establece que el derecho a la libertad de expresión puede ser limitado por este tipo de leyes. Este contiene un artículo capital respecto de la prohibición del discurso del odio, el 130 StGB, que trata la instigación al pueblo (*Volksverhetzung*) mediante la tipificación de una serie de conductas llamadas a intentar perturbar la paz pública o atacar al núcleo esencial de la dignidad de la persona.

El StGB cuenta con otros artículos a los que podrían ser reconducidas ciertas acciones que podrían enmarcarse, de forma general, bajo la definición del discurso del odio, como son los artículos 185 a 200 StGB que tratan el insulto y la

²²⁹ Kommers, Donald P., «The Jurisprudence of Free Speech in the United States and the Federal Republic of Germany», 674; Oscar Pérez de la Fuente, «Libertad de expresión y el caso del *lenguaje del odio*. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del derecho* 21 (2010): 100.

²³⁰ Jacobs, David A., «Recent Developments. The Ban of Neo-Nazi Music: Germany Takes on the Neo-nazis», 565. Este autor además indica que el principio de dignidad humana es tan básico dentro de la GG que no podría ser cambiado mediante una enmienda. Ver también: Krotoszynski, Ronald J. Jr., «A Comparative Perspective on the First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany», 1553-1554 y 1562-1565; Pérez de la Fuente, Oscar, «Libertad de expresión y el caso del *lenguaje del odio*. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana», 84.

²³¹ De acuerdo con Karpen, la referencia a leyes *generales* significa que estas deben ser de aplicación general, que son las que el Estado debe utilizar para proteger los derechos básicos contenidos en la GG. Ver: Ulrich Karpen, «Freedom of Expression as a Basic Right: a German View». *American Journal of Comparative Law* 37 (1989): 398-399.

difamación, o los artículos 86 StGB y 86a StGB²³² que tratan sobre organizaciones inconstitucionales. Con el objetivo de establecer un marco de comparación adecuado entre los artículos de la legislación alemana y la española que tratan específicamente el lenguaje de odio, en el presente marco comparado únicamente se profundizará en el contenido del artículo 130 StGB que es el que trata propiamente la figura de incitación.

2.3.3.1. Artículo 130 del StGB

El artículo 130 StGB, que tipifica el delito de instigación al pueblo (*Volksverhetzung*), fue introducido en el StGB con el objetivo de castigar aquellas conductas que de una forma adecuada (*geeignet*) atenten contra la paz pública (*öffentlichen Frieden*)²³³. Si bien, antes de la introducción de este artículo, el StGB ya contaba con el artículo 185 StGB que castigaba el insulto y tipificaba este tipo de conductas. La reforma pretendió que el StGB ofreciera una respuesta más eficaz

²³² Estos artículos tipifican las conductas de asociaciones o partidos que han sido declarados inconstitucionales por atacar *el orden constitucional* (*die verfassungsmäßige Ordnung*). Nier III realiza un estudio sobre su aplicación por parte de los tribunales en el que se puede observar principalmente en casos de asociaciones que utilizan como insignias identificativas las nacionalsocialistas, como por ejemplo la cruz gamada o las runas; o también los saludos nazis como *heil Hitler* (a los que atendiendo a las circunstancias también se les puede aplicar el artículo 130 StGB). Ver: Charles Lewis Nier III, «Racial Hatred: A Comparative Analysis of the Hate Crime Laws of the United States and Germany» *Dickinson Journal of International Law* 13 (1994-1995): 255-258.

²³³ Aquí se estudiará el artículo 130 StGB en su última redacción. Para un estudio más profuso de su primera introducción en el StGB y sus diferentes modificaciones ver: Gunnar Krone, *Die Volksverhetzung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit* (Maguncia: Servicio de publicaciones de la Universidad de Maguncia, 1979). Zuleeg, Manfred. «Group Defamation in West Germany», 57-58. Zuleeg trata diversos aspectos de la difamación grupal y cuando trata la cuestión del *orden público* realiza un estudio de la redacción del artículo 130 StGB desde su introducción. Josef Schafheutle, «Das Sechste Strafrechtänderungsgesetz», *JuristenZeitung* 15 (1960): 470-474. Schafheutle explica detalladamente los motivos que llevaron a la inclusión de este artículo en el StGB. En español encontramos el trabajo de Jon-Mirena Landa Gorostiza, «La regulación penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva “ley de lucha contra la criminalidad” (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) del 28 de octubre de 1994», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* (1996): 529-566. Landa realiza un estudio de la sexta y vigésima primera modificación del StGB (*StÄG*).

contra estos comportamientos, intentando proteger la dignidad humana y la paz pública en general de posibles ataques²³⁴.

De acuerdo con la doctrina mayoritaria, el artículo 130 StGB está configurado con un delito de peligro abstracto y concretamente, dentro de una subcategoría denominada delito de peligro potencial²³⁵. Estos delitos lo que pretenden es prevenir el peligro posible, esto es, para la materialización del tipo penal no es necesario que, efectivamente, una determinada perturbación de la paz pública precipite en ataques violentos, sino que la conducta realizada tenga las características adecuadas como para perturbar esta paz pública.

Como se observa, el artículo 130 StGB tiene una redacción extensa que requiere un análisis individualizado de los diferentes tipos que contiene.

En el apartado primero, las conductas típicas son²³⁶:

(1) Aquel que de forma adecuada para perturbar la paz pública:

- 1) Incita al odio o exige medidas violentas o arbitrarias contra un grupo étnico por razón de su origen nacional, racial, religioso o contra sectores de la población o en contra de una persona a causa de su pertenencia a un grupo citado o a una parte de la población; o

²³⁴ Stein, Eric, «History Against Free Speech: The New German Law Against the “Auschwitz” -and Other- “lies”», 283; Whitman, James Q., «Enforcing Civility and Respect: Three Societies», 1337-1338.

²³⁵ Kühl directamente afirma que los apartados 1 a 3 del artículo 130 StGB son delitos de peligro potencial (*potenzielles Gefährdungsdelikt*). Ver: Kristian Kühl, *Strafgesetzbuch. Kommentar* (Múnich: Beck, 2007), 640. Por otra parte, Weiler y Weheinger hablan de un subtipo dentro de los delitos de peligro abstracto que se caracterizan por su riesgo *potencial*. Ver: Benjamin Weiler, *Der Tatbestand “Volksverhetzung” im europäischen Vergleich* (Hamburgo: Kovac 2012), 34-35; Markus Wehinger, *Kollektivbeleidigung – Volksverhetzung: Der strafrechtliche Schutz von Bevölkerungsgruppen durch die §§ 185 ff. und § 130 StGB* (Baden-Baden: Nomos 1994), 45-58.

²³⁶ Artículo 130 StGB: (1) Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, 1) gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung zum Hass aufstachelt, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen auffordert oder 2) die Menschenwürde anderer dadurch angreift, dass er eine vorbezeichnete Gruppe, Teile der Bevölkerung oder einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

- 2) Ataca la dignidad humana de uno de los grupos antes designados, o a un individuo debido a su afiliación a un grupo de los ya mencionados o insultando, menospreciando maliciosamente o calumniando a parte de la población.

Será castigado con pena privativa de libertad de tres meses a cinco años.

Así, las conductas incluidas en este primer apartado son: incitar al odio, provocar actos violentos o arbitrarios e insultar, ridiculizar o difamar tanto a los individuos como a los grupos étnicos por su origen nacional, racial o religioso, como a sectores de la población. La incitación al odio deberá ser entendida en el sentido de intentar influir en los sentimientos de los demás de forma significativa y duradera con el objetivo de crear hostilidad hacia el otro²³⁷, debiendo ir más allá del mero rechazo. Para que una conducta sea considerada como un ataque contra la dignidad humana, los tribunales exigen algo más que la lesión al honor del afectado²³⁸. Se exige que la conducta llevada a cabo manifieste la negación del derecho de la persona atacada a vivir como un ciudadano en condiciones de igualdad o que se le trate como un ser inferior, por lo que el ataque a la dignidad humana debe dirigirse al núcleo esencial irrenunciable de la personalidad²³⁹. Dentro de este tipo de conductas se acomodarían, por ejemplo, aquellas que respecto de la población judía mantienen la propaganda antisemita respecto del modelo nacionalsocialista²⁴⁰.

²³⁷ Wolfgang Joecks, *Strafgesetzbuch, Studienkommentar* (Múnich: Beck, 2003). Ver sentencia OLG Brandeburgo de 28 de noviembre de 2001, número 1Ss 52/01 (NJW 2002, 1440), en el que se condena a un grupo por el delito de incitación al odio por gritar consignas como “extranjeros fuera” (*Ausländer raus*). En este caso el tribunal de Brandeburgo, tomando en consideración el resto de circunstancias que envolvieron el acto, como la utilización de banderas del Tercer Reich, el historial de violencia contra los extranjeros en la región, la utilización de otras consignas como *Sieg Heil* o *Hoch die nationale Solidarität* (alta solidaridad nacional), llegaron al convencimiento de que el acto incitó al odio y la violencia o a tomar medidas arbitrarias en contra de la población. En este sentido ver el apartado 2.3.4.2. donde se comenta esta sentencia.

²³⁸ Ver: Landa Gorostiza, Jon-Mirena, «La regulación penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva “ley de lucha contra la criminalidad” (*Verbrechensbekämpfungsgesets*) del 28 de octubre de 1994», 51; Weiss, David E., «Striking a Difficult Balance: Combating the Threat of Neo-Nazism in Germany While Preserving Individual Liberties», 925.

²³⁹ BGHSt 40, 97, para. 15 y 16.

²⁴⁰ Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 642.

El apartado segundo establece que²⁴¹:

2. Será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa aquel que:

2.1. Con respecto a materiales escritos (artículo 11 StGB apartado 3), que inciten al odio contra cualquiera de los grupos de población mencionados anteriormente, contra una persona a causa de su pertenencia a uno de estos grupos o que exija medidas violentas o arbitrarias contra estos o que ataquen la dignidad humana de otro insultando, menospreciando maliciosamente o calumniando a parte de la población:

- a. Los difunda,
- b. Los exponga públicamente, los fije, los exhiba o los haga accesibles de otra forma,
- c. Los ofrezca, los entregue o los haga accesibles a una persona menor de 18 años; o
- d. Los produzca, los compre, los suministre, los tenga en depósito, los ofrezca, los anuncie, los alabe, acometa acciones de importación o exportación de estos, con el objetivo de utilizar tales escritos o copias de los mismos en el sentido de las letras a) a la c) o facilite a otro su utilización en este sentido; o

2.2. Difunda una presentación del contenido indicado en el apartado 1 anterior en la radio, servicios de comunicación o telecomunicación.

De acuerdo con este artículo, y como se especifica en el artículo 11.3 StGB, no se deben considerar únicamente los textos escritos (*Schriften*) en sentido estricto (libros, textos, revistas, etc.), sino que también comprende los sonidos y las imágenes, el almacenamiento de datos, los CD y los DVD²⁴². El ataque a la

²⁴¹ Artículo 130.2 StGB: Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer:

1) Schriften (§ 11 Absatz 3), die zum Hass gegen eine vorbezeichnete Gruppe, Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung aufstacheln, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordern oder ihre Menschenwürde dadurch angreifen, dass sie beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet werden,

a) verbreitet,

b) öffentlich ausstellt, anschlägt, vorführt oder sonst zugänglich macht,

c) einer Person unter achtzehn Jahren anbietet, überlässt oder zugänglich macht oder

d) herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, ankündigt, anpreist, einzuführen oder auszuführen unternimmt, um sie oder aus ihnen gewonnene Stücke im Sinne der Buchstaben a bis c zu verwenden oder einem anderen eine solche Verwendung zu ermöglichen, oder

2) eine Darbietung des in Nummer 1 bezeichneten Inhalts durch Rundfunk, Medien- oder Teledienste verbreitet.

²⁴² Weiler, Benjamin, *Der Tatbestand "Volksverhetzung"* ..., 42.

dignidad humana tipificado en este apartado, de la misma forma que el del apartado 1, exige que se ataque el núcleo esencial de la personalidad, negando a las personas objeto de los escritos su derecho a vivir en comunidad o argumentando que deben ser tratados como seres inferiores²⁴³.

El apartado 2.2 requiere que se efectúe una difusión masiva, que no incluye los mensajes de texto o los correos electrónicos, pero sí cuando la difusión se realiza en Alemania a través de Internet por personas extranjeras con servidores situados en el extranjero²⁴⁴.

Tanto en el apartado 1 como en el 2 del artículo 130 StGB, la provocación se debe dirigir directamente contra parte de la población que se pueda diferenciar de la mayoritaria debido a características tales como su nacionalidad, raza o religión, o también la que se dirige contra un grupo o colectivos sociales.

El apartado tercero del artículo 130 StGB tipifica la llamada mentira de Auschwitz (*Auschwitzlüge*)²⁴⁵.

(3)Será castigado con pena privativa de libertad de hasta 5 años o multa aquel que públicamente o en una reunión, apruebe, niegue o banalice una acción

²⁴³ Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 641. Ver: BGHSt 36, 83 para. 31.

²⁴⁴ Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 642; Weiler, Benjamin. *Der Tatbestand "Volksverhetzung" ...*, 42. Ver: BGHSt 46, 212. La principal causa de la inclusión de este artículo dentro del StGB fue el alza del extremismo neonazi que acompañó el período en el que se realizó la reunificación de Alemania. Estos extremistas mostraban su frustración en contra de los migrantes que llegaban a Alemania en busca de asilo, lo que conllevó un cambio en esta ley y el surgimiento de nuevas vías antisemitas como la negación del Holocausto. En este sentido: Klaus Günther, «The Denial of the Holocaust: Employing Criminal Law to Combat Anti-semitism in Germany», *Tel Aviv University Studies of Law* 15 (2000): 51-52 y 56-60 .

²⁴⁵ Artículo 130.6 StGB: Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost. La inclusión de la negación del holocausto dentro del StGB y concretamente en el artículo 130 pone de manifiesto que esta conducta no se debe entender como un tema de discriminación racial entre particulares, sino más bien elevando su importancia y poniendo de manifiesto que estas conductas son una amenaza que puso en jaque a toda Alemania y que amenaza a toda la sociedad en sí. Ver: Robert A. Kahn, «Cross-Burning, Holocaust Denial, and the Development of Hate Speech Law in the United States and Germany», *University of Detroit Mercy Law Review* 83 (2005-2006): 188.

de las de la clase señaladas en el párrafo 6.1 del Código Penal internacional (*Völkerstrafgesetzbuches*)²⁴⁶, cometida bajo el régimen nacionalsocialista, de una forma adecuada para perturbar la paz pública.

Aquí, se tipifica tanto la llamada mentira *simple* como la mentira *cualificada* de Auschwitz²⁴⁷, al prohibir la aprobación, la negación o la banalización de los crímenes de genocidio (*Völkermord*, artículo 6 VStGB) cometidos bajo el nacionalsocialismo, de forma pública o en una reunión, siendo necesario que la conducta sea ideal para perturbar la paz pública.

La limitación de las conductas punibles a aquellas que se realizan en público o en una reunión, también comprende las realizadas por Internet (si los contenidos están disponibles para los usuarios), por mensaje de texto (SMS) o por correo electrónico cuando mediante estos se está intentado convocar a un gran número de personas²⁴⁸.

Las tres conductas típicas que se desprenden de la redacción del artículo son aprobar, negar o banalizar los crímenes de genocidio cometidos durante el Tercer Reich. Estas tres acciones comprenderán: manifestaciones positivas realizadas de forma clara (implícita o explícita), la prohibición de negar el hecho histórico, minimizar o disimular cuantitativamente o cualitativamente, trivializar o relativizar los crímenes de genocidio (artículo 6 VStGB) cometidos durante el Tercer Reich²⁴⁹.

²⁴⁶ El *Völkerstrafgesetzbuches* o VStGB, es la ley alemana que regula los crímenes cometidos contra el Derecho internacional público.

²⁴⁷ La mentira simple supone la negación del Holocausto como tal. La cualificada exige que esta negación lleve aparejada una agresión a la dignidad humana, que será definida como el ataque al núcleo esencial e irreductible de la personalidad de otro, negándole el valor de ser humano. Günther, Klaus, «The Denial of the Holocaust: Employing Criminal Law to Combat Anti-semitism in Germany», 58-60; Kahn, Robert A., «Cross-Burning, Holocaust Denial, and the Development of Hate Speech Law in the United States and Germany», 189-190.

²⁴⁸ Weiler, Benjamin, *Der Tatbestand "Volksverhetzung" ...*, 45.

²⁴⁹ Weiler, Benjamin, *Der Tatbestand "Volksverhetzung" ...*, 45-47. Kühl, Kristian. *Strafgesetzbuch. Kommentar*; 643. Ver: BGHSt 40, 97.

Por lo tanto, el artículo 130.3 StGB en su lectura conjunta con el artículo 6 VStGB prohíbe aprobar, negar o banalizar todas las acciones de violencia arbitraria grave cometidas por el régimen del Tercer Reich en Alemania, tales como los experimentos humanos en los campos de concentración, la esterilización forzada o la creación de guetos, entre otros.

Tal y como señala Weiler, para las tres conductas típicas, pero sobre todo para la negación o la banalización de los hechos ocurridos bajo el régimen nacionalsocialista, es necesario establecer un número cuantitativo de personas judías que fueron asesinadas²⁵⁰.

La redacción de este tercer apartado es conflictiva. Parte de la doctrina alemana pone en duda sobre todo la adecuación de la tipificación de la mentira simple de *Auschwitz*, que consiste en negar que el holocausto tuviera lugar, mediante la aportación de investigaciones históricas de los hechos ocurridos en los campos de concentración, sin intención aparente de agitación social²⁵¹. Como veremos en el apartado 4.3.4. referente a el castigo de estas conductas en el ordenamiento jurídico español, la negación de los crímenes de genocidio por individuos que pretenden una revisión de la historia es una conducta que debería ser ajena al derecho penal.

²⁵⁰ Es complicado hacer estas estimaciones sobre todo porque los historiadores *revisionistas* que niegan que el Holocausto judío tuviera lugar, también aportan datos históricos que justifican sus afirmaciones. En este sentido, los trabajos de estos seudo historiadores carecen de cualquier rigor y no pueden considerarse como científicos. La gran mayoría de los historiadores cifran entre 5,29 y 6 millones los judíos que fueron asesinados durante el período del Tercer Reich. Ver Weiler, Benjamin, *Der Tatbestand "Volkverhetzung"* ..., 44-45.

²⁵¹ Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 644; Weiler, Benjamin. *Der Tatbestand "Volkverhetzung"* ..., 48. A modo de ejemplo ver la sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán (*Bundesverwaltungsgericht*, BVerwG) número BVerwG 7 B 8.88, en la que se retira un título de doctor por tener como objeto la investigación la revisión de la historia del pasado nacionalsocialista.

El cuarto inciso del artículo 130 StGB establece que²⁵²:

- (4) Aquel que públicamente o en una reunión perturbe la paz pública de una forma que viole la dignidad de las víctimas aprobando, enaltecendo o justificando la utilización de la violencia arbitraria por parte del régimen nacionalsocialista será castigado con una pena privativa de libertad que no exceda los tres años o multa.

Como se observa, el supuesto de hecho de este artículo es el ataque a la dignidad de las víctimas únicamente mediante la aprobación, glorificación o justificación de la violencia arbitraria utilizada durante el Tercer Reich contra estas de forma pública o en una reunión. Por lo tanto, la aprobación, la glorificación o la justificación de la política nacionalsocialista que no suponga la expresión de la política de violencia arbitraria no estará cubierta por el tipo²⁵³. La aprobación podrá ser tanto explícita como implícita y bastará con presentar la violencia utilizada como ineludible²⁵⁴. Asimismo, el enaltecimiento debe presentar la utilización de la violencia como algo recomendable, deseable o heroico²⁵⁵. Por otra parte, la justificación supone defender las violaciones de los derechos humanos que se cometieron durante la dominación nacionalsocialista. También se incluirían las violaciones individuales de derechos, como las deportaciones o los traslados a campos de concentración²⁵⁶, aunque se admite que esta interpretación puede ser conflictiva con el tenor literal del tipo y plantear problemas de seguridad jurídica²⁵⁷.

²⁵² Artículo 130.4 StGB: Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer öffentlich oder in einer Versammlung den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt.

²⁵³ Weiler, Benjamin, *Der Tatbestand "Volksverhetzung"* ..., 49.

²⁵⁴ Weiler, Benjamin, *Der Tatbestand "Volksverhetzung"* ..., 50.

²⁵⁵ Weiler, Benjamin, *Der Tatbestand "Volksverhetzung"* ..., 50.

²⁵⁶ Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 644; Weiler, Benjamin. *Der Tatbestand "Volksverhetzung"* ..., 50.

²⁵⁷ Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 645.

El apartado 5 del artículo 130 StGB establece²⁵⁸:

(5) El apartado 2 anterior también se aplicará a los materiales escritos (artículo 11.3 StGB) que tengan un contenido como el descrito en los apartados 3 y 4 anteriores.

Este apartado tipifica la utilización de escritos en la forma que se especifica en el apartado 2, también para llevar acabo las conductas descritas en los apartados 3 y 4.

El apartado 6 del artículo 130 StGB establece²⁵⁹:

(6) En los casos a los que se refiere el apartado (2) anterior, en relación con el apartado (5), y en los casos previstos en los apartados 3 y 4, se deberá aplicar el artículo 86.3 StGB *mutatis mutandis*.

Este apartado establece la llamada cláusula de adecuación social (*Sozialadäquanzklausel*), por la que no se exigirán las responsabilidades penales establecidas en los apartados 2 a 5, si los materiales especificados sirven para fines educativos, para prevenir movimientos anticonstitucionales, para promover el arte o la ciencia, en la investigación o la enseñanza, o para informar sobre acontecimientos actuales o históricos o finalidades similares²⁶⁰.

Como se ha podido comprobar, la redacción del artículo 130 StGB es larga y complicada²⁶¹, y requiere de un estudio pormenorizado de los artículos y de la jurisprudencia que los ha desarrollado. Asimismo cubre diversas acciones que se pueden cometer contra los diferentes grupos que conforman la sociedad o contra los miembros que los forman, intentando conectar las conductas tipificadas con los

²⁵⁸ Artículo 130.5 StGB: Absatz 2 gilt auch für Schriften (§ 11 Abs. 3) des in den Absätzen 3 und 4 bezeichneten Inhalts.

²⁵⁹ Artículo 130.6 StGB: In den Fällen des Absatzes 2, auch in Verbindung mit Absatz 5, und in den Fällen der Absätze 3 und 4 gilt § 86 Abs. 3 entsprechend.

²⁶⁰ Weiler, Benjamin, *Der Tatbestand "Volksverhetzung" ...*, 52.

²⁶¹ Landa Gorostiza, Jon-Mirena, «La regulación penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva "ley de lucha contra la criminalidad" (*Verbrechensbekämpfungsgesets*) del 28 de octubre de 1994», 51.

valores o los principios constitucionales que se están tratando de proteger. Esta diversidad y la falta de claridad en la redacción de algunos de sus apartados, junto con la tipificación de la *mentira de Auschwitz* sin diferenciar entre la mera negación de los hechos ocurridos mediante la aportación de datos pseudocientíficos y la aprobación o banalización, le ha valido serias críticas. Algunas de estas no difieren en gran medida de las que recibe también la regulación del Código penal español.

2.3.3.2. Críticas doctrinales al artículo 130 del StGB

A continuación, se comentarán las críticas que ha recibido la redacción del artículo 130 StGB por parte de la doctrina. Estas van, desde la adscripción del artículo al llamado *Derecho penal simbólico* o a lo que Jakobs definió como *delitos clima*, hasta la innecesariedad de su inclusión o la falta de diferenciación entre la mentira simple y la cualificada de *Auschwitz*.

La primera de las críticas que ha recibido el artículo 130 StGB es que la tipificación de las conductas que este contiene supone dar entrada en el código al denominado *Derecho penal simbólico*²⁶². Es decir, cuando el legislador redacta tipos de difícil aplicación con un interés mediático en lugar de preocuparse por la eficacia de los mismos. Tipos que por ser redactados en momentos especialmente tensos²⁶³, donde una gran parte de la sociedad se muestra a favor de la punición de un determinado comportamiento, carecen de la reflexión necesaria de la que debe gozar la inclusión de cualquier conducta dentro del Código penal, y más aún cuando se trata de conductas que versan sobre la limitación de un derecho fundamental como es el de libertad de expresión. Esta rápida redacción e inclusión tiene como

²⁶² Weiler, Benjamin, *Der Tatbestand "Volksverhetzung" ...*, 54-55; Günther, Klaus, «The Denial of the Holocaust: Employing Criminal Law to Combat Anti-semitism in Germany», 60-66.

²⁶³ En este sentido ver Krone, Gunnar, *Die Volksverhetzung als Verbrechen ...*, y Landa Gorostiza, Jon-Mirena, «La regulación penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva "ley de lucha contra la criminalidad" (*Verbrechensbekämpfungsgesets*) del 28 de octubre de 1994».

consecuencia que los tipos adolezcan de vaguedad, circunstancia que mueve las barreras de punición penal hacia adelante, olvidando su característica de última ratio²⁶⁴. En este sentido, la entidad de esta crítica adolece de la misma vaguedad que esta le adscribe al artículo 130 StGB. La redacción deficiente de los tipos penales es una conducta imputable al legislador, por cuanto de él depende que la redacción de los tipos sea lo más clara posible con el objetivo de ofrecer la mayor seguridad jurídica. Esta redacción deficiente no puede ir en contra de la protección de los derechos de las víctimas que se vean afectadas por este tipo de ataques. Al contrario, los esfuerzos deberían centrarse en la modificación de los tipos penales para conseguir una mayor claridad. No me parece adecuada la interpretación que la parte de la doctrina que se muestra crítica con este artículo, realiza respecto de situar el derecho a la libertad de expresión por encima del resto de derechos fundamentales que se han establecido en los Estados democráticos de Derecho, tal y como afirmo en el apartado 2.2. Es necesario ponderar los derechos en juego en el caso concreto, con el objetivo de ofrecer una respuesta adecuada. De otra forma, estaríamos albergando bajo el derecho a la libertad de expresión (y por lo tanto ofreciéndoles la legitimación del Estado), discursos que atacan el núcleo esencial de la dignidad de los integrantes de ciertas minorías o grupos sociales, únicamente por lo que estos son (por ejemplo personas de color o miembros de colectivos LGTB), o por una cualidad que se les adscribe en un momento determinado (por ejemplo, inmigrante) lo que supone una traba en el reconocimiento y utilización, en plano de igualdad, de los derechos que como seres humanos nos son inherentes. Así, algunas de las conductas tipificadas en el artículo 130 StGB cuentan con una dilatada historia dentro del StGB, por lo que la vaguedad detectada por parte de la doctrina podría haber sido remediada si hubiera habido voluntad del legislador. Los tiempos en la política no pueden jugar en contra de la protección o en el reconocimiento de derechos. Además, estas nuevas formas de poner en peligro bienes merecedores de

²⁶⁴ Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 645.

protección, se alejan de los tipos tradicionales en los que el supuesto de hecho puede ser identificado perfectamente.

La segunda crítica versa sobre la identificación de este tipo de delitos a lo que Günter Jakobs definió como delitos clima (*Klimadelikte*)²⁶⁵. Estos tipos están diseñados para proteger un determinado clima político, castigando aquellas conductas que tratan de envenenar el ambiente, buscando el enfrentamiento social²⁶⁶. La crítica que se le realiza a este tipo de delitos es que no respetan los principios básicos del Derecho penal, ya que modifican las circunstancias de la validez y castigan la amenaza futura de la violación de la ley (*nulla poena sine lege*). Por lo tanto, según parte de la doctrina, crean una legislación penal que no se ajustaría a los principios básicos de un Estado de Derecho constitucional. A este respecto comentar que la doctrina que achaca esta crítica al artículo 130 StGB confunde la teoría de lo que Jakobs acuñó como *Derecho penal del enemigo*. Simplemente apuntaré aquí, dado que este tema será tratado en mayor profundidad en apartados siguientes, que las características básicas de este Derecho penal no se observan en el artículo 130 StGB, dado que no se prevé ni²⁶⁷: la suspensión de las garantías procesales, la utilización de penas desproporcionadas²⁶⁸, la inversión de la carga de la prueba, la limitación del derecho de defensa ni, el castigo de amenazas futuras. Los procedimientos (tal y como se estudiará en el apartado del estudio

²⁶⁵ Weiler, Benjamin, *Der Tatbestand "Volksverhetzung" ...*, 55. Muchos otros autores utilizan esta definición, ver: Winfried Brugger, «Ban On or Protection of Hate Speech? Some Observations Based on German and American Law», *Tulane European and Civil Law Forum* 17 (2002): 13.

²⁶⁶ Jon-Mirena Landa Gorostiza, «Racismo, xenofobia y Estado democrático», *Eguzkilore* 18 (2004): 66.

²⁶⁷ Estas son algunas de las críticas que recibe el derecho penal del enemigo por parte de Ferrajoli. Este derecho penal definido por Jakobs se ha sido exportado por los Estados Unidos de Norteamérica para los delitos de terrorismo y su ejemplo más claro es Guantánamo, calificando al terrorista además de enemigo al que en se le pueden suspender ciertas garantías que rigen en el resto de procedimientos. Ver: Luigi Ferrajoli, «El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal», *IUS* 19 (2007): 5-24. En este sentido ver el apartado 4.3.5.1. de la presente investigación donde trato el tema del Derecho penal del enemigo detenidamente.

²⁶⁸ El artículo 130 StGB prevé en todos sus tipos la pena de multa o la pena privativa de libertad, lo que permite al juez un amplio margen a la hora de decir cuál imponer atendiendo a las circunstancias del caso.

jurisprudencial) en los que se aplica el artículo 130 StGB gozan de las mismas garantías procesales que el resto de procedimientos penales y, por lo tanto, en ningún momento se observa una alteración en los procedimientos de defensa o en la fase de prueba ni se suspenden garantías procesales como pudiera ser el *habeas corpus*. Del estudio de la sentencias se desprende una aplicación minuciosa de las garantías procesales debido a la entidad constitucional de los derechos en juego, que exige una reflexión profunda y una argumentación concienzuda en la redacción de las sentencias. Al respecto del castigo de amenazas futuras, los críticos que adscriben esta circunstancia al artículo 130 StGB lo identifican con el derecho penal de autor. Como afirmo en el apartado 4.3.5. al estudiar las críticas realizadas al artículo 510 del Código penal español, esta regulación no debe fijar su objetivo en las características de las personas que infringen el tipo. La regulación de estas conductas lo que pretende es proteger a las personas a las que este discurso se dirige, dado que la intención de su autor es la creación de un ambiente de asedio y acoso, que tiene por objetivo coartar la libertad de ciertos grupos y atacar al núcleo irreductible del ser humano, a los que el ordenamiento jurídico les debe ofrecer su protección.

Los críticos también advierten de la superfluidad del artículo 130 StGB²⁶⁹, por cuanto la mayoría de conductas que este tipifica se encuentran ya reguladas en otros artículos del Código, como los delitos por insultos²⁷⁰, o los artículos 111²⁷¹, 131²⁷² y 140²⁷³ StGB. El problema que se plantea a este respecto es que los artículos que tratan el insulto, lo hacen de forma individual, es decir, es un derecho del que

²⁶⁹ Weiler, Benjamin, *Der Tatbestand "Volksverhetzung" ...*, 54-57.

²⁷⁰ A los que ya he hecho referencia al inicio de este capítulo, artículos 185 y siguientes del StGB.

²⁷¹ Este artículo castiga la instigación a cometer actos ilícitos.

²⁷² Castiga la representación de la violencia mediante escritos en los que se glorifique o trivialize los actos crueles o inhumanos contra las personas de manera en que violen su dignidad humana.

²⁷³ Tipifica los actos de recompensa o aceptación de forma que perturbe la paz pública, en una reunión pública o mediante una publicación, de hechos punibles en los artículos 138.1 1 a 6 y 126.1 del StGB después de haber sido cometidos o de haber sido intentados (de forma punible también).

tiene la legitimación activa el ofendido frente a la persona que le ofende, y en numerosos casos de discurso de odio se profieren insultos o amenazas colectivas en un solo acto. Lo que se argumenta por parte de los críticos es que este tipo de ofensas, al dirigirse contra un número indeterminado de personas, no son conductas ideales para trascender del grupo al que van dirigidas y así lesionar el honor o la dignidad de sus integrantes. Esta presunción no debería ser considerada como válida. Lo que se observa necesario es que al menos los ofendidos puedan acudir al amparo judicial y en esta sede probar que la conducta realizada por el acusado ha vulnerado alguno de los derechos que estos tipos penales tratan de proteger. Establecer que en ningún caso la entidad de los discursos que pueden ser penalmente relevantes carecen de la entidad como para ofender a las personas a las que van dirigidas, no me parece una presunción proporcional, debiendo dejar al juez que realice la instrucción del caso decidir sobre este asunto. Otra característica que diferencia los delitos 185 StGB y siguientes y el 130 StGB es el *animus* de la conducta. Mientras que los primeros son ataques dirigidos de forma nominal hacia una persona, los del 130 StGB se realizan de forma general contra colectivos, por lo que la amenaza se dirige hacia una pluralidad de personas que comparten una característica común (bien sea la etnia, la religión, la orientación sexual, entre otras) y por lo tanto estas conductas pretenden vulnerar de forma colectiva ciertos derechos de las personas a las que se dirigen, únicamente por lo que estas personas son y por esto, estas conductas son ideales de ser diferenciadas de los insultos personales por cuanto atacan a valores y derechos de una pluralidad de personas, que habilitan una tutela diferenciada a la de los casos individuales.

Por otra parte, el apartado tercero del artículo 130 StGB recibe aún si cabe mayores críticas por las conductas que tipifica. La principal es que el legislador, cuando lo redactó, estaba más preocupado por mostrar a la comunidad su decidida intención de prohibir estas conductas que por buscar unos tipos penales que

efectivamente protegieran a las posibles víctimas de estas²⁷⁴. El problema se centra principalmente en la falta de diferenciación entre la mentira simple y la mentira cualificada de Auschwitz²⁷⁵. Esta circunstancia lleva a prohibir cualquier revisión radical de la historia, como la negación del holocausto o la banalización cuantitativa de la cifra de fallecidos en el Holocausto judío. El problema surge cuando la persona que niega o banaliza los hechos ocurridos está firmemente convencida de que su versión de la historia es la verdadera²⁷⁶, pudiendo basarse en una investigación personal de los hechos históricos que la han llevado a afirmar tales extremos. A este respecto, el Tribunal Federal alemán se ha pronunciado de forma clara, afirmando que “quien cierra los ojos a la verdad histórica y no la reconoce, no merece indulgencia, especialmente cuando se trata de crímenes –como instigación al pueblo e incitación al odio racial– que ponen en peligro sobre todo la paz pública”²⁷⁷, dado que estas conductas suponen el rechazo o la banalización de unos hechos “históricamente claros y evidentes”²⁷⁸. Asimismo, el Tribunal Constitucional Federal alemán también se ha pronunciado afirmando la constitucionalidad del

²⁷⁴ Günther, Klaus, «The Denial of the Holocaust: Employing Criminal Law to Combat Anti-semitism in Germany», 60-61.

²⁷⁵ En este sentido: Brugger, Winfried, «Ban On or Protection of Hate Speech? Some Observations Based on German and American Law», 15-20. El autor plantea toda una serie de dudas, sobre todo por la criminalización de la mentira simple como por ejemplo, ¿por qué se debe utilizar el Derecho penal para proteger una verdad histórica? o ¿Por qué no se tienen en cuenta los derechos de la persona que está firmemente convencida de que los hechos no ocurrieron?

He de poner de relieve que la no distinción entre ambos tipo de *mentira* se viene realizando desde el año 1994 en el que el Tribunal Constitucional Federal alemán condenara a Deckert (BGHSt, 40, 97), presidente de un partido de extrema derecha por la traducción de los texto de una conferencia organizada por él, en el que el autor, el *historiador* americano Fred Leuchter, dudaba y negaba la existencia de los campos de concentración y de las cámaras de gas. Ver: Kübler, Friedrich, «How much freedom for racist speech? Transnational aspects of a conflict of human rights», 344; Weiss, David E., «Striking a Difficult Balance: Combating the Threat of Neo-Nazism in Germany While Preserving Individual Liberties», 928-929; Kahn, Robert A., «Cross-Burning, Holocaust Denial, and the Development of Hate Speech Law in the United States and Germany», 190.

²⁷⁶ Weiler, Benjamin, *Der Tatbestand “Volksverhetzung” ...*, 58-59. Brugger, Winfried, «Ban On or Protection of Hate Speech? Some Observations Based on German and American Law», 15.

²⁷⁷ Sentencia del Tribunal Federal alemán de 15 de diciembre de 1994 BGH-1StR 656/94 (NSTZ 1995, 128). Texto original: Wer vor der historischen Wahrheit die Augen verschließt und sie nicht anerkennen will, verdient dafür keine Strafmilderung, zumal wenn es sich um Straftaten handelt, die -wie Volksverhetzung und Aufstachelung zum Rassenhaß- den öffentlichen Frieden besonders gefährden.

²⁷⁸ BGHSt, 47, 278, para. 9. Texto original: “der historisch eindeutig belegt und damit offenkundig”.

precepto²⁷⁹. Como se afirma en los apartados 4.3.5 y 4.3.6., la tipificación de la negación de los delitos de genocidio debería ser una utilización del discurso del odio ajena al derecho penal. No es tarea del legislador establecer a través del *sus punendi* verdades objetivas o de estado, que no puedan ser combatidas o desafiadas a través de nuevas investigaciones. Es necesario recordar aquí la opinión de Kant respecto a que no se deben detraer dogmas de la crítica pública, y en este caso específico es aún más difícil de justificar por cuanto se trata de la determinación de hechos históricos.

Pese a esto, y de igual forma como comenté en el apartado 2.2.2. respecto de la posible no adecuación del marco europeo de protección en la realidad de EE. UU., no pretendo afirmar que el ordenamiento jurídico alemán deba excluir el castigo de este tipo de comportamiento de su StGB. Los crímenes cometidos durante el III Reich fueron de tal gravedad, que es comprensible que el legislador haya entendido adecuado el castigo de las conductas que tienden a su negación, pero este pasado histórico no es adscribible a todos los Estados, por lo que sí considero que en España este tipo de conductas no deberían ser perseguidas.

2.3.4. Estudio de la jurisprudencia

Una vez introducidos los artículos relevantes que los tribunales utilizarán en el enjuiciamiento de los casos de lenguaje del odio, es necesario acudir a las

²⁷⁹ BVerfGE 90, 241, para. 23 y siguientes. En esta sentencia el Tribunal realiza una distinción entre la expresión de opiniones a las que no se puede clasificar como verdaderas o falsas y que gozan de una amplia protección constitucional dentro del derecho a la libertad de expresión del artículo 5 GG y la afirmación hechos (*Tatsachenbehauptungen*). Dentro de esta última categoría no estarían protegidos los hechos falsos o la negación de hechos probados.

decisiones de los tribunales²⁸⁰ más relevantes y conocer cómo son aplicados por parte del Tribunal Federal y del Tribunal Constitucional Federal. Como hemos visto, por un lado el artículo 5 GG, y por el otro el artículo 130 StGB, tienen una serie de requisitos que deben ser contemplados en el momento de la aplicación por parte de los tribunales. Para establecer las particularidades de cada uno de estos supuestos es necesario acudir al desarrollo que de estos ha practicado la jurisprudencia.

Aunque a lo largo del apartado anterior y para complementar la visión de los autores citados ya se han introducido algunas sentencias, en este apartado se ampliará el número de casos estudiados y se desarrollarán de una forma más pormenorizada. Con el objetivo de sistematizar el estudio, este se dividirá en tres secciones. Estas no pretenden ser estancas entre sí, dado que alguna de las conductas enjuiciadas puede aparecer en ambas dada la vecindad de los tipos. Lo que se pretende mediante esta división es mostrar de forma sistemática cuáles son los requisitos que la doctrina ha observado necesarios en la aplicación de las diferentes conductas tipificadas por los artículos que aquí nos ocupan.

Por esto, la primera sección se centrará en las sentencias que tengan como objeto el artículo 5 GG, que al estar albergado en la constitución y dada la relevancia de las sentencias en las que el Tribunal Constitucional Federal alemán ha aplicado el artículo hacen necesario separarlo del resto de los aquí mencionados. En segundo lugar, se conocerán las decisiones de los tribunales relativas a los apartados 1 y 2 del artículo 130 StGB, y la aplicación de este en situaciones en las que se

²⁸⁰ Es necesario introducir aquí una nota aclaratoria sobre cómo se citará la jurisprudencia alemana. Atendiendo a la forma utilizada por la doctrina, se utilizarán dos formas que corresponden a la decisión del tribunal que dicta la sentencia de si esta se publica en su propia base de datos o en una privada. Así, cuando nos encontremos ante la primera situación, se utilizará el modo abreviado de cita que consiste en la identificación del órgano que dicta la sentencia y el número asignado (por ejemplo BGHSt 21, 371). Cuando nos encontremos ante la segunda situación, se citará la sentencia de forma completa agregando al final el número que la identifique en la base de datos con el objetivo de facilitar su búsqueda (por ejemplo sentencia del Tribunal Federal alemán BGH de 15 de noviembre de 1967 -3 StR 4/67 [NJW 1968, 309])

pretende perturbar la paz pública mediante: la provocación al odio, el ataque a la dignidad humana o exigir medidas violentas o arbitrarias en contra de grupos o sectores de la población, así como la utilización de escritos con estos fines. Finalmente, la tercera sección se centrará en los apartados 3 y 4 del artículo 130 StGB, por cuanto estos se centran en la mentira de Auschwitz y los requisitos para su materialización difieren de los apartados anteriores del artículo. Asimismo y como ya he mencionado con anterioridad, su aplicación es la más discutida por parte de la doctrina, circunstancia que también sugiere como adecuado separar el estudio de su aplicación del resto. Los apartados 5 y 6 del artículo 130 StGB serán vistos de forma colateral en los dos anteriores apartados por cuanto su aplicación por parte de los tribunales ha sido menor.

2.3.4.1. La libertad de expresión y el discurso protegido al amparo del artículo 5 GG

Como se ha afirmado en el apartado anterior, en esta primera sección se estudiarán cuáles son los requisitos necesarios para aplicar una restricción sobre el derecho a la libertad de expresión contenido en el artículo 5 GG, determinados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán a lo largo de la historia de su aplicación.

Así pues, el primer requisito que se comentará y que es capital en la interpretación que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán ha venido realizando del artículo 5 GG es la necesidad de que el tribunal ante el cual se esté planteando la aplicación de algún tipo de limitación al derecho fundamental a la libertad de expresión deba tener en cuenta todas las circunstancias que rodean el

caso concreto²⁸¹, con el objetivo de establecer una correcta ponderación²⁸² entre los derechos y/o los valores en disputa. Así, Brugger²⁸³ afirma que existen dos cláusulas utilizadas por los tribunales que deberán ser tenidas en cuenta cuando un caso de discurso del odio sea castigado por los tribunales alemanes: en primer lugar es necesario aplicar el principio de proporcionalidad²⁸⁴, por el que se utilizarán las medidas menos restrictivas con el derecho a la libertad de expresión, de acuerdo con fines que se pretenden perseguir; y en segundo lugar, cuando el mensaje es ambiguo, los tribunales deberán tener en cuenta todas las interpretaciones posibles.

²⁸¹ Winfried Brugger, «The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part II)», *German Law Journal* 4 (2003): 23.

²⁸² Brugger, Winfried, «Ban On or Protection of Hate Speech? Some Observations Based on German and American Law», 8. De opinión similar Weiss, que alega que el Tribunal debe determinar si el discurso amenaza el orden democrático básico de Alemania. Si es así, entonces puede ser castigado. También y de forma alternativa el Tribunal Constitucional Federal alemán puede sopesar el valor del derecho al discurso libre en contra del valor de la dignidad de la persona, que es el derecho fundamental principal de todos los que la GG contiene. Ver: Weiss, David E, «Striking a Difficult Balance: Combating the Threat of Neo-Nazism in Germany While Preserving Individual Liberties», 927. También de opinión similar: Jacobs, David A., «Recent Developments. The Ban of Neo-Nazi Music: Germany Takes on the Neo-nazispments», 569; Kommers, Donald P., «The Jurisprudence of Free Speech in the United States and the Federal Republic of Germany», 673-674; Krotoszynski, Ronald J. Jr., «A Comparative Perspective on the First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany», 1554. También es necesario destacar, forma sumaria, que la utilización de la ponderación de derechos en procesos judiciales no es una cuestión pacífica para la doctrina como pone de relieve Alexy. Para este autor la ponderación es una especie de meta-principio que se deberá aplicar cuando exista un conflicto de derechos. Sin embargo existen otros autores como Habermas que opinan que su utilización supone una degradación de los derechos constitucionales al nivel de objetivos o valores. Ver: Robert Alexy, «Constitutional Rights, Balancing, and Rationality», *Ratio Juris* 16-2 (2003): 131-140; Manuel Atienza, «A vueltas con la ponderación», *Anales de Cátedra Francisco Suárez* 44 (2010): 46; Pérez de la Fuente, Oscar, «Libertad de expresión y el caso del *lenguaje del odio*. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana», 94.

²⁸³ Brugger, Winfried, «Ban On or Protection of Hate Speech? Some Observations Based on German and American Law», 8. Ver también aunque no se refiera específicamente al caso alemán, sino a la diferencia entre el modelo estadounidense y el no estadounidense Frederick Schauer, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and America: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture* (Boston: John F. Kennedy School of Government Harvard University, 2005).

²⁸⁴ Alexy explica el principio de proporcionalidad como una subdivisión de tres principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Todos ellos expresan la idea de optimización. Los dos primeros hacen referencia a la optimización de las posibilidades fácticas, por cuanto una medida que limite un derecho para satisfacer otro debe ser la idónea y la necesaria para realizar esa finalidad sin imponer una penalidad mayor de la estrictamente necesaria para la consecución del objetivo en el derecho que cede. El tercer subprincipio tiene que ver con la optimización de las posibilidades normativas. Ver: Alexy, Robert, «Constitutional Rights, Balancing, and Rationality», 135-136; Atienza, Manuel, «A vueltas con la ponderación», 46-47.

Esto significa que cuando estos eligen realizar una determinada apreciación del mensaje que faculta su limitación, al mismo tiempo deben argumentar de forma razonada por qué eligen esa interpretación de los hechos y no otra. Si esta operación no se lleva a cabo, no excluyendo otros análisis de forma explícita y razonada, nos encontraríamos ante una violación del artículo 5 GG²⁸⁵.

En este sentido, la primera de las sentencias objeto de estudio es la BVerfGE 7, 198 (caso *Lüth*). En esta se decide sobre la limitación del derecho a la libertad de expresión en relación con la llamada a boicotear la difusión de una película cinematográfica. Aunque esta sentencia versa sobre la aplicación de un artículo del Código civil alemán²⁸⁶, el Tribunal Constitucional alemán establece las bases de la protección de las opiniones bajo el paraguas del artículo 5 GG.

En el presente caso, se recurre la condena al presidente del Club de Prensa de Hamburgo (que además ostentaba otros cargos públicos), Erich Lüth. El asunto versa sobre la condena que recibió por haber realizado un llamamiento al boicot contra las películas dirigidas por Veit Harlan, un director cinematográfico que consiguió su fama durante el Tercer Reich, trabajando directamente bajo las ordenes del ministro de propaganda Josef Goebbels, generando publicidad y dirigiendo películas en contra de los judíos. Por alguna de estas películas fue posteriormente

²⁸⁵ BVerfGE, 82, 1 (Caso Hitler T-Shirt). El caso versa sobre una manufacturera que fabricaba camisetas. El estampado por el que fueron llevados ante los tribunales representaba un mapa de Europa con una esvástica gigante alrededor con la leyenda *Tour Europeo*, en el que constaban los Estados y las fechas invadidos por Hitler. Los tribunales inferiores condenaron a la empresa porque aunque esta pretendiera ser satírica, un *observador experimentado* (kundige Betrachter), fallaría en la percepción de la ironía del dibujo. El Tribunal Constitucional alemán aduce que esa interpretación no aporta argumentos lo suficientemente convincentes como para vencer la intencionalidad irónica y artística de la camiseta, por lo que considera que el derecho a la libertad de expresión ha sido vulnerado. En este sentido ver también: Erbele, Edward J., «Public Discourse in Contemporary Germany», 875; Krotoszynski, Ronald J. Jr., «A Comparative Perspective on the First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany», 1595-1597.

²⁸⁶ Se aducía la lesión del artículo 826 del Código civil alemán que establece: quien de manera intencional y obrando contra las buenas costumbres cause un daño a otro, está obligado a repararle por los daños ocasionados.

condenado por crímenes contra la humanidad²⁸⁷, aunque posteriormente absuelto. El Tribunal Constitucional Federal, para establecer si existió vulneración del derecho a la libertad de expresión de Erich Lüth, establece que se deben ponderar los motivos, los objetivos y los propósitos²⁸⁸ que se perseguían con la llamada al boicot con el objetivo de conocer si su intencionalidad fue contraria a los valores que contiene la GG.

El Tribunal establece que el motivo principal era poner de relieve el peligro de que Harlan volviera a ser considerado como una figura representativa dentro del cine alemán²⁸⁹, por su relación con el nacionalsocialismo²⁹⁰, estableciendo que Lüth quería ayudar a la formación de la opinión pública, contribuyendo con sus opiniones a un asunto que afectaba en gran medida al público alemán²⁹¹. La proyección de sus películas en el extranjero habían recibido airadas protestas por su contenido. Además Lüth era miembro de una asociación que tenía como objetivo buscar la paz entre el pueblo alemán y el judío.

²⁸⁷ V. Harlan fue condenado por crímenes contra la humanidad por haber contribuido en la atmósfera de persecución a los judíos durante el Tercer Reich por la producción de la película *Dulces Judíos* (Jud Süß). Posteriormente fue absuelto por el crimen dado que alegó que trabajó bajo coacción y el tribunal militar que revisó la condena no pudo probar en contra de este hecho. Además, posteriormente se sometió al proceso de *desnacificación* por lo que quedó exonerado. Ver: Erbele, Edward J., «Public Discourse in Contemporary Germany», 809; Peter E. Quint, «Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory». *Maryland Law Review* 48-2 (1989): 252-253.

²⁸⁸ BVerfGE 7, 198, para. 50. Ver también: Weiss, David E., «Striking a Difficult Balance: Combating the Threat of Neo-Nazism in Germany While Preserving Individual Liberties», 921.

²⁸⁹ BVerfGE 7, 198, para. 57. Opinión que fue protegida por el Tribunal por considerarla consistente con los principios de la GG y la democracia. Ver: Weiss, David E., «Striking a Difficult Balance: Combating the Threat of Neo-Nazism in Germany While Preserving Individual Liberties», 921; Kommers, Donald P., «The Jurisprudence of Free Speech in the United States and the Federal Republic of Germany», 688.

²⁹⁰ Ver: Krotoszynski, Ronald J. Jr., «A Comparative Perspective on the First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany», 1587.

²⁹¹ Krotoszynski, Ronald J. Jr., «A Comparative Perspective on the First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany», 1589.

Esta sentencia es importante para el tema que aquí nos ocupa por cuanto el Tribunal declara, que: “el derecho fundamental a la libertad de expresión es una de las más directas expresiones de la personalidad humana en la sociedad, uno de los principales derechos humanos de todos. Para un Estado liberal y democrático, es absolutamente constitutiva, y únicamente se consigue a través del de debate intelectual constante, la lucha entre las diferentes opiniones, que es el elemento vital que la hace posible. Esta libertad es en cierto sentido la base de cualquier libertad”²⁹². Por lo tanto, el Tribunal establece la necesidad de protección del derecho a poder expresarse, dado que es connatural a la existencia humana, independientemente de los efectos que las afirmaciones puedan tener en las personas a las que se dirigen²⁹³. Pero asimismo, el Tribunal también tiene en cuenta las consecuencias que se pueden desprender de la utilización del derecho a la libertad de expresión.

Así, tal y como apunta Schwabe, la expresión de opiniones es libre (y por lo tanto protegida), pero cuando esta afecta a un bien jurídico protegido de un tercero cuya protección debe prevalecer sobre la libertad de expresión, no se podrá utilizar este derecho para amparar el daño producido al tercero. Se requiere una ponderación²⁹⁴ de los bienes jurídicos del caso concreto. “El derecho a expresar opiniones debe ceder frente a los intereses de rango superior de un tercero, y que puedan resultar violados con el ejercicio de la libertad de opinión”²⁹⁵.

²⁹² BVerfGE 7, 198, para. 30.

²⁹³ Brugger, Winfried, «The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I)», 7; Appleman, Bradley A., «Hate Speech: A Comparison Of The Approaches Taken By The United States And Germany», 430.

²⁹⁴ Brugger, Winfried, «The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I)», 10 y 21.

²⁹⁵ Jürgen Schwabe, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, (Berlín: Konrad Adenauer Stiftung, 2009), 207. Ver también, Appleman, Bradley A., «Hate Speech: A Comparison Of The Approaches Taken By The United States And Germany», 431.

De acuerdo con esta consideración, el Tribunal Constitucional estableció que no se valoró correctamente la intención del comportamiento del recurrente²⁹⁶ y que la llamada al boicot debe ser considerada como un tema de discusión dentro del amplio debate público sobre el asunto²⁹⁷, estableciendo la conducta de Lüth como protegida por el derecho a la libertad de expresión, por lo que la condena quedó revocada.

De esta forma se establece que los casos relativos a la libertad de expresión se deben analizar de forma pormenorizada, con el objetivo de ofrecer una respuesta adecuada al caso. Así, de acuerdo con Brugger²⁹⁸, se puede distinguir entre las expresiones de alto valor (*high-valuable speech*) y las de bajo valor (*low-valuable speech*)²⁹⁹. Todas las opiniones forman parte del discurso protegido por la libertad de expresión y son consideradas como *de alto valor*, puesto que son esenciales en un Estado de Derecho. Sin embargo, cuando se utilice este derecho para atacar a la dignidad de las personas o a grupos de personas, o constituya una forma de vilipendio de estos, estas expresiones serán tenidas en cuenta como de bajo valor y por lo tanto otros valores constitucionales pueden prevalecer sobre el derecho a la libertad de expresión³⁰⁰.

Además este autor establece una tercera categoría, las expresiones que no son consideradas como tales (*non-speech*), en la que los hechos afirmados no serán considerados como expresión y por lo tanto no serán protegidos por el artículo 5

²⁹⁶ BVerfGE 7, 198, para. 79.

²⁹⁷ BVerfGE 7, 198, para. 74.

²⁹⁸ Brugger, Winfried, «The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I)», 10. Ver también: Erik Bleich, «The Rise of Hate Speech and Hate Crime Laws in Liberal Democracies», *Journal of Ethnic and Migration Studies* 37 (2011): 921.

²⁹⁹ De opinión diferente Erbele, que argumenta que el discurso público o político debe ser el más protegido mientras que el que privado que concierne a intereses propios, comerciales o económicos debe considerarse de menor valor y por lo tanto debería ceder antes ante principios constitucionales como la dignidad humana o los derechos de la personalidad. Erbele, Edward J., «Public Discourse in Contemporary Germany», 806.

³⁰⁰ Brugger, Winfried, «The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I)», 22.

GG. El ejemplo más claro de esta categoría es la negación del holocausto, que como se mostrará en el tercer apartado de este estudio jurisprudencial, es considerado como un hecho manifiestamente probado, cuya negación únicamente busca el ataque a la dignidad personal del pueblo del Israel y a los judíos alemanes.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 25 de marzo de 2008 -1BvR 1753/03, viene a recordar lo expuesto por la sentencia anterior. Establece que el derecho a la libertad de expresión garantiza el derecho a expresar la opinión libremente, quedando excluidas las afirmaciones de hechos deliberadamente falsos³⁰¹. Para conocer si las afirmaciones realizadas van más allá del contenido protegido por el derecho a la libertad de expresión, se ha de determinar el significado objetivo del enunciado, esto es, el sentido que objetivamente le da una audiencia imparcial e inteligente al contenido³⁰².

Los requisitos establecidos en la sentencia de Lüth son vitales para entender de qué forma se ha desarrollado en Alemania la protección frente al discurso del odio. La necesidad de ponderar los intereses en juego para determinar caso por caso en qué ocasiones la libertad de expresión impone una penalidad excesiva sobre otros derechos o valores también constitucionales (como por ejemplo la dignidad), es un ejemplo muy adecuado que permite a los tribunales conocer tanto las circunstancias en las que se han desarrollado los hechos como cuál era la motivación del autor y con estos datos determinar si se ha producido o no un abuso del derecho a la libertad de expresión.

³⁰¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 25 de marzo de 2008 -1BvR 1753/03, para. 24.

³⁰² Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 25 de marzo de 2008 -1BvR 1753/03, para. 26. Ver también: Douglas-Scott, Sionaidh, «The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European Approaches», 335-336.

2.3.4.2. Apartados 1 y 2 del artículo 130 StGB

A continuación se investigará una selección de sentencias emitidas por diversos tribunales alemanes en las que se han aplicado estos dos apartados del artículo 130 StGB. En primer lugar, se expondrán las sentencias que tratan sobre la definición de qué debe ser entendido por un ataque a la dignidad humana; y en segundo lugar, se conocerán las sentencias que definen qué debe ser entendido como una incitación al odio y a la toma de medidas violentas o arbitrarias en contra de grupos o sectores de la población. En ambos apartados se expondrán en primer lugar las sentencias que castigan comportamientos que sí reúnen los requisitos de los tipos y en segundo lugar las que no.

Así, en primer lugar y respecto a aquellas conductas que sí deben ser entendidas como un ataque a la dignidad humana, contamos con la sentencia del Tribunal Federal alemán, de 14 de enero de 1981, número BGH 3StR 440/80 (NStZ 1981, 258), que aplica la antigua redacción del artículo 131 StGB (cuya conducta es muy similar a la redactada actualmente en el artículo 130.2 StGB)³⁰³ y concreta los requisitos. El caso versa sobre la distribución de unos panfletos en los que, dentro de la llamada *visión biológica de la existencia de diferentes razas*, se establecía lo que el autor llamaba la *mentira de los 6 millones*³⁰⁴. El Tribunal establece que un ataque contra la dignidad humana existe únicamente si se dirige al núcleo esencial e

³⁰³ Esta sentencia bien podría haberse incluido en la segunda sección del estudio jurisprudencial que contempla las relativas a la *mentira de Auschwitz*. La razón de que se incluya en este primer apartado es que en año 1981 el artículo 130.3 StGB no existía, ya que la primera vez que se introdujo un artículo que castigara este tipo de conductas fue con la 21ª reforma del Código penal (21. StÄG), que introdujo el artículo 194 StGB (que en posteriores reformas pasaría a ser el actual 130.3 StGB), que tipificaba la *mentira de Auschwitz*. Ver Landa Gorostiza, Jon-Mirena, «La regulación penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva “ley de lucha contra la criminalidad” (*Verbrechensbekämpfungsgesets*) del 28 de octubre de 1994», 27-32.

³⁰⁴ Previo a este caso, en los años 1958-1959, se juzgó el caso Nieland que también versa sobre la distribución de un panfleto en el que su autor, Friedreich Nieland, afirmaba que la muerte de seis millones de judíos era una mentira y que Hitler había sido un agente judío. Este caso fue el que dio lugar a la modificación del artículo 130 StGB para la inclusión de nuevas conductas que penaban la incitación racial. Ver: Kahn, Robert A., «Cross-Burning, Holocaust Denial, and the Development of Hate Speech Law in the United States and Germany», 185-186.

irreductible de la personalidad de otro, negándole el valor de ser humano³⁰⁵. Esto comprende la negación de vivir en pie de igualdad con el resto de ciudadanos del Estado y el tratar a la persona como un ser infravalorado³⁰⁶. Así, no se deben considerar ataques a la dignidad humana la mera lesión del honor de una persona³⁰⁷, puesto que una conducta que pretende lesionar la dignidad de un ser humano debe ser entendida como una acción que pretende ir más allá de la lesión al honor. En el presente caso, sí que se observa un ataque a la dignidad humana de acuerdo con la definición descrita, dado que se identificaba a los judíos como una *raza* inferior, lo cual podía despertar sentimientos hostiles contra de estos de forma general, y concretamente contra los judíos que viven Alemania, especialmente porque su infractor se identificó con la ideología nazi.

Así, respecto de los ataques que no deben considerarse atentatorios contra la dignidad humana destacaré dos sentencias, una sentencia del Tribunal Federal y otra del Tribunal Constitucional Federal sobre insultos proferidos en contra del Ejército Federal alemán (*Bundeswehr*). Por una parte, la sentencia del Tribunal Federal alemán BGHSt 36, 83 versa sobre una publicación en la que se acusaba a los miembros del *Bundeswehr* de tener una profesión cuyo principal objetivo es el “asesinato y el mantenimiento de una máquina de matar gigante, lo que es una profesión moralmente reprobable”³⁰⁸. Por otra parte, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal BVerfGE 93, 266 trata sobre la utilización en varias ocasiones de eslóganes como “soldados asesinos” y “los soldados son potenciales

³⁰⁵ BGH de 14 de enero de 1981 - 3StR 440/80 (NStZ 1981, 258). También en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 4 de febrero de 2010 -1BvR 369/04, para. 26.

³⁰⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 4 de febrero de 2010 -1BvR 369/04, para. 26.

³⁰⁷ En este sentido también ver Brugger, Winfried., «The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I)», 12. Este autor afirma en consonancia con lo establecido por el Tribunal Constitucional Federal alemán que la utilización de palabras ofensivas no es suficiente para que su utilización se sitúe fuera de la protección del artículo 5 GG. Únicamente cuando el hablante lleva más allá su conducta y sustituye la fuerza persuasiva de su discurso por la coerción será cuando se podrán castigar.

³⁰⁸ BGHSt 36, 83, para. 3. Texto original: Und ein Beruf, dessen eigentlicher Zweck das Morden und Aufrechterhalten einer gigantischen Mordmaschinerie ist, ist eben ein moralisch verwerflicher Beruf.

asesinos”. En ambas sentencias se observa que la utilización de estas consignas no supone un ataque a la dignidad humana de los miembros del *Bundeswehr*, por cuanto ni se discute su derecho a vivir como ciudadanos en igualdad de condiciones ni tampoco se les infravalora como seres humanos³⁰⁹. Estos comportamientos podrían suponer un ataque al honor de los componentes del *Bundeswehr*, y asimismo las expresiones podrían ser consideradas de bajo valor (low-speech value). Por lo tanto, atendiendo a la ponderación de las circunstancias particulares del caso, el derecho a la libertad de expresión podría ceder ante otros valores constitucionales, pudiendo ser esta conducta castigada por el artículo 185 StGB que tipifica el insulto, pero en ningún caso pueden suponer un ataque a su dignidad humana y por lo tanto ser perseguidas con arreglo a las conductas típicas descritas en el artículo 130 StGB³¹⁰, al no reunir las características descritas en el párrafo anterior (atacar el núcleo esencial de la personalidad humana o cuestionar el derecho a vivir en igual de condiciones que el resto de ciudadanos).

En segundo lugar y respecto a la llamada a adoptar medidas violentas o arbitrarias en contra de un grupo que puedan perturbar de forma adecuada la paz pública, los tribunales se han pronunciado en diversas ocasiones a este respecto, de las que aquí destacaré los casos más relevantes que me han permitido identificar los requisitos necesarios para definir las conductas tipificadas. De igual forma que en el primer apartado, identificaré en primer lugar las sentencias que sí han condenado comportamientos con arreglo a estas conductas y en segundo lugar las que no.

Así, respecto de las conductas que sí cumplen con los requisitos del tipo penal, la sentencia del Tribunal Federal alemán, de 15 de noviembre de 1967, número BGH 3 StR 4/67 (NJW1968, 309) versa sobre la adhesión en los carteles electorales del candidato *W* (alcalde de la ciudad de Hamburgo por el partido político Social Demócrata de Alemania, SPD), de unas pegatinas en las que se leía

³⁰⁹ BGHSt 36, 83, para. 31.

³¹⁰ Erbele, Edward J., «Public Discourse in Contemporary Germany», 878-889

judío. El acusado fue condenado a 8 meses de prisión. El Tribunal llegó al convencimiento, considerando todos los factores relativos al caso que el acusado apeló al resentimiento antisemita, intentando crear reacciones emocionales de aversión en la sociedad en contra del político. Asimismo y aunque el ataque se dirigió solo contra *W*, podía ser asumido por la ciudadanía judía en su conjunto, presentándolos como personas no aptas para desempeñar cargos públicos³¹¹. Además, la sentencia recoge que se persiguió la manifestación pública y visible de una idea que supone un ataque a un individuo por sus propiedades individuales, lo que supone un ataque a su dignidad humana³¹². Es por esto que, teniendo en cuenta la motivación del acusado, se observa que su conducta por un lado afectó a la dignidad de *W*, y por otro lado era adecuada para perturbar la paz pública, circunstancias que permitieron encuadrar su comportamiento como uno de los prohibidos en el artículo 130.1 StGB.

De la misma forma, la sentencia de la Audiencia Territorial (*Oberlandesgericht*, OLG) del estado federado de Brandeburgo, de 28 de noviembre de 2001 número 1Ss 52/01 (NJW 2002, 1440), condenó a *X* por la utilización de lemas como *fuera los extranjeros* (*Ausländer raus*) en calles de Guben (ciudad perteneciente a este estado federal) en la nochevieja de 1999. En este caso, las circunstancias propias del mismo que se ponen de relieve en la sentencia son: que existía un elevado clima de violencia en contra de los extranjeros en el estado de Brandeburgo en el momento en el que se llevó a cabo la acción; que se utilizaron consignas como *extranjeros fuera* y otros lemas como *Sieg Heil*³¹³; que las personas que fueron condenadas por este ataque estaban organizadas de tal forma que el grupo compuesto por unas 50 personas se dividió en grupos menores,

³¹¹ Sentencia BGH, de 15 de noviembre de 1967 - 3StR 4/67 (NJW1968, 309, 310).

³¹² Sentencia BGH, de 15 de noviembre de 1967 - 3StR 4/67 (NJW1968, 309, 310).

³¹³ Las variaciones de la conocida simbología nacionalsocialista también están prohibidas por el artículo 130 StGB, como por ejemplo la desfiguración de la cruz gamada convirtiéndola en una figura curvilínea sin aristas. Ver: Weiss, David E., «Striking a Difficult Balance: Combating the Threat of Neo-Nazism in Germany While Preserving Individual Liberties», 928.

con el objetivo de abordar y confrontar a más gente; y que se utilizó una bandera de guerra del Reich de la Primera Guerra Mundial. Todas estas circunstancias, entre otras, llevaron al convencimiento al Tribunal de que el objetivo del grupo era incitar a la población a adoptar medidas violentas o arbitrarias contra los extranjeros³¹⁴, por lo que se procedió a su condena con arreglo al artículo 130 StGB.

Por otro lado, respecto de aquellas conductas que no deben ser entendidas como un llamamiento a la adopción de medidas violentas o arbitrarias en contra de un grupo que puedan perturbar de forma adecuada la paz pública, la sentencia del Tribunal Federal alemán número BGHSt 32, 310 se muestra a favor de la interpretación restrictiva respecto de la mera utilización de frases como: judíos fuera (*Juden raus*), extranjeros fuera (*Ausländer raus*) o turcos fuera (*Türken raus*). Esta sentencia afirma que estos por sí solos no pueden entenderse como un intento de adoptar medidas violentas o arbitrarias en contra de estos grupos. Para que sí puedan ser entendidas como conductas prohibidas por el artículo 130 StGB se requiere que los eslóganes se acompañen de otras actividades³¹⁵, como las descritas en el párrafo anterior. Esto recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional Federal, número 1BvR 369/04, en la que este realiza una interpretación restrictiva del artículo 130.2 StGB respecto de lemas como: Augsburgo alemán (*deutsches Augsburg*) u operación de repatriación de todos los extranjeros (*Aktion Ausländerrückführung*)³¹⁶. El Tribunal Constitucional Federal sostiene que de la interpretación de estos eslóganes, por sí solos, es difícil extraer como resultado que los extranjeros deben ser privados de sus derechos o ser reducidos a objetos³¹⁷, y que por lo tanto, al no poder establecer una argumentación suficiente que justifique

³¹⁴ Sentencia de la OLG de Brandeburgo de 28 de noviembre de 2001 -1 Ss 52/01 (NJW 2002, 1442).

³¹⁵ BGHSt 32, 310, para. 19.

³¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 4 de febrero de 2010, número 1BvR 369/04, para. 26.

³¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 4 de febrero de 2010, número 1BvR 369/04, para. 31.

esta interpelación, no puede limitarse el derecho a la libertad de expresión tal y como se ha estudiado anteriormente en la sentencia Lüth.

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal, de 6 de setiembre de 2000, número 1BvR 1056/95, declara la absolució de un periodista que escribió para un semanal un artículo en el que hablaba de varios candidatos a ocupar varios cargos públicos en la ciudad de Ratisbona. El autor escribía sobre las personas ideales para ocupar el cargo de cultura en el consejo del ayuntamiento, preguntándose si se debía elegir a una experta en cultura que había trabajado en la Comisión de la Unión Europea o a un *judío* de Berlín³¹⁸. El Tribunal Constitucional Federal llega al convencimiento, teniendo en cuenta todos los aspectos del caso, que el objetivo era exponer cualidades neutrales y positivas de los candidatos y que el autor del artículo pidió disculpas por no tratar con la razonable sensibilidad un titular que podía ser entendido como discriminatorio en contra de los judíos³¹⁹. Además, el Tribunal estableció que la utilización de esta palabra no violaba la dignidad del candidato, puesto que no intentaba atacar el núcleo esencial de su personalidad³²⁰. Por lo tanto, un comportamiento insensible e irresponsable respecto de la utilización de la palabra judío no es suficiente para justificar constitucionalmente una condena de acuerdo con el artículo 130 StGB³²¹.

Respecto a contenidos difundidos en Internet, en la sentencia del Tribunal Federal alemán, de 8 de agosto de 2006, número BGHSt R5 405/05, el Tribunal llega al convencimiento que la puesta a disposición al público de un programa de 100 días (*100-Tage-Programm*) para instaurar por un gobierno de emergencia

³¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 6 de setiembre de 2000, número 1BvR 1056/95, para. 11 y 12.

³¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 6 de setiembre de 2000 1BvR 1056/95, para. 43.

³²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 6 de setiembre de 2000 1BvR 1056/95, para. 40.

³²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 6 de setiembre de 2000 1BvR 1056/95, para. 43.

(*Notstandsregierung*), en el que se llamaba a la eliminación del empleo a las personas extranjeras y las nacionales de origen extranjero (*volksfremde*), dentro de un intento por revivir el Reich alemán, es una conducta que bien podría incitar al odio en contra de sectores de la población en el sentido del artículo 130.2 StGB, pero que no perturba la paz pública dentro de la República Federal de Alemania³²² por ser una fantasía absurda³²³.

Como se ha podido observar, las diferentes sentencias de los distintos tribunales aquí expuestas tienen como objetivo principal delimitar las conductas que pueden ser prohibidas de acuerdo con las conductas descritas en los apartados 1 y 2 del artículo 130 StGB. Tanto el Tribunal Constitucional Federal como el Tribunal Federal realizan una argumentación suficientemente precisa como para entender qué tipo de situaciones sí suponen un ataque a la dignidad humana, diferenciándolos de otro tipo de ataques al honor que no tienen la misma entidad. Esta diferenciación es fundamental en cualquier limitación del derecho a la libertad de expresión cuando nos encontramos ante casos de discurso del odio, por cuanto este pretende lesionar derechos y valores distintos de los meros insultos (que por supuesto también son reprobables). Los tribunales son conscientes de este hecho y en sus argumentaciones ofrecen una argumentación suficientemente clara como concluir que un ataque a la dignidad humana se deba dirigir contra el núcleo esencial e irreductible de la personalidad de otro, negándole el valor de ser humano y no ser una mera ofensa al honor.

De igual forma, respecto de aquellas conductas que pretenden perturbar la paz pública mediante el llamamiento a adoptar medidas violentas o arbitrarias en contra de un grupo, para que efectivamente se llegue a perturbar la paz pública se exige que la conducta llevada a cabo suponga algo más que la utilización de eslóganes que pueden ser considerados racistas o xenófobos y que podrían ser

³²² Sentencia del Tribunal Federal alemán de 8 de agosto de 2006 BGH -5 StR 405/05, para. 32.

³²³ Sentencia del Tribunal Federal alemán de 8 de agosto de 2006 BGH -5 StR 405/05, para. 32.

castigados por otra vía, dado que estos, en principio no son ideales ni para perturbar la paz pública, ni tampoco deben ser considerados como atentatorios contra la dignidad de grupo contra el que se dirigen. Los tribunales observan necesario que realmente exista esa intencionalidad de agitar al público en contra de un grupo, que se busque la difusión del mensaje en la sociedad y que se utilicen consignas atentatorias contra la dignidad tal y como se ha descrito en párrafos anteriores. Todas estas características son las que determinan estas conductas como discurso del odio penalmente relevante en el ordenamiento jurídico alemán y las diferencia de otras conductas existentes en el StGB.

2.3.4.3. Apartados 3, 4 y 5 del artículo 130 StGB

Por último, en este tercer apartado se mostrarán aquellas sentencias que versen sobre la llamada mentira de Auschwitz que tipifican los apartados 3, 4 y 5 del artículo 130 StGB.

En la sentencia BVerfGE 90, 241 el Tribunal Constitucional Federal alemán se pronuncia sobre la limitación de la libertad de expresión en referencia a la *mentira de Auschwitz*³²⁴. El Tribunal establece que la libertad de expresión del artículo 5 GG protege las opiniones (*Meinung*), que tienen la característica de ser subjetivas y de las que no se puede demostrar su veracidad o falsedad. Las opiniones se pueden expresar libremente y su protección se aplica independientemente de si son racionales o emocionales, fundadas o infundadas³²⁵. Sin embargo, el tribunal diferencia entre expresar una opinión y emitir una

³²⁴ Hay que destacar que el BVerfGE en esta sentencia cita jurisprudencia anterior del Tribunal Federal Alemán en materia civil. Este, en la sentencia BGHZ 75, 160 establece que la República Federal de Alemania tiene una relación especial con sus ciudadanos judíos, y especialmente con su dignidad. El conocimiento de los hechos es una de las garantías contra la repetición de estos tipos de discriminación y su negación supone la continuación de esa discriminación contra el grupo y también contra su propia persona. Ver también: Knechtle, John C., «When to Regulate Hate Speech», 554.

³²⁵ BVerfGE 90, 241, para. 26.

afirmación de un hecho (*Tatsachenbehauptungen*) de las que sí se puede acceder a la revisión de su veracidad³²⁶. El Tribunal establece que la información que es incorrecta no puede ser protegida por la libertad de expresión³²⁷. Asimismo, el Tribunal establece que es falsa la declaración de que no haya existido una persecución de los judíos en el Tercer Reich, dado que existen suficientes pruebas aportadas por testigos o documentos utilizados en casos penales o conclusiones de investigaciones históricas³²⁸. Así, por ejemplo, se diferencia entre la negación de la persecución de los judíos durante el Tercer Reich que no estaría protegida por la libertad de expresión y la negación de la responsabilidad alemana en el estallido de la II Guerra Mundial, dado que las declaraciones de culpa y responsabilidad de acontecimientos históricos que implican apreciaciones complejas que no se pueden reducir a la afirmación de un hecho, mientras que la negación de un evento sí que normalmente tendría el carácter de declaración de hecho³²⁹. Esta sentencia muestra la diferenciación esencial que el Tribunal Constitucional alemán ha realizado entre la emisión de opiniones, que están en principio protegidas por la libertad de expresión (y que dependiendo del caso pueden ser consideradas como expresión de alto valor o de bajo valor y que por lo tanto pueden ser restringidas atendiendo a las circunstancias del caso) y la afirmación de hechos de los que se puede desprender del mensaje que transmiten una clara y obvia mentira. Este comportamiento es

³²⁶ BVerfGE 90, 241, para. 27.

³²⁷ BVerfGE 90, 241, para. 28. Ver: Erbele, Edward J., «Public Discourse in Contemporary Germany», 892; Krotoszynski, Ronald J. Jr., «A Comparative Perspective on the First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany», 1593-1594.

³²⁸ BVerfGE 90, 241, para. 34. Ver también: Nier III, Charles Lewis, «Racial Hatred: A Comparative Analysis of the Hate Crime Laws of the United States and Germany», 260-261; Natasha L. Minsker, «I Have a Dream - Never Forget: When Rhetoric Becomes Law, A Comparison of the Jurisprudence of Race in Germany and the United States», *Harvard Blackletter Law Journal* 14 (1998): 146; Erbele, Edward J., «Public Discourse in Contemporary Germany», 892.

³²⁹BVerfGE 90, 241, para. 34. También en: Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 25 de marzo de 2008 -1BvR 1753/03, para. 37.

considerado como una acción no comunicativa (*non-speech*) que no se puede beneficiar de la protección del artículo 5 GG³³⁰.

La sentencia del Tribunal Federal alemán de 16 de noviembre de 1993 -1 StR 1993/93 (NStZ 1994, 140), confirma la condena al acusado por la calificación como invención (*Erfindung*) el asesinato masivo de judíos cometido en las cámaras de gas de los campos de concentración durante la II Guerra Mundial y la utilización de este hecho para extorsionar a Alemania. El Tribunal se hace eco de una dilatada jurisprudencia que confirma que este es un hecho histórico y que la presentación de pruebas en su contra alimenta las ideas nacionalsocialistas de odio a un sector de la población, afirmando que estos escritos no se pueden beneficiar de la cláusula social que contiene el artículo y ser presentados como el resultado de una investigación histórica³³¹.

En este sentido tampoco se puede beneficiar de esta cláusula, la defensa ejercida por un abogado en un tribunal contra un delito de negación del holocausto, en el que se presenten pruebas que intenten demostrar que este no tuvo lugar³³². En la sentencia BGHSt 47, 278 el Tribunal Federal alemán condenó a un abogado que utilizó una estrategia de defensa de su cliente al que se le imputaba un delito de negación del holocausto pretendiendo demostrar que este no sucedió, intentando aportar pruebas de que no se utilizó cianuro y Zyklon-B en los campos de concentración de Auschwitz y Auschwitz-Birkenau. El Tribunal establece que es un método de defensa no viable y que la aplicación de la excepción no se puede tomar en consideración³³³.

³³⁰ Brugger, Winfried, «The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part II)», 14.

³³¹ Tribunal Federal alemán de 16 de noviembre de 1993 -1 StR 1993/93 (NStZ 1994, 140).

³³² Ver: Comunicado de prensa del Tribunal Federal alemán 39/2002 de 10 de abril de 2004 titulado: *Volksverhetzung durch Leugnen des Holocaust – Freispruch eines Hamburger Strafverteidigers aufgehoben*-. <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=18321&pos=0&anz=1>

³³³ BGHSt 47, 278, para. 19.

En la sentencia BGHSt 46, 212, el Tribunal Federal alemán declara que el delito del 130 StGB y concretamente el de 130.3 StGB también se puede realizar a través de internet, siendo perseguible por el ordenamiento jurídico alemán si los contenidos son accesibles dentro de su territorio³³⁴. El caso versa sobre la condena a un ciudadano australiano, director del *Adelaide Institute*, que difundió en internet cierto material en el que se negaba la existencia del holocausto. El Tribunal llegó al convencimiento de que el material podía perturbar la paz pública de los hogares³³⁵ que accedieran a los materiales y afectar a la pacífica convivencia entre los judíos y otros grupos sensibles³³⁶.

Respecto a la concreción de los requisitos de la conducta típica de la banalización del holocausto, la sentencia del Tribunal Federal alemán de 22 de diciembre de 2004 - 2StR 365/04 (NJW 2005, 689)³³⁷ establece que este comportamiento se materializa cuando se emite una declaración que resta importancia a los hechos vinculados a la realidad de las atrocidades cometidas por el régimen nacionalsocialista. No se requiere la negación total de los eventos históricos, basta con una disminución del número de víctimas u otras formas de minimizar estos hechos³³⁸. Los hechos ocurrieron en la reunión de la Asamblea de Representantes de la ciudad de Turingia y el Tribunal estableció que existió la perturbación de la paz pública tanto por la respuesta que obtuvieron del público asistente las afirmaciones realizadas como las críticas realizadas por la prensa³³⁹.

³³⁴ BGHSt 46, 212, paras. 46 a 51.

³³⁵ Ver: Comunicado de prensa del Tribunal Federal alemán 95/00 de 12 de diciembre de 2000 titulado: *Verbreitung der Auschwitzlüge im Internet*. <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=20678&pos=0&anz=1>

³³⁶ BGHSt 46, 212, paras. 46 a 50.

³³⁷ Ver comunicado de prensa del Tribunal Federal alemán 153/2004 de 22 de diciembre de 2004 titulado: *Bundesgerichtshof hebt Freispruch vom Vorwurf der Volksverhetzung auf*.

³³⁸ Sentencia del Tribunal Federal alemán de 22 de diciembre de 2004 - 2StR 365/04 (NJW 2005, 689), para. 27.

³³⁹ Sentencia del Tribunal Federal alemán de 22 de diciembre de 2004 - 2StR 365/04 (NJW 2005, 689), paras. 30-31.

Como se ha podido observar del estudio de las decisiones de los tribunales que aplican los apartados 3, 4 y 5 del artículo StGB, la concreción de los requisitos que establecidos en las sentencias concuerdan con aquellos expuestos en el apartado donde se han estudiado los tipos penales. Los tribunales diferencian entre la protección de las opiniones, que no pueden ser probadas, de la afirmación o negación de hechos históricos que sí tienen esta característica. En este sentido, la negación de los crímenes cometidos durante el III Reich en Alemania, tienen la consideración de negación de hechos históricos suficientemente probados y se determina que el único objetivo posible que se persigue mediante su negación o banalización es el vilipendio grave de las víctimas. En este sentido, la relativización de los hechos también sería subsumible a esta categoría, y con ella todas aquellas conductas que intentan trivializar estos hechos.

Como se ha afirmado respecto del castigo concreto de la negación de los delitos de genocidio, y como se argumenta en los apartados 4.3.4. y 4.3.5.4., estas no deberían ser conductas reprochables penalmente. Ciertamente, una de las diferencias fundamentales entre el sistema jurídico español y el alemán, es que el primero, en opinión del Tribunal Constitucional español no debe ser considerado como una democracia militante, mientras que el Alemán sí lo es. De ahí, que la respuesta que configuran los ordenamientos ante actitudes tendentes a defender comportamientos que van en contra de los valores fundamentales del Estado de Derecho, difieran.

2.3.5. Conclusiones

A lo largo del estudio del ordenamiento jurídico de la República de Alemania he podido determinar que la GG establece la obligación de proteger una serie de valores superiores que informan todo el sistema legal que se pueden ver afectados negativamente por el discurso del odio. En este sentido el StBG tipifica una serie de comportamientos en los que se conectan las conductas con estos bienes superiores

que deben ser garantizados y que faculta la limitación del derecho a la libertad de expresión cuando se utiliza en el este contexto, circunstancia que difiere de forma patente con la realidad de EE. UU. Este ordenamiento jurídico ofrece una respuesta jurídica a aquellas conductas que tratan de poner en peligro bienes tan importantes como la dignidad de la persona, que está configurada como valor central en el construcción del sistema jurídico alemán debido a la influencia del pensamiento humanista racionalista de Kant en la GG.

En este sentido y aunque la prohibición de la negación del Holocausto haya de ser puesta directamente en relación con el pasado de este Estado, y aunque España y Alemania compartan una misma tradición en este sentido, esta circunstancia concreta no se observa exportable al contexto español por lo que se argumentará en el apartado 4.3. Sin embargo y aunque como se ha visto la regulación también genera un amplio debate doctrinal, en términos generales y teniendo en cuenta la interpretación realizada de todos los artículos que intervienen en el castigo del discurso del odio por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Federal, se debe observar como adecuada ya que ofrece una respuesta clara a estos comportamientos.

Capítulo III. Estándares internacionales de protección ante el discurso del odio con origen racial o étnico en el ámbito internacional

La regulación que España ha incluido en su ordenamiento jurídico castigando las conductas penalmente relevantes del discurso del odio con origen racial o étnico ha sido motivada de forma primordial, por mandatos con origen en estancias internacionales como pueden ser pactos internacionales de Naciones Unidas, o a nivel regional, del Consejo de Europa o de la Unión Europea. En este sentido, es parte fundamental de la presente investigación acudir al origen de la motivación de esta regulación con el objetivo de proceder a su análisis e identificar qué tipo de estándares establece, para así poder realizar una valoración crítica cuando se estudie la regulación que de este fenómeno ha realizado el legislador español.

El presente apartado se estructurará de la siguiente forma

En primer lugar, se atenderá a si deben considerarse las normas internacionales y la interpretación que de estas hacen los organismos que se encargan de su aplicación y cumplimiento, como un canon autónomo de validez para la protección de los derechos fundamentales en el seno del ordenamiento jurídico español, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 10.2 CE. Se estudiará tanto la parte de la doctrina que opina que únicamente se les puede reconocer un valor informador como aquella otra parte que opina que son de obligado cumplimiento para llegar a la conclusión de que efectivamente España y su órganos jurisdiccionales, junto con el Tribunal Constitucional, están compelidos a observar las resoluciones judiciales o los dictámenes de los comités que se encargan de la aplicación de los pactos y convenios internacionales ratificados por nuestro país.

En segundo lugar, y una vez concluido lo anterior, se entrará de lleno en el estudio de los textos internacionales que se encuentran en vigor en nuestro sistema

legal y que ofrecen algún tipo de regulación al respecto del lenguaje del odio con origen racial o étnico. Así, se atenderá a lo dispuesto en:

1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.
2. La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1966.
3. Estándares establecidos por el Consejo de Europa a través del Convenio Europeo de Derechos Humanos y su aplicación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
4. Estándares establecidos por la normativa de la Unión Europea.

El estudio de estos cuatro grandes ámbitos se dividirá en dos secciones: en primer lugar una correspondiente a la normativa internacional proveniente de Naciones Unidas y una segunda, correspondiente a aquella normativa internacional pero de carácter regional como es el Convenio Europeo de Derechos Humanos y las regulaciones legales establecidas por la Unión Europea. En cada uno de estos apartados se identificarán los estándares que el texto en cuestión aporta a la protección de las víctimas de este tipo de conductas, atendiendo también al órgano que se encarga de su aplicación y ejecución, y a la variable fuerza obligatoria que pueden ejercer estos sobre los Estados que no cumplen con las obligaciones adquiridas.

En tercer lugar, se presentarán las conclusiones relativas a este apartado en las que ofreceré las principales deducciones obtenidas y que son básicas para valorar qué tipo de protección se está ofreciendo a las minorías étnicas en nuestro país ante los ataques que tienen por objetivo crear un clima grave en el que se hostiga en su contra únicamente por pertenecer a una determinada etnia o a un determinado colectivo.

3.1. Las normas internacionales como canon autónomo de validez en el ordenamiento jurídico español

Como acabo de hacer referencia en la introducción que precede al presente apartado, es esencial analizar de forma previa cómo se reciben los estándares internacionales y regionales dentro del Ordenamiento Jurídico español, con el objetivo de contraponer el peso jurídico que se les reconoce por una parte de la doctrina, al frente de la cual podemos identificar al Tribunal Constitucional, por contraposición al que les debería ser reconocido atendiendo a otra parte de la doctrina. El esclarecimiento de este extremo es imprescindible puesto que dependiendo de la posición que adoptemos, los estándares de protección tendrán una importancia central en la salvaguarda de los derechos o, simplemente, un valor informativo. El contenido del artículo 10.2 CE impone un mandato muy claro a los poderes públicos que no puede ser obviado y del que se derivan toda una serie de obligaciones capitales al respecto de la garantía de los derechos humanos y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución que necesariamente debe ser definido en este estudio.

Así, en primer lugar, se estudiarán aquellas posturas que se sitúan en contra de la aplicación directa de los estándares internacionales derivados de los textos internacionales; en segundo lugar se estudiarán aquellas posturas que sí identifican la posibilidad de utilizar los estándares establecidos por los pactos y convenios internacionales en nuestro ordenamiento interno haciendo en último lugar una valoración crítica de ambas posturas, en la que expondré mis conclusiones al respecto.

3.1.1. Postura en contra de la aplicabilidad directa de los estándares internacionales

En la primera línea de defensa de esta postura podemos identificar al Tribunal Constitucional, que estableció de una forma meridianamente clara su posición en la sentencia STC 64/1991, de 22 de marzo³⁴⁰, Fº Jº 4º, al establecer que:

“La interpretación a que alude el citado art. 10.2 del Texto Constitucional no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de derechos humanos o, en general, a los tratados que suscriba al Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas”.

Según la parte de la doctrina que sustenta esta posición, “si nos situamos en el terreno de la interpretación internacionalmente adecuada que impone el art. 10.2 CE es posible establecer que ni la Declaración Universal de Derechos Humanos ni los tratados en él genéricamente aludidos pueden ser por sí solos fuente de derechos fundamentales, aunque pueden (rectius, deben) servir para concretar el contenido de los presentes en la Constitución”³⁴¹.

El Tribunal Constitucional niega la existencia de una norma fundamental internacional superior a nuestra Constitución en la que por ejemplo se pudiera

³⁴⁰ La citada sentencia se refiere a conflictos pesqueros a nivel Europeo. El Tribunal Constitucional fija su posición al respecto de cómo se deben interpretar los textos internacionales que ha repetido posteriormente y que se ha convertido en jurisprudencia firme. Se pronuncian en el mismo sentido: STC 38/1981, de 23 de noviembre de 1981, Fº Jº 4º; STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, Fº Jº 5º.

³⁴¹ Alejandro Sainz Arainz, *La Apertura Constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos: El Artículo 10.2 de la Constitución Española* (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999), 82.

fundamentar una pretensión de amparo³⁴². Asimismo, el TC afirma que ningún asunto referente a los derechos fundamentales le puede ser ajeno, puesto que es el máximo intérprete del texto Constitucional. El Tribunal Constitucional considera que estos textos internacionales únicamente son fuente interpretativa para contribuir a la mejor identificación del contenido de los derechos. Por lo tanto, bajo el prisma del Tribunal Constitucional, los tratados o convenios internacionales no se convierten en sí mismos en canon de constitucionalidad. Son los derechos y libertades que la Constitución proclama, interpretados conforme a los textos internacionales los que serán objeto de tutela.

3.1.2. Postura a favor de la aplicabilidad directa de los estándares internacionales

En contraposición con la postura anterior, cierta parte de la doctrina cree que sí se deben reconocer como canon autónomo de validez los convenios y tratados internacionales válidamente suscritos por España, que de acuerdo con el artículo 10.2 CE establezcan criterios interpretativos respecto de los derechos fundamentales y libertades que la Constitución establece, por lo que los poderes públicos están obligados a su observación de igual forma que la normativa nacional.

Esta parte de la doctrina argumenta que los acuerdos internacionales válidamente ratificados por España, forman parte de nuestro ordenamiento interno de acuerdo con el artículo 96 CE, una vez publicados oficialmente. Además, el artículo establece que sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional. Por lo tanto, aquí la Constitución está reconociendo que los textos internacionales son normas superiores jerárquicamente

³⁴² Así lo establece el propio tribunal en su STC n° 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, FºJº 5. “no puede haber duda de que la validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen derechos y libertades”.

a la ley, ya que esta no puede derogar, modificar o suspender las disposiciones que estos contengan³⁴³.

Así, Requejo se postula a favor de que la normativa internacional ratificada por España tiene el mismo título y fuerza vinculante que cualquier otra norma de origen nacional, y esto es así por mandato Constitucional³⁴⁴ y, por lo tanto, esta normativa es de aplicabilidad directa³⁴⁵. Concretamente este autor se refiere a los textos internacionales como normas nacionales de origen internacional. De esta forma, no existe diferencia entre la normativa nacional y la normativa nacional de producción internacional y consecuentemente no puede existir divergencia en su aplicación. En este sentido, los tribunales nacionales deberían ser observados como parte integrante natural de la arquitectura del derecho internacional³⁴⁶, puesto que son los primeros jueces que la pueden aplicar, y por lo tanto sus decisiones pueden ser revisadas por los tribunales superiores.

Además, la profesora Cuenca señala que el artículo 10.2 CE dota a los tratados de un “criterio hermenéutico”³⁴⁷, fuente directa de la interpretación de los derechos fundamentales que contiene el texto constitucional. Pero no únicamente

³⁴³ Pablo Ceriani Cernadas, *El control de la migración irregular en España a la luz de los tratados de derechos humanos: en las fronteras de la legitimidad* (Valencia: inédito, 2008) 39.

³⁴⁴ Juan Luís Requejo Pagés, «La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales (A propósito de la STC 245/91; “caso Bultó”»), *Revista Española de Derecho Constitucional* 35 (1992): 196-202. De la misma opinión: Pablo Nuevo López, «Control de convencionalidad y la aplicación judicial de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *Revista catalana de dret públic* 50 (2015): 145-149.

³⁴⁵ En este sentido es interesante ver de forma comparada el debate que se ha generado en otros Estados de la Unión Europea que también han incorporado la normativa internacional a sus ordenamientos jurídicos, sin que esto haya supuesto mayor problema. Ver: David P. Forsythe, *Human Rights in International Relations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), 110-128.

³⁴⁶ Antonios Tzanakopoulos, «Domestic Courts in International Law: The International Judicial Function of National Courts», *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 34 (2011): 162-164.

³⁴⁷ Patricia Cuenca Gómez, «La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española», *Revista de Estudios Jurídicos* 12 (2012): 3.

esto, dado que el artículo también “eleva a rango constitucional los efectos interpretativos derivados de los tratados y convenios que sobre derechos haya ratificado el Estado español válidamente”³⁴⁸. Esto también ha sido reconocido por el propio Tribunal Constitucional (aunque con alguna reticencia), en su STC 36/1991, de 14 de febrero, cuando establece que el artículo 10.2 CE “obliga a interpretar los correspondientes preceptos de esta [Constitución] de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución”³⁴⁹.

Esta argumentación titubeante continua en la STC 236/2007, Fº Jº 5º, en la que la que argumenta de forma confusa lo siguiente: “para configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales, de conformidad con lo establecido en el artículo 10.2 CE [este artículo] no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de esta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución”³⁵⁰. Por lo tanto, aquí podemos observar cómo el Tribunal realiza valoraciones contradictorias ya que por una parte argumenta que los textos internacionales únicamente tienen valor informativo pero, por otra parte, reconoce que si los derechos que contienen los convenios y tratados internacionales tienen un homónimo en el título I capítulo segundo de nuestra Carta

³⁴⁸ Miguel Ángel Aparicio Pérez, «La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales», *Jueces para la Democracia* 6 (1989): 11.

³⁴⁹ STC 36/1991, de 14 de febrero, Fº Jº 5º.

³⁵⁰ STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, FºJº 5º.

Magna, los poderes públicos sí que están obligados a seguir estos textos ya que en cierto modo se convierte en contenido constitucionalmente declarado.

3.1.3. Contenido del mandato constitucional

El Tribunal Constitucional al afirmar que los tratados y acuerdos internacionales no son un canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales, está interpretado de forma contraria a aquello que establece el propio tenor literal del texto Constitucional.

Suscribiendo la posición de Requejo, la normativa internacional ratificada por España se integra dentro de nuestro ordenamiento jurídico y esto es así por mandato Constitucional³⁵¹ y no por imposición externa. Asimismo, este mismo mandato les reconoce el mismo valor que cualquier otra norma de producción eminentemente nacional y exige a las autoridades la garantía en el cumplimiento de esos pactos³⁵². Por lo tanto, si una norma nacional, de origen nacional, sí es un canon autónomo de validez, de igual forma, la normativa nacional, de origen internacional, lo debe ser con igual título que la primera. Para reforzar esta idea contamos con el artículo 9.3 CE que reconoce el principio de jerarquía normativa que, junto con el artículo 96 CE indirectamente reconoce que los tratados internacionales son superiores jerárquicamente a las leyes internas y por lo tanto, estas no pueden ir en contra de los derechos reconocidos de forma internacional.

El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, es el interprete supremo de la Constitución. Esta preeminencia no es en todos los campos ya que cuando el tema en conflicto verse sobre normas relativas a derechos fundamentales y libertades, la propia

³⁵¹ Artículo 96 CE.

³⁵² Artículo 93 y siguientes de la CE.

Constitución en su artículo 10.2 establece específicamente la obligación de interpretar de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. Por lo tanto es el propio texto Constitucional el que da una fuerza sustantiva y no únicamente interpretativa a los acuerdos internacionales.

Una posición tan fuerte del concepto de soberanía (como la que el TC defiende en su jurisprudencia), no puede encontrar sustento en la actual configuración del Estado de Derecho, ya que impediría la construcción del ordenamiento jurídico internacional³⁵³ que actualmente se atisba. Por esto, el que los Estados se impongan una limitación respecto de la fiscalización de los derechos fundamentales que se encuentran regulados en los textos internacionales con el objetivo de adoptar la interpretación realizada por los órganos encargados de su aplicación, es un ejercicio propio de las potestades decisorias y de las competencias jurisdiccionales que los propios Estados tienen atribuidas y que por lo tanto, no pueden considerar como extrañas³⁵⁴.

De este modo, y siendo aún más palpable en la situación actual, la idea de soberanía como impermeabilidad de los Estados ante toda injerencia externa no se ajusta a la realidad. Un ejemplo de esto es la influencia que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tenido en nuestro país. Pondré un ejemplo que sustenta mi posición: la llamada *reforma Mágica* llevada a cabo en nuestro país, que determinó la separación de las funciones de instrucción y enjuiciamiento que se acumulaban en el Derecho procesal y penal, ya que la jurisprudencia del TEDH, de acuerdo con el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, consideraba que el fallo de un juez que a su mismo tiempo

³⁵³ El concepto de *ordenamiento jurídico internacional* no es pacífico en la doctrina, dado que sus características no se pueden identificar completamente con las de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados.

³⁵⁴ En este sentido: Javier García Roca, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración* (Pamplona: Aranzadi, 2010), 23-25.

había sido el encargado de la instrucción del asunto, vulneraba el principio de toda persona a ser juzgada por un tribunal imparcial. Por lo tanto, aquí podemos observar como la legislación regional (en este caso) sí que tienen incidencia directa en el ordenamiento jurídico nacional, pese a la resistencia del Tribunal Constitucional.

Contamos con más ejemplos paradigmáticos en ese sentido que afectan particularmente a Estado español y que, pese a ser recibidos con cierta resistencia, no han podido ser más que aceptados por nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, la STEDH de 21 de octubre de 2013 (caso del Río Prada contra España), anuló la conocida como *doctrina Parot*, establecida por el Tribunal Supremo (previamente enmendada por el Tribunal Constitucional en su STC 57/2008³⁵⁵) por la que se aplicaba de forma retroactiva la modificación del cómputo de la disminución de la condena a los presos de la banda terrorista ETA. Pese a ser un tema muy delicado para la sociedad española y ante el que gobierno mostró su más firme oposición, Inés del Río fue puesta en libertad al día siguiente de la publicación de la sentencia. El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerda en la sentencia que sus fallos son de obligado cumplimiento para los Estados en los casos en los que son parte³⁵⁶. Este caso sirve como ejemplo paradigmático de la necesidad de ceder parte de la fiscalización al respecto del cumplimiento de los derechos fundamentales establecidos en la CE y de los derechos contenidos en tratados internacionales, con el objetivo de garantizarlos de una forma más efectiva.

³⁵⁵ STC 57/2008, de 28 de abril.

³⁵⁶ STEDH de 21 de octubre de 2013 (asunto del Río Prada contra España), para. 137-139

3.2. Estándares de protección en el ámbito internacional.

3.2.1. Introducción

Como se ha indicado al inicio de este capítulo, el objetivo de este apartado es, en primer lugar, identificar qué textos del ámbito internacional contienen disposiciones aplicables respecto de la protección frente al discurso del odio penalmente relevante en nuestro país, que tienen como origen a ciertas minorías por su pertenencia a una determinada étnica; en segundo lugar, conocer qué estándares establecen los textos identificados en el primera apartado, así como el alcance de la protección que estos ofrecen y cómo son aplicados por los diferentes órganos encargados de fiscalizar su cumplimiento.

Además, dada su importancia, trataré de forma inicial y sumaria aquellos textos internacionales que no tienen reconocido un alcance vinculante pero son considerados principios inspiradores de la protección en este ámbito y que, por ejemplo en el caso de Constitución española, tienen reconocido este alcance como es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 10.2 CE.

3.2.2. Textos fundacionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Así, en primer lugar, contamos con los textos fundacionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que, aunque no tratan de forma directa el discurso del odio con origen racial y étnico, son de vital importancia por ser la génesis del posterior trabajo de codificación que se inició por parte de Naciones Unidas.

Los textos fundacionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) moderno son, por un lado la Carta de San Francisco de 1945, constitutiva de las Naciones Unidas³⁵⁷, que reconoció la obligación de los Estados de aplicar un estándar de trato único respetuoso con los derechos humanos y sin que pueda existir ningún tipo de distinción; y por otro lado, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 10 de diciembre de 1948. Esta establece unos principios básicos sobre los que desarrollar todo el DIDH, dado que la DUDH no tiene reconocido *per se* alcance jurídico³⁵⁸ ya que fue creada con el objetivo de servir como un estándar de consecución de derechos al que todos los países deberían aspirar³⁵⁹. La DIDH establece:

a. Artículo 19 DIDH³⁶⁰: expresa el derecho a la libertad de expresión. Su tenor literal no contempla ninguna restricción *per se* del mismo³⁶¹.

³⁵⁷ La Carta de las Naciones Unidas de 1945, en su artículo 1-3º, establece: en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. Para un estudio en profundidad de estos textos ver: Felipe Gómez Isa, «La protección internacional de los derechos humanos», en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, dir. por Felipe Gómez Isa (Bilbao: Servicio de publicaciones de la Universidad de Deusto, 2004), 32-42.

³⁵⁸ Carlos Villán Durán, *Curso de Derecho internacional e los Derechos Humanos* (Madrid: Trotta, 2002) 211. En el mismo sentido Ivan Hare, «Extreme Speech Under International and Regional Human Rights Standards», en *Extreme Speech and Democracy*, ed. por Ivan Hare y James Weinstein (Oxford: Oxford University Press, 2010), 62; Manfred Nowak, *Introduction to the International Human rights regimen*, 75. Sin embargo, tal y como apuntan Oraá y Gómez, la utilización repetida de la DUDH en los textos internacionales, pueden haber convertido ciertos artículos en derecho internacional consuetudinario, además de las repetidas referencias de Naciones Unidas en la aplicación de la Carta, convertirían a la Declaración en un texto que no únicamente pretende declarar derechos sino en obligaciones ciertas. Ver: Jaime Oraá y Felipe Gómez Isa, *La Declaración Universal de Derechos Humanos* (Bilbao: Servicio de publicaciones de la Universidad de Deusto, 2002), 104-114. Además, hay que recordar aquí lo que se acaba de comentar en el apartado 3.1. sobre el artículo 10.2 CE.

³⁵⁹ Elizabeth F. Defeis, «Freedom of Speech and International Norms: A response to hate Speech», *Standford Journal of International Law* 29 (1992-1993): 76.

³⁶⁰ Artículo 19 DIDH: 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.

³⁶¹ Como se puede apreciar, la redacción del artículo 19 DIDH se expresa de una forma general, reflejo de la difícil negociación que se produjo entre los diferentes Estados que participaron en la redacción de la Declaración. Ver: Oraá, Jaime, y Felipe Gómez Isa, *La Declaración Universal de Derechos ...*, 73.

- b. Artículo 29(3) DIDH³⁶²: establece que ningún derecho podrá ser invocado en contra de los principios³⁶³ de Naciones Unidas. Este artículo puede ser entendido “razonablemente como limitante de la protección del discurso que promueve la discriminación racial, sexual, lingüística o religiosa”³⁶⁴.
- c. Artículo 30 DUDH³⁶⁵: establece que ninguna persona, grupo o Estado podrá realizar ningún acto con el ánimo de destruir alguno de los derechos del elenco de la Declaración. Los derechos pueden ser utilizados para lesionar los derechos de los otros, por este motivo, se necesita una regulación muy exhaustiva y clara de su ejercicio con el objetivo de que estos no destruyan o nieguen los derechos de los demás.

Con el objetivo de concretar los derechos que contiene la DIDH los Estados iniciaron tareas codificadoras para transformarlos en textos convencionales que sí establecieran obligaciones concretas.

³⁶² Artículo 29 DIDH:

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

³⁶³ Según el artículo 1(3) DIDH, podemos entender que son principios de Naciones Unidas el promover y fomentar el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales sin distinción de raza, orientación sexual, idioma, u orientación religiosa. Además como ponen de relieve Oraá y Gómez, es muy interesante ver como esta necesaria correlación entre derechos y deberes es prácticamente residual en Occidente, mientras que en otros ámbitos como el africano o el latinoamericano la unión entre ambos aspectos es mucho más importante. Ver: Jaime Oraá y Felipe Gómez Isa, *La Declaración Universal de Derechos...*, 85-93.

³⁶⁴ Defeis, Elizabeth F., «Freedom of Speech and International Norms: A response to hate Speech», 77. “This article can reasonably be interpreted as limiting protection for speech that promotes racial, sexual, linguistic, or religious discrimination”. En el mismo sentido: Sandra Fredman, *Discrimination and Human Rights. The Case Of Racism* (Cronwall: Oxford University Press, 2011), 85.

³⁶⁵ Artículo 30 DIDH: 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.

Así, como se ha indicado en la introducción del capítulo, en este apartado se estudiarán aquellos textos convencionales producidos por Naciones Unidas³⁶⁶ que en su articulado establecen estándares de protección internacional frente al discurso del odio con origen racial y étnico, fijando obligaciones ciertas de protección frente a este tipo de conductas. Estos son: en el ámbito de los convenios generales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, respecto a los convenios que se encargan específicamente del tema de la discriminación racial, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. Por otra parte, también es importante conocer cuál es la interpretación que los comités creados por estos textos internacionales han realizado de los estándares que contienen, con el objetivo de conocer con exactitud el alcance de la protección ofrecida.

3.2.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

En este apartado se estudiará por una parte, el articulado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), identificando qué artículos son relevantes para el presente estudio así como su contenido. Asimismo se identificará el órgano encargado de vigilancia de cumplimiento de las obligaciones que el PIDCP establece, para finalizar conociendo los criterios aplicativos utilizados por este en los casos en los que ha utilizado los estándares de protección ante el discurso del odio con origen racial o étnico.

³⁶⁶ Se han tenido en cuenta aquellos textos internacionales que de alguna forma regulan el discurso del odio de los cuáles España es parte: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 (*BOE* núm. 103, de 30 de abril de 1977); Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 21 de diciembre de 1965 (*BOE* núm. 118, de 17 de mayo de 1969).

La protección que el PIDCP establece ante las conductas objeto de estudio es la siguiente:

a. Artículo 19 PIDCP³⁶⁷: en que se establece el derecho a la libertad de expresión y que articula que ninguna persona podrá ser molestada por sus opiniones. El apartado segundo configura la libertad de expresión como el derecho que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones o ideas de toda índole. El apartado tercero del artículo 19 PIDCP, es en el que establecen limitaciones a esta libertad, especificando que el ejercicio de este derecho entraña deberes y responsabilidades especiales³⁶⁸, y que por lo tanto podría estar sujeto a restricciones que deberán estar fijadas por la ley y ser necesarias para:

- i. Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.
- ii. La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Por lo tanto, el apartado tercero del artículo 19 PIDCP³⁶⁹ es el que establece los requisitos que se deberán cumplir para que una injerencia por parte de un Estado

³⁶⁷ Artículo 19 PIDCP:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

³⁶⁸ Tal y cómo se establece en la DUDH artículo 29.2.

³⁶⁹ Estos conceptos están descritos en el artículo 19.3 PIDCP: fijado por la ley, necesario en una sociedad democrática, orden público, derechos o reputación de los demás, seguridad nacional, salud o moral públicas, son descritos dentro de los *Siracusa Principles* (documento UN E/CN.4/1985/4), en los que se establecen los principios que deben seguir las limitaciones de los derechos contemplados en el PIDCP, y que serán tratados en apartados posteriores de este trabajo de investigación.

en el derecho a la libertad de expresión de sus ciudadanos sea considerado acorde con el PIDCP. Estos requisitos son: que la limitación esté prevista por la ley, siendo esta necesaria para, por un lado, asegurar el respeto a los derechos o reputación de los demás y por otro lado, proteger la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

b. Artículo 20 PIDCP³⁷⁰: prohíbe la apología de la violencia estableciendo en su primer punto que toda propaganda a favor de la guerra estará prohibida por ley. En su segundo punto hace una mención expresa al odio, tanto nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, que también deberá estar prohibida por ley. Esta restricción no solo afecta al ejercicio individual del derecho a expresarse uno mismo, sino que también compele al Estado a adoptar las medidas legislativas necesarias para prohibir las acciones referidas en el artículo 20 PIDCP.

Asimismo, el PIDCP prevé la creación del Comité de Derechos Humanos (CDH), dependiente de la Asamblea General de Naciones Unidas como órgano encargado de la fiscalización del cumplimiento de las disposiciones del mismo³⁷¹. El Pacto además prevé, de forma facultativa, el sistema de comunicaciones individuales concebido en el Protocolo Facultativo al PIDCP, que ha sido ratificado por España, y que por lo tanto nuestro Estado está obligado a cumplir con la

³⁷⁰ Artículo 20 PIDCP: 1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

³⁷¹ Además de emitir recomendaciones respecto de la aplicación del pacto. En este sentido el CDH emitió el *Rabat Plan of Action on the Prohibition of advocacy of national, racial or religious hatreds that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence*, de 5 de octubre de 2012, en el que se relatan una serie de recomendación respecto de la aplicación de los artículos 19 y 20 del PIDCP.

obligaciones que este impone³⁷². Las resoluciones que este Comité adopta respecto de las comunicaciones individuales no tienen la misma eficacia que las resoluciones que, por ejemplo, dictan los juzgados y tribunales a nivel interno, ya que este órgano tiene una naturaleza cuasi-judicial, dando como resultado que la forma de aplicar las resoluciones varíe dependiendo del Estado, así como de su ordenamiento jurídico.

Uno de los principales cometidos que este Pacto impone a los Estados es el de “una obligación básica de protección a las personas contra ciertas interferencias en sus derechos civiles y políticos, provenientes de otras personas a título privado, grupos o entidades[...]. Algunas disposiciones como [...], la prohibición de apoyar el odio racial en el artículo 20, se aplican básicamente a nivel horizontal”³⁷³, por lo tanto, podemos hablar de efectos horizontales de los estándares de protección que el propio texto establece, por lo que debemos entender que PIDCP protege a las personas individuales tanto de las lesiones en sus derechos que puedan provenir por parte del gobierno, como de otros particulares³⁷⁴.

3.2.3.1. Aplicación de los estándares contenidos en el PIDCP por parte del Comité de Derechos Humanos

En este apartado se analizará, por un lado, el margen de apreciación en la aplicación de los derechos sustantivos contenidos en el PIDCP por parte del Comité de Derechos Humanos (CDH), por ser este un principio que afecta de forma común

³⁷² Artículo 1 Protocolo Facultativo al PIDCP: Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo.

³⁷³ Manfred Nowak, «El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos», en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, dir. por Felipe Gómez Isa (Bilbao: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2004), 172.

³⁷⁴ Defeys, Elizabeth F., «Freedom of Speech and International Norms: A response to hate Speech», 79.

a la aplicación de los derechos que se estudiarán a continuación. Por otro lado, se estudiará la Observación General número 10 y 11 del CDH, dado que la primera aborda la aplicación del artículo 19 del PIDCP y la segunda el artículo 20 PIDCP. Finalmente, las resoluciones que este Comité ha adoptado al respecto de los dos artículos utilizados por este para proteger frente a la utilización del lenguaje del odio jurídicamente relevante de acuerdo con las disposiciones del PIDCP, centrándome específicamente en aquellas que están motivadas por un origen racial o étnico.

Hay que destacar que el número de resoluciones al respecto de los artículos que aquí interesan no ha sido muy numeroso. Alguna de estas resoluciones no ha entrado al fondo del asunto por la no finalización del procedimiento en la vía interna³⁷⁵. Así las cosas, en las que sí se ha obtenido un pronunciamiento han definido los estándares de protección establecidos por el PIDCP, que servirán para perfilarán el alcance y contenido de los estándares que el Comité aplica en esta materia.

3.2.3.1.1 El margen de aplicación del Comité de Derechos Humanos

Al CDH le está reconocido cierto margen de apreciación en la aplicación de los derechos reconocidos en el PIDCP. Antes de entrar en el fondo del asunto, es necesario poner de relieve que este margen de apreciación no se puede identificar completamente con el que se reconoce al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si bien este es un tema que no es pacífico para la doctrina³⁷⁶. El Comité ha utilizado este concepto en su doctrina, por ejemplo en la aplicación del concepto de moral pública reconocido en el artículo 19(3) PIDCP donde dice que: “se debe destacar primero que la moralidad pública difiere considerablemente. No hay un estándar común universal aplicable. Por lo tanto, a este respecto, un cierto margen de

³⁷⁵ De acuerdo con el artículo 5 (2) b del Protocolo Facultativo al PIDCP.

³⁷⁶ Alex Conte y Richard Burchill, *Defending Civil and Political Rights, The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee* (Abringdon: Ashgate, 2009), 87; Yogesh Tyagi, *The UN Human Rights Committee* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), 44.

discrecionalidad debe de ser reconocido a las autoridades nacionales responsables³⁷⁷. Sin embargo, posteriormente, el CDH ha admitido que “todo tratado internacional incluido el PIDCP tiene su vida propia y debe ser interpretado de una forma justa y equitativa, si así lo dispone, por el órgano encargado con los sistemas de vigilancia de los que ha sido provisto, mejor que por las autoridades nacionales³⁷⁸. Por lo tanto, el CDH reconoce cierto margen de apreciación a las autoridades nacionales en la definición de conceptos que son variables dependiendo de la sociedad en la que nos encontremos, como puede ser el caso de moral pública, no sustituyendo su parecer por el de la autoridad nacional. Pero a su vez reconoce que esta discrecionalidad no es absoluta y que por lo tanto que no podrá ser alegada en todo caso como un motivo para no interpretar el PIDCP de acuerdo con los estándares que se establezcan³⁷⁹.

3.2.3.1.2. Estándares del artículo 19 PIDCP

El Comité de Derechos Humanos, respecto de este artículo, adoptó la Observación General número 10³⁸⁰, en la que establece una serie de estándares generales respecto de la protección del derecho a la libertad de expresión. Así:

- a. En el punto 1: el Comité establece que la protección a no ser molestado a causas de sus opiniones no admite excepciones ni restricciones, por lo que se debe de garantizar esta libertad de forma general sin limitaciones particulares.

³⁷⁷ Documento UN CCPR/C/15/D/61/1979, de 2 de abril de 1982, para 10.3 (asunto Hertzberg *et. al.* contra Finlandia).

³⁷⁸ Documento UN CCPR/C/28/D/118/1982, de 18 de julio de 1986, para 6.2. Traducción de propia. Texto original: each international treaty, including the International Covenant on Civil and Political Rights, has a life of its own and must be interpreted in a fair and just manner, if so provided, by the body entrusted with the monitoring of its provisions.

³⁷⁹ Tyagi, Yogesh, *The UN Human Rights Committee*, 657-650.

³⁸⁰ Documento U.N. HRI/GEN/1/Rev.7, de 12 de mayo de 2004.

- b. En el punto 4: El Comité expresa que, dentro de los deberes y responsabilidades especiales que conlleva el ejercicio de este derecho, se permiten ciertas restricciones en interés de terceros o de la comunidad en su conjunto. Estas restricciones no deberán poner en peligro ese derecho en sí mismo, siendo únicamente admisibles si están fijadas en la ley por una de las razones establecidas en los apartados a) y b) del párrafo 3, debiendo justificarse como necesarias a fin de que el Estado Parte alcance uno de estos propósitos. Este apartado viene a establecer una excepción al anterior ya que el mismo contempla la imposición de ciertas limitaciones a la utilización de la libertad de expresión con el objetivo de que el ejercicio de esta libertad no lesione otros derechos.

Por otra parte, los criterios que el Comité establece para considerar adecuada al PIDCP una restricción del derecho a la libertad de expresión de acuerdo con el párrafo 3 del artículo 19, son los siguientes: “toda restricción al derecho de libertad de expresión debe satisfacer acumulativamente las condiciones siguientes: debe estar prevista por la ley, debe referirse a alguno de los objetivos previstos en los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 19 [PIDCP], y debe ser necesaria para conseguir una finalidad legítima”³⁸¹.

- a. Prevista por la ley³⁸²: refiere que la restricción del derecho debe estar contemplada en una disposición legal. Así el Comité afirma que “la jurisprudencia del Comité siempre ha consistido en que la ley restrictiva propiamente dicha debe estar de acuerdo con las

³⁸¹ Resolución del CDH número CCPR/C/58/D/550/1993, de 8 de noviembre de 1996, para 9.4 (asunto de R. Faurisson contra Francia). En el mismo sentido, resolución del CDH número CCPR/C/70/D/736/1997, de 1 de mayo de 1996, para 11.2 (asunto M. Ross contra Canadá). En este sentido, también e identificando estos estándares de limitación ante el derecho a la libertad de expresión: Conte, Alex y Richard Burchill, *Defending Civil and Political Rights...*, 654-660.

³⁸² Resolución del CDH número CCPR/C/58/D/550/1993, de 8 de noviembre de 1996, para 9.5 (asunto de R. Faurisson contra Francia). En el mismo sentido resolución del CDH número CCPR/C/70/D/736/1997, de 1 de mayo de 1996, para 11.3 (asunto M. Ross contra Canadá).

disposiciones del Pacto”.³⁸³ Por lo tanto no únicamente será necesario que la limitación esté prevista por la ley, sino que además deberá estar en consonancia con el PIDCP, persiguiendo la protección de alguno de los fines previstos en este. Asimismo y de acuerdo con los Principios de Siracusa³⁸⁴, las leyes que limiten los derechos deben tener las siguientes características: 1) ser de aplicación general y estar en vigor en el momento de la aplicación, 2) no deben ser arbitrarias o irracionales, 3) deben ser claras y accesibles a cualquier persona debiéndose prever legalmente medidas adecuadas que establezcan garantías y remedios efectivos en contra de la imposición ilegal o abusiva de limitaciones respecto de la aplicación de los Derechos Humanos³⁸⁵.

- b. Fines previstos en el pacto: El Comité señala que los fines previstos en el Pacto son los contenidos en el apartado 3 a) y b) del artículo 19 del PIDCP, que “pueden relacionarse con los intereses de terceros o los de la comunidad en su conjunto”³⁸⁶. De acuerdo con los Principios de Siracusa debemos entender que el artículo 19.3a) PIDCP debe asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de

³⁸³ Resolución del CDH número CCPR/C/58/D/550/1993, de 8 de noviembre de 1996, para 9.5 (asunto de R. Faurisson contra Francia).

³⁸⁴ Los Principios de Siracusa (*Siracusa Principles*) nacen en la reunión que se celebró entre abril y mayo de 1984 en Siracusa (Italia). El objetivo fue el examen pormenorizado de las limitaciones que las disposiciones del PIDCP contemplan con el objetivo de conseguir una efectiva implementación del imperio de la ley. De esta reunión nacieron una serie de principios que se encargan de detallar cada una de las cláusulas que limitan los derechos que se establecen en el PIDCP con el objetivo de que haya una mayor seguridad jurídica en su aplicación. Documento UN E/CN.4/1985/4, de 28 de septiembre de 1984.

³⁸⁵ Documento UN E/CN.4/1985/4, de 28 de septiembre de 1984, para 15-18 (Siracusa Principles).

³⁸⁶ Resolución del CDH número CCPR/C/58/D/550/1993, de 8 de noviembre de 1996, para 9.6 (asunto de R. Faurisson contra Francia). En el presente caso se somete al Comité el Sr. Faurisson, que puso en duda la existencia de las cámaras de gas durante el Holocausto Nazi. El CDH concluye que “las declaraciones hechas por el autor podían suscitar o reforzar sentimientos antisemitas, las restricciones favorecían el derecho de la comunidad judía a vivir sin temor de una atmósfera de antisemitismo”, protegiendo por lo tanto al grupo afectado. En el mismo sentido resolución del CDH número CCPR/C/70/D/736/1997, de 1 de mayo de 1996, para 11.5 (asunto M. Ross contra Canadá).

los demás. Este respeto a los derechos de los demás va más allá de los reconocidos en el propio PIDCP, por lo que cuando existe un conflicto entre un derecho reconocido en este y uno que no lo está, se debe considerar que el PIDCP intenta proteger los más fundamentales derechos y libertades³⁸⁷. Respecto del artículo 19.3b) PIDCP, cuando se refiere a la seguridad nacional debemos entender que se limiten los derechos únicamente para proteger la existencia de la nación, su integridad territorial o su independencia política en contra de fuerzas (*forces*) o amenazas de fuerzas (*threat of force*), no pudiendo ser invocada por razones meramente locales o amenazas relativamente aisladas de la ley y el orden³⁸⁸. Por cuanto respecta al orden público, debemos entender la suma de reglas que aseguran el funcionamiento de la sociedad o el conjunto de principios fundamentales en los que una sociedad está fundada³⁸⁹. En el caso de la salud o moral públicas: respecto a la primera, las limitaciones deben de ser invocadas por el Estado para tomar medidas cuando esté tratando con serias amenazas a la salud de la población o los miembros individuales de esta, cuyas medidas deben estar específicamente encaminadas a prevenir enfermedades o lesiones, o proveer de cuidados a los enfermos o lesionados³⁹⁰. Respecto a la segunda, ya que esta varía dependiendo del tiempo y de una cultura a otra, el Estado puede invocar este principio para restringir los derechos con cierto margen de discreción, pero deberá demostrar que la limitación en cuestión es esencial para mantener el respeto por los valores fundamentales de la comunidad,

³⁸⁷ Documento UN E/CN.4/1985/4, de 28 de septiembre de 1984, para 35-37 (Siracusa Principles).

³⁸⁸ Documento UN E/CN.4/1985/4, de 28 de septiembre de 1984, para 29-32 (Siracusa Principles).

³⁸⁹ Documento UN E/CN.4/1985/4, de 28 de septiembre de 1984, para 22-24 (Siracusa Principles).

³⁹⁰ Documento UN E/CN.4/1985/4, de 28 de septiembre de 1984, para 25-26 (Siracusa Principles).

margen este que no se aplica a la regla de no discriminación contenida en el Pacto³⁹¹.

- c. Necesidad: Este estándar conocerá si la acción de limitación adoptada era necesaria para proteger los fines previstos “en el contexto del párrafo 3 del artículo 19 del Pacto”³⁹². Los miembros del Comité E. Evatt y D. Kretzmer, en su opinión individual concordante (C), en el caso *R. Faurisson contra Francia*³⁹³ matizan un poco más este estándar, afirmando que “el requisito de necesidad supone un elemento de proporcionalidad. El alcance de la restricción impuesta a la libertad de expresión debe ser proporcional al valor que pretenda proteger la restricción. No debe ir más allá de lo que se necesite para proteger ese valor. [...] No debe poner en peligro el propio derecho”³⁹⁴. Así, este principio de necesidad permite a los Estados poder vulnerar el derecho a la libertad de expresión únicamente “en la medida que lo requiera la situación”³⁹⁵.

³⁹¹ Documento UN E/CN.4/1985/4, de 28 de septiembre de 1984, para 27-28 (Siracusa Principles).

³⁹² Resolución del CDH número CCPR/C/58/D/550/1993, de 8 de noviembre de 1996, para 9.7 (asunto de *R. Faurisson contra Francia*). En el presente caso el CDH observa que la ley francesa que permite la restricción de la libertad de expresión cuando nos encontramos ante un caso de discurso del odio penalmente relevante (*Ley Gayssot*), tiene como objetivo la lucha contra el racismo y el antisemitismo. Asimismo concluyen que la negación del Holocausto es un instrumento antisemita. Por lo tanto la necesidad de restringir está en consonancia con los fines perseguidos por el PIDCP.

CDH número CCPR/C/70/D/736/1997, de 1 de mayo de 1996, para 11.6 (asunto *M. Ross contra Canadá*). En el presente caso un profesor de escuela realizaba publicaciones en varios libros y folletos así como otras declaraciones públicas, incluyendo una entrevista por televisión, donde expresaba opiniones antisemitas, discriminando a alumnos judíos y de otras minorías. La junta escolar decidió apartarle de la docencia con suspensión de empleo y sueldo, y en un corto espacio de tiempo, estaba reubicado en un puesto sin docencia. Esto es especialmente relevante para la Comisión, que considera que las actuaciones tomadas para restringir el derecho no fueron más allá de lo necesario para cumplir su función protectora.

³⁹³ Resolución del CDH número CCPR/C/58/D/550/1993, de 8 de noviembre de 1996, opinión C (asunto de *R. Faurisson contra Francia*).

³⁹⁴ Resolución del CDH número CCPR/C/58/D/550/1993, de 8 de noviembre de 1996, opinión individual C, para 8 (asunto de *R. Faurisson contra Francia*).

³⁹⁵ Documento UN CCPR/C/21/Rev.1/Add.11. Observación General N° 29, de 29 de agosto de 2001, para 5.

- d. Proporcionalidad³⁹⁶: consiste en que el Estado no tiene la potestad de limitar la libertad en todo aquello que quiera. La medida que limite el derecho debe ser proporcionada al fin perseguido y el Estado no debe imponer medidas más restrictivas que aquellas que le lleven a conseguir el fin que motiva la limitación. Asimismo, esta nota de proporcionalidad debe observarse en el caso concreto y no imponer una sanción desproporcionada con la conducta llevada a cabo.

Por lo tanto, como hemos visto, para que una limitación al derecho a la libertad de expresión ejercitada por un Estado sea acorde con el PIDCP necesariamente deberá de satisfacer acumulativamente los 4 requisitos que acabo de exponer, con el objetivo de garantizar un estándar de protección a este derecho esencial en cualquier Estado democrático de Derecho.

3.2.3.1.3. Estándares del artículo 20 PIDCP

Una vez examinado el alcance del artículo 19 PIDCP que establece -como se ha puesto de manifiesto- el derecho a la libertad de expresión, reconociendo que el mismo entraña deberes y responsabilidades y que por lo tanto su ejercicio debe respetar otros derechos igual de importantes que este, estableciendo una serie de criterios por los que la limitación de la libertad de expresión sería legítima, pasaremos a ver el contenido del artículo 20 PIDCP en el que se trata directamente el lenguaje del odio, estableciendo qué tipo de comportamientos no son admisibles dentro del ejercicio de las libertades establecidas en el PIDCP.

La Observación General número 11³⁹⁷ del Comité de Derechos Humanos, respecto del artículo 20 PIDCP recuerda a los Estado Parte la obligación de adoptar las medidas legislativas necesarias para prohibir las acciones referidas en dicho

³⁹⁶ Conte, Alex y Richard Burchill, *Defending Civil and Political Rights*, ... 48-55.

³⁹⁷ Documento UN HRI/GEN/1/Rev.1., de 29 de julio de 1994.

artículo, ya que los informes remitidos por algunas Altas Partes contratantes revelan que estas acciones no han sido penalizadas por la ley y en el caso de haberlo sido, estas no dan una respuesta adecuada.

El Comité afirma que la prohibición que encontramos en el artículo 20.1 PIDCP comprende la prohibición de todas las formas de propaganda en favor de la guerra amenazante o que agreda o rompa la paz contraria a la Carta de Naciones Unidas. Respecto del artículo 20.2 PIDCP, este organismo afirma que está dirigido en contra de cualquier incitación al odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, hostilidad o violencia, si esta propaganda o provocación tiene intención tanto interna como externa al Estado en cuestión.

Asimismo, esta Observación General deja fuera del ámbito de aplicación del artículo 20 PIDCP la provocación del derecho a la soberanía, autodefensa o el derecho de los pueblos a la autodeterminación o independencia de acuerdo con la Carta de Naciones Unidas, por cuanto estos ámbitos se entiende que entran dentro de un debate aceptable, estando –por ejemplo– el derecho de autodeterminación de los pueblos³⁹⁸ recogido en los Instrumentos Universales de Derechos Humanos de la ONU.

El Comité únicamente se ha pronunciado sobre este artículo únicamente en dos ocasiones, en el caso JRT, WG Party contra Canadá³⁹⁹, de 6 de abril de 1983, donde se consideró que la conducta descrita era una clara incitación al odio y

³⁹⁸ Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1960.

³⁹⁹ Resolución del CDH número CCPR/C/18/D/104/1981, de 8 de abril de 1983 (asunto J. R. T. y el W. G. Party contra Canadá). En el presente caso, JRT, perteneciente al partido WG configuró un teléfono donde las personas que llamaban podían escuchar un mensaje consistente en sentimientos antisemitas. Advertía de los peligros de las finanzas internacionales y de los líderes judíos internacionales de llevar al mundo a las guerras, desempleo e inflación y al colapso de los valores y principios del mundo.

posteriormente en Vassalari y otros contra Grecia⁴⁰⁰, de 19 de mayo de 2009, una decisión muy polémica ya que el CDH se apartó de su criterio consolidado de admisión del caso y no entró al fondo del asunto.

En el caso JRT, WG Party contra Canadá, de 6 de abril de 1983, resuelve que la difusión de mensajes antisemitas a través del sistema telefónico constituye “claramente apología del odio racial y religioso”⁴⁰¹, circunstancia esta que ya había sido apreciada por los tribunales nacionales, por lo que no se entra más en el fondo del asunto.

Posteriormente, el caso más complejo de Vassalari y otros contra Grecia, trata sobre la denuncia efectuada por miembros del colectivo romaní sobre la circulación de una carta en la Universidad griega de Patras, firmada por 1.200 personas, en la que se hacía responsable a este colectivo de una serie de delitos, llamando a su desalojo del área que ocupaban, con amenaza de “acciones militares”⁴⁰² si estos no cumplían con el requerimiento. Los tribunales griegos no encontraron que el comportamiento fuera constitutivo de delito bajo su legislación nacional. El Comité, contraviniendo su la interpretación consolidada⁴⁰³ que venía realizando, no admite la comunicación alegando que no se ha finalizado la vía interna. Por este motivo, el miembro del Comité Adbelfattah Amor manifiesta en la resolución una opinión individual disidente de la opinión mayoritaria (suscrita por otros dos miembros), en la que afirma que el CDH nunca ha llegado a aventurar una

⁴⁰⁰ Resolución del CDH número CCPR/C/95/D/1570/2007, de 29 de abril de 2009 (asunto Vassilary y otros contra Grecia).

⁴⁰¹ Resolución del CDH número CCPR/C/18/D/104/1981, de 6 de abril de 1983, para 8 (b) (asunto J. R. T. y el W. G. Party contra Canadá).

⁴⁰² Resolución del CDH número CCPR/C/95/D/1570/2007, de 29 de abril de 2009, para. 2.1 (asunto Vassilary y otros contra Grecia).

⁴⁰³ Opinión consolidada en la que se dice que si el Estado parte no alega razones de admisibilidad, el Comité la declara admisible, si estas no son manifiestamente infundadas o no serias. Resolución del CDH número CCPR/C/95/D/1570/2007, de 29 de abril de 2009. Opinión individual de Adbelfaffah Amor, para 2 (2): The Committee’s settled jurisprudence holds that when the State party raises no objection to admissibility, the Committee declares the communication admissible unless the allegations are manifestly groundless or not serious.

opinión sobre la aplicación de artículo 20.2 PIDCP en casos individuales⁴⁰⁴. Al no haber realizado esta valoración el CDH está perjudicando la aplicación del propio artículo dado que nunca se ha pronunciado sobre qué entidad debe tener el mensaje amenazante para considerar que vulnera el artículo 20.2 PIDCP, o cómo debe ser el mismo.

Por lo tanto, si bien el Comité se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la limitación del derecho a la libertad de expresión marcando los límites legales del artículo 19 PIDCP, no lo ha hecho respecto del lenguaje del odio prohibido por el artículo 20 PIDCP, quedando este importante asunto pendiente, puesto que está por definir el alcance de la protección que este artículo del PIDCP establece.

3.2.4. Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial

Dentro de este apartado estudiaré, en primer lugar, aquellas características de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CEDR) que la convierten en una convención que impone unos estándares de protección innovadores que no poseen otros tratados internacionales y que permiten afirmar la gran importancia de este texto en la protección frente al discurso del odio con origen racial o étnico; en segundo lugar, investigaré los artículos del texto que tratan esta temática y los sistemas de fiscalización de la Convención y, en tercer lugar, la aplicación de los estándares por parte del órgano de control establecido por la CEDR, con el objetivo de obtener una visión completa de la protección que ofrece este texto internacional.

⁴⁰⁴ Resolución del CDH número CCPR/C/95/D/1570/2007, de 29 de abril de 2009 (asunto Vassilary y otros contra Grecia). Opinión individual de Adbelfaffah Amor, para 2 (1): The Committee has not ventured an opinion on the applicability of the article 20, paragraph 2, to individual cases.

3.2.4.1. Principales características de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial

La CEDR fue precedida por la Resolución 1510 [XV]⁴⁰⁵ y la Resolución 1904 [XVIII]⁴⁰⁶ de Naciones Unidas.

Esta Convención está exclusivamente dedicada al ámbito de la discriminación racial, y es un texto especialmente importante ya que “obliga al país que la ratifique a incorporar al ordenamiento interno una figura penal de provocación xenófoba [...] obligando su tipificación”⁴⁰⁷. Por lo tanto, mientras que el PIDCP requiere que el lenguaje del odio empleado tenga la suficiente entidad como para constituir una incitación a la hostilidad, discriminación o violencia, para ser prohibida, pero no necesariamente institucionalizada como un crimen, la CEDR sí que obliga a la interdicción de estos comportamientos de forma penal con atención a los principios contenidos en la DUDH. Debido a esto, puedo afirmar que la CEDR es un referente muy importante a la hora del estudio del discurso del odio penalmente relevante en los ordenamientos jurídicos de los Estados que han suscrito

⁴⁰⁵ Resolución 1510 (XV), de 12 de diciembre de 1960, de la 943 sesión plenaria, en la que la Asamblea General se mostraba alarmada por el hecho de las tendencias al odio racial y nacional que no estaban siendo suficientemente combatidas en muchas partes del mundo.

⁴⁰⁶ Resolución 1904 (XVIII), de 20 de noviembre de 1963. Esta contienen una Declaración para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial no vinculante en la que se afirma que se necesitan eliminar rápidamente todas las formas de discriminación racial en el mundo, por respeto a la dignidad humana. Concretamente, esta Declaración contiene un artículo 9 en el que se condena: 1) la propaganda y las organizaciones basadas en ideas o teorías de superioridad de una raza o grupo de personas de un color o origen étnico con una tendencia a justificar o promocionar la discriminación racial en alguna de sus formas, debe ser severamente condenada. 2) Todas las incitaciones a actos de violencia, hechos por individuos o organizaciones, en contra de alguna raza o grupo de personas de otro color origen étnico debe ser considerado como una ofensa en contra de la sociedad y punible por la ley. 3) En vista a dar efecto a los fines y principios de la presente Declaración, todos los Estados deben tomar medidas inmediatas y positivas, incluyendo legislación y otras medidas, para perseguir organizaciones fuera de la ley que promocionen o inciten a la discriminación racial o a utilizar violencia para los fines de la discriminación basada en la raza, color u origen étnico.

⁴⁰⁷ Jon-Mirena Landa Gorostiza, *Intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código Penal* (Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2001), 215.

la CEDR, ya que va más allá que cualquier otro texto internacional en esta materia⁴⁰⁸.

Otra característica importante de la CEDR es que nace en el seno de una “alta preocupación internacional por la discriminación racial promovida y mantenida por los Estados, lo que hizo que este Tratado quedara diseñado como un instrumento que impone obligaciones a los Estados, más que otorgaba derechos a los individuos”⁴⁰⁹. Esta característica, contrapuesta al carácter eminentemente horizontal del PIDCP, marcará los estándares establecidos por este texto que identificaré posteriormente.

Estas dos características convierten a la CEDR en una convención muy importante tanto desde el nivel internacional, como su reflejo en los ordenamientos jurídicos de los Estados firmante que impone obligaciones ciertas de penalizar las manifestaciones más graves del discurso del odio.

3.2.4.2. Articulado y sistemas de fiscalización de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial

Entrando en el articulado, la CEDR realiza en su parte I una substantivación de derechos. Así, el artículo 4 CEDR prohíbe la diseminación de ideas basadas en la superioridad racial y/o las actividades basadas en incitar a personas a la violencia racial. Este artículo está considerado uno de los centrales del CEDR⁴¹⁰, ya que crea obligaciones específicas de condenar toda la propaganda y a las organizaciones que

⁴⁰⁸ Fredman, Sandra, *Discrimination and Human Rights*. ..., 86.

⁴⁰⁹ Natalia Álvarez Molinero, «La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial», en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, dir. por Felipe Gómez Isa (Bilbao: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2004), 226.

⁴¹⁰ Wouter Vanderhole, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Right Treaty Bodies* (Amberes: Intersentia, 2005), 8.

se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de la 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 forma⁴¹¹. Así, con esta disposición, nace la obligación de incorporar una tipología específica en los códigos penales de los países parte que castigue la difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial. Por lo tanto, este artículo no únicamente obliga a los Estados a penalizar la incitación a la discriminación racial, sino también la diseminación de ideas basadas en la superioridad racial y el odio⁴¹². Esta circunstancia llevó a que muchos Estados formularan reservas a este artículo (comentadas en apartados posteriores), ya que lo entendían como una limitación no aceptable del derecho a la libertad de expresión o que chocaba frontalmente contra sus disposiciones constitucionales acerca de este derecho.

Por cuanto concierne a los sistemas de fiscalización del cumplimiento del texto, la CEDR establece un sistema de comunicaciones individuales facultativo, reconocido por el artículo 14 CEDR⁴¹³, que opera si el Estado realiza la declaración

⁴¹¹ 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: a) 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; b) 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; c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.

⁴¹² La CEDR nació marcada por el periodo que se acaba de superar (II Guerra Mundial) con la idea de ofrecer una protección internacional ante los comportamientos nacionalsocialistas que llevaron a la utilización del odio racial contra judíos, homosexuales, personas de color, etc., estableciendo una limitación responsable a la utilización de la libertad de expresión.

⁴¹³ Este sistema de control necesita de una declaración expresa realizada por el Estado Parte reconociendo la jurisdicción del CoEDR para conocer de los asuntos que regula la CEDR.

facultativa correspondiente⁴¹⁴. Este establece la posibilidad de enviar comunicaciones por parte de personas individuales o grupos de estas que estén bajo la jurisdicción de los países adheridos a la Convención que aleguen ser víctimas del Estado por los derechos garantizados en la misma. Estas comunicaciones individuales son presentadas para su estudio y resolución ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CoEDR), órgano creado por la CEDH para vigilar el cumplimiento del mismo. De la misma forma que las resoluciones del CDH estas tienen la consideración de cuasi-judiciales⁴¹⁵, por lo que sus efectos son limitados.

La CEDR prevé, respecto de las comunicaciones individuales realizadas por personas y por grupos un plazo de tiempo que limita de forma bastante importante el plazo disponible para interponer este tipo de demandas ante el CoEDR. El Texto establece⁴¹⁶ que para acudir a este órgano, el escrito de demanda se debe presentar dentro de los seis meses posteriores al agotamiento de los recursos en la jurisdicción interna. Esto supone una importante restricción que no se contempla en otros tratados⁴¹⁷, como por ejemplo en el PIDCP, lo que evidencia una limitación difícil de entender si tenemos en cuenta que acudir a una instancia internacional es un trabajo costoso que requiere de una gran preparación.

⁴¹⁴ En la actualidad únicamente 54 Estados han realizado la correspondiente declaración: Argelia, Andorra, Argentina, Australia, Austria, Azerbaijan, Bélgica, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Chile, Costa Rica, Chipre, República Checa, Dinamarca, Ecuador, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Kazajistán, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, México, Monaco, Montenegro, Marruecos, Holanda, Noruega, Perú, Polonia, Portugal, República de Corea, Rumania, Federación Rusa, San Marino, Senegal, Serbia, Eslovaquia, Sur África, España, Suecia, Suiza, Antigua República Yugoslava de Macedonia, Ucrania, Uruguay y Venezuela.

⁴¹⁵ Daniel Moeckli y Shah Sangeeta Sivakumaran, *International Human Rights Law* (New York: Oxford University Press, 2010), 410.

⁴¹⁶ Artículo 96 CEDR.

⁴¹⁷ Además de prever otras restricciones propias de las instancias supra nacionales. En este sentido: Álvarez Molinero, Natalia «La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial», 222.

3.2.4.3. Desarrollo de los Estándares de Protección del Artículo 4 CEDR por parte del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la doctrina del CoEDR

El artículo 4 CEDR ha sido desarrollado por la Recomendación General XV del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, de 23 de marzo de 1993⁴¹⁸, sobre violencia organizada basada en el origen étnico, en la que el CoEDR pormenoriza las conductas que deben ser castigadas por los Estados Parte, con el fin de dar un cumplimiento efectivo del artículo 4 CEDR.

En su punto segundo de la Recomendación General XV del CoEDR recuerda que este artículo tiene carácter obligatorio, y que para satisfacer este rasgo no basta con crear legislación adecuada sino asegurarse de que esta es efectivamente aplicada. El Comité alega que “únicamente una intervención inmediata puede llevarnos a cumplir las obligaciones de una respuesta efectiva”⁴¹⁹.

En el punto tercero se realiza un listado de conductas que, dentro de las contempladas en el artículo 4 CEDR, deben ser penalizadas por los Estados Parte. Estas son: diseminación de ideas basadas en la superioridad racial u odio, incitación al odio racial, actos de violencia en contra de cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico e incitación a estos actos.

En el punto cuarto el CoEDR expresa su parecer acerca de la prohibición que establece el artículo 4 del CEDR y el respeto al derecho a la libertad de expresión. En su opinión, ambos son compatibles ya que tal y como se dice en el artículo 19 de la DUDH y en el propio artículo 5 d) viii) CEDR, el ejercicio de este derecho conlleva deberes y responsabilidades especiales, especificadas en el artículo 29.2

⁴¹⁸ Documento UN A/48/18, de 31 de enero de 1992.

⁴¹⁹ “Only immediate intervention can meet the obligations of effective response”.

DUDH⁴²⁰. Por lo tanto, la propia Declaración Universal de Derechos Humanos establece que la obligación de no difundir ideas racistas tiene especial importancia.

En este sentido, en el caso de *Jewish Community of Oslo et al.* contra Noruega, señala: “al principio de libertad de discurso se le ha otorgado un nivel menor de protección en caso de racismo y discurso de odio tratados por otros organismos internacionales”⁴²¹, esto es así debido a la implementación de estos deberes y responsabilidades que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión lleva implícitos y por lo tanto teniendo en cuenta que este derecho está al mismo nivel que otros que se pueden ver afectados por el abuso de este, se debe estudiar cuál es el que debe ceder en cada caso, estableciendo que cuando nos encontramos ante un conflicto entre la libertad de expresión y la utilización de lenguaje racista, en principio y dado que el último no está protegido por la CEDR se podrá observar como adecuada una limitación en este sentido.

Los puntos cinco y seis de la Recomendación General XV del CoEDR, establecen que es obligatorio penalizar a su vez la financiación de estas actividades racistas. Asimismo, los Estados Parte tienen la obligación de declarar ilegal una organización antes de que sus miembros hayan promocionado o incitado a la discriminación racial y que tanto la organización, como los organizadores y sus actividades propagandísticas deben ser declaradas ilegales y prohibidas y la participación en estas organizaciones, castigada.

Por lo tanto la Recomendación General XV, respaldada por las Comunicaciones posteriores realizadas por el CoEDR a los Estados Parte, así como

⁴²⁰ Artículo 29.2 DUDH: 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

⁴²¹ Documento CERD/C/67/D/30/2003, de 22 de agosto de 2005, para 10.5 (caso *Jewish Community of Oslo et al.* contra Noruega).

su doctrina elaborada a partir de las denuncias de particulares, viene a pormenorizar los estándares de protección que, de acuerdo al artículo 4 CEDR, deben garantizar los Estados Miembros y que son los siguientes:

- a. Carácter obligatorio de las disposiciones del artículo 4 CEDR⁴²²: lo expresado en este artículo es de obligado cumplimiento por parte de todas las Altas Partes Contratantes. Para satisfacer esta obligación, los Estados parte no únicamente deben crear legislación apropiada, sino que deben asegurar que esta es efectivamente aplicada.
- b. Obligación específica de criminalizar organizaciones racistas⁴²³: se impone la obligación de prohibir, y también de declarar ilegal, las organizaciones que promuevan o inciten al racismo y a la discriminación racial (incluyendo partidos políticos).
- c. Obligación de inclusión de tipos en el Código Penal⁴²⁴: específicamente se deben incorporar medidas inmediatas y positivas para erradicar la incitación o los actos de discriminación racial, creando legislación penal específica, no solo para establecer una

⁴²² Establecido por la propia Recomendación General XV y reafirmado en documento CERD/C/GBR/CO/18-20, de 14 de septiembre de 2011, para 11.

⁴²³ Ver documentos: CERD/C/ALB/CO/5-8, de 14 de septiembre de 2011, para 10; CERD/C/CZE/CO/8-9, de 14 de septiembre de 2011, para 15; CERD/C/ARM/CO/5-6, de 4 de abril de 2011, para 8 y 14; CERD/C/IRL/CO/3-4, de 10 de marzo de 2011, para 19; CERD/C/KEN/CO/1-4, de 14 de septiembre de 2011, para 13; CERD/C/63/D/27/2002, de 26 de agosto de 2006, para 2.9 y 9 (asunto K. Quereshi contra Dinamarca).

⁴²⁴ Ver documentos: CERD/C/BOL/CO/17-20, de 8 de abril de 2011, para 15; CERD/C/YEM/CO/17-18, de 4 de abril de 2011, para 12; CERD/C/URY/CO/16-20, de 8 de abril de 2011, para 13; CERD/C/CUB/CO/14-18, de 8 de abril de 2011, para 11; CERD/C/GEO/CO/4-5, de 20 de septiembre de 2011, para 11 y para 12; CERD/C/UKR/CO/19-21, de 14 de septiembre de 2011, para 13.

protección ante las violaciones, sino de forma preventiva⁴²⁵; así como contemplar una circunstancia agravante por motivo racial⁴²⁶.

- d. Investigación adecuada de los actos⁴²⁷: obligación de realizar investigaciones de forma diligente, rápida y en profundidad de los crímenes por esta motivación, ya que es esencial para determinar su materialización e identificar los responsables de los mismos.
- e. Propagación de ideas por Internet⁴²⁸: Adoptar las medidas necesarias para la no difusión por Internet de propaganda racista.
- f. Control de los medios de comunicación⁴²⁹: dicho control tiene como objetivo evitar que estos promuevan el discurso del odio y la discriminación como, por ejemplo, mediante la criminalización de minorías.

Por otra parte, en el tema específico de la provocación al odio contra los no ciudadanos, debemos tener en cuenta la Observación General XXX⁴³⁰, de 1 de octubre de 2004. Este texto consta de dos apartados (11 y 12) que tratan la

⁴²⁵ Ver documento: CERD/C/SRB/CO/1, de 13 de abril de 2011, para 13.

⁴²⁶ Ver documentos: CERD/C/CUB/CO/14-18, de 8 de abril de 2011, para 11; CERD/C/GEO/CO/4-5, de 20 de septiembre de 2011, para 11.

⁴²⁷ Ver documentos: CERD/C/BOL/CO/17-20, de 8 de abril de 2011, para 17; CERD/C/CZE/CO/8-9, de 14 de septiembre de 2011, para 16; CERD/C/GEO/CO/4-5, de 20 de septiembre de 2011, para 12; CERD/C/42/D/4/1991, de 16 de marzo de 1993, para 6.6 y 6.7 (asunto LK contra Holanda); CERD/C/56/D/16/1999, 13 de mayo de 2000, para 9 (asunto Ahmad contra Dinamarca); CERD/C/68/D/34/2004, de 6 de marzo de 2006, para 7.6 (asunto M. Hassan Gelle contra Dinamarca); CERD/C/75/D/41/2008, de 21 de agosto de 2009, para 9 (asunto A. Farah Jama contra Dinamarca); CERD/C/82/D/48/2010, de 10 de mayo de 2013, para 12.8 (asunto TBB-Unión Turca en Berlín/Brandeburgo contra Alemania).

⁴²⁸ Ver documento: CERD/C/UKR/CO/19-21, de 14 de septiembre de 2011, para 12.

⁴²⁹ Ver documentos: CERD/C/BOL/CO/17-20, de 8 de abril de 2011, para 15; CERD/C/MLT/CO/15-20, de 14 de septiembre de 2011, para 12.

⁴³⁰ Documento HRI/GEN/1/Rev.7/Add.1, de 4 de mayo de 2005.

protección contra el discurso del odio y de la violencia racial en el ámbito particular de las personas que son consideradas no ciudadanos de un Estado. En estos puntos el Alto Comisionado relata la necesidad de proteger a los no ciudadanos de actitudes y comportamientos xenófobos y especialmente del discurso del odio y la violencia racial, así como promover un mejor entendimiento del principio de no discriminación al respecto de estas personas⁴³¹.

También contempla tomar una acción decidida sobre cualquier tendencia a elegir como blanco, estigmatizar, estereotipar o perfilar, sobre la base de la raza, el color, descendencia y origen nacional o étnico a miembros de población “no ciudadana”, especialmente por parte de políticos, funcionarios y educadores, así como en los medios de comunicación, internet y otras redes de comunicación electrónicas y en la sociedad en general⁴³².

En conclusión a este apartado, se puede observar cómo a través de las comunicaciones que el CoEDR ha realizado a los Estados Miembros, así como de las comunicaciones individuales recibidas, se pueden extraer unos estándares de protección establecidos por la CEDR muy claros, que deberán ser incorporados a los ordenamientos jurídicos nacionales. Es necesario destacar en este punto el especial hincapié que ha realizado el CoEDR en poner de relieve que no únicamente es necesario incluir en los códigos penales artículos que castiguen este tipo de conductas, sino que es necesario que exista una preocupación por parte de todos los actores implicados en la implementación de estas medidas, para que estas sean efectivas.

⁴³¹ Ver documentos: CERD/C/NOR/CO/19-20, de 11 de marzo de 2011, para 9; CERD/C/UKR/CO/19-21, de 14 de septiembre de 2011, para 9.

⁴³² Documento HRI/GEN/1/Rev.7/Add.1, de 4 de mayo de 2005, para 12.

3.2.4.4. Reservas realizadas por los Estados Miembros al artículo 4 de la CEDR

En este punto trataré la distorsión de la protección que las reservas realizadas por los Estados Miembros de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial han realizado al artículo 4 CEDR. Esta inflexión en la protección de los derechos recogidos en la CEDR es la que se refiere a las reservas y declaraciones interpretativas realizadas por algunos de los Estados que han ratificado el texto. De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴³³, las reservas realizadas por los Estados en el momento de la ratificación o del acceso no son admisibles cuando su contenido sea incompatible con el objeto y el fin del Tratado, y esto deberá ser tenido en cuenta ya que el calado de alguna de estas reservas van en contra del núcleo esencial que se intenta proteger con este texto.

Gran cantidad de Estados han formulado reservas y declaraciones interpretativas al artículo 4 CEDR, estas las podemos diferenciar en dos grandes grupos: por un lado aquellos países que han formulado una reserva completa a la aplicación del artículo, como la realizada por los Estados Unidos de Norteamérica, que alegan que en su “Constitución y leyes [...], contienen protecciones más extensas de la libertad individual de discurso, expresión y asociación”⁴³⁴, por lo que se garantiza una libertad de expresión muy amplia que iría en contra de la limitación impuesta por este artículo, y que por lo tanto este no es compatible con su Primera Enmienda; y por otro lado, podemos encontrar las declaraciones interpretativas

⁴³³ Artículo 19(c).

⁴³⁴ Reserva de los Estados Unidos de Norteamérica al artículo 4 : That the Constitution and laws of the United States contain extensive protections of individual freedom of speech, expression and association. Accordingly, the United States does not accept any obligation under this Convention, in particular under articles 4 and 7, to restrict those rights, through the adoption of legislation or any other measures, to the extent that they are protected by the Constitution and laws of the United States.

realizadas por Estados como Bélgica⁴³⁵, Austria, Francia, Alemania y Malta, en el sentido de admitir que los artículos 10 y 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos acuerdan una protección mejor de la que hace el artículo 4 CEDR y que por lo tanto, a este respecto atenderán a lo referido en el Texto europeo. España, en la actualidad no ha formulado ninguna reserva o declaración interpretativa del artículo 4 CEDR.

Algunas de estas reservas, como la de los Estados Unidos de Norteamérica, van claramente en contra del sentido de la CEDR, ya que formulan una reserva que deja completamente sin aplicación el contenido de este artículo, protegiendo un derecho a la libertad de expresión muy amplio, no amparado en ningún texto internacional y que va en contra del objeto y fin de la Convención, que es entender que ningún derecho es ilimitado y que el ejercicio de estos se debe hacer de formar respetuosa con los derechos de los demás.

3.2.5. Otros textos de especial interés

En este punto analizaré cinco documentos creados por la Organización de Naciones Unidas y su Consejo de Derechos Humanos, que contienen una serie de recomendaciones que reflejan el estado de la situación respecto de la protección ante el discurso del odio a nivel internacional en los últimos años, con las que podremos obtener una visión actual y global del alcance del problema.

El primero de ellos es la declaración acordada en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de

⁴³⁵ Declaración del Reino de Bélgica: “The Kingdom of Belgium also wishes to emphasize the importance which it attaches to respect for the rights set forth in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, especially in articles 10 and 11 dealing respectively with freedom of opinion and expression and freedom of peaceful assembly and association”. En el mismo sentido, la del resto de países citados con este.

Intolerancia, que tuvo lugar en Durban en el 2001⁴³⁶. En esta se recuerda la obligación que de acuerdo con el Derecho Internacional se tiene de declarar como delito punible la difusión de todas las ideas basadas en la superioridad o el odio racial, así como declarar ilegales las organizaciones que difundan estas ideas, cometan actos de violencia o que inciten a cometer tales actos⁴³⁷, e instan a los Estados a luchar contra la proliferación de estas teniendo en cuenta las normas internacionales y regionales existentes.

Los dos textos siguientes nacen de la decisión 1/107 del Consejo de Derechos Humanos tomada en su 24ª reunión, que tuvo lugar el 20 de junio de 2006, donde se expresa su profunda preocupación por el aumento de la tendencia a la difamación de las religiones, a la incitación al odio tanto racial como religioso y sus manifestaciones recientes. Circunstancia por la que se decidió encargar dos informes, uno de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos⁴³⁸ y otro del Relator Especial sobre las Formas Contemporáneas de Racismo, Discriminación Racial y Xenofobia y Formas Conexas de Intolerancia⁴³⁹.

En el primero de estos dos textos, se presentan unas conclusiones preliminares del que quiere ser un informe más ambicioso sobre el fenómeno de la creciente tendencia a la difamación de las religiones, la incitación al odio racial y religioso y sus crecientes manifestaciones. La Relatora argumenta que el freno al discurso incitador al odio supone la restricción y limitación de la libertad de expresión y de otros derechos y libertades humanos y que de aquí se puede identificar el primer problema, la conjugación de la limitación de la palabra y el combate al discurso del odio⁴⁴⁰. Otro problema identificable es que no existe una

⁴³⁶ Documento UN A/RES/65/240, de 5 de abril de 2011.

⁴³⁷ Documento UN A/Conf.189/12, de 8 de septiembre de 2001, para 86 y 87.

⁴³⁸ Documento UN A/HRC/2/6, de 20 de septiembre de 2006.

⁴³⁹ Documento UN A/HRC/2/3, de 20 de septiembre de 2006.

⁴⁴⁰ Documento UN A/HRC/2/3, de 20 de septiembre de 2006, para 4.

definición unánime de qué debe ser considerado como discurso de odio⁴⁴¹. Por lo tanto la Relatora concluye que es necesario pedir a los órganos creados, en virtud de los tratados, que formulen comentarios generales sobre la partes de los textos que necesitan una ulterior definición, así como encargar a expertos que analicen más a fondo y elaboren una doctrina adecuada a la materia.

En el segundo, el Relator expresa su preocupación por los contextos políticos e ideológicos actuales, en los que se ha producido una instrumentalización política del racismo y la xenofobia, por lo que recomienda a los Estados permanecer especialmente atentos al uso político de la discriminación y la xenofobia, recordando a estos su obligación jurídica y moral conforme a los instrumentos internacionales, de priorizar la lucha contra el racismo, la discriminación, la xenofobia y la intolerancia por encima de alianzas políticas y gubernamentales⁴⁴².

El 25 de marzo de 2010, dentro de la sesión número 42 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, se expresó la preocupación de los miembros por el aumento de los casos de incitación a la discriminación y de odio racial a nivel mundial de la siguiente forma: “observa también con preocupación que los incidentes de intolerancia religiosa o racial, así como la creación de estereotipos raciales y religiosos en todo el mundo, siguen aumentando y condena, a este respecto, la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia e insta a los Estados a que adopten medidas eficaces, en consonancia con sus obligaciones en virtud de las normas internacionales”⁴⁴³. Asimismo, en el documento insta a los Estados a una serie de comportamientos a los que están obligados, como la revisión de las prácticas y la

⁴⁴¹ Así por ejemplo, en casos anteriormente vistos en esta investigación, el Comité de Derechos Humanos ha evitado la definición del discurso de odio o de la incitación o discurso de incitación al odio y se ha centrado en cambio en el posible perjuicio de ese discurso para los derechos ajenos y también en si es necesario evitar ese perjuicio. Documento A/HRC/2/3, de 20 de septiembre de 2006, para 36.

⁴⁴² Documento UN A/HRC/2/3, de 20 de septiembre, para 53.

⁴⁴³ Documento UN A/65/53, punto 4.

legislación con el objetivo de cumplir con las normas internacionales de Derechos Humanos, o la no utilización de la lucha contra el terrorismo para limitar los Derechos Humanos⁴⁴⁴.

Como se puede observar, la preocupación por el aumento en la utilización del lenguaje del odio por parte de las instituciones de Naciones Unidas es muy importante. Tanto la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos como el Relator Especial sobre las Formas Contemporáneas de Racismo, Discriminación Racial y Xenofobia y Formas Conexas de Intolerancia han constatado como, pese a existir una decidida voluntad de terminar con este tipo de comportamientos, el número de estos va en aumento, circunstancia especialmente inquietante que no debería ser permitida por los los Estados.

El quinto texto es el *Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence*, adoptado en Rabat el 5 de octubre de 2012 tras una serie de encuentros por parte del Relator Especial en Libertad de Opinión y Expresión, el Relator Especial sobre libertad de religión o creencias, el Relator Especial sobre Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia y otras formas de Intolerancia, un miembro del Comité para la Eliminación de todas las formas de discriminación racial, entre otros, en el que se estudió de forma comprensiva todos los estándares aquí identificados que castigan el discurso del odio bajo los artículos 19 y 20 del

⁴⁴⁴ Documento UN A/65/53, punto 5: n) Revisen sus procedimientos, sus prácticas y su legislación, según sea necesario, para asegurar el pleno y eficaz cumplimiento de todas las obligaciones que les imponen las normas internacionales de derechos humanos y cerciorarse también de que únicamente se impongan al derecho a la libertad de opinión y de expresión las limitaciones previstas por la ley y que sean necesarias a los efectos del respeto de los derechos y la reputación de los demás o de la protección de la seguridad nacional, del orden público o de la salud o la moral públicas; o) Se abstengan de utilizar la lucha contra el terrorismo como pretexto para restringir el derecho a la libertad de expresión en formas incompatibles con las obligaciones que les impone el derecho internacional.

PIDCP y el artículo 3 de la CEDR. En este texto se realizan las siguientes recomendaciones⁴⁴⁵:

- a. La legislación debe establecer una clara distinción entre tres tipos de discurso del odio: aquel que es penalmente relevante; el que puede ser objeto de un proceso civil o de acciones administrativas; y aquel que no es constitutivo de ningún tipo de ilícito pero que puede ser problemático en términos de tolerancia y del respeto de los derechos de los demás.
- b. Se recomienda incluir en la legislación nacional la definición de: odio, discriminación, violencia, hostilidad, y el resto de las utilizadas para combatir el discurso del odio.
- c. Los Estados debe asegurarse de que se aplican los estándares de legalidad, proporcionalidad y necesidad en los casos de incitación al odio.
- d. También se recomienda la derogación de la regulación de la blasfemia a los Estados, puesto que esta tiene un impacto negativo en la relación entre libertad de religión o creencia y en el sano dialogo que debe existir en la sociedad acerca de este tema.

3.2.6. Observaciones acerca de la protección internacional

En este apartado se identificarán las dos principales deficiencias de las que adolece la protección vista hasta el momento referente a los textos internacionales de Naciones Unidas que pretenden regular el fenómeno del discurso del odio de origen racial y étnico. Estas son: 1) la posibilidad de suspender las garantías que contienen los textos internacionales por parte de los Estados Miembros; y 2) fuerza

⁴⁴⁵ CDH, «*Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence*» (conferencia final celebrada en Rabat, Rabat, 5 de octubre de 2012) 4-5.

aflictiva de las resoluciones de los diferentes comités que se encargan de fiscalizar el cumplimiento de los tratados.

En primer lugar, uno de los problemas más patentes con los que se encuentran los tratados internacionales es la posibilidad de que parte de su contenido no sea de aplicación de un Estado Miembro, o que este sea interpretado de una determinada forma que puede resultar contraria al criterio establecido por el órgano encargado de la vigilancia del cumplimiento de dicho texto. Esta es una de las principales diferencias entre el ámbito internacional y los ordenamientos jurídicos internos ya que no sería comprensible que se facultara a un gobierno, a suspender las garantías establecidas en su ordenamiento jurídico contra un determinado delito, puesto que esto vulneraría principios esenciales que podemos encontrar en la mayoría de ordenamientos, como la tutela judicial efectiva, o el derecho a la igualdad ante la ley tanto formal como material. Si bien, esta circunstancia ha sido advertida por el Comité de Derechos Humanos (respecto del PIDCP) en un documento⁴⁴⁶ en el que explícitamente se dice que no se podrá justificar la suspensión de derechos del Pacto en violación del artículo 20 PIDCP, la redacción del artículo 4.2 PIDCP no ha sido modificada, estableciendo una lista *numerus clausus* de circunstancias que facultan esta suspensión. Por lo tanto, mientras que unos autores⁴⁴⁷ reconocen como derechos no objeto de suspensión únicamente los reconocidos en el artículo 4.2 PIDCP, otros⁴⁴⁸ los amplían a los reconocidos en el mencionado documento del Comité de Derechos Humanos, sin duda una cuestión no pacífica⁴⁴⁹, que esencialmente muestra por un lado lo complicado de las relaciones internacionales, pero por otro un claro compromiso de

⁴⁴⁶ Documento CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, de 31 de agosto de 2001, para 13e).

⁴⁴⁷ Nowak, Manfred. «El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos» ..., 173-175.

⁴⁴⁸ Conte, Alex y Richard Burchill, *Defending Civil and Political Rights*. ..., 41.

⁴⁴⁹ Nisuke Ando, *Toward implementing Universal Human Rights: Festschrift for the Twenty-Fifth Anniversary of the Human Rights Committee* (Leiden: Brill Academic Publishers, 2004),124-130.

los Estados en el cumplimiento efectivo de los estándares de protección a los que se obligan con la ratificación de los los textos de Naciones Unidas.

Respecto a las decisiones que adoptan tanto el CDH como el CoEDR en los casos de comunicaciones individuales, estas no tienen las consecuencias que se le pueden atribuir a una sentencia judicial, ya que la naturaleza de estos órganos es cuasi-judicial y por ello las formas de aplicación de sus resoluciones varían dependiendo de los procedimientos y sistema jurídico del Estado en cuestión⁴⁵⁰. Concretamente en el asunto de Rosalind Williams Lecraf contra España, de 17 de agosto de 2009⁴⁵¹, en el que se condenó nuestro país por una violación del artículo 26 PIDCP, España a día de hoy no ha implementado completamente la decisión que el CDH adoptó al respecto⁴⁵².

Estas dos circunstancias que acabo de comentar suponen una merma importante en la protección ofrecida por los textos internacionales ya que, por un lado, se mengua por el contenido de estos mediante la exclusión previa a la aplicación de ciertos artículos, y por otro lado, cuando se ha certificado una violación del contenido, la voluntad de los Estados en el cumplimiento de las resoluciones es fundamental, con los problemas que esta situación puede representar.

⁴⁵⁰ Álvarez Molinero, Natalia, «La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial», 223. En el mismo sentido: Nowak, Manfred. *Introduction to the International Human ...*, 80; Moeckli, Daniel y Shah Sangeeta, Sivakumaran. *International Human Rights Law*, 410.

⁴⁵¹ Documento CCPR/C/96/D/1493/2006, de 17 de agosto de 2009.

⁴⁵² Concretamente en el apartado 9 del texto se establecía que el Estado debía ofrecer una disculpa pública a la afectada. Situación que a día de hoy no se ha producido. Ver: Documento CCPR/C/96/D/1493/2006, de 17 de agosto de 2009, para 9.

3.2.7. Sistematización de los estándares establecidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial

Por último y a modo de conclusión de este apartado, sistematizaré los estándares que los tratados y convenios de Naciones Unidas establecen, debiendo así ser garantizados por los Estados que forman parte de los mismos.

En primer lugar, el PIDCP establece la protección ante el discurso del odio a través dos vías. La primera, mediante el artículo 19 PIDCP que establece una limitación en el ejercicio de la libertad de expresión, que reconoce (de igual forma que la DIDH) que es un derecho que conlleva deberes y responsabilidades y por lo tanto no lo sitúa en la cima de una hipotética pirámide de derechos humanos, ante el que deben ceder el resto. Por otra parte, el artículo 20 PIDCP que trata directamente la limitación de la libertad de expresión cuando esta se utilice con la finalidad de realizar apología de la violencia u odio nacional, racial o religioso.

Observando por un lado esta regulación, y por otro la interpretación que de estos artículos realiza el CDH, podemos observar dos tipos diferentes de estándares creados por el PIDCP. Por una parte, aquellos que deben ser incorporados a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados que forman parte del Pacto; y por otra parte, aquellos que les son exigidos en la aplicación concreta de las limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión.

Así, en primer lugar, las garantías que se deben establecer con carácter general en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados que forman parte del Pacto son las siguientes:

1. Fijar limitaciones al derecho a la libertad de expresión con el objetivo de asegurar el respeto a los derechos y a la reputación de los demás, así como

la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud y la moral públicas⁴⁵³.

2. Prohibir toda propaganda en favor de la guerra⁴⁵⁴.

3. Prohibir toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia⁴⁵⁵.

Todas estas restricciones deben estar previstas por la ley, debiendo estar esta en consonancia con los objetivos establecido en el Pacto, con la finalidad de evitar abusos en la limitación de la libertad de expresión⁴⁵⁶.

Respecto a los requisitos que deben cumplir las limitaciones concretas de la libertad de expresión cuando incumplen lo establecido en la legislación de carácter general, podemos establecer los siguientes estándares:

1. Que la aplicación de la restricción sea necesaria para respetar uno de los fines establecido en el Pacto, de acuerdo con el punto 1) anterior⁴⁵⁷.

2. Esta necesidad de debe poner en relación con la proporcionalidad, que consiste en que la medida adoptada no debe imponer una sanción más penosa que la estrictamente necesaria para proteger los fines previstos en el Pacto⁴⁵⁸.

⁴⁵³ Ver los apartados 3.2.3. y 3.2.3.1.2. de la presente investigación.

⁴⁵⁴ Ver los apartados 3.2.3. y 3.2.3.1.3 de la presente investigación.

⁴⁵⁵ Ver el apartado 3.2.3.1.3. de la presente investigación.

⁴⁵⁶ Los objetivos legítimos que persigue el PIDCP están descritos en el apartado 3.2.3.1.

⁴⁵⁷ Ver el apartado 3.2.3.1.2. de la presente investigación.

⁴⁵⁸ Ver el apartado 3.2.3.1.2. de la presente investigación.

En segundo lugar, respecto del artículo 4 CEDR y el desarrollo que de este realizan tanto el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos como el CoEDR, estos establecen la obligatoriedad de incorporar las siguientes figuras típicas a los códigos penales de los Estados que forman parte de la CEDR:

1. Obligación de incorporar a los códigos penales una figura contra la provocación xenófoba, que deberá ser efectivamente aplicada con el objetivo de castigar este tipo de comportamientos. Esta no debe proteger únicamente a posteriori, sino que se deben incorporar figuras preventivas para que el daño no llegue a materializarse. Concretamente, esta obligación debe crear figuras típicas en contra de: la diseminación de ideas basadas en la superioridad racial u odio, incitación al odio racial, actos de violencia en contra de cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico e incitación a estos actos. Esta diseminación de ideas debe ser perseguida en todos los ámbitos, incluyendo Internet, así como los medios de comunicación⁴⁵⁹.
2. Obligación de criminalizar las organizaciones racistas que promuevan o inciten al racismo o la discriminación racial incluyendo partidos políticos⁴⁶⁰.
3. Asimismo, no se debe permitir que las autoridades ni las instituciones públicas o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ En este sentido ver el apartado 3.2.4.3 de la presente investigación.

⁴⁶⁰ En este sentido ver el apartado 3.2.4.3 de la presente investigación.

⁴⁶¹ En este sentido ver el apartado 3.2.5. de la presente investigación.

4. Por otra parte, no únicamente se debe de proteger a los ciudadanos del Estado concreto, sino que además se deberá proteger a los no ciudadanos en contra de este tipo de actitudes y comportamientos xenófobos⁴⁶².

Asimismo, y fuera de los comportamientos que deben ser establecidos como típicos, se establece la necesidad de que se realicen investigaciones adecuadas ante la sospecha de la materialización de comportamientos que puedan ser incardinados bajo estas figuras⁴⁶³, ya que en un delito de estas características es esencial desde la investigación policial que se realiza en un primer momento, como la formación en materia antidiscriminatoria por parte de jueces, fiscales y abogados para dotarles de las herramientas necesarias para el tratamiento adecuado de este tipo de situaciones tan traumáticas para los afectados.

3.2.8. Conclusiones

Como he mostrado a través del estudio de estos dos textos internacionales, Naciones Unidas ha mostrado un fuerte interés en la regulación del discurso del odio desde la redacción de la DIDH. Conscientes de que uno de los principales problemas que puso de relieve la II Guerra Mundial fue el odio que llevó a la Alemania nazi al exterminio en campos de concentración de 6 millones de personas, ha existido una alta preocupación por parte de este organismo en identificar este problema como uno de los peores que puede afectar a nuestras sociedades. Como también se insistió en la Conferencia de Durban, estos comportamientos han ido en aumento y se dirigen contra los miembros más vulnerables de nuestras sociedades.

En este sentido, me gustaría destacar cuatro conclusiones respecto de lo visto hasta el momento respecto de la protección ofrecida desde los diversos textos internacionales y su interpretación por los órganos creados con este fin. En primer

⁴⁶² En este sentido ver el apartado 3.2.5. de la presente investigación.

⁴⁶³ En este sentido ver el apartado 3.2.4.3 de la presente investigación.

lugar, la existencia real de unos estándares de protección que deben ser incorporados a los ordenamientos jurídicos de los Estados que forman parte de los mismos; en segundo lugar, el amplio campo de salvaguarda que se establece en ellos; en tercer lugar, la no realización de reservas por parte de España a la interpretación de los artículos aquí estudiados; y en último lugar, la relativa fuerza coercitiva que tienen las resoluciones emitidas por el CDH y el CoEDR.

En primer lugar, he podido constatar la existencia de unos estándares detallados de protección que deben ser incorporados a los ordenamientos jurídicos de los Estados que forman parte del PIDCP y de la CEDR. Así, no únicamente se requiere la incorporación de protección en diversas jurisdicciones, sino la preocupación real por parte de los Estados de realizar una aplicación de esta normativa de forma adecuada a los estándares establecidos por el CDH y el CoEDR. Esto es de vital importancia, ya que uno de los principales problemas que escora la protección a nivel nacional (por ejemplo en el caso de España), es la falta de instrucción adecuada de estos casos, que en muchas ocasiones no reciben un tratamiento apropiado y son ventilados como situaciones en las que el componente racista no es tenido en cuenta.

En segundo lugar, estos estándares de protección establecen un campo amplio de defensa de las personas que sufren este tipo de ataques, que al mismo tiempo preserva una amplia custodia del derecho a la libertad de expresión, como pilar fundamental de los Estados democráticos de Derecho que forman parte de Naciones Unidas.

En tercer lugar, es necesario destacar que España no ha realizado ninguna reserva a los artículos aquí estudiados. Esta circunstancia me permite afirmar que los estándares identificados son de plena aplicación en nuestro ordenamiento jurídico y jurisdiccional, y que por lo tanto los jueces y tribunales que estudien la utilización de la regulación interna en materia de discurso del odio debería acudir a

la interpretación realizada por el CDH y el CoEDR en el caso de dudas a cerca de su interpretación.

En cuarto lugar, el principal óbice que se puede aducir a todo lo concluido con anterioridad, es la relativización de la importancia de las resoluciones emitidas por el CDG y el CoEDR en las que se determina que cierto Estado ha vulnerado algún artículo de los textos. Y un ejemplo palmario de esta realidad es la condena que recibió España en el caso de Rosallind Williams Lecraf, que aún se encuentra por ejecutar. Esta circunstancia relativiza el peso real de la protección ofrecida por parte de los textos internacionales de Naciones Unidas, y muestra una falta de compromiso real con las víctimas que sufren estos execrables ataques, que son motivados únicamente por la pertenencia de su víctima a una determinada etnia.

3.3. Estándares de protección ante el discurso del odio identificados en el ámbito del Consejo de Europa y de la Unión Europea

A lo largo de este capítulo haré un recorrido por toda la normativa que tiene como origen el Consejo de Europa y la Unión Europea con el objetivo de revisar aquellos textos, con vinculación jurídica o no, que establecen algún tipo de estándar de protección ante el discurso del odio racial y étnico. De la misma forma que en el apartado anterior, este ámbito cuenta con textos jurídicamente vinculantes y otros que contienen recomendaciones a seguir en esta materia. Por lo que respecta a los primeros, la obligatoriedad en cuanto a la incorporación de los patrones de protección a los ordenamientos jurídicos nacionales es indiscutible. En los casos en los que no existe esta vinculación, es necesario el estudio de los mismos por cuanto estos sirven para informar o recomendar la línea que deberían seguir los legisladores nacionales en la protección ante este tipo de conductas.

Asimismo, trataré de forma breve aquellos textos que, pese a conocer el fenómeno de la discriminación, no hablan de forma expresa del discurso del odio

con origen racial o étnico, para centrarme de forma más exhaustiva en aquellos que sí lo hacen con el objetivo de conocer cuál es el alcance de la protección ofrecida a nivel regional de una forma más pormenorizada.

3.3.1. Consejo de Europa

El Consejo de Europa (CoE) es un organismo formado por 47 Estados, cuyo principal objetivo es el desarrollo de los principios democráticos fijados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y otros textos creados por este, que protegen los derechos de los individuos.

En un primer momento examinaré las recomendaciones que el CoE ha acordado y que son aplicables a la materia del estudio para posteriormente, centrarme en la CEHD y su desarrollo por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

3.3.1.1. Recomendaciones del Consejo de Europa en materia de discurso del odio

En este sentido, el CoE ha emitido dos recomendaciones y una declaración. Las dos primeras, la Recomendación 453 de 1966 y la Recomendación R (97) 20, se centran de pleno en el campo del discurso del odio, mientras que la declaración hace referencia a la necesidad de proteger un amplio debate de temas políticos a través de los medios audiovisuales.

- a. La Recomendación 453 de 1966⁴⁶⁴, ya advertía del aumento de la incitación al odio racial, nacional o religioso, sobre todo por parte de organizaciones políticas o cuasi-políticas, por lo que invitaba a todos los

⁴⁶⁴ Y las posteriores Resoluciones (68)30 de 31 de octubre de 1968 y 743 de 1 de octubre de 1980. La (68)30 recuerda a los Estados que deben revisar sus legislaciones con el objetivo de proveer medidas efectivas en materia de prohibición de la discriminación racial; y la 743 urge a los Estados a adoptar legislación directa en contra de las acciones inspiradas por el racismo y la xenofobia.

Estados a crear legislación efectiva con el objetivo de combatir este tipo de odio y violencia. Asimismo contiene, para aquellos Estados que aún no habían incorporado esta materia a sus legislaciones, un modelo de cómo esta debería ser.

b. La Recomendación R (97) 20 del Comité de Ministros, de 30 de octubre de 1997, establece una serie de estándares de protección para combatir el discurso del odio, además de contener una definición de qué debe ser entendido como tal. En esta se adoptan siete estándares que deben ser garantizados por los Estados Miembros entre los que destacan: que las autoridades e instituciones públicas en cualquier nivel, así como los funcionarios, tienen una especial responsabilidad de abstenerse de realizar manifestaciones que puedan ser entendidas como discurso de odio. Se debe establecer o mantener un marco legal consistente en legislación tanto civil, administrativa, como penal, respecto del discurso de odio que permita a las autoridades judiciales conciliar en cada caso el respeto a la libertad de expresión con respeto a la dignidad humana y la protección de la reputación de los derechos de los otros; control judicial independiente de cualquier limitación o interferencia con el derecho a la libertad de expresión y sanciones penales proporcionales ante condenas por este tipo de delitos. Por otra parte, establece una serie de recomendaciones para evitar este tipo de discursos en los medios de comunicación, así como recomienda no únicamente combatir el discurso del odio mediante medidas legales sino también con otro tipo de recursos como la educación y la concienciación del problema.

c. La Declaración del Comité de Ministros sobre la libertad del debate político en los medios de comunicación, de 12 de febrero de 2004, enfatiza en su preámbulo lo expuesto en la Recomendación R (97) 20 sobre el discurso del odio, así como incide en que la libertad del debate político no

incluye la libertad de expresar opiniones racistas u opiniones que sean una incitación al odio, a la xenofobia, al antisemitismo o a cualquier otra forma de intolerancia.

Estos textos, pese a no tener reconocida vinculatoriedad jurídica⁴⁶⁵, deberían servir como guía a los Estados Miembros para desarrollar su legislación nacional al respecto. Así, todas las Altas Partes contratantes que estén dentro del Consejo de Europa, en consonancia con las resoluciones y decisiones aquí expuestas, deberían contemplar en su ordenamiento jurídico legislación efectiva que ayude a combatir el odio⁴⁶⁶ racial, nacional y religioso en la siguientes áreas:

- a. Especial responsabilidad para gobernantes, autoridades públicas e institucionales de todos los ámbitos, así como funcionarios de abstenerse de afirmaciones, particularmente en los medios de comunicación, que puedan ser entendidas como discurso de odio o que sean ideales para producir un efecto legitimador, distribuidor o promocional del discurso del odio, xenofobia, antisemitismo o cualquier forma de discriminación u odio basado en la intolerancia. Se debe recordar que el debate político no incluye la libertad de expresar opiniones racistas o que inciten al odio, en cualquiera de sus formas.
- b. Establecer un ordenamiento jurídico en el que la ley debe tener disposiciones capaces de conciliar el respeto por la libertad de expresión con

⁴⁶⁵ Anne Weber. *Manual on hate speech* (Estrasburgo: Publicaciones del Consejo de Europa, 2009), 9.

⁴⁶⁶ Entendiendo por odio tal y como define la Recomendación R (97) 20: todas aquellas formas de expresión que propagan, incitan promocionan o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basado en la intolerancia, incluyendo: intolerancia expresada por un nacionalismo o etnocentrismo agresivo, discriminación y hostilidad en contra de las minorías, migrantes y gente de origen inmigrante.

el respeto por la dignidad humana y la protección de la reputación o de los derechos de los demás⁴⁶⁷.

- c. Los Fiscales deberán prestar especial atención a los casos de discurso del odio y las condenas de este tipo de actos deberán respetar estrictamente el principio de proporcionalidad⁴⁶⁸.
- d. Respecto al odio en los medios de comunicación, la ley nacional debe distinguir claramente entre la responsabilidad del autor de las expresiones de odio y la responsabilidad del medio de comunicación y de los profesionales que contribuyen a su diseminación como parte de su misión de comunicar información e ideas en materias de público interés⁴⁶⁹.

Como podemos observar en el punto 2, el Consejo de Europa recomienda que los Estados miembros limiten el derecho a la libertad de expresión como protección a la dignidad humana, reconociendo que la primera puede lesionar a la segunda y que por lo tanto estas tensiones entre ambas deben ser resueltas mediante la conciliación de los dos derechos, no reconociendo la superioridad del derecho a la libertad de expresión.

⁴⁶⁷ En concordancia con lo mencionado acerca del artículo 19 PIDCP, ya que el PIDCP establece como fines previstos en este la limitación de la libertad de expresión cuando esta atente contra el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.

⁴⁶⁸ Esto se debe poner en relación por una parte con el principio de proporcionalidad que exige el artículo 19 PIDCP, de no imponer sanciones más gravosas que las estrictamente necesarias para proteger los fines perseguidos, así como con el deber de una investigación adecuada de los hechos que exige el artículo 4 de la , de acuerdo con la interpretación que de este artículo realiza el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial en su recomendación XV.

⁴⁶⁹ Igual que el punto anterior esta recomendación se debe poner en relación con la obligación que establece el artículo 4 en la recomendación XV del Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, en el que se establece que se deberá garantizar que los medios de comunicación no utilicen los mecanismos que tienen a su alcance para diseminar el discurso de odio y la discriminación.

3.3.1.2. Estándares de protección contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su aplicación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En este punto trataré de identificar y definir, en primer lugar, cuáles son los estándares de protección que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) impone a los países firmantes con el objetivo de saber su contenido y alcance para posteriormente, entrar en el desarrollo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) realiza de estos, con la finalidad de conocer su jurisprudencia al respecto.

El CEDH en su articulado únicamente reconoce derechos civiles y políticos. Es el primer texto supranacional que ya en 1950 estableció un tribunal y, de una forma completamente innovadora, introdujo el sistema de denuncias de particulares sin necesidad de declaración o ratificación de protocolo ulterior (similar al sistema que podemos encontrar en los ordenamientos jurídicos nacionales). Después de la reforma de 1998, en la que se elimina el trámite previo de admisibilidad de la Comisión Europea de Derechos Humanos, “podemos considerar que es el primer intento efectivo de transferir el sistema nacional de protección de derechos humanos al nivel internacional”⁴⁷⁰.

Entrando en el articulado, la protección que la Convención establece frente al discurso del odio racial y étnico se realiza mediante la imposición de límites al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, contemplado en el artículo 10.2 CEDH, en combinación con el artículo 17 CEDH⁴⁷¹ que prohíbe el abuso de

⁴⁷⁰ Nowak, Manfred, *Introduction to the International ...*, 160.

⁴⁷¹ Artículo 17 CEDH Prohibición del abuso de derecho: Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.

derecho ya que la Convención no contiene una cláusula específica limitante de este tipo de discursos en sí misma⁴⁷².

De una forma más detallada, el complejo artículo 10 CEDH⁴⁷³ protege el derecho a la libertad de expresión, fundamental en cualquier sociedad democrática⁴⁷⁴, reconociendo al mismo tiempo en su apartado segundo, que el ejercicio de este conlleva deberes y responsabilidades. Estas restricciones “están en el espíritu del Artículo 29 de la Declaración Universal [de Derechos Humanos] y van más allá que las restricciones que prevé el artículo 19.3 de la Declaración de Derechos [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos]”⁴⁷⁵. Su compleja redacción estriba en que es fruto del consenso alcanzado por un gran número de países donde esta libertad tiene realidades diferentes. Sistemáticamente, el artículo se divide en dos apartados; el primero concreta las manifestaciones del derecho y el segundo contiene una enumeración de situaciones que posibilitan la limitación en su ejercicio.

⁴⁷² En este sentido: Defeis, Elizabeth F., «Freedom of Speech and International Norms: A response to hate Speech», 96.

⁴⁷³ Artículo 10 CEDH. Libertad de expresión: 1) Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2) El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

⁴⁷⁴ Como reconoce el TEDH en STEDH de 7 de diciembre de 1976, para. 49 (asunto Handyside contra el Reino Unido). Loucaides afirma de forma crítica que el TEDH sobreprotege en una mayoría de ocasiones el derecho a la libertad de expresión por encima del derecho a la reputación (*reputation*), y que si bien es necesario garantizar un debate público abierto, también es necesario proteger la dignidad de las personas. Ver: Loukis G. Loucaides, *The European Convention on Human Rights* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007), 156-160.

⁴⁷⁵ Defeis, Elizabeth F., «Freedom of Speech and International Norms: A response to hate Speech», 97.

Desde la entrada en funcionamiento del TEDH, un gran número de casos que han tenido por objeto el discurso del odio han pasado por el Tribunal de Estrasburgo sin que este hecho haya supuesto que exista unanimidad en el TEDH al respecto de que debe ser considerado como tal⁴⁷⁶.

La CEDH forma parte de una multiplicidad de Estados en los que existen realidades sociales muy dispares entre sí. Estas particularidades, (como veremos más adelante cuando entremos a conocer los diferentes estándares aplicados por el Tribunal) ha llevado al TEDH a intentar adecuar los criterios de protección ante el discurso del odio racial y étnico, para dar una respuesta adecuada con el objetivo de ofrecer una protección eficaz a cada una de las realidades nacionales.

3.3.1.2.1. Criterios determinantes para la aplicación de la protección contenida en la Convención Europea de Derecho Humanos por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Es necesario comentar antes de entrar a conocer qué criterios aplica el TEDH en los casos en los que se enfrenta con el discurso del odio, que de igual forma que la regulación de este fenómeno es discutida a nivel nacional en los diversos Estado que conforman el Consejo de Europa, esta regulación también aflora vivas controversias entre los miembros del Tribunal. Esta circunstancia no me permitirá identificar un criterio meridiano mediante el cual el TEDH limite el derecho a la libertad de expresión con el objetivo de castigar los discursos que intentan fomentar el odio dentro de las sociedades, sino que existen varias posiciones en el seno del mismo.

La mayoría de los jueces del TEDH son de la opinión que, en primer lugar, hay que observar la interferencia en el ejercicio de la libertad como un todo, incluyendo las declaraciones impugnadas y el contexto en el que han sido

⁴⁷⁶ En este sentido ver: Ehlers, Dirk, *European Fundamental Rights ...*, 105; George Letsas, «Two Concepts of the Margin of Appreciation», *Oxford Journal of Legal Studies* 26-4 (2006): 705.

realizadas. Particularmente, hay que observar si la injerencia en el caso es proporcional al objetivo perseguido y conocer si las razones alegadas por la autoridad nacional para justificar la injerencia son relevantes y suficientes⁴⁷⁷. Por otra parte, varios magistrados del Tribunal creen que es necesario hacer hincapié en el estudio del contexto específico en el que se ha realizado la incitación para determinar si esta era ideal para generar un contexto real generador de violencia⁴⁷⁸. Asimismo, una tercera corriente de magistrados, incluidos en la mayoría del Tribunal, es de la opinión que en estos casos se debe dar un amplio margen de apreciación a los tribunales nacionales⁴⁷⁹, puesto que son estos los que pueden obtener un mejor reflejo de las necesidades de protección de su sociedad, dado que la provocación a la discriminación supone un ataque directo a los valores de la democracia y estos pueden ser diversos dependiendo de la sociedad en la que nos encontremos.

3.3.1.2.2. Aplicación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de los estándares de protección ante el discurso del odio contemplado en el articulado de la Convención Europea de Derechos Humanos

Antes de entrar a conocer los estándares que el TEDH establece para la protección frente a aquellos discursos cuyo objetivo es el fomento del odio racial y étnico en el seno de nuestras sociedades, es necesario destacar que el Tribunal establece de forma clara en todas sus sentencias que la protección del derecho a la

⁴⁷⁷ STEDH de 8 de julio de 1999, para. 47-iii (asunto *Erdogdu & Ince* contra Turquía). Sobre la importancia del test de proporcionalidad: Eva Brems, «Human Rights: Minimum and maximum perspectives», *Human Rights Law Review* 9-3 (2009): 359-365.

⁴⁷⁸ STEDH de 8 de julio de 1999, para. 61 (asunto *Sürek & Özdemir* contra Turquía). En el mismo sentido: STEDH de 8 de julio de 1999, para. 52 (asunto *Erdogdu y Ince* contra Turquía); STEDH 24 de setiembre de 1994, opinión disidente de los Jueces Gölcüklü, Russo y Valticos (asunto *Jersild* contra Dinamarca). Respecto a esta última sentencia ver: Fernando Rey Martínez, «La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Pensamiento Constitucional* 17 (2012): 311.

⁴⁷⁹ Valga por todas la sentencia STEDH de 23 de setiembre de 1998, los votos particulares de los Jueces Casadevall y Morenilla (caso *Lehideux e Isorni* contra Francia).

libertad de expresión es un pilar fundamental de las sociedades democráticas. Asimismo, reconoce que el ejercicio de este derecho conlleva derechos y responsabilidades cuyo ámbito de aplicación depende de la situación y los significados técnicos en los que se use. Así mantiene que “la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una condición básica para el progreso y el desarrollo de cualquier persona”. Añade que “esta protección es aplicable no sólo a la información o ideas que son favorablemente recibidas o que se tienen como inofensivas o sobre una materia que es indiferente, sino que también sobre aquellas que ofenden, causan *shock* o turban al Estado o a cualquier sector de la población”⁴⁸⁰. Esta afirmación es de vital importancia puesto que es necesaria para reconocer que la posición del TEDH no es la de limitar cualquier ejercicio de la libertad de expresión que pueda molestar o irritar a un sector de la población, sino que se requiere que el discurso en sí tenga la suficiente entidad como para generar un verdadero clima de confrontación social, aunque este no se llegue a manifestar de forma real.

Hay que destacar que, pese a que vaya a realizar una sistematización de los estándares de protección que el TEDH utiliza para limitar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión como protección ante el discurso del odio, estos no pueden ser entendidos de manera individual ya que forman un conjunto de requisitos⁴⁸¹ necesarios, estructurados y puestos en relación unos con otros. Para que el TEDH entienda que la injerencia en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión es legítima y que por lo tanto no supone una vulneración de las garantías establecidas en la CEDH, esta deberá reunir todos los siguientes requisitos: 1) deberá estar

⁴⁸⁰ En este sentido: STEDH de 7 de diciembre de 1976, para. 49 (asunto Handyside contra Reino Unido); STEDH de 26 de abril de 1979, para. 65 (asunto Sunday Times contra Reino Unido); Decisión de la Comisión 8348/78 y 8406/78 de 11 de octubre de 1979, pág. 194 (asunto Glimmerveen y Hagenbeek contra Holanda); STEDH de 23 de setiembre de 1994, para. 31 (asunto Jersild contra Dinamarca); STEDH de 23 de setiembre de 1998, para. 55 (Lehideux e Isorni contra Francia); Decisión de la Comisión 35071/97, para. 37 (asunto Güntüz contra Turquía).

⁴⁸¹ En este sentido: Defeis, Elizabeth F., «Freedom of Speech and International Norms: A response to hate Speech», 107.

prevista por la ley; 2) deberá perseguir una finalidad legítima; 3) deberá ser una medida necesaria en una sociedad democrática; y 4) ser proporcional a los fines previstos.

Dentro de las categorías que se consideran injerencias legítimas, están aquellas que condenan la utilización de la libertad de expresión para negar o revisar hechos históricos claramente probados o crímenes notorios en contra de la humanidad y toda aquella doctrina contraria a los principios de la CEDH. Todo ello teniendo en cuenta que los Estados cuentan con un cierto margen de apreciación en la aplicación de todas estas medidas. Así:

A) “[el ejercicio de la libertad de expresión] podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley”⁴⁸².

Bajo este requisito se establece la necesidad de que para poder condicionar el ejercicio de la libertad de expresión exista una previsión legal con rango de Ley, por ejemplo el Código penal, que sancione el comportamiento llevado a cabo⁴⁸³.

En este sentido no únicamente se exige que la medida cuestionada tenga base en el derecho interno, sino que también se refiere a la calidad de la ley aplicada, que debe ser suficientemente accesible y previsible, es decir, establecida con precisión suficiente como para permitir al individuo acomodar su conducta⁴⁸⁴, aunque se es consciente de que la experiencia

⁴⁸² Artículo 10.2 CEDH. Esto va en consonancia con las recomendaciones del Consejo de Europa vistas en el punto anterior, así como los estándares previstos por el artículo 19 PIDCP y 4 .

⁴⁸³ Por ejemplo: en el caso *Handyside contra el Reino Unido*, el señor Handyside es acusado de distribuir el *Little Red Schoolbook*, que se consideró que utilizaba un lenguaje obsceno, en el que se trataban entre otros temas: la masturbación, el orgasmo, los anticonceptivos, etc., siendo un libro que iba a ser distribuido entre los escolares. En el presente caso se consideró que este libro vulneraba la ley de Publicaciones Obscenas de 1959 enmendada por la de 1964.

⁴⁸⁴ STEDH de 26 de abril de 1979, para 47-50 (asunto *Sunday Times contra Reino Unido*).

muestra la imposibilidad de alcanzar una exactitud absoluta en la redacción de las leyes.

B) Finalidad legítima de la limitación del derecho.

Asimismo, para que la injerencia por parte de las autoridades nacionales se considere acorde a la CEDH, esta debe perseguir una finalidad legítima⁴⁸⁵. En este sentido se considera que gozan de esta característica las limitaciones que tienen como objetivo la protección de: seguridad nacional, integridad territorial o seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial⁴⁸⁶. Además el Estado tiene que demostrar que ése fue el objetivo originario que le llevó a interferir en el derecho y no otro⁴⁸⁷.

C) Medida necesaria en una sociedad democrática.

Este estándar suele constituir el criterio clave para la resolución de los casos. El adjetivo *necesaria*, según el significado del artículo 10.2 CEDH, implica la existencia de una necesidad social imperiosa (*pressing social need*

⁴⁸⁵ Esta finalidad legítima se puede poner en relación con la exigida por el artículo 19 PIDCP. En este sentido ver el apartado 3.2.3.1.2. de la presente investigación.

⁴⁸⁶ Fines legítimos contemplados en el artículo 10.2 CEDH.

⁴⁸⁷ Decisión de la Comisión 21128/92, (asunto Walendy contra Alemania). En el presente caso Walendy era el editor de un periódico llamado *Hechos históricos* (“Historische Tatsachen”). En la edición número 36 publicó un artículo titulado *¿Realmente murieron seis millones?* (“Starben wirklich sechs Millionen?”), en el que cuestionaba que realmente hubieran muerto seis millones de judíos durante el Holocausto. El artículo se consideró que vulneraba el derecho de los otros a no ser insultados, fin legítimo previsto en el artículo 10.2 CEDH. En el mismo sentido *mutatis mutandi*: Decisión de la Comisión 25992/94, pág. 6 (asunto Nationaldemokratische Partei Deutschlands contra Alemania); Decisión de la Comisión 31159/96, pág. 8 (asunto Marais contra Francia); STEDH de 23 de diciembre de 1994, para. 31 (asunto Jersild contra Dinamarca); STEDH de 23 de setiembre de 1998, para. 51 (asunto Lehidoux e Isorni contra Francia).

o besoin social impérieux)⁴⁸⁸ en la toma de la decisión de la limitación del derecho a la libertad de expresión. Esta necesidad, que debe estar relacionada con el pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras⁴⁸⁹, así como con la proporcionalidad de la medida adoptada, que debe estar relacionada con la persecución del interés legítimo del punto anterior.

Hay que destacar que, en la argumentación que el TEDH hace en sus sentencias mantiene que por razón de su contacto directo y continuo con las sociedades de sus países, las autoridades estatales se encuentran en principio en mejor posición que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido exacto de estos requisitos, así como en la necesidad de una restricción o pena ante una conducta provocadora al odio racial y étnico.

Las necesidades de protección son diferentes dependiendo de en qué sociedad y en qué tiempo nos encontremos, por lo tanto, esta necesidad social imperiosa es un concepto mutable siendo la autoridad nacional la que,

⁴⁸⁸ Valgan por todas la decisión de la Comisión 31159/96, de 24 de junio de 1996, pág. 8 (asunto Marais contra Francia). En el presente caso Marais publicó en la revista periódica *Revisión* (“*Révision*”) un artículo de tres páginas titulado “Las cámaras de gas homicidas de Struthof-Natzweiler, un caso particular” (“*La Chambre à gaz homicide de Struthot-Natzweiler, un cas particulier*”), en el que cuestionaba la existencia de estas cámaras en este campo de concentración. En este caso se considera como una necesidad social imperiosa la limitación de este tipo de utilización de la libertad de expresión, ya que por una parte no persigue ninguno de los fines legítimos establecidos en la CEDH y, por otra parte, existía legislación nacional que prohibía este tipo de discursos. En el mismo sentido *mutatis mutandi*; Decisión de la Comisión 25992/94, pág. 6 (asunto Nationaldemokratische Partei Deutschlands contra Alemania).

⁴⁸⁹ STEDH de 07 de diciembre de 1976, para. 49 (asunto Handyside contra Reino Unido); Decisión de la Comisión 25992/94, pág. 6 (asunto Nationaldemokratische Partei Deutschlands contra Alemania). En el mismo sentido: Decisión de la Comisión 25096/94 pág. 6 (asunto Remer contra Alemania); Decisión de la Comisión 31159/96, de 24 de junio de 1996, pág. 9 (asunto Marais contra Francia); Decisión de la Comisión 35071/97, para. 38 (asunto Güntüz contra Turquía).

en primer lugar, puede evaluar dicha realidad, que determinará la necesidad de aplicar o no una restricción o pena en el determinado contexto⁴⁹⁰.

D) Margen de apreciación.

Este principio parece estar basado en el *marge d'appréciation* del Consejo de Estado Francés⁴⁹¹ y otras figuras análogas continentales de revisión de la legalidad de la acción y discrecionalidad administrativa⁴⁹². Este margen tiene un origen defensivo, ya que responde inicialmente a la idea de que “las políticas internacionales podían poner en peligro la seguridad nacional”⁴⁹³. Por lo tanto, este principio servía para facultar la discrecionalidad de los Estados a la hora de suspender, o cuanto menos bajar la exigencia del grado de cumplimiento de los compromisos adquiridos con la firma del CEDH en situaciones de emergencia nacional⁴⁹⁴.

⁴⁹⁰ Esta diferencia se puede apreciar en la STEDH de 16 de diciembre de 2000 (asunto A., B. y C. contra Irlanda). El presente caso versa sobre el derecho a la mujer al aborto, prohibido en este país. En los puntos 234 y siguientes el Tribunal afirma que existe un consenso más o menos extendido entre los países firmantes en reconocer (con ciertos requisitos), el derecho de las mujeres a abortar. Sin embargo esto no lleva a determinar que haya una vulneración del CEDH por no reconocer este derecho y primar la protección la vida del no nato en la República de Irlanda. Por lo tanto aunque exista un consenso más o menos extendido en reconocer este derecho a nivel europeo, el TEDH reconoce la independencia de la sociedad irlandesa de primar la protección de la vida del no nato por encima del derecho a abortar de la madre, lo que evidencia en este caso la mutabilidad de los conceptos objeto de protección dependiendo de en que realidad social nos encontremos, concepto este que por sí mismo es cambiante.

⁴⁹¹ García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional ...*, 108.

⁴⁹² Howard C. Yourow, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of the European Human Rights jurisprudence*, 14.

⁴⁹³ Eyal Benvenisty, «Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards», *New York University Journal of International Law and Politics* 31-843 (1999): 345.

⁴⁹⁴ Se puede afirmar que el margen de apreciación surgió con el caso Grecia contra Reino Unido, de 1958, en el que este último país que era el administrador de la isla de Chipre, alegó el artículo 15 del CEDH para suspender ciertos derechos contenidos en la Convención, por existir un riesgo público. Pero donde realmente se expone el primer caso bien relatado argumentando el artículo 15 del CEDH fue en el caso *Lawless*, de 7 de abril y 1 de julio de 1961, donde un ciudadano irlandés, que pertenecía al *Irish Republican Army* (IRA), estuvo detenido sin celebración de juicio durante 5 meses.

Posteriormente, trascendió del área de la seguridad nacional afectando al resto de derechos contenidos en la CEDH (8 a 11)⁴⁹⁵, como por ejemplo, la limitación del derecho a la libertad de expresión en el caso del discurso del odio. Se intentó por parte del TEDH crear una filosofía diferente donde este estándar de protección estuviera basado en las nociones de subsidiariedad y democracia, sirviendo para proteger los deseos, valores y necesidades únicos de cada sociedad⁴⁹⁶, “[Esta] doctrina es invocada de forma más habitual en aquellos asuntos en los que no existe un consenso a lo largo del Consejo del Europa, sobre como debe ser tratado el asunto”⁴⁹⁷. Es por ello que este es uno de los estándares más importantes y a la vez más complejos que podemos encontrar en las sentencias del TEDH sobre el que existe un gran debate doctrinal y que en el presente trabajo de investigación simplemente se intentará perfilar, ya que bien podría ser objeto de una investigación propia.

En relación directa con el estándar anterior, el margen de apreciación reconoce a los Estados, en un primer momento, una cierta potestad discrecional en decidir qué y en qué extensión se debe considerar como una interferencia necesaria en una sociedad democrática (que requiera una necesidad social imperiosa) en el ejercicio de los derechos que la CEDH, con el objetivo de proteger un interés legítimo⁴⁹⁸, es decir, “podríamos decir que la Corte debe contenerse y autolimitarse si la solución nacional adoptada tiene la suficiente apariencia de buen Derecho (un cierto *fumus boni iuris*)

⁴⁹⁵ Patricia Popelier, Catherine Van de Heyning y Piet Van Nuffel. *Human rights protection in the European Legal order: The interaction between the European and the national courts* (Amberes: Intersentia, 2011), 83.

⁴⁹⁶ Benvenisty, Eyal, «Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards», 846. En estos mismos términos se expresa la STEDH de 07 de diciembre de 1979, para 48 (asunto Handyside contra Reino Unido).

⁴⁹⁷ Hare, Ivan, «Extreme Speech Under International and Regional Human Rights Standards», 67. “The doctrine is most often invoked in fields where there is no consensus across the Council of Europe about how a matter should be addressed”. En este sentido: Yourow, Howard C. *The margin of appreciation ...*, 193-200.

⁴⁹⁸ Popelier, Patricia, Catherine Van de Heyning y Piet Van Nuffel, *Human rights protection ...*, 83.

[...] en vez de sustituir al Estado demandado con sus propios puntos de vista”⁴⁹⁹. Pero a su vez, el propio TEDH reconoce que existe por encima un control europeo que se refiere a la ley y a las sentencias que la aplican, incluso cuando emanan de un tribunal independiente⁵⁰⁰. Las sentencias tomadas a nivel nacional deben ser justificables en principio, así como proporcionadas⁵⁰¹, para no sobrepasar este margen de apreciación dado a los Estados.

De esta forma, el TEDH suele afirmar que el margen de apreciación es como “la maquinaria de protección establecida por el Convenio, subsidiaria de los sistemas nacionales de garantía de los derechos humanos”⁵⁰², ya que el legislador nacional dispone de un margen discrecional amplio para establecer sus propias directrices políticas a través de las leyes, debiendo el TEDH respetar estas salvo si el juicio se aparta notoriamente de los estándares de protección europeos.

Este margen ni es absoluto, ni es igual para todos los derechos contenidos en el CEDH⁵⁰³, puesto que si el Estado se excede en la limitación más allá de la discrecionalidad conferida por este estándar, aunque el interés sea legítimo, el control europeo lo rechazará (el problema es determinar con

⁴⁹⁹ García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional ...*, 115.

⁵⁰⁰ STEDH de 07 de diciembre de 1979, para 49 (asunto Handyside contra Reino Unido).

⁵⁰¹ Decisión de la Comisión 25096/94, pág. 6 (asunto Remer contra Alemania). En el mismo sentido: Decisión de la Comisión 25992/94, pág. 6 (asunto Nationaldemokratische Partei Deutschlands contra Alemania); Decisión de la Comisión 31159/96, de 24 de junio de 1996, pág. 9 (asunto Marais contra Francia); STEDH de 23 de septiembre de 1998, para. 51 (asunto Lehideux y Isorni contra Francia); Decisión de la Comisión 35071/97, para. 37 *in fine* (asunto Güntüz contra Turquía).

⁵⁰² En este sentido: STEDH de 26 de abril de 1979 (asunto Sunday Times contra Reino Unido); STEDH del 7 de diciembre de 1976 (asunto Handyside contra Reino Unido).

⁵⁰³ En este sentido y respecto de la diferente apreciación del concepto de moral pública ver: George Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2010), 92-98.

claridad cuándo se produce un exceso en la utilización de este margen discrecional).

Es por esto que, dependiendo del derecho en cuestión la discrecionalidad del Estado en cuanto a la adopción del margen de apreciación será mayor o menor. García⁵⁰⁴, diferencia entre tres círculos concéntricos donde se puede diferenciar la mayor o menor discrecionalidad que tendrá el Estado:

- Externo: donde el control europeo es poco intenso y el TEDH concede un amplio margen de apreciación nacional. Dentro de este círculo estarían los derechos integrados por la propiedad en cuanto que tienen escaso contenido esencial y una intensa configuración legal.
- Círculo interno pequeño: en este círculo estarían situados los derechos absolutos como la vida o los tratos prohibidos por el Convenio (artículos 2 y 3). Aquí el control es estricto y el margen de apreciación pequeño.
- Círculo intermedio: Este círculo es muy amplio y es en el que se sitúan el resto de derechos (como por ejemplo la libertad de expresión). Es aquí donde existe un mayor problema en la delimitación del margen de apreciación nacional y donde se deberían concretar criterios más precisos y modernos que nos permitan diferenciar claramente cuándo nos encontramos ante un abuso de derecho.

⁵⁰⁴ García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional ...*, 119.

Con el objetivo de delimitar la discrecionalidad del círculo intermedio, y concretamente dentro de la aplicación de las limitaciones que el artículo 10.2 CEDH establece, existen toda una serie de factores que deberemos estudiar en el caso concreto en el que nos hallemos para conocer con mayor precisión la amplitud del margen de apreciación que posee el Estado, por lo que este no puede ser “uniformemente determinado”⁵⁰⁵. Así, los criterios que se utilizan son: la naturaleza de la legitimación del ánimo perseguido; la finalidad, duración y efectos de las medidas restrictivas así como la naturaleza de la expresión (moral, comercial, artística, políticas...) y; el estatus de la persona que sufre la injerencia así como la sociedad a la que pertenece. Así, si el solicitante es un representante político, el margen de apreciación para el Estado miembro es muy estrecho, ya que la libertad de expresión es una característica fundamental de juego y debate político de una sociedad democrática, de esta forma “las interferencias con la libertad de expresión de un político que es miembro de un partido de la oposición [...], requiere del más estrecho examen profundo por parte de la Corte”⁵⁰⁶; de la misma forma, es importante saber si la materia en discusión es de interés público o no⁵⁰⁷, entre otras. Generalmente, he de destacar que el TEDH es menos permisivo con el margen de apreciación en aquellos casos que constituyen una incitación al odio⁵⁰⁸, pero sin embargo “un margen de apreciación más amplio está generalmente disponible para los Estados Parte cuando regulan la libertad de expresión en relación con materias susceptibles

⁵⁰⁵ Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR* (Amberes: Intersentia, 2002), 101. En este mismo sentido: Defeis, Elizabeth F., «Freedom of Speech and International Norms: A response to hate Speech», 100; Popelier, Patricia, Catherine Van de Heyning y Piet Van Nuffel, *Human rights protection ...*, 87; Yourow, Howard C., *The margin of appreciation doctrine ...*, 195.

⁵⁰⁶ STEDH de 9 de junio de 1998, para. 46 (asunto Inca contra Turquía). “Interferences with the freedom of expression of a politician who is member of an opposition party, like the applicant, call for the closest scrutiny on the Court’s part”. En este mismo sentido: STEDH de 8 de julio de 1986, para. 41 (asunto Lingens contra Austria); Arai-Takahashi, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine ...*, 108.

⁵⁰⁷ STEDH de 6 de julio de 2006, para. 41 (asunto Erbakan contra Turquía).

⁵⁰⁸ Weber, Anne, *Manual on hate speech*, 32.

de ofender las convicciones personales de las personas en la esfera de la moral, especialmente en la religiosa”⁵⁰⁹.

Asimismo, el TEDH utiliza el criterio del consenso como indicador de la amplitud del margen de apreciación. Por ello, cuando existe un consenso en una cierta materia entre los Estados que forman el Consejo de Europa, el margen de apreciación que deja en manos de estos es menor y cuando no existe este consenso, el margen de apreciación se amplía⁵¹⁰. La determinación por parte del TEDH de qué valores forman parte de un consenso europeo también es un tema nada pacífico que es objeto de crítica por parte de la doctrina⁵¹¹.

Por lo tanto deberemos atender a todas las características del caso para conocer, con detenimiento, la amplitud del margen de apreciación que puede tener el Estado Parte en la discusión concreta.

E) Principio de proporcionalidad⁵¹².

Por contraposición al margen de apreciación, el TEDH utiliza el juicio equitativo (*fair balance*), entendido como principio de proporcionalidad, para establecer una relación entre los medios utilizados para interferir en el

⁵⁰⁹ STEDH de 25 de noviembre de 1996, para. 58 (asunto Wingrove contra el Reino Unido). Asimismo ver: Defeis, Elizabeth F., «Freedom of Speech and International Norms: A response to hate Speech», 99; Gerards, Janneke, «Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine», 110-120.

⁵¹⁰ Esto genera un gran debate doctrinal acerca de la idea de la relatividad moral y el compromiso universal de los derechos humanos. En este sentido ver: George Letsas, «Two Concepts of the Margin of Appreciation», 723; Brems, Eva, «Human Rights: Minimum and maximum perspectives», 352; Janneke Gerards, «Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine», *European Law Journal* 17-1 (2011): 108-120.

⁵¹¹ Yourow, Howard C., *The margin of appreciation doctrine ...*, 195.

⁵¹² STEDH de 13 de febrero de 2003 (asunto Odièvre contra Francia). Letsas, George, «Two Concepts of the Margin of Appreciation», 711-720. Este principio de proporcionalidad también es exigido en la aplicación de los estándares contenidos en el PIDCP. En este sentido ver: el apartado 3.2.3.1. de la presente investigación.

derecho y la finalidad que se persigue, que no se cumple únicamente con la referencia al objetivo legítimo que se intenta conseguir⁵¹³. El principio de proporcionalidad entra en juego cuando “se inflige un sacrificio excesivo al interés individual y privado”⁵¹⁴. Así, el uso de esta doctrina queda patente en la jurisprudencia del TEDH cuando utiliza alternativas menos restrictivas a las impuestas por los Estados⁵¹⁵ o evoluciones interpretativas. El principio de proporcionalidad refleja los imperativos de equidad y justicia, impidiendo innecesarios o desproporcionados excesos en la aplicación del margen de apreciación de los Estados, si bien este principio no es utilizado siempre y esta será una de las principales críticas doctrinales a la jurisprudencia del TEDH.

F) Categoría de hecho histórico claramente probado (o notorio) y la condena a la doctrina totalitaria.

Este estándar de protección utilizado por el TEDH que encuentra su reflejo en multitud de ordenamientos jurídicos europeos, como la Ley Gayssot, de 13 de julio, de la República Francesa o el artículo 130 del StGB de la República Alemana, que como veremos más adelante, que castiga delitos de *instigación al pueblo (Volksverhetzung)*, dejan fuera de la protección del ejercicio del derecho a la libertad de expresión del artículo 10 del CEDH la negación o revisión de hechos históricos claramente probados o notorios de crímenes en contra de la humanidad. Conductas estas que son reconducidas al abuso de derecho contemplado en el artículo 17 CEDH, ya que estas actitudes negacionistas, “además de ir en contra del texto, van en

⁵¹³ En este sentido: Ehlers, Dirk, *European Fundamental Rights ...*, 111.

⁵¹⁴ García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional ...*, 179.

⁵¹⁵ Aquí el TEDH también ha configurado la doctrina del “*chilling effect*” (efecto paralizante o disuasivo), que puede tener para el derecho a la libertad de expresión la imposición de sanciones no proporcionales y el efecto disuasivo que estas pueden tener en la sociedad (por ejemplo en la difamación de un periodista a un político. STEDH de 8 de julio de 1986 [asunto Lingens contra Austria]).

contra de los valores fundamentales del Convención tal y como se expresa en su preámbulo, a saber, la justicia y la paz”⁵¹⁶.

Asimismo, este estándar protege el debate vivo entre historiadores sobre temas de actualidad que ayuden al desarrollo de la sociedad en su valores de pluralidad, tolerancia y amplitud de miras⁵¹⁷.

Dentro de la categoría de hechos históricos claramente probados se encontraría el Holocausto nazi. Ya en la decisión de la Comisión N° 9235/81 de 16 de julio de 1982 (asunto X contra la República Federal Alemana), se declara 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[...]”⁵¹⁸.

Esta línea jurisprudencial se mantiene en otras decisiones⁵¹⁹, llegando a ampliarla en la STEDH de 23 de setiembre de 1998 (asunto Lehideux e

⁵¹⁶ Decisión de la Comisión 31159/96, de 24 de junio de 1996, pág. 9 (asunto Marais contra Francia). “La Commission estime que les écrits du requérant vont a l'encontre de valeurs fondamentales de la Convention, telle que l'exprime son préambule, à savoir, la justice et la paix”. En el mismo sentido: Decisión de la Comisión N° 25062/94, de 27 de febrero de 1997 (asunto Honsik contra Austria).

⁵¹⁷ Cómo queda claro en: STEDH de 23 de setiembre de 1998, para. 55 (asunto Lehideux e Isorni contra Francia).

⁵¹⁸ Decisión de la Comisión N° 9235/81, de 16 de julio de 1982 (asunto X contra Alemania). “By describing the historical fact of the assassination of millions of jews, a fact which was even admitted by the applicant himself, as a lie and a zionistic swindle, the pamphlets in question not only gave a distorted picture of the relevant historical facts but also contained an attack on the reputation of all those who were described as liars or swindlers, or at least as persons profiting from or interested in such lies or swindles”.

⁵¹⁹ Decisión de la Comisión N° 9777/82, de 14 de julio de 1983, pág. 171 (asunto T contra Bélgica); Decisión de la Comisión N°25096/94, de 6 de setiembre de 1995, para. 1 y 2 (asunto Remer contra Alemania); Decisión de la Comisión 31159/96, de 24 de junio de 1996, pág. 9 (Marais contra Francia).

Isorni contra Francia)⁵²⁰, asegurando que quien abusa del derecho a la libertad de expresión está violando los Derechos Humanos “cuya negación o revisión, el artículo 17 CEDH sustraería a la protección del artículo 10 CEDH”⁵²¹. Así mismo, “la justificación de una política pro-nazi no podría beneficiarse de la protección del artículo 10 CEDH”⁵²².

En este sentido, se puede afirmar que el TEDH en su dilatada jurisprudencia ha decidido que la negación de los hechos ocurridos durante el Tercer Reich en Alemania supone un abuso de derecho del artículo 10 CEDH, en combinación con el artículo 17 CEDH⁵²³. Sin embargo, en la STEDH de 15 de octubre de 2015⁵²⁴, el Tribunal condena a Suiza por la limitación del derecho a la libertad de expresión de un ciudadano por negar el holocausto armenio, circunstancia que utiliza para recordar que esta penalización de este tipo de conductas es un hecho muy discutido en Europa⁵²⁵ y que por lo tanto se deberá atender a la finalidad que pretendía el discurso, diferenciando hasta cierto punto aquellos que buscan la mera negación, de aquellos que intentan la justificación o la banalización de este tipo de delitos⁵²⁶.

Así, dentro de este apartado, también podríamos incluir la doctrina del TEDH que considera como un abuso de derecho descrito en el artículo 17

⁵²⁰ Jurisprudencia seguida en STEDH de 13 de diciembre de 2005, Fº Jº 2º (asunto Witzsch contra Alemania).

⁵²¹ STEDH de 23 de setiembre de 1998, para. 47 (asunto Lehideux e Isorni contra Francia).

⁵²² STEDH de 23 de setiembre de 1998, para. 53 (asunto Lehideux e Isorni contra Francia).

⁵²³ En este sentido: Ehlers, Dirk, *European Fundamental Rights ...*, 109.

⁵²⁴ STEDH de 15 de octubre de 2015 (asunto Perinçek contra Suiza).

⁵²⁵ STEDH de 15 de octubre de 2015 (asunto Perinçek contra Suiza) para. 255-257.

⁵²⁶ STEDH de 15 de octubre de 2015 (asunto Perinçek contra Suiza) para. 243-248. Además de tener en cuenta que en este caso los delitos de genocidio fueron cometidos fuera de Suiza hace más de 90 años, y que por esta razón, ese caso se diferencia de aquellos que niegan el Holocausto judío. Ver para 234.

CEDH las ideologías totalitarias contrarias a la Convención. “El Nacional Socialismo es una doctrina totalitaria incompatible con la democracia y los derechos humanos y es partidaria sin duda de los fines de la clase a los que se refiere el artículo 17”⁵²⁷.

3.3.1.2.3. Conclusiones

La valoración de la protección ofrecida por los estándares contemplados en la CEDH y la interpretación que de estos realiza el TEDH, es relativa dada la polémica aplicación que del margen de apreciación ha realizado el TEDH. Este es un estándar no contemplado en la CEDH pero aplicado por el Tribunal. Este es un tema, como ya he mencionado anteriormente, nada pacífico para la doctrina, por lo que aquí se intentarán dibujar de forma sumaria las diversas posiciones existentes, por cuanto no es objeto de la presente investigación.

La finalidad para la cual fue creada la CEDH es la de establecer unos estándares universales de protección y promoción de los derechos humanos que debían de ser respetados por todos los Estados que forman parte de esta Convención. Esta aspiración se ha visto mermada por la teoría del margen de apreciación (tal y como es aplicada en la actualidad), en la que se reconoce que cada Estado tiene cierto margen para “resolver los conflictos inherentes entre los derechos individuales y los intereses nacionales o entre diferentes convicciones morales”⁵²⁸ en el momento de adoptar una determinada medida restrictiva de las

⁵²⁷ Decisión de la Comisión N° 12774/87, de 12 de octubre de 1989 (asunto B.H., M.W. H.P. Y G.K. contra Austria). “The Commission notes that National Socialism is a totalitarian doctrine incompatible with democracy and human rights and that its adherents undoubtedly pursue aims of the kind referred to in Article 17”. Jurisprudencia continuada en la decisión de la Comisión N° 36773/97, de 9 de septiembre de 1998 (asunto Nachtmann contra Austria).

⁵²⁸ Benvenisti, Eyal, «Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards», 843-844. “Resolving the inherent conflicts between individual rights and national interests or among different moral convictions”.

contempladas en los derechos recogidos en el Texto, con el objetivo de determinar si existe necesidad social imperiosa.

Reconocer este margen con la configuración actual supone, por una parte, admitir que las autoridades nacionales pueden resistirse al control externo de la aplicación de los estándares establecidos en los textos internacionales, argumentando que ellos gozan de una mejor posición⁵²⁹ para reconocer cuando una limitación debe ser impuesta ante el ejercicio de un derecho⁵³⁰. Por otra parte, también pone en peligro la tarea de los órganos creados por los textos para la vigilancia del cumplimiento de los estándares (tales como el CDH o el propio TEDH), en su función de aplicar y desarrollar los mismos. Este estándar tal y como es aplicado por el TEDH, es contrario al *animus* de protección supra nacional con el que este tipo de textos fueron concebidos por sus legisladores.

Sin embargo no se pretende defender aquí una postura completamente contraria a la teoría del margen de apreciación⁵³¹, puesto que este es necesario para atender las diferentes realidades sociales que podemos encontrar en Europa, pero bien es cierto que, “gran parte de la doctrina expresa sus quejas por la falta de una aplicación uniforme y coherente de la doctrina del margen de apreciación”⁵³². Desde que se utilizó por primera vez de forma desarrollada⁵³³, el Tribunal no ha definido claramente las directrices por las que este debe regir. La cantidad de sentencias en la que este estándar ha sido aplicado es voluminosa, pero pese a esto,

⁵²⁹ La afirmación de que los tribunales nacionales gozan de una mejor posición para conocer cuando una limitación a un derecho contenido en la CEDH es discutible, puesto que en algunas ocasiones (como en la STEDH de 6 de diciembre de 1988 [asunto Barberá, Messeguer y Jarabo contra España]), la protección ofrecida por el estado nacional esta no se ajusta a los estándares mínimos de protección.

⁵³⁰ Esto ha sido argumentado en numerosas sentencias del TEDH para justificar la utilización del margen de apreciación.

⁵³¹ En este sentido: García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional ...*, 122-130.

⁵³² Letsas, George, «Two Concepts of the Margin of Appreciation», 705.

⁵³³ Ver lo afirmado en el apartado 3.3.1.2.1.

no se ha establecido un criterio jurisprudencial determinado. Este margen puede permitir, por ejemplo, que la negación del Holocausto judío sea un crimen que cumpla perfectamente con todos los estándares de protección que aquí he identificado en la República de Alemania, y que sin embargo sea una conducta atípica en el ordenamiento jurídico español, por estar protegida dentro del derecho a la libertad de expresión y de creación científica.

Como ya he mencionado en apartados anteriores, la doctrina del margen de apreciación estaba concebida por las autoridades nacionales con el objetivo de que la legislación internacional no pusiera en peligro la seguridad nacional. Este razonamiento posteriormente se extendió a otros campos para poder seleccionar políticas que quisieran regular “actividades potencialmente perjudiciales, como la incitación a la violencia o el discurso racista”⁵³⁴. Esta extensión de efectos, sin una regularización clara, es el inicio de los males de los que el margen de apreciación adolece.

Por esto, llegados a este punto, deberemos atender a las diferentes posiciones doctrinales que redefinen el margen de apreciación con el objetivo de delimitar su aplicación.

Respecto a la protección ante el discurso del odio racial y étnico, hay autores que argumentan que “un amplio margen de apreciación es apropiado con respecto a aquellas políticas que afecten a la población general de forma igualitaria, como las restricciones en el discurso del odio (tienen por objeto proteger minorías nacionales)”⁵³⁵.

⁵³⁴ Benvenisty, Eyal, «Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards», 846. “Select policies that would regulate potentially harmful activities, such as incitement to violence or racist speech”.

⁵³⁵ Benvenisty, Eyal, «Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards», 847. “A wide margin of appreciation is appropriate with respect to policies that affect general population equally, such as restrictions on hate speech (which are aimed at protecting domestic minorities)”.

El discurso del odio es utilizado normalmente por sectores que pertenecen a una mayoría con el objetivo de provocar un rechazo en una determinada minoría social, criminalizándola y silenciándola⁵³⁶. El margen de apreciación que se debería permitir en estos asuntos es mínimo, debiendo los Estados respetar estrictamente los estándares de protección que los tratados internacionales les obligan a incorporar y garantizar en sus ordenamientos jurídicos⁵³⁷, junto con las directrices interpretativas de los órganos encargados de su interpretación.

La teoría del margen de apreciación incide de forma negativa en la garantía que la CEDH ofrece respecto de la protección frente al discurso odio racial y étnico puesto que no establece unos criterios claros de aplicación, sino que atiende a una pluralidad de estos que han sido determinados en los casos concretos en los que se ha aplicado este margen. El TEDH pese a su larga utilización de este estándar no ha establecido unos criterios generales que permitan conocer cuándo una injerencia en el derecho a la libertad de expresión por parte de un Estado es acorde con lo establecido en la CEDH.

Una de las principales metas que se pretendían alcanzar con la creación del sistema internacional de protección de los derechos humanos es el amparo que estos deben ofrecer a las minorías. En determinadas sociedades o en determinadas circunstancias, el sistema democrático nacional de mayorías puede no responder a las necesidades de protección de los derechos de estas. Por esto, se estableció un sistema externo de control subsidiario con el objetivo de corregir las deficiencias que pudiéramos encontrar en los sistemas democráticos nacionales (que suelen estar compuestos por miembros de las mayorías). La doctrina del margen de apreciación,

⁵³⁶ Por ejemplo pensemos en la situación en la que un partido político (cuyos integrantes pertenecen a la mayoría de la sociedad) utiliza su discurso con el objetivo de criminalizar a una minoría en su conjunto, responsabilizándola de hechos delictivos que han podido cometer determinados miembros de esta, o de los males de la sociedad. En este sentido ver el apartado 4.4. de la presente investigación, donde se identifican dos casos en este sentido en la jurisprudencia española.

⁵³⁷ En este sentido: García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional ...*, 124.

por su variabilidad⁵³⁸, poca precisión⁵³⁹, falta de claridad⁵⁴⁰ y de regulación jurídica, contribuye a reducir las expectativas de protección del sistema internacional de protección. Mientras el TEDH no determine de forma clara, previa y general, cómo afecta el margen de apreciación a los artículos utilizados para limitar el discurso del odio racial y étnico, y en general al resto de derechos contemplados en la CEDH, este continuará siendo inaceptablemente impreciso, dando un gran poder discrecional al Tribunal⁵⁴¹.

Planteada la problemática acerca del margen de apreciación, es necesario comentar las posiciones doctrinales más interesantes que replantean la interpretación que el TEDH debería hacer sobre este asunto con el objetivo de ofrecer algo de luz acerca de un tema tan importante para la protección ofrecida por la CEDH.

Muy interesante es la posición de Letsas⁵⁴² cuando plantea el concepto sustantivo del margen de apreciación por contraposición al estructural. Para este autor el principio de proporcionalidad es fundamental. Argumenta que los artículos 8 a 11 del CEDH están redactados con cláusulas de acomodo⁵⁴³, diferentes entre sí, que son el margen o poder (*power*) de apreciación en las que el Estado debe justificar la limitación de las libertades que la Convención establece. Por lo tanto, el juicio equitativo (*fair balance*) que realiza el TEDH entre las libertades individuales y los objetivos colectivos debería estar fundamentado en las cláusulas de acomodo. Letsas entiende que el margen de apreciación debería ser utilizado para expresar un

⁵³⁸ En este sentido: Arai-Takahashi, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine ...*, 108.

⁵³⁹ En este sentido y tratado en profundidad en: García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional ...*, 263-270.

⁵⁴⁰ Gerards, Janneke, «Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine», 115.

⁵⁴¹ En este sentido: García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional ...*, 115-120.

⁵⁴² Letsas, George, «Two Concepts of the Margin of Appreciation», 705-710.

⁵⁴³ Por ejemplo la cláusula de acomodo del artículo 10 CEDH sería el 10.2 CEDH.

punto de vista general sobre la limitación de derechos basada en las cláusulas de acomodo que cada uno de ellos tiene y no para expresar una determinación donde únicamente se exprese una conclusión final (no intervenir porque la decisión estatal entra dentro del margen de apreciación), sin razonamiento.

Asimismo también es destacable el trabajo de Brems⁵⁴⁴, que hace hincapié en la importancia del principio de proporcionalidad, de la misma forma que Letsas, como el enlace entre la medida menos restrictiva y el objetivo legítimo, nombrando el criterio de necesidad (*Erforferlichkeit*) que utilizan los tribunales alemanes y suizos, y que requiere que la restricción del derecho no exceda aquello que es necesario en relación a su sustancia, esto es que no hay otra medida posible que nos haga llegar a la realización del mismo objetivo de una forma menos restrictiva para el derecho y su finalidad.

Por otra parte, Yourow⁵⁴⁵ realiza una crítica bastante profunda respecto del principio de consenso que el Tribunal utiliza para determinar cuándo existe un amplio o estrecho margen de apreciación. Así afirma que “cada opinión en la que el consenso es importante se basa en un valor precedente de otra opinión en la que el consenso Europeo o la falta de este se calculan importantes”⁵⁴⁶. Así, el autor se pregunta cómo el TEDH conoce este consenso o la falta de este. Pone de manifiesto, al igual que los otros autores aquí citados, que mientras el margen de apreciación mientras no se fije de una forma permanente, será un método de interpretación que el TEDH utilizara a su discreción. Este autor opina que el Tribunal debería dotar de contenido a los derechos que articula la CEDH, debiéndose interpretar de forma autónoma, más allá del reflejo de consenso en el caso concreto.

⁵⁴⁴ Brems, Eva, «Human Rights: Minimum and maximum perspectives», 349-372.

⁵⁴⁵ Yourow, Howard C., *The margin of appreciation doctrine ...*, 190.

⁵⁴⁶ Yourow, Howard C., *The margin of appreciation doctrine ...*, 195. “Each opinion in which consensus is important relies upon the precedential value of other opinions in which a European consensus or lack thereof figured importantly”.

La interpretación que de este margen de apreciación realiza el TEDH puede ser capaz de poner en peligro el resto de estándares de protección que he identificado en el apartado anterior. Como se ha afirmado, no pretendo mostrar aquí una oposición frontal a este margen, sino argumentar que tal y como está definido en la actualidad crea una inseguridad muy amplia que va en detrimento de la protección que la CEDH brinda a los ciudadanos de los Estados del Consejo de Europa. Bien es cierto que es necesario, dado que un Tribunal que se ha de encargar de enjuiciar un mismo cuerpo legal en todos los Estados del CoE, con realidades sociales muy dispares, y que por lo tanto necesita de un cierto espacio de maniobra para tener en cuenta la sustantividad de colectividad en la que se ha planteado la disputa. Pero el amplio espacio de acción que se ha garantizado el TEDH no me parece proporcional al menoscabo que este causa en la protección garantizada por la CEDH.

3.3.2. Estándares provenientes de normativa de la Unión Europea

En este apartado se tratará el estudio de la legislación, creada por parte de la Unión Europea⁵⁴⁷, aplicable a la materia objeto de estudio con el objetivo de conocer cuál es la regulación existente, así como los estándares de protección que esta garantiza. Así, por una parte se tratará la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), y por otra parte, Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativas a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.

⁵⁴⁷ UE, *Informe sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE 2010*, (Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2011), 47.

Si bien el acervo comunitario cuenta con diversas directivas en materia de discriminación como son la 2000/43 y la 2000/78, relativas al principio de igualdad de trato, estas no tratan la limitación del derecho a la libertad de expresión ante el discurso del odio, por lo que no establecen estándares acerca del objeto de estudio del presente trabajo de investigación.

3.3.2.1. Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual

La Directiva 2010/13/UE sobre servicios de comunicación audiovisual⁵⁴⁸, tiene como objetivo la regulación de actividades de comunicación en el marco europeo. Por un lado garantiza de acuerdo con el artículo 4 la libertad de recepción y la no obstrucción de las retransmisiones, en el territorio de los Estados, de servicios de comunicación audiovisual que procedan de otros Estados, con las siguientes excepciones establecidas en el artículo 2.4.a).i); la instigación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad, así como las violaciones de la dignidad de las personas individuales. Asimismo, encontramos el artículo 6 en el que se obliga a los Estados a garantizar, mediante la aplicación de medidas idóneas, que los servicios de comunicación audiovisual que estén bajo su jurisdicción no contengan incitaciones al odio por razón de raza, sexo, religión o nacionalidad. El objetivo de esta medida es alejar el discurso del odio de los medios de comunicación, evitando así que estos se conviertan en plataformas de promoción de este tipo de lenguaje, ya que el legislador europeo es consciente de la influencia que los medios de comunicación tienen en las sociedades. Esta medida, va en

⁵⁴⁸ Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (*DOEU* núm. L 95/1, de 14 de marzo de 2010). Esta Directiva deroga la Directiva 89/552/CEE.

consonancia con lo establecido en la Recomendación R (97) 20⁵⁴⁹ del Consejo de Europa y por lo establecido por el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial respecto del artículo 4⁵⁵⁰.

3.3.2.2. Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal

Esta Decisión Marco es de una importancia capital en la regulación que del discurso del odio deben realizar los Estados Miembros. Concretamente en España el legislador la utiliza para justificar la modificación que ha practicado en el año 2015 sobre los artículos 510 CP y 607.2 CP. Como se verá en el apartado 4.3. de la presente investigación donde realizo el estudio de la redacción de los tipos anteriores a la modificación legislativa, y en el 4.5. donde practico el mismo estudio pero en la regulación actual, esta Decisión Marco ha servido para perfilar y dotar de un mayor sentido la regulación con la que contábamos en nuestro ordenamiento jurídico⁵⁵¹.

El contenido de esta Decisión Marco es muy concreto, y obliga a los Estado a regular a través del Código penal la siguientes conductas:

1. Incitación publica a la violencia o al odio dirigido 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 estos⁵⁵².

⁵⁴⁹ Ver el apartado 3.3.1.1. de la presente investigación.

⁵⁵⁰ En este sentido ver el apartado 3.2.4. de la presente investigación.

⁵⁵¹ En este sentido, ver el apartado 4.3.5. donde se refieren los problemas dogmáticos que suscitaba la aplicación de los artículos y que el legislador ha tratado de solucionar con la nueva redacción que estudio en el apartado 4.5.

⁵⁵² Estándar que se puede poner en relación con lo establecido por el artículo 4 .

2. La apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio⁵⁵³, contra la humanidad y de guerra definidos en los artículos 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional y el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, adjunto al Acuerdo de Londres, 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 está matizado en los artículos siguientes, pudiendo penalizar solo aquellas más graves⁵⁵⁴.

3. Se deberá castigar tanto la incitación a realizar las conductas descritas como la complicidad en la comisión de las mismas⁵⁵⁵, estableciendo una sanción máxima de 3 años y mínima de 1 año de prisión⁵⁵⁶, así como acuerda 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 graves⁵⁵⁷.

4. Asimismo, el artículo 4 establece que se debe considerar como circunstancia agravada el cometer crímenes por estos motivos o que los

⁵⁵³ Esta exigencia puede ser puesta en relación con las categorías establecidas por parte del TEDH que quedan fuera de la protección de la libertad de expresión. Ver el apartado 3.3.1.2. de la presente investigación.

⁵⁵⁴ Artículo 1.2 Decisión Marco 2008/913/JAI establece que: los Estados miembros podrán optar por castigar únicamente aquellas conductas que, o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público, o bien puedan ser amenazantes, abusivas o insultantes. Esta particularidad es especialmente relevante ya que como he estudiado en el apartado 2.3.3. y como mostraré en los apartados 4.3.4.1.1., 4.3.5. y 4.5., esta permite que un Estado como Alemania que observa necesario penalizar los comportamientos negacionistas, se puede diferenciar de España donde no deberían ser penalizados, sin entrar en contradicción con el articulado de la Decisión Marco.

⁵⁵⁵ Artículo 2 Decisión Marco 2008/913/JAI.

⁵⁵⁶ Artículo 3 Decisión Marco 2008/913/JAI.

⁵⁵⁷ Artículo 8 Decisión Marco 2008/913/JAI.

tribunales tengan en cuenta esta motivación en el momento de determinar las sanciones.

Por lo tanto, existe la obligación por parte de los Estados Miembros de regular estas conductas a través de la jurisdicción penal con el objetivo de ofrecer una respuesta a las víctimas de este tipo de delitos, que proteja los derechos que pueden ser lesionados a través del discurso del odio.

3.4. Conclusiones

Una vez finalizado el estudio prospectivo de todos los ámbitos en los que se ha centrado este trabajo de investigación, en este apartado se presentarán las conclusiones a las que se ha llegado.

En primer lugar, este capítulo se ha planteado la identificación de estándares internacionales que limiten el derecho a la libertad de expresión ante los discursos provocadores al odio racial y étnico en el ámbito internacional. De acuerdo con la normativa estudiada, se puede afirmar que efectivamente existen estándares que ofrecen una respuesta que intenta conjugar el disfrute del derecho a la libertad de expresión, con su limitación cuando está es utilizada en el marco del discurso del odio.

En segundo lugar, respecto a la dicotomía existente acerca si los estándares contemplados en los pactos y convenios internacionales son canon autónomo de aplicación en España, o únicamente poseen una capacidad informadora, quisiera reiterar que, de acuerdo con los artículos 9.3CE, 93CE y 96CE, los tratados internacionales forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y específicamente el artículo 10.2CE, obliga a interpretar los derechos fundamentales establecidos por el texto Constitucional de acuerdo con la DIDH y con los tratados válidamente celebrados por España. Por todo esto, el Tribunal Constitucional yerra al declarar

que los estándares establecidos por estos textos únicamente poseen eficacia informadora, puesto que es la propia Constitución la que establece lo contrario. El propio TC en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, en su Fº Jº 5º establece argumentos contradictorios en la defensa de su posición. Mientras que por un lado afirma que si un derecho proclamado internacionalmente encuentra su reflejo en la Constitución, esto obligaría a interpretar los correspondientes preceptos de acuerdo con el contenido del derecho internacional, dando esto como resultado que en la práctica este contenido se convertiría en cierto modo en el constitucionalmente declarado respecto de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de la Constitución, acaba resolviendo que no los pactos y convenios internacionales son únicamente fuente informativa.

En tercer lugar y una vez concluido todo lo anterior, resta la tarea principal planteada al inicio de este capítulo, que es la identificación de los estándares internacionales de protección frente al discurso de odio racial o étnico. Por este motivo, a continuación sistematizaré de forma integral todos los estándares identificados en este capítulo, con el objetivo de poder configurar una fotografía nítida de cuáles son las obligaciones de España a este respecto. Así, en primer lugar, se enumerarán las obligaciones que contemplan los pactos y convenios internacionales respecto de la incorporación de figuras a los ordenamientos jurídicos nacionales (apartado A); a continuación, los estándares que deben observarse en su aplicación (Apartado B); y en tercer lugar, aquellas recomendaciones realizadas por estos órganos a los Estados Parte (Apartado C).

A) Estas son las figuras que de acuerdo con los estándares internacionales deben incorporarse a los ordenamientos jurídicos nacionales.

1. Se establece la obligación de fijar limitaciones al derecho a la libertad de expresión con el objetivo de asegurar el respeto a los derechos y a la reputación de los demás, así como la protección de la seguridad nacional, el

orden público o la salud y la moral públicas⁵⁵⁸. La CEDH además de estos, contempla los siguientes fines legítimos: la defensa del orden y la prevención del delito, integridad nacional, seguridad pública, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. En ambos casos, estas restricciones deberán estar previstas por la ley, que deberá estar redactada con la suficiente precisión para permitir al individuo acomodar su conducta.

2. Obligación de prohibir toda propaganda en favor de la guerra⁵⁵⁹ y de aquella que tenga por objetivo la incitación pública a la violencia o al odio⁵⁶⁰.

3. Obligación de prohibir toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia⁵⁶¹. En el mismo sentido, la Decisión Marco 2008/913/JAI especifica que esta incitación debe ser pública, dirigida contra un grupo de personas o miembro individual de tal grupo en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico.

4. Obligación de incorporar figuras típicas en contra de: la diseminación de ideas basadas en la superioridad racial u odio, incitación al odio racial, actos de violencia en contra de cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico e incitación a estos actos⁵⁶². Esto se puede poner en

⁵⁵⁸ Tanto el artículo 19 PIDCP como el 10.2 CEDH.

⁵⁵⁹ Artículo 20 PIDCP. Ver el apartado 3.2.3.1.3. del presente estudio.

⁵⁶⁰ Artículo 4 Decisión Marco 2008/913/JAI. Ver el apartado 3.3.2.2. del presente estudio.

⁵⁶¹ Artículo 20 PIDCP. Ver el apartado 3.2.3.1.3. del presente estudio.

⁵⁶² Artículo 4 Decisión Marco 2008/913/JAI. Ver el apartado 3.3.2.2. del presente estudio.

relación con la obligación de incorporar una circunstancia agravante por la comisión de crímenes por estos motivos⁵⁶³.

5. Obligación a incorporar un tipo penal que castigue a las organizaciones racistas que promuevan o inciten al racismo o la discriminación racial incluyendo partidos políticos⁵⁶⁴.

6. Los Estados no deben permitir que sus autoridades o instituciones públicas, en cualquier ámbito, promuevan la discriminación racial o inciten a ella. Por lo tanto, deben abstenerse de realizar cualquier tipo de afirmación que promueva o justifique el discurso del odio racial y étnico⁵⁶⁵.

7. Supervisión de los medios de comunicación, para evitar que estos, de igual modo que el punto anterior, se conviertan en plataformas instigadoras al odio, ya que estos tienen un poder muy influyente sobre el conjunto de la sociedad⁵⁶⁶.

B) Respecto de la aplicación de las figuras anteriormente sistematizadas, los estándares internacionales exigen que estas se apliquen en relación con las siguientes garantías:

1. De forma inicial y previa al inicio del proceso judicial, es necesaria una investigación adecuada y en profundidad de los hechos acaecidos⁵⁶⁷, ya que

⁵⁶³ Artículo 4 Decisión Marco 2008/913/JAI. Ver el apartado 3.3.2.2. del presente estudio.

⁵⁶⁴ Artículo 4 CEDR. Ver el apartado 3.2.4.2. del presente estudio.

⁵⁶⁵ Artículo 4 CEDR. Ver el apartado 3.2.4.2. del presente estudio. Asimismo, ver también el apartado 3.3.1.1.

⁵⁶⁶ Ver también el apartado 3.3.1.1. del presente estudio.

⁵⁶⁷ Ver el apartado 3.2.4.3. de la presente investigación.

únicamente mediante estas acciones se puede ofrecer una protección adecuada.

2. La aplicación de la restricción debe perseguir los fines legítimos establecidos en el punto 1 del apartado A) anterior⁵⁶⁸.

3. La aplicación de la restricción tiene que ser necesaria en una sociedad democrática, lo que implica la existencia de una necesidad social en que esa conducta llevada a cabo sea prohibida. Esta necesidad se debe poner en relación, por una parte, con los valores democráticos, y por otra parte, con el principio de proporcionalidad que consiste en que la medida adoptada no debe imponer una sanción más penosa que la estrictamente necesaria para proteger los fines previstos, estableciendo una relación entre los medios utilizados en la interferencia del derecho y la finalidad que se persigue⁵⁶⁹.

4. Se reconoce un cierto margen de apreciación en la aplicación de los estándares relatados en los puntos anteriores. Como ya he mencionado, por su variabilidad, poca precisión, falta de claridad y regulación jurídica es lo suficientemente impreciso como para que debamos atender al caso concreto con el objetivo de si este se aplicará o no.

5. De acuerdo con las decisiones del TEDH, dos formas de expresión son específicamente contrarias al Tratado, por una parte la negación o revisión de hechos históricamente probados o notorios de crímenes contra la humanidad, y por otra parte, la defensa de ideologías totalitarias contrarias

⁵⁶⁸ Estos fines están descritos en los artículos 19 PIDCP y 10.2 CEDH. Ver los apartados 3.2.3.1.2 y 3.3.1.2. de la presente investigación.

⁵⁶⁹ Ver los apartados 3.2.3.1.2 y 3.3.1.2.1. de la presente investigación.

a la Convención⁵⁷⁰. Como se ha argumentado, este estándar de protección debe ser recogido con ciertas cautelas, ya que en principio la mera negación de los delitos de genocidio puede no entrar dentro de las categorías penalmente relevantes del discurso del odio, como analizaré cuando se estudie el ordenamiento jurídico español y como ha sido puesto de manifiesto por el propio TEDH en la reciente sentencia del 2015 si no es una conductas específicamente penalizada por el ordenamiento jurídico en cuestión.

C) Respecto a las recomendaciones que deberían tenerse en cuenta en los ordenamientos jurídicos, realizadas por los organismos internacionales, debo destacar las siguientes:

1. Los Estados no únicamente deben proteger a sus ciudadanos, sino que además, se debería contemplar la protección de los no ciudadanos en contra de este tipo de actitudes y comportamientos xenófobos⁵⁷¹.
2. Esto se debe poner en relación con la especial atención que deben prestar los fiscales a este tipo de conductas⁵⁷².

En definitiva y como se ha podido apreciar, España al formar parte del PIDCP, de la CEDR, de la CEDH y de la UE acepta como pertenecientes a su ordenamiento jurídico todos los estándares de protección frente al discurso del odio que acabo de identificar en este apartado. Dependiendo del texto ante el que nos encontremos, la indeterminación jurídica de estos estándares variará. Así, respecto de su implementación o utilización efectiva dentro de los ordenamientos jurídicos y

⁵⁷⁰ Ver los apartados 3.3.1.2.1. y 3.3.2. de la presente investigación.

⁵⁷¹ En este sentido, ver la Observación General XXX del Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, tratada en el apartado 3.2.4.3. de la presente investigación.

⁵⁷² Ver el apartado 3.3.1.1. de la presente investigación.

jurisdiccionales estatales, no se le reconoce la misma fuerza al PIDCP o a la CEDR, que a la CEDH o a la normativa proveniente de la UE. A causa de esta variabilidad, que es fiel reflejo de la falta de responsabilidad de los Estados con la garantía efectiva de los derechos humanos, deberemos acoger con cierta cautela los patrones de protección aquí identificados. Por este motivo, se observa necesario que desde las instancias internacionales se les exija a los Estados un compromiso real y efectivo, no únicamente en la ratificación de textos internacionales, sino también en la implementación de todas sus directrices.

Capítulo IV. La libertad de expresión y la regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español

4.1. Introducción

Una vez estudiados los estándares internacionales que son de aplicación en España, es necesario analizar qué tipo de regulación ha sido incluida por el legislador en nuestro ordenamiento jurídico con un triple objetivo. En primer lugar, conocer cómo se ha plasmado en nuestra realidad legal la regulación de discurso del odio, en segundo lugar, cómo se está aplicando esta realidad por parte de los tribunales, y en tercer lugar, valorar si los dos puntos anteriores cumplen con los estándares legales de protección internacional identificados en el capítulo 3.

De igual forma como se ha estudiado en el capítulo 2 respecto de la regulación del discurso del odio en EE. UU. y en Alemania, en nuestro país la regulación de esta área también ha supuesto un arduo y controvertido tema de discusión tanto en el plano doctrinal como en la jurisprudencia. La preocupación que el legislador ha mostrado por la utilización de este tipo de discursos es patente sobre todo a raíz de la escalada de los comportamientos racistas y xenófobos que se ha podido identificar en los últimos años, aunque bien es cierto que este tipo de comportamientos afectan a nuestras sociedades desde hace mucho tiempo. El Ministerio del Interior, requerido por instancias internacionales, que como hemos visto en el capítulo 3 exigen información real y actualizada sobre la situación interna de los Estados acerca de este fenómeno⁵⁷³, ha procedido con la publicación en el año 2014 del primer informe sobre los delitos de odio perpetrados en España

⁵⁷³ Dentro del sistema de informes previstos por el PIDCP y la CEDR, los Estados son requeridos a ofrecer cumplida información sobre la situación real del fenómeno de los crímenes de odio. En este sentido ver el los apartados 3.2.3. y 3.2.4. de la presente investigación.

durante el año 2013⁵⁷⁴. Esta acción que nos permite realizar una primera evaluación de la dimensión interna de esta problemática, y obtener una imagen concreta y real de este asunto en nuestro país para así poder adoptar las medidas necesarias que ofrezcan una respuesta eficaz a las víctimas de este tipo de conductas.

Lo que se pretende en este capítulo es realizar una investigación en profundidad sobre la respuesta que ofrece el ordenamiento jurídico español en su conjunto ante las conductas que, mediante la utilización del derecho fundamental a la libertad de expresión, pretenden provocar a la discriminación, al odio o a la violencia a la mayoría social en contra de las minorías étnicas presentes en nuestro país. Para la concreción de este objetivo, en primer lugar, se realizará un estudio del marco jurídico aplicable. Así, se analizarán los preceptos de la Constitución española que establecen los valores o garantizan los derechos y libertades que pueden ser lesionados mediante la utilización del discurso del odio como son: la dignidad personal, la igualdad tanto material como formal o el derecho al honor. Posteriormente continuaré con el estudio de los artículos 510 CP y 607.2 CP, que son los encargados de reflejar la regulación del discurso del odio en el Código penal español. En segundo lugar examinaré la aplicación que del marco jurídico anterior han hecho los tribunales. Así, estudiaré las decisiones del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, de las Audiencias Provinciales y de los Juzgados de lo Penal. En tercer lugar, estudiaré la modificación que en el año 2015 han sufrido los artículos del Código penal para valorar qué tipo de reformas se han incluido. En cuarto y último lugar realizaré una valoración crítica de todo lo tratado en este

⁵⁷⁴ Ministerio del Interior, *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España* (Madrid: Ministerio del Interior, 2014), acceso 18 de mayo de 2015, http://explotacion.mtin.gob.es/oberaxe/documentacion_descargaFichero?bibliotecaDatoId=4063

En el año 2015, se ha publicado el informe sobre los delitos de odio cometidos en el año 2014. Ver: Ministerio del Interior, *Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España* (Madrid: Ministerio del Interior, 2015), acceso 18 de mayo de 2015, http://explotacion.mtin.gob.es/oberaxe/inicio_descargaFichero?bibliotecaDatoId=4064

Ver también: FRA. *Antisemitism. Overview of data available in the European Union 2004–2014* (Viena: FRA, 2015), 38-39.

Patricia Ortega Dolz y Virginia Martínez Crespo, «La islamofobia se convierte en el principal delito de odio», *El País*, 6 de septiembre de 2015, acceso el 6 de septiembre de 2015, http://politica.elpais.com/politica/2015/09/06/actualidad/1441569646_315615.html

capítulo. Por otra parte y puesto que no pretendo únicamente analizar de forma aséptica cada uno de los apartados descritos sino a su vez ofrecer una reflexión sobre los mismos, se ha creído conveniente realizar un análisis particular de cada una de estas áreas e identificar las conclusiones alcanzadas para así ir construyendo apartado por apartado las que enumeraré al final del capítulo.

Todo este trabajo se realiza con el objetivo de obtener una perspectiva completa y pormenorizada de la situación actual en nuestro país que permita realizar una reflexión con contenido crítico, fundamentada en todos los aspectos que envuelven las conductas descritas y que son de vital importancia para alcanzar una perspectiva completa de la problemática.

4.2. La Constitución española de 1978

En este apartado se estudiarán aquellos preceptos de la Constitución española de 1978 relevantes en la regulación del discurso del odio que tienen la suficiente entidad como para no ser protegidos por la libertad de expresión. Así, en primer lugar, se estudiará el artículo 10 CE que trata sobre el concepto de dignidad de la persona y su ordenación como principio rector y superior de todo el ordenamiento jurídico español y su relación con el artículo 1.1 CE. En segundo lugar se investigarán los artículos 9.2 CE y 14 CE, que incorporan los principios de igualdad material y formal en nuestro ordenamiento. En tercer lugar se conocerá el artículo 18 CE, encargado de introducir el derecho al honor como fundamental en nuestro texto constitucional. En último lugar se profundizará el derecho fundamental a la libertad de expresión, protegido en el artículo 20 CE, junto con las limitaciones que este establece.

Estos artículos son los que se han puesto en relación, tanto por parte de la jurisprudencia⁵⁷⁵ del Tribunal Constitucional, como por parte de la doctrina, cuando se han aplicado las limitaciones contempladas en el artículo 20 CE a discursos tendentes a provocar al odio en contra de minorías étnicas presentes en nuestro país.

4.2.1. La dignidad de la persona como eje central de los derechos reconocidos en la CE: el artículo 10 CE

Ya desde su preámbulo, la Constitución española de 1978 impone el deber de proteger el ejercicio de los derechos humanos, las culturas y tradiciones, con el objetivo de promover el progreso para así asegurar una calidad de vida digna. Esto tiene su reflejo inmediato en la parte dispositiva del texto donde en el artículo 1 CE se establecen como valores superiores del ordenamiento jurídico: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Además, el artículo 10 CE es el que se encarga de incorporar al articulado de la Constitución la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes como fundamento del orden político y de la paz social. Asimismo, el artículo 10.2 CE establece que la interpretación que se realice relativa a los derechos fundamentales que contiene la Constitución (entre los que se encuentra la libertad de expresión), deberá realizarse conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional será tratada en el apartado 4.3.7.1. de la presente investigación.

⁵⁷⁶ En este sentido ver el apartado 3.1. de la presente investigación, donde realizo un estudio sobre la vinculatoriedad de los estándares internacionales en nuestro ordenamiento jurídico.

La positivización del concepto filosófico de la dignidad de la persona⁵⁷⁷ en el primer artículo, dentro del título primero relativo a los derechos y deberes fundamentales lo enmarca como el “*prius* lógico y ontológico”⁵⁷⁸ para la existencia y especificación de los demás derechos que le siguen dentro del título. Además, establece una condición especial a la categoría de persona, situándola por encima de los demás seres en virtud de su capacidad de raciocinio⁵⁷⁹. Asimismo, la vinculación de esta con el resto de derechos que le son inherentes y con el orden político y la paz social⁵⁸⁰, le supone el reconocimiento de una doble naturaleza, tanto objetiva como subjetiva, respecto del resto de derechos fundamentales. Esto significa, en primer lugar, el reconocimiento de que los derechos fundamentales son derechos subjetivos que detentan los individuos en cuanto les garantizan un estatus jurídico determinado y la libertad para el libre desarrollo de la personalidad. En segundo lugar, estos derechos son elementos fundamentales que configuran el ordenamiento jurídico español y la convivencia pacífica de todos los miembros que conforman la

⁵⁷⁷ Es muy interesante observar la teorización histórica que respecto de la dignidad humana realiza el profesor Peces-Barba. Para él la dignidad es un concepto prepolítico y perjurídico que proviene de una construcción filosófica con la intención de expresar el valor intrínseco de la persona, que deriva de una serie de rasgos de identificación que la hacen única e irrepetible. Además, afirma que no se puede reprochar la falacia naturalista respecto de la dignidad, dado que sus preceptos “no derivan de la naturaleza o condición humana, sino de una mediación racional que estipula un deber ser para convertir a esos proyectos de dignidad en dignidad real”. Gregorio Peces-Barba Martínez, *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho* (Madrid: Dykinson, 2002), 64-65. De la misma opinión el profesor Alegre afirma que la dignidad es previa al Derecho y que no únicamente existe allá donde es reconocida por este. Miguel Ángel Alegre Martínez, *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español* (León: Universidad de León, 1996), 21.

⁵⁷⁸ STC 53/1985, de 11 de abril, Fº Jº 3º.

⁵⁷⁹ Alegre Martínez, Miguel Ángel, *La dignidad de la persona ...*, 17; Jesús González Pérez, *La dignidad de la persona* (Madrid: Civitas, 2011), 25-27.

⁵⁸⁰ La inclusión del término *paz social* en la Constitución no fue pacífico tal y como pone de manifiesto el profesor Peces-Barba debido a su carácter ambiguo. Ver: Peces-Barba Martínez, Gregorio, *La dignidad de la persona ...*, 64. Hay opiniones contrarias a esta, como la del profesor Alegre, que afirma la conveniencia de la inclusión. Ver: Alegre Martínez, Miguel Ángel, *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, 73-74. En cualquier caso, su inclusión debe ser puesta en relación con el resto de valores superiores del ordenamiento jurídico contenidos en el artículo 1.1 CE (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político), y entendida en el sentido de que busca la pacífica convivencia de todas las personas que conforman la sociedad, fundamentada en estos valores superiores. Este es el marco en el que se deben desarrollar todas las relaciones que se establezcan en una sociedad democrática y de Derecho.

sociedad⁵⁸¹. Este doble reconocimiento que manifiesta la configuración de un marco de convivencia sosegado y justo, es representación de las formulaciones que Kant realizó de forma anterior a la Ilustración para que la sociedad abandonara la tutela y la minoría de edad permanente, al garantizar la igualdad y la participación de todos los miembros de la sociedad en la configuración de esta, prohibiendo que el ser humano sea considerado como un objeto sin voluntad al que se puede someter al arbitrio de terceros⁵⁸². El Tribunal Constitucional ha definido la dignidad de la persona adscribiéndole ciertas características en una multitud de sentencias, de las que aquí destacaré la más relevante en la que describe a la dignidad como: “un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u 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”⁵⁸³.

Esta configuración es consecuencia directa del triunfo del Estado social y democrático de Derecho en el que se configura España y que supone la consagración de la persona y su dignidad como uno de los principios rectores de todo el ordenamiento jurídico español⁵⁸⁴. Sin embargo, tal y como apunta el

⁵⁸¹ Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales está reconocida por el Tribunal Constitucional en su sentencia: STC 25/1981, de 14 de julio, Fº Jº 5º.

⁵⁸² En este sentido ver el apartado 1.1. de la presente investigación donde realizo un análisis de las obras de Kant. Este autor afirma que el marco básico en el que se deben desarrollar las relaciones entre los ciudadanos es desde el plano de la libertad, el marco común legal y la igualdad.

⁵⁸³ STC 120/1990, de 27 de junio, Fº Jº 4º.

⁵⁸⁴ Esto ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en su STC 53/1985, de 11 de abril, Fº Jº 8º. La consideración de la dignidad de la persona como un principio rector es un tema bastante discutido en la doctrina. Yo me inclino por defender la posición que no identifica a la dignidad con un derecho fundamental, por contraposición al alemán donde sí lo es. Ver: Manuel Atienza Rodríguez, «Sobre la clasificación de los derechos humanos en la Constitución», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 2 extra (1979): 123-132; Alberto Oehling de los Reyes, *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales* (Madrid: Dykinson, 2010), 286-288. Además el propio Tribunal Constitucional se ha manifestado en este sentido en el auto 149/1999, de 14 de junio, Fº Jº 2º, donde afirma que «basta recordar que la dignidad de la persona no se reconoce en nuestra Constitución como un derecho fundamental sino como "fundamento del orden político y la paz social" (art. 10 C.E.), para rechazar eventuales violaciones de ese mandato constitucional susceptibles de protección autónoma a través del proceso constitucional de amparo».

profesor Peces-Barba, la dignidad humana no debe ser considerada como “un contenido de la ética pública con vocación de convertirse en moralidad legalizada, o lo que es lo mismo en derecho positivo justo”⁵⁸⁵, sino que más bien debería ser considerada como el fundamento del orden político y jurídico.

A su vez, y como consecuencia de lo anterior, el concepto de dignidad humana tiene una vertiente interna y una externa. Por un lado, la interna debe entenderse en el sentido de que todos los seres humanos tenemos la libertad para decidir de forma autónoma, libre y consciente sobre nuestra propia vida⁵⁸⁶; y la vertiente externa que consiste en la pretensión de respeto por parte de los demás en la externalización de esta vertiente interna⁵⁸⁷. El respeto a la dignidad de la persona es independiente a cualquier circunstancia o característica individual y por lo tanto, no admite ningún tipo de situación discriminatoria⁵⁸⁸.

Por lo tanto, la dignidad de la persona operará en una doble dirección en las relaciones que puedan existir entre los individuos, una positiva y una negativa. Hablaremos de la primera cuando un individuo, en el ejercicio sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones, respeta la dignidad de las demás personas que se ven envueltas en estas acciones; y nos referiremos a la segunda cuando esta opere como límite en el ejercicio de los derechos que se me reconocen como persona⁵⁸⁹. En este sentido se entiende la redacción el artículo 10.1 C.E. cuando establece *el*

⁵⁸⁵ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *La dignidad de la persona ...*, 64.

⁵⁸⁶ El profesor Peces-Barba identifica esta vertiente interna con uno de los dos momentos en los que se pueden singularizar la dignidad con la idea de autonomía. Así, afirma que: “en uno, autonomía significa capacidad de elección, libertad psicológica, el poder decidir libremente, pese a los condicionamientos y limitaciones de nuestra condición”. Ver: Peces-Barba Martínez, Gregorio, *La dignidad de la persona ...*, 65-66.

⁵⁸⁷ Así se ha reconocido en la STC 53/1985, de 11 de abril, Fº Jº 3º.

⁵⁸⁸ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *La dignidad de la persona ...*, 70. También: Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989), 297-298.

⁵⁸⁹ La no existencia de derechos ilimitados (aún siendo fundamentales), ha sido establecida por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias. Ver: STC 11/1981, de 8 de abril, Fº Jº 7º y 9º; STC 2/1982, de 29 de enero, Fº Jº 5º.

respeto a la ley y a los derechos de los demás, que es expresión complementaria e intrínseca a la propia dignidad de la persona al contemplar expresamente estas dos limitaciones genéricas⁵⁹⁰ que encuentran su fundamentación en el respeto al propio Estado democrático de Derecho. El acatamiento de estas limitaciones es esencial para el correcto desarrollo del orden político y la consecución de la paz social. La adopción de estas pautas es la vía mediante la que se logrará la consecución de unas relaciones sociales respetuosas, en las que todos los individuos puedan desarrollar su autonomía personal para decidir sobre su propia vida⁵⁹¹.

Por lo tanto, en el caso del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, operarán estas limitaciones no de forma específica sino que son cortapisas que se imponen, de forma general, al ejercicio de cualquier derecho, fundamental o no⁵⁹².

El concepto de dignidad de la persona, tal y como ha sido trazado por el legislador español, opera como principio informador de todo el ordenamiento jurídico configurado como el mínimo invulnerable, la esencia misma del ser humano, que debe ser respetada en todo momento y ponderada junto con el resto de derechos y que no permite que se den situaciones de desigualdad o discriminación. Esta característica es esencial en el conflicto de derechos que aquí se está estudiando puesto que se apelará a esta en el momento de justificar una dada limitación a la libertad de expresión con el objetivo de evitar ciertos discursos que tienden a la exclusión y cosificación de ciertos grupos sociales presentes en nuestra

⁵⁹⁰ Tal y como afirma el profesor Alegre, estas dos limitaciones operan dentro del fundamento del orden político y de la paz social que establece el artículo 10 CE. Alegre Martínez, Miguel Ángel, *La dignidad de la persona ...*, 53-57.

⁵⁹¹ El profesor Peces-Barba después de exponer las seis dimensiones del concepto de dignidad que teoriza, llega a la conclusión de que el objetivo de esta debe ser organizar la sociedad, como resultado de la voluntad de todos los individuos de querer vivir juntos dentro del marco institucional, promocionando las pretensiones individuales. Ver: Peces-Barba Martínez, Gregorio, *La dignidad de la persona ...*, 69.

⁵⁹² Concretamente el Tribunal Constitucional en su STC 88/1985, de 19 de julio, Fº Jº 2º, reconoce que el derecho a la libertad de expresión, como cualquier otro derecho fundamental, no es un derecho ilimitado y por lo tanto está sujeto a las mismas restricciones que el resto de derechos.

sociedad⁵⁹³. En este sentido es necesario destacar que en el apartado 2.3.2. la dignidad también es el eje central sobre el que se articulan muchos otros de los derechos fundamentales contemplados por la GG alemana, y que representan de una mejor forma la necesidad identificada por Kant de proteger este valor como parte esencial de las tareas del Estado.

Por otra parte, como hemos visto en el apartado 3.1.3. de la presente investigación, el artículo 10.2 CE establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que esta reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Este apartado justifica el estudio que del sistema internacional de protección de derechos se ha realizado en el capítulo tercero. Es necesario saber cuál es la interpretación que se ha venido haciendo de los textos internacionales que regulan la libertad de expresión y sus limitaciones, dado que existe una obligación expresa de seguir esta tal y como expresa en este artículo, que junto con el 96.1 CE, incorporan estos textos dentro del ordenamiento jurídico español.

4.2.2. La igualdad material y formal y la no discriminación como extensión de la dignidad: los artículos 9.2 y 14 de la CE

El artículo 9.2 CE es el encargado de incluir en el articulado de la Constitución el principio de igualdad material, mientras que el artículo 14 CE incorpora el principio de igualdad de trato formal y de no discriminación. Si bien el estudio de estos artículos ha propiciado amplios debates doctrinales acerca de sus características y significado es necesario aquí subrayar las notas básicas, dado que se incluyen dentro de la cobertura legal que se ofrece a las víctimas del delito de

⁵⁹³ De la misma opinión: Sindre Bangstad, «Fighting Words: What's Wrong with Freedom of Expression», *Journal of Ethnic and Migration Studies* 40-2 (2014): 279-280.

discurso del odio. Así, en este punto, se trazarán las líneas esenciales que dibujan tanto el contenido como los requisitos de estos artículos constitucionales.

En primer lugar, el artículo 9.2 CE incorpora a la Constitución la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, sean reales y efectivas. Asimismo demanda el trabajo activo de estos poderes para remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y faciliten la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social⁵⁹⁴. Del tenor literal del artículo se desprende que el conjunto de los poderes públicos deben trabajar activamente en pro de los derechos de todos los individuos que conforman la sociedad mediante la garantía efectiva y no únicamente formal de estos, y su ejercicio en el marco de los grupos en los que se integran⁵⁹⁵.

Este principio de igualdad formal es esencial dentro de la configuración de España como un Estado social y democrático de Derecho. Este exige que no únicamente se tenga en cuenta el principio liberal de igualdad ante la ley, sino que también es esencial la igualdad a través de la ley o del Derecho, que será condición *sine qua non* para la materialización efectiva del valor superior a la igualdad configurado en el artículo 1.1 CE⁵⁹⁶. Por esto, la igualdad en sentido material “tiene en cuenta la posición real en la que se encuentran los ciudadanos”⁵⁹⁷, estableciendo como objetivo la equiparación real y efectiva de estos. En este sentido se ha

⁵⁹⁴ Este es uno de los requisitos esenciales identificados por Kant para la participación de todos los ciudadanos de la vida pública. Ver apartado 1.1. de la presente investigación.

⁵⁹⁵ Patricia Laurenzo Copello, «La protección penal frente a conductas racistas y xenófobas», en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, ed. por Juan Soroeta Liceras (San Sebastián: Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2000-V.2), 181-186.

⁵⁹⁶ Tal y como apunta Añón que los Estados reconozcan más fácilmente la igualdad material y no la forma. María José Añón Roig, «El acceso de las mujeres inmigrantes a los derechos humanos: la igualdad inacabada», en *Derechos Humanos, migraciones y diversidad*, ed. por Ángeles Solanes Corella (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 105.

⁵⁹⁷ Encarnación Carmona Cuenca, «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Estudios Políticos* 84 (1994): 265.

pronunciado el Tribunal Constitucional en la STC 83/1984, de 24 de julio, al establecer 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”⁵⁹⁸.

Este principio constitucional a la igualdad de trato en sentido material, que no supone el reconocimiento de un derecho subjetivo que se pueda accionar frente a los tribunales⁵⁹⁹, sí que impone un mandato constitucional a los poderes públicos para que, en la realización de sus tareas, tiendan a la búsqueda de esta igualdad real, ligada de forma intrínseca con la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10 CE, y que tiende a la materialización de un umbral mínimo en la garantía y el ejercicio de los derechos reconocidos, tanto dentro como fuera de la constitución, como el derecho a la educación, a la sanidad o a las prestaciones sociales.

A su vez el artículo 14 CE especifica que: los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social⁶⁰⁰. Este artículo es la materialización del derecho fundamental a la

⁵⁹⁸ STC 83/1984, de 24 de julio, Fº Jº 3º.

⁵⁹⁹ Carmona Cuenca, Encarnación, «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», 282.

⁶⁰⁰ Con la ratificación del Protocolo Adicional número 12, al Convenio Europeo de Derechos Humanos, se aplican las categorías *sospechosas* que pueden llevar aparejado un comportamiento discriminatorio. El artículo 1 establece lo siguiente: 1. El goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. 2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de cualquier autoridad pública, basada en particular en los motivos mencionados en el apartado 1.

igualdad⁶⁰¹, en este caso formal, y a la no discriminación que alberga la Constitución española, incardinados como pilares elementales en el que se basa todo el ordenamiento jurídico español.

Así este rige tanto entre particulares como en la relación de estos con los poderes ejecutivo, legislativo y judicial⁶⁰², es la salvaguarda ante comportamientos que intenten establecer categorías de ciudadanos diferenciados que, detentando un mismo derecho subjetivo, intenten justificar una diferente respuesta por parte cualquier poder público⁶⁰³ sin una razón legítima⁶⁰⁴. Esto no debe entenderse como igualdad en el sentido uniformidad sino, como afirma Ruffini “tratar, como ya decía el viejo Ahrens, de igual modo relaciones jurídicas desiguales es igual de injusto que el tratar de forma desigual relaciones jurídicas iguales [...] dado que, como ya escribió justamente Kahl, el verdadero principio de igualdad no es a todos *lo mismo*,

⁶⁰¹ Respecto de la calificación de la igualdad contenida en el artículo 14 CE como un valor, como un principio general del derecho o como un derecho fundamental, coincide con la opinión del profesor Pérez Luño en el sentido de que el valor igualdad existe por ejemplo en el artículo 1.1 CE en cuanto valor superior constitucional fundamental en el ordenamiento jurídico español. Cuando hablamos de una mayor concreción y especificación de este, por ejemplo, respecto de la igualdad ante la ley y la no discriminación, estaríamos ante un principio general del Derecho y un derecho fundamental (siendo esta última vertiente más polémica). Ver: Antonio Enrique Pérez Luño, «Sobre la igualdad en la Constitución española», *Anuario de filosofía del Derecho* 4 (1987): 141-151. Ver también: Francisco Puy, «El derecho a la igualdad en la Constitución española», en *El principio de igualdad en la Constitución española, XI Jornadas de estudio*, ed. por Ministerio de Justicia (Madrid: Ministerio de Justicia, 1991), 135-154; sobre la consideración del artículo 14 como principio estricto que expresa uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico ver: Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, «Sobre principios y reglas», *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho* 10 (1991): 104.

⁶⁰² STC 22/1981, de 2 de julio, Fº Jº 3º.

⁶⁰³ Un ejemplo que se repite con cierta asiduidad en nuestra sociedad son los discursos xenófobos en contra de colectivos de personas migradas en el acceso a ayudas sociales, intentando establecer categorías discriminatorias en el acceso a estas. En muchas ocasiones se justifica este trato diferenciado utilizando discursos que podrían ser considerados de odio, que intentan presentar a estos colectivos como personas no merecedoras de este tipo de ayudas, a las que por otra parte, tienen el derecho subjetivo de acceder. En este sentido ver: Ania Elorza, «El PNV dice que Maroto se ha convertido “en el Hitler vitoriano”», *El País*, 07 de agosto de 2014, acceso el 08 de agosto de 2014, http://ccaa.elpais.com/ccaa/2014/08/07/paisvasco/1407399693_350913.html

⁶⁰⁴ Daniel Borrillo, «Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo», *Derecho PUCP* 71 (2013): 548.

sino a cada uno *lo suo*”⁶⁰⁵. Por esto existen elementos diferenciales jurídicamente válidos que no arrumban este principio de igualdad y que son plenamente válidos⁶⁰⁶. Los individuos con un mismo derecho subjetivo o en una misma situación jurídica pueden recibir respuestas diferentes y estas no tienen porqué conculcar el principio de igualdad y no discriminación contenido en el artículo 14 CE⁶⁰⁷.

Así, si el trato desigual ofrece una justificación objetiva y razonable que se aprecie en la finalidad y efectos de la medida que estamos revisando y existe una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, el comportamiento en cuestión no tiene porqué ser considerado discriminatorio⁶⁰⁸. Esta relación de proporcionalidad en sede constitucional (que también es aplicada como ya hemos visto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos)⁶⁰⁹, exige que esta se dé entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad que sea

⁶⁰⁵ “Trattare, come già decida il vecchio Ahrens, in modo uguale rapporti giuridici disuguali è altrettanto ingiusto quanto il trattare in modo disuguale rapporti giuridici uguali [...] poiché, come scrisse giustamente il Kahl, il vero principio di parità non suona: a ciascuno *lo stesso*, ma a ciascuno *il suo*”. Francesco Ruffini, *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo* (Milán: Il Mulino, 1992), 41. Así por ejemplo, los miembros de una minoría social pueden tener necesidades diferentes de las de la mayoría social ante una misma realidad, que necesitarán de una respuesta diferente por parte del Estado. Incluso dentro de las propias minorías se puede dar este tipo de situaciones, ya que como argumenta el profesor de Lucas, estas están formadas por individuos que pueden tener realidades dispares ante situaciones que se les plantean como grupo minoritario. Javier de Lucas, «Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 15 (1993): 100-101.

⁶⁰⁶ STC 22/1981, de 2 de julio, Fº Jº 3º; STC 83/1984, de 24 de julio, Fº Jº 3º. Marta Soriano Torres, «La igualdad no como uniformidad de tratamiento jurídico sino como prohibición de discriminación», *Anales de la Facultad de Derecho* 19 (2002): 254. Francisco Rubio Llorente, «La igualdad en la aplicación de la ley», en *El principio de igualdad*, ed. por Luis García San Miguel (Madrid: Dykinson, 2000), 48.

⁶⁰⁷ Dentro de este ámbito es en el que se encuadran las *políticas de igualdad* que tienen como objetivo paliar situaciones discriminatorias que se puedan dar en una determinada sociedad. Ver concretamente en el caso de las mujeres: María José Añón Roig, *Igualdad, Diferencias y Desigualdades* (México D. F.: Fontamara, 2001), 76-82.

⁶⁰⁸ STC 22/1981, de 2 de julio, Fº Jº 3º; STC 34/1981, de 10 de noviembre, Fº Jº 3ºB. José García Añón et al., *Identificación policial por perfil étnico en España* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 47-49.

⁶⁰⁹ En este sentido ver lo ya afirmado en los apartados 3.3.1.2. de la presente investigación.

perseguida por parte del legislador⁶¹⁰, que ha de ser una finalidad legítima dentro del Estado social y democrático de Derecho⁶¹¹.

En segundo lugar, la interdicción de la discriminación del artículo 14 CE se hace mediante la exclusión de una serie de categorías sospechosas en las que la fundamentación del juicio de proporcionalidad entre los medios empleados, consistentes en la privación del reconocimiento del goce o del ejercicio de un derecho reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, y la finalidad legítima perseguida por parte de los poderes públicos deberá satisfacer un escrutinio agravado⁶¹² tal y como exige el Tribunal Constitucional en su sentencia

⁶¹⁰ Este principio de proporcionalidad se repite en muchas sentencias del TC, algunas ya citadas como la STC 22/1981, de 2 de julio, Fº Jº 3º; o la STC 34/1981, de 10 de noviembre, Fº Jº 3ºB.

⁶¹¹ Aunque ya se ha señalado de forma breve al tratar el contenido del artículo 9.2 CE y aunque forme parte de un debate mucho más profundo que únicamente se puede apuntar aquí, la igualdad no debe limitarse a la lucha contra la discriminación. Tal y como apunta el profesor de Lucas es necesario que la igualdad “incida en la integración política [...]. Ciudadanía es igualdad, pero no sólo igualdad jurídica (isonomía), ni igualdad de palabra (isegoría), sino también isocracia”. Javier de Lucas, «Inmigración y diálogo intercultural. Hablemos de igualdad, de derechos y de ciudadanía», en *El diálogo intercultural*, dir. por Alfonso García Martínez (Murcia: Editum, 2009), 49; Rosa María Ricoy Casas, *¿Qué igualdad? El principio de igualdad formal y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español* (Madrid: Dykinson, 2010), 247-277; Carmona Cuenca, Encarnación, «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», 271-272. Además estos criterios ha sido identificados en el capítulo 3, cuando se ha realizado el estudio de los estándares internacionales de protección. En este sentido ver los apartados 3.2.3.; 3.2.4.; y 3.3.1.2.

⁶¹² Escrutinio agravado que de acuerdo con lo establecido en la STC 200/2001, de 4 de octubre, Fº Jº 4º, consistente en un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constititione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (STC 126/1997, de 3 de julio, Fº Jº 8º, con cita de las STC 229/1992, de 14 de diciembre, Fº Jº 4º; STC 75/1983, de 3 de agosto, Fº Jº 6º y 7º; STC 209/1988, de 10 de noviembre, Fº Jº 6º). También resulta que en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el art. 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones (STC 81/1982, de 21 de diciembre, Fº Jº 2º). Ver también: García Añón, José et al., *Identificación policial por perfil ...*, 60-61; Rubio Llorente, Francisco, «La igualdad en la aplicación de la ley», 49.

200/2001⁶¹³, de 4 de octubre. Estas categorías sospechosas son el nacimiento, la raza, el sexo, la religión, la opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social⁶¹⁴.

Así, según afirma Rey, la prohibición de discriminación que comprende el artículo 14 CE conlleva por un lado “la prohibición de discriminaciones directas (cualquier trato jurídico diferente y peor en atención a la raza⁶¹⁵), la prohibición de discriminaciones indirectas (un trato jurídico diferenciado en razón de un criterio formalmente neutro, pero que impacta adversamente sobre los miembros de la minoría racial), [y por otro lado] el mandato de acciones positivas (tratos jurídicos favorables a aquellos que fácticamente están en desventaja) y licitud, bajo ciertas condiciones, de las discriminaciones positivas (reserva de cuotas o de plazas en

⁶¹³ STC 200/2001, de 4 de octubre. En su Fº Jº 4º se establece que: “No obstante este Tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional [en referencia al artículo 14 CE] prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con el sexo, entre otras, STC 103/1983, de 22 de noviembre, Fº Jº 6º; STC 128/1987, de 26 de julio, Fº Jº 7º; STC 229/1992, de 14 de diciembre, Fº Jº 2º; STC 126/1997, de 3 de julio, Fº Jº 8º; en relación con las condiciones personales o sociales, STC 92/1991, de 6 de mayo, Fº Jº 2º a 4º; STC 90/1995, de 8 de julio, Fº Jº 4º; en relación con la edad, STC 75/1983, de 3 de agosto, Fº Jº 6º y 7º; en relación con la raza, STC 13/2001, de 29 de enero, Fº Jº 8º), si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación”.

⁶¹⁴ Esta enumeración de categorías no debe considerarse cerrada y debe interpretarse de forma expansiva ya que España forma parte de diversos tratados internacionales que incorporan a nuestro ordenamiento jurídico más categorías. José García Añón, «Garantías jurídicas frente a la discriminación racial y étnica en España como requisito para la participación e integración de las personas migrantes», en *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, ed. por Javier de Lucas y Ángeles Solanes (Madrid: Dykinson, 2009), 281-283.

⁶¹⁵ Aquí se debería añadir todas las demás categorías que contempla el artículo y también las incluidas en el ordenamiento jurídico español por los tratados internacionales ratificados por España.

listas electorales, empleo público o privado, etc.)”⁶¹⁶. Por lo tanto esta prohibición de discriminación opera como un “instrumento técnico que excluye la posibilidad de que sean tomadas en cuenta como circunstancias relevantes a la hora de aplicar el principio de igualdad”⁶¹⁷ todas las categorías sospechosas, cuando no se ofrece una justificación suficiente en su utilización.

Así pues, el artículo 14 CE alcanza y sirve de base para numerosos preceptos constitucionales dado que, al estar encabezando el Capítulo II del Título I de la CE “nos quiere indicar que el principio de igualdad de trato se proyecta sobre todos y cada uno de los derechos que enuncia el mismo Capítulo, circunstancia que creemos se justifica por la peculiar naturaleza jurídica del principio de igualdad”⁶¹⁸, estableciéndose como un derecho relacional⁶¹⁹, configurado en sentido ontológico que informa todo el ordenamiento jurídico.

⁶¹⁶ Fernando Rey Martínez, «La prohibición de discriminación racial o étnica en la Unión Europea y en España. El caso de la minoría gitana», *Revista de Derecho Político* 57 (2003): 90. Me gustaría reseñar que si bien la definición que el profesor Rey ofrece del contenido del artículo 14 CE sobre el concepto de discriminación ha sido aceptada y citada por numerosos autores, estoy de acuerdo con la profesora Barrère en que no deberíamos hablar de discriminación positiva, sino de acción positiva, dado que el término discriminación siempre supone una ruptura de la igualdad de trato a la que “se le imputa un injusto”, y por lo tanto son conductas que deben ser prohibidas por el Derecho. M^a Ángeles Barrère Unzueta, «Igualdad y “discriminación positiva”: un esbozo de análisis teórico-conceptual», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 9 (2003): 17. De la misma opinión: Añón Roig, María José, *Igualdad, Diferencias y Desigualdades*, 81-82. aunque el profesor Rey diferencia entre ambas y les adscribe requisitos diferentes en: Fernando Rey Martínez, «El principio de igualdad en el contexto de la crisis del estado social: diez problemas actuales», en *La metamorfosis del Estado y del Derecho*, coord. por Miguel Ángel Presno Linera (Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, 2014), 311. Por otra parte, conceptos como el de discriminación indirecta han sido incorporados a nuestro ordenamiento por el derecho europeo, como por ejemplo la directiva 2003/43. En este sentido ver: María Amparo Ballester Pastor, «El principio comunitario de igualdad de trato por razón de origen racial o étnico», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 63 (2006): 33-66.

⁶¹⁷ Carmen María Cerdá Martínez-Pujalte, «Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de las discriminación: Un intento de delimitación», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fabrique Ceriol* 50/51 (2005): 196.

⁶¹⁸ Francisco Fernández Segado, «El principio de igualdad jurídica y la no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento constitucional español», *Dereito* 5 (1996): 91.

⁶¹⁹ Establecido por le propio Tribunal Constitucional en la STC 76/1983, de 5 de agosto, Fº Jº 2º a). Ver también: Ricoy Casas, Rosa María, *¿Qué igualdad? El principio de igualdad formal y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español*, 51.

Por todo lo anterior “la noción jurídica de igualdad es, por definición, normativa, valorativa y relacional”⁶²⁰, y debe llevar al Derecho a establecer unos criterios legítimos mediante los que una situación se tratará en “términos de equiparación [...], o bien en los de discriminación”⁶²¹. El artículo 9.2 CE junto con el artículo 14 CE constitucionalizan la exigencia de una igualdad de trato, tanto material como también formal, puesto que este es uno de los principios fundamentales en el que se configura el Estado social y democrático de Derecho español. Este requiere tanto la igualdad ante la ley como la igualdad a través del Derecho (o de la ley) y, consecuentemente, es necesario tener en cuenta ambas vertientes⁶²².

Como asevera Añón, “la atribución de ciertos derechos o medidas preferenciales en tanto que pueden ayudar a corregir esas desventajas y mitigar la vulnerabilidad de las culturas minoritarias ante las decisiones de las mayorías, esto es lo que garantizaría que los miembros de una minoría se encuentren en las mismas oportunidades de vivir en su cultura que los miembros de la mayoría”⁶²³. Como afirma Rey aunque en la Constitución española la igualdad formal y la igualdad material estén configuradas en artículos diferentes, no cabe una confrontación de las mismas, “la igualdad real, en el Estado Social, se ubica dentro del esquema

⁶²⁰ Javier de Lucas, «La igualdad ante la ley», en *El derecho y la justicia*, ed. por Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (Madrid: Trotta, 1996), 495.

⁶²¹ de Lucas, Javier, «La igualdad ante la ley», 495.

⁶²² de Lucas, Javier, «La igualdad ante la ley», 498-499; Pérez Luño, Antonio Enrique, «Sobre la igualdad en la Constitución española», 137; Ricoy Casas, Rosa María, *¿Qué igualdad? El principio de igualdad formal y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español*, 247-251.

⁶²³ María José Añón Roig, «Ciudadanía diferencia y derechos de las minorías», en *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, dir. por Javier de Lucas (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999), 96-97. Ver también: María José Añón Roig, «Diversidad cultural y espacio público: respuestas en clave de igualdad», en *Construyendo sociedades multiculturales. Espacio público y derechos*, ed. por María José Añón Roig y Angeles Solanes Corella (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 10-122. Igual que la profesora Añón, opino que los principio de igualdad y no discriminación son la vía adecuada para asegurar un acceso en igualdad de condiciones a los grupos minoritarios que puedan encontrarse en alguna situación de desventaja. Ruiz también habla de las acciones positivas como un medio para paliar la situaciones de desigualdad que puede padecer un cierto colectivo. Ver: Alfonso Ruiz Miguel, «La discriminación inversa y el caso Kalanke», *DOXA* 19 (1996): 125-132.

conceptual de la igualdad formal: la igualdad «real» es una especie del género igualdad «formal» cuando entre en juego algún criterio de diferenciación de trato jurídico en favor de grupos sociales en desventaja querido por el constituyente o el legislador⁶²⁴, por lo que ambos aspectos de la igualdad deberán ser tenidos en cuenta en el momento de la valoración de su posible vulneración⁶²⁵.

4.2.3. El derecho al honor como protección frente al discurso del odio innominado: el artículo 18 de la CE

En este apartado se mostrarán las implicaciones que conlleva la protección del derecho al honor y su configuración como un derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico. Se comentará tanto la protección a nivel individual como a nivel grupal. En esta última situación es esencial la STC 214/1991, de 11 de noviembre, en la que se reconoce la protección del derecho al honor de los grupos frente a ataques innominados capaces de trascender y lesionar el honor individual de sus miembros. Una vez estudiado este aspecto, se investigará la protección civil para la tutela de este derecho que ofrece la ley 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen.

⁶²⁴ Rey Martínez, Fernando, «El principio de igualdad en el contexto de la crisis del estado social: diez problemas actuales», 293-294. De la misma opinión: Fernández Segado, Francisco, «El principio de igualdad jurídica y la no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento constitucional español», 89-91.

⁶²⁵ Entre las muchas situaciones en las que se podría aducir este artículo de la Constitución frente a situaciones donde se emplea el discurso del odio en conjunción con prácticas xenófobas, quiero destacar que esta protección podría actuar frente a actitudes como las de Josu Bergara, alcalde en la fecha de Sestao (Bizkaia) que en mayo de 2014 negaba el empadronamiento a inmigrantes, en la que podría ser una clara vulneración por parte de los poderes públicos del principio de igualdad y no discriminación al no permitir a unas personas, por su condición de personas migrantes, acceder a un derecho que tienen reconocido por el ordenamiento jurídico y que además es la puerta a otros derechos (como el de atención sanitaria) y que va en contra de los estándares internacionales de protección identificados en el apartado 3.4. de la presente investigación. Ver: Agencias, «La mierda ya no viene a Sestao, yo me encargo de que se vayan a base de hostias», *El País*, 22 de mayo de 2014, acceso el 16 de junio de 2015, http://politica.elpais.com/politica/2014/05/22/actualidad/1400759783_077990.html

Así, el artículo 18 de la Constitución española se encarga de incluir dentro del elenco de derechos fundamentales, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y propia imagen (18.1 CE); la inviolabilidad del domicilio (18.2 CE); el secreto en las comunicaciones (18.3 CE); y finalmente, la limitación del uso de la informática para garantizar el derecho al honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos (18.4 CE). Aquí se estudiará únicamente el derecho al honor establecido en el primer apartado por ser uno de los afectados principalmente por el discurso del odio.

Tradicionalmente, los derechos recogidos en el artículo 18 CE han sido considerados por una amplia parte de la doctrina como derechos personalísimos, con todas las consecuencias jurídicas que lleva aparejada esta clasificación respecto de la legitimación activa (entre otras). Si bien la defensa de la intimidad personal y familiar y de la propia imagen pueden tener esta consideración, tanto la jurisprudencia como parte de la doctrina, han superando esta consideración respecto del derecho al honor, puesto que representa una concepción antigua de este que no se refleja en la configuración actual de la sociedad⁶²⁶.

Respecto a su definición, es necesario destacar que el honor ha sido declarado por el Tribunal Constitucional como un concepto jurídico indeterminado⁶²⁷, puesto que ni la Constitución ni el desarrollo normativo que de este ha hecho el legislador nos ofrecen una definición de su alcance. Así, el TC lo declara como un concepto dependiente de otras normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. Consecuentemente, el concepto de honor es cambiante y

⁶²⁶ Marc Carrillo, «Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor (1)», *Derecho Privado y Constitución* 10 (1996): 91-92.

⁶²⁷ STC 223/1992, de 14 de diciembre, Fº Jº 3º; STC 139/1995, de 14 de diciembre, Fº Jº 5º. Ver también: Xavier O'Callaghan, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen* (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991), 37-38; Juan José Bonilla Sánchez, *Personas y derechos de la personalidad* (Madrid: Editorial Reus, 2010), 98; Tomás Vidal Marín, «Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional», *InDret. Revista para el análisis del Derecho* 1/2007 (2007): 5-6.

evoluciona con la concepción que de él tenga la sociedad; depende de las normas, “valores e ideas sociales vigentes en cada momento”⁶²⁸, aunque se considere como punto de encuentro “el desmerecimiento en la consideración ajena como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o en menosprecio hacia alguien o que públicamente sean consideradas afrentosas”⁶²⁹.

Aunque sí existen definiciones doctrinales sobre el concepto jurídico del honor como la dada por De Cupis que lo define como la “dignidad de las personas reflejada en la consideración de los terceros y en el sentimiento de la persona en sí misma”⁶³⁰, el TC en la sentencia 219/1992, de 3 de diciembre, se aventuró a ofrecer una suerte de definición consistente en establecer que el «titular [del derecho al honor] tiene derecho al respeto y reconocimiento de la dignidad personal que se requiere para el libre desarrollo de la personalidad en la convivencia social, sin que pueda “ser escarnecido o humillado ante uno mismo o los demás”»⁶³¹. Así, la garantía de este derecho se entiende que deriva directamente de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10 CE⁶³², pues su respeto es inherente a la condición humana. Tal y como señala López, el honor forma parte del ser humano durante toda su vida, el “honor sería el derecho a ser respetado por los demás con independencia de cualquier circunstancia, incluido el propio comportamiento del

⁶²⁸ STC 185/1989, de 13 de noviembre, Fº Jº 3º; STC 76/1995, de 22 de mayo, Fº Jº 4º.

⁶²⁹ STC 223/1992, de 14 de diciembre, Fº Jº 3º; STC 76/1995, de 22 de mayo, Fº Jº 4º.

⁶³⁰ Adriano de Cupis, *I diritti della personalità* (Milán: Giuffrè, 1950), 93. “Sul terreno giuridico, possiamo quindi dare la seguente definizione dell’onore: la dignità personale riflessa nella considerazione dei terzi e nel sentimento della persona medesima”.

⁶³¹ STC 219/1992, de 3 de diciembre, Fº Jº 2.

⁶³² Reconocido por el propio Tribunal Constitucional, con anterioridad, en su STC 85/1992, de 8 de junio, Fº Jº 4º. Ver también: Tomás Salvador Vives Antón, «Libertad de expresión y derecho al honor», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (homenaje al Prof. José Antonio Sainz Cantero)* 13-2 (1987): 245-248; Manuel Jaén Vallejo, *Libertad de expresión y delitos contra el honor* (Madrid: Colex, 1992), 151.

sujeto”⁶³³. De la definición ofrecida tanto por De Cupis, como por López se desprende que se protege tanto el aspecto inmanente, entendido como la estima que cada persona hace de sí misma, como el aspecto objetivo o trascendente, que es la estimación que el resto de personas hacen de nuestra dignidad⁶³⁴.

Además de la protección que acabo de señalar, la ordenación del derecho al honor como fundamental requiere del Estado acciones encaminadas a promover y garantizar este derecho de forma integral. Estas conllevarían la protección del honor en su vertiente individual y colectiva. La primera hace referencia a cuando la persona recibe un ataque personal nominal directamente dirigido contra su honor y, por otro lado, la segunda protegería al individuo frente a ataques innominados dirigidos de forma colectiva hacia el grupo al que este pertenece siendo necesario que la ofensa tenga la entidad suficiente para trascender a su esfera personal.

Esta interpretación ha tenido su reflejo constitucional en la sentencia 214/1991, de 11 de noviembre, donde el Tribunal Constitucional en su fundamento jurídico séptimo afirma que una lesión al derecho al honor :

“no ha de entenderse en sentido tan radical que sólo admita la existencia de lesión del derecho al honor constitucionalmente reconocido cuando se trate de ataques dirigidos a persona o personas concretas e identificadas, pues también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando estos sean identificables, como individuos, dentro de la

⁶³³ Carmen López Peregrín, *La protección penal del honor de las personas jurídicas (sic) y los colectivos* (Valencia: Tirant lo Blanc, 2000), 76-79. En este sentido, hay que recalcar que el sistema constitucional ha abandonado las concepciones objetivas y subjetivas del derecho al honor, vinculándolo directamente con la dignidad humana. López Peregrín, Carmen, *La protección penal del honor ...*, 69-75.

⁶³⁴ Ángel Carrasco Perea, *Derecho civil* (Tecnos: Madrid, 2011), 96-97. Ver también los comentarios de: Bonilla Sánchez, Juan José, *Personas y derechos de la personalidad*, 109-114; O'Callaghan, Xavier, *Libertad de expresión y sus límites ...*, 41; Vives Antón, Tomás Salvador, «Libertad de expresión y derecho al honor», 246; Jaén Vallejo, Manuel, *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, 149-150.

colectividad. Dicho con otros términos, el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados ad personam, pues, de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de substrato personalista, y admitir, en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa”⁶³⁵.

Este reconocimiento es de suma importancia puesto que supone dotar de legitimación activa⁶³⁶ a los miembros que integran los grupos⁶³⁷ frente a ataques que se enmarquen dentro del discurso del odio proferidos de forma general y que atentan de forma colectiva contra el honor de sus integrantes. Los colectivos agrupan a personas que tienen algún rasgo o característica en común y que normalmente, carecen de cualquier tipo de organización. Esta falta de organización impide que un determinado colectivo goce de la protección del derecho al honor

⁶³⁵ STC 214/1991, de 11 de noviembre, Fº Jº 7º.

⁶³⁶ Reconocido expresamente en la STC 214/1991, de 11 de noviembre, Fº Jº 3º, cuando argumenta que muchos grupos étnicos carecen de personalidad jurídica y por lo tanto no tienen órganos de representación que puedan ejercer las acciones de defensa necesarias para proteger sus derechos. Por lo tanto: la legitimación activa [corresponde a] todos y cada uno de los tales miembros, residentes en nuestro país, para poder reaccionar jurisdiccionalmente contra las intromisiones en el honor de dichos grupos, constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley. Tal y como pone de manifiesto Bonilla respecto de la sentencia (aunque se muestre contrario a la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional), le corresponde por un lado la legitimación activa respecto para actuar en el procedimiento civil que había iniciado y también para interponer el recurso de amparo por detentar un interés legítimo en la causa. Bonilla Sánchez, Juan José, *Personas y derechos de la personalidad*, 349-356.

⁶³⁷ Es importante recalcar esta idea. El derecho al honor no se reconoce al grupo, sino que son los miembros de forma individual los que retienen la posesión del derecho y la acción de su ejercicio. Gregorio Peces-Barba, «Los derechos colectivos», en *Una discusión sobre derechos colectivos*, ed. por Francisco Javier Ansuátegui Roig (Madrid: Dykinson, 2001), 69-72; José García Añón, «¿Hay derechos colectivos? Diversidad, “diversidad de minorías, “diversidad” de derechos», en *Una discusión sobre derechos colectivos*, ed. por Francisco Javier Ansuátegui Roig (Madrid: Dykinson, 2001), 206-207; Francesco Palermo y Jens Woelk, *Diritto Costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze* (Milán: CEDAM, 2008), 34-36; Bonilla Sánchez, Juan José, *Personas y derechos de la personalidad*, 348-349; Carrillo, Marc, «Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor (1)», 98.

que se les reconoce a las personas jurídicas y, por lo tanto, solo cabrá hablar de lesión al derecho al honor si el ataque innominado trasciende a los miembros que integran el grupo particular que ha sido atacado⁶³⁸. Esta evolución conceptual en la protección del derecho al honor, que supone dejar atrás su conceptualización como derecho personalísimo para incluir la protección de la vertiente individual y colectiva, es el desarrollo al que me refería al inicio de este apartado.

Como dice el propio Tribunal Constitucional, es esencial el reconocimiento de la capacidad de actuar de los miembros de las minorías que ven atacado su honor por utilidades impropias de la libertad de expresión puesto que de no reconocerse esta facultad, los ataques no sólo permanecerían indemnes sino que, además se estarían protegiendo campañas discriminatorias, racistas o de carácter xenófobo, contrarias a la igualdad, que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama en el artículo 1.1 CE y que también se contempla en textos internacionales ratificados por España⁶³⁹.

El reconocimiento de esta vía de resarcimiento por parte del TC supuso un punto de inflexión en el rechazo de este tipo de conductas dentro del ordenamiento jurídico español. No haberlo hecho hubiera supuesto dejar sin ningún tipo de reproche judicial unas declaraciones que llamaban al racismo y a la xenofobia, que no pueden tener cabida en un Estado social y democrático de Derecho en el que se configura España. Este reconocimiento no ha sido pacífico ya que, como pone de

⁶³⁸ López Peregrín, Carmen, *La protección penal del honor ...*, 174-186.

⁶³⁹ Reconocido expresamente en la STC 214/1991, de 11 de noviembre, Fº Jº 3º. Es interesante ver la opinión de Rivas en el sentido de afirmar que el Tribunal Constitucional en esta sentencia está realizando un juicio perfeccionista (y no liberal) “donde se considera que el conjunto de los valores superiores y derechos fundamentales, de los fundamentos del orden jurídico, exige el recorte y el control de quienes propugnan valores contrarios hasta el extremo de impedirles participar en algunos bienes públicos, mejor dicho, en algunos bienes comunes.” Pedro Rivas, «Sociedad liberal y propaganda del odio racial», *Anuario da Facultade de Dereito* 6 (2002): 611. Ver asimismo los apartados 3.2.3.1.3.; y 3.3.1.2.1. de la presente investigación. También, en el marco comparado, ver el apartado 2.3.2.

manifiesto Cuevas⁶⁴⁰, es un criterio que ha sufrido diversos vaivenes por parte del TC, que en otras sentencias ha exigido más requisitos para otorgar o no la protección frente a ataques al honor proferidos de forma colectiva, lo que ha llevado a importantes divergencias en su aplicación.

Además, la citada sentencia facultaba a su actora a pedir la restitución de su derecho al honor por la jurisdicción civil, lo que lleva aparejado una serie de problemas que se investigarán a continuación.

4.2.3.1. Protección civil del derecho al honor

El desarrollo normativo que ha experimentado la protección del honor proviene de diversas jurisdicciones como la civil, la penal⁶⁴¹, la contencioso administrativa⁶⁴² y la constitucional⁶⁴³, teniendo el ofendido libertad para elegir qué vía prefiere iniciar⁶⁴⁴. Así, respecto de la primera, el desarrollo normativo del derecho al honor ha sido efectuado por la ley 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen, que establece procedimientos de índole civil para la restitución de este derecho. Concretamente su artículo 7.7 prohíbe: la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

⁶⁴⁰ Ricardo Cueva Fernández, «A propósito de la Sentencia del tribunal Supremo 259/2011: Discurso del odio, incitación y derecho al honor colectivo. ¿Una nueva vuelta de tuerca contra la prohibición del *hate speech*?», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* 2 (2012): 106-108.

⁶⁴¹ La protección penal se estudiará en el apartado 4.3 de la presente investigación.

⁶⁴² Únicamente accionable cuando se vulnere el honor en algún acto administrativo. En este sentido ver *mutatis mutandis*: O'Callaghan, Xavier, *Libertad de expresión y sus límites...*, 190-192.

⁶⁴³ Una vez se finalicen las vías jurisdiccionales anteriores, se puede acudir mediante recurso de amparo constitucional (artículo 53 CE y 43 y 44 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional).

⁶⁴⁴ Cristina López Redondo, *La libertad de expresión en situaciones de conflicto* (Valencia: Tirant lo blanch, 2013), 68-71.

La restitución civil del derecho al honor, cuando se accede a él por una ofensa colectiva, presenta una serie de problemas que están en la propia base del procedimiento civil (determinación de la legitimación activa, cuantificación del daño, destinación de la indemnización, entre otros), que dificultan la restitución del derecho por esta vía a aquellas personas que observen una lesión en su derecho al honor por un ataque proferido de forma innominada. En la STC 214/1991, de 11 de noviembre, se reconoce que la actora en cuanto miembro del colectivo cuyo honor se vio ofendido, tiene legitimación activa para poder actuar contra el demandado puesto que el ataque al honor trascendió a su esfera personal y lesionó su derecho individual. Así se le reconoce el interés legítimo necesario para la interposición del recurso de amparo mediante el que el Tribunal Constitucional le reconoce la legitimación activa para acudir al procedimiento civil, contemplado en la ley 1/1982, para la restitución del su derecho al honor. Como pone de manifiesto Carrasco, esto plantea un problema importante ya que el resarcimiento personal a la actora facultaría a otras personas del mismo colectivo, que también se hubiesen sentido ofendidas por las declaraciones del demandado, a iniciar sendos procedimientos en búsqueda del mismo resarcimiento que obtuvo la primera, con lo que “la responsabilidad civil alcanzaría cotas de inflación insoportables, que, al cabo, no podrían atender con su patrimonio los propios obligados”⁶⁴⁵.

Existen otras sentencias en las que por haberse producido ataques al honor de forma general a grupos difusos, como las Fuerzas Armadas⁶⁴⁶ o a los funcionarios

⁶⁴⁵ Carrasco Perea, Ángel, *Derecho civil* (Tecnos: Madrid, 2011), 103. Se expresan de la misma forma: Bonilla Sánchez, Juan José, *Personas y derechos de la personalidad* (Madrid: Editorial Reus, 2010), 166 y 353-354; M^a Ángeles Zurilla Cariñana, «Derecho al honor y a la intimidad versus derecho a la información (análisis crítico de la jurisprudencia española reciente)», *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais* 13 (2013): 341.

⁶⁴⁶ STC 107/1988, de 8 de junio.

de la Administración de Justicia⁶⁴⁷, no han sido considerados con la suficiente entidad como para ser merecedores de esta protección⁶⁴⁸.

Así, la protección civil del honor frente a ataques innominados que trasciendan a los individuos que conforman los grupos que se encuentran presentes en nuestra sociedad, con la redacción de la actual ley 1/1982 presenta una serie de dificultades muy importantes. Estas vienen referidas por la determinación de la legitimación activa en el procedimiento civil⁶⁴⁹, y de cómo se debería actuar frente a la existencia de varios actores por unas mismas declaraciones⁶⁵⁰, entre otras. Si no se produce una modificación de la ley 1/1982 las víctimas tienen complicado optar por la vía civil para la restitución de su derecho al honor, dado que la inseguridad jurídica que esta muestra en estos casos concretos supone una excesiva penalidad en la figura del demandado que no respetaría entre otros el principio de proporcionalidad, ya que una multitud de ofendidos podrían requerirle restituciones pecuniarias a las que no podría hacer frente.

En este sentido, todo parece indicar que el legislador ha optado por abandonar esta vía de protección para las situaciones que aquí se estudian ya que en el año 1995, con la reforma del Código penal, se incluyó una sección titulada *de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las*

⁶⁴⁷ STC 121/1989, de 3 de julio.

⁶⁴⁸ Carrasco Perea, Ángel, *Derecho civil*, 102-103. Según Coderch, citando a Prosser “hay tres variables cuyo valor debe tenerse en cuenta para apreciar si hay o no difamación en estos casos: el tamaño de la clase de los afectados («Todos los Catalanes»), la *generalidad* de la imputación («son deshonestos») y su *extravagancia* («y asesinos»). Si sus valores son muy *grandes*, no cabrá entender que el demandante ha sido aludido y afectado en su reputación por el enunciado en cuestión. Si son *pequeños* la cosa cambia”. Pablo Salvador Coderch, «El concepto de difamación en sentido estricto», en *El mercado de las ideas*, dir. por Pablo Salvador Coderch (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990), 206-207. En este sentido, y desde el punto de vista comparado, ver el apartado 2.3.4.1. en los referente al caso de la no ofensa del honor del ejército alemán.

⁶⁴⁹ Carrillo, Marc, «Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor (1)», 109.

⁶⁵⁰ Cueva Fernández, Ricardo, «A propósito de la Sentencia del tribunal Supremo 259/2011: Discurso del odio, incitación y derecho al honor colectivo. ¿Una nueva vuelta de tuerca contra la prohibición del *hate speech*?», 108.

libertades públicas garantizados por la Constitución que, entre otros, castigan el discurso del odio facultando a los ofendidos a acudir a la jurisdicción penal. En este sentido comentar que la jurisdicción civil es adecuada para aquellas demandas personales que pretendan la restitución del derecho al honor en el contexto privado entre particulares, dado que estas ofensas pueden ser consideradas de menor entidad y por lo tanto exigir la actuación del *ius punendi* sería una extralimitación de sus funciones. Sin embargo cuanto se utiliza el discurso del odio, se está intentando hacer partícipe a toda la sociedad de este tipo de comportamientos, por lo que debería actuar el derecho público, y dentro de este el penal puesto que este puede tutelar al mismo tiempo una intervención público-privada del contexto.

4.2.4. La libertad de expresión como pilar fundamental del Estado democrático y social del Derecho: el artículo 20 de la CE

La Constitución española incluye en su artículo 20 CE la protección de la libertad de expresión y de todas aquellas que le son conexas, como la de prensa o el derecho a la información. Así, su apartado 1.a) protege la libertad a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio. Es un artículo que protege de una manera amplia estos derechos, prohibiendo la censura previa o el secuestro de publicaciones sin orden judicial. El Tribunal Constitucional ha establecido en sus decisiones que se debe entender en sentido amplio la materia protegida por este derecho (pensamientos, ideas y opiniones), e incluir también las creencias y los juicios de valor⁶⁵¹. Así se protege una doble vertiente: por un lado activa, en el sentido que se protege la expresión y difusión, pero también pasiva ya que se preserva de igual forma la recepción de información⁶⁵².

⁶⁵¹ Valgan por todas la STC 6/1988, de 21 de enero, Fº Jº 5º.

⁶⁵² López Redondo, Cristina, *La libertad de expresión ...*, 14.

Por otra parte este artículo establece un sistema de limitaciones a las libertades que protege, al estilo del artículo 5 de la *Grundgesetz* alemana⁶⁵³ y que es consecuencia de la tradición jurídica a la que pertenece el sistema español. Así, el artículo 20.4 CE establece: 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 la infancia. Por lo tanto establece una doble limitación, por un lado el respeto a los derechos de terceros y, por otro lado una limitación legal que será establecida por la diversas leyes que desarrollen estos derechos.

La naturaleza de este artículo hace necesario dividir su estudio en cuatro apartados ya que los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional para la protección del ejercicio de los derechos que este contiene son diferentes. En primer lugar se investigará la protección ofrecida en el apartado a) del artículo 20.1 CE referente a la práctica de la libertad de expresión para comunicar opiniones, ideas, creencias personales o juicios de valor y las limitaciones que a este respecto ha desarrollado el Tribunal Constitucional en su doctrina. En segundo lugar se entrará a conocer las libertades establecidas en el apartado d) del artículo 20.1 CE en cuanto a la recepción y comunicación de información veraz, sus requisitos y el desarrollo jurisprudencial y las limitaciones que este impone. En tercer lugar se tratará el tema de la especial relación de la libertad de expresión y de comunicar y recibir información, con el supuesto concreto de los discursos públicos, dado que los requisitos dentro de este ámbito particular modifican los vistos en los apartados uno y dos, ya que el disfrute de opinión pública libre está ligada directamente con el pluralismo político, requisito indispensable en cualquier Estado democrático de Derecho. Finalmente haré una referencia a la limitaciones generales, impuestas en el artículo 20.4 CE, por ser comunes a las conductas estudiadas y que permite la

⁶⁵³ Ver el apartado 2.3.2. y 2.3.4.1. de la presente investigación.

regulación en otras jurisdicciones diferentes a la constitucional de los límites a los derechos reseñados.

4.2.4.1. Distinción en la protección de la libertad de expresión y la libertad de información

En primer lugar es necesario distinguir entre el tratamiento que recibe por parte del Tribunal Constitucional, por un lado la libertad de expresión y, por otro el derecho a la información, cuando nos encontramos ante su posible limitación, dado que las exigencias judiciales divergen dependiendo del supuesto. El propio Tribunal ha establecido la necesidad de separar ambas esferas⁶⁵⁴ dado que, mientras que por un lado los hechos son susceptibles de ser probados, las opiniones o juicios de valor, por su propia naturaleza, no pueden serlo, por lo que los requisitos para su limitación deben ser diferentes. Con frecuencia nos encontramos con discursos que intentan esconderse detrás de una apariencia de noticia informativa, con la intención de que se proteja el contenido racista o xenófobo que transmiten, que dista mucho de poder gozar de la protección que se le brinda a este derecho. El objetivo de este es colaborar en la formación de la opinión pública, incluso con ideas que son recibidas como controvertidas, molestas o chocantes. Asimismo, también es necesario destacar que la distinción en el caso concreto de estos derechos no será siempre perfectamente nítida y se deberá atender de forma minuciosa a los hechos para

⁶⁵⁴ STC 50/2010, de 4 de octubre, Fº Jº 4º. Autores que también sostienen esta posición: Juan Ferreiro Galguera, *Los límites de la libertad de expresión. La cuestión de los sentimientos religiosos* (Madrid: Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1996), 24-28; Teresa Rodríguez Montañés, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la constitución a las fronteras del derecho penal* (Valencia: Tirant lo Blanc, 2012), 285-304; Concepción Carmona Salgado, *Libertad de expresión e información y sus límites* (Madrid: Editoriales de Derecho reunidas, 1991), 7-14; María Estrella Gutiérrez David y Gema Alcolea Díaz, «El “discurso del odio” y la libertad de expresión en el Estado democrático», *Derecom* 2 (2010): 6-8; José Ramón de Verda y Beamonte y Javier Vidal Alonso, «La colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión», en *Derecho al Honor: Tutela Constitucional, Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones*, coord. por José Ramón de Verda y Beamonte (Madrid: Aranzadi, 2015), 150-151; López Redondo, Cristina, *La libertad de expresión ...*, 122.

tratar de determinar todos los aspectos que incidieron para determinar ante cuál nos encontramos.

4.3.4.1.1. La libertad de expresión en la CE

La libertad de expresión, dentro de la configuración del Estado democrático y social de Derecho, tiene un papel fundamental. Es uno de los pilares sobre los que se asienta todo el entramado que configura el ordenamiento jurídico y del que dependen otros derechos también fundamentales que substancian directamente a la propia democracia. El Estado democrático es un régimen basado en la participación de la sociedad en la formación de la opinión pública, lo que requiere para su pervivencia de este derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho contemplado en el artículo 20.1.a) CE trata la formulación de opiniones, creencias personales y juicios de valor, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos y que dispone de un campo de acción que viene solo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas⁶⁵⁵ sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias en la exposición de las mismas⁶⁵⁶. Así, en palabras del

⁶⁵⁵ Este es un requisito fundamental, puesto que el artículo 20.1.a) CE sí que «tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor. Según hemos dicho con reiteración, este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige [...], pues ‘así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin lo cuales no existe ‘sociedad democrática’». STC 174/2006, de 5 de junio, Fº Jº 4º. Ver también: Bonilla Sánchez, Juan José, *Personas y derechos de la personalidad*, 117-119; de Verda y Beamonte, José Ramón y Javier Vidal Alonso, «La colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión», 155-157; López Redondo, Cristina, *La libertad de expresión ...*, 137-149. El Tribunal Constitucional también deja constar en la STC 107/1988, de 8 de junio, Fº Jº 2 que: al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación. Esta sí le será exigida al que ejercita el derecho a la información, tal y como se mostrará en el apartado siguiente.

⁶⁵⁶ STC 105/1990, de 6 de junio, Fº Jº 4º a. En el plano comparado, ver los apartados 2.3.4. en el que el Tribunal Constitucional Federal alemán también identifica esta distinción.

propio TC, “la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto”⁶⁵⁷. El bien que se trata de proteger es, por un lado promocionar la discusión pública a través de la participación de todas las opiniones⁶⁵⁸, y por otro lado, establecer ciertas limitaciones en este campo con el objetivo de proteger la dignidad de la personas, garantizada en el artículo 10.1 CE⁶⁵⁹ como máxima irreductible del ser humano protegida frente a ataques de terceros⁶⁶⁰.

El propio TC es consciente de la brevedad de sus palabras al excluir el mero insulto como categoría protegida y en su sentencia 110/2000, de 5 de mayo, especifica que “al afirmar tal cosa [la exclusión del insulto como una categoría protegida] lo que se pretende decir no es que la Constitución vede, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes; sino que, de la protección constitucional que otorga el art. 20.1 a) CE, están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que en las concretas circunstancias del caso y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate”⁶⁶¹.

⁶⁵⁷ STC 105/1990, de 6 de junio, Fº Jº 8º. En este sentido: Víctor Gómez Martín, «Discurso del odio y principio del hecho», en *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, dir. por Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bisadolo (Valencia: Tirant lo Blanc, 2012), 90.

⁶⁵⁸ Jaén Vallejo, Manuel, *Libertad de expresión ...*, 52-53.

⁶⁵⁹ STC 105/1990, de 6 de junio, Fº Jº 8º. Ver también: O'Callaghan, Xavier, *Libertad de expresión y sus límites ...*, 168-169; Modesto Saavedra López, «El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *Persona y Derecho* 55 (2006): 553.

⁶⁶⁰ Estos ataques que pueden consistir en insultos o amenazas a la integridad de los miembros de un determinado grupo que lo que pretenden es que estas personas no participen del debate público, y mermar su sentimiento de pertenencia a la sociedad, instalándolos en el miedo a participar plenamente en el seno de la sociedad. En este sentido ver: Ricardo Cueva Fernandez, «El “discurso del odio” y su prohibición», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 33 (2012): 449-450. En este punto es muy pertinente destacar la idea de Naïr sobre el papel de la libertad de expresión en la sociedades actuales y el rol que juegan este tipo de discursos. Afirma: “No tengo el derecho moral de insultar las creencias de otros, no puedo otorgarme el derecho moral de profanar a Cristo [...]. No tengo el derecho a confundir al profeta Mahoma [...], con el asesino Bin Laden [...]. Esta humildad, esta modestia en la relación con lo profano y lo sagrado, me lleva a acallar mi agresividad conceptual y relativizar mis convicciones morales. Sin ese factor no es posible la convivencia, no hay otra cosa que el desprecio, el odio y la guerra”. Ver: Sami Naïr, «Libertad y sagrado: el caso de la viñetas», en *Democracia y responsabilidad*, ed. por Sami Naïr (Madrid: Galaxia Gutenberg, 2008), 40-41.

⁶⁶¹ STC 110/2000, de 5 de mayo, Fº Jº 8º a.

Es necesario destacar en este punto la falta de concreción jurídica de aquello que puede ser considerado como ofensivo y completamente innecesario para comunicar una información. Como pone de manifiesto 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 necesario para la finalidad comunicativa”⁶⁶². En estos casos, la seguridad jurídica entendida en el sentido estricto es inalcanzable por la variabilidad intrínseca de la materialización del ejercicio de la libertad de expresión y las posibles variables que puede presentar su colisión con otros derechos fundamentales. Para la resolución de casos de este calado, el Tribunal Constitucional (de igual forma que otros, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal Constitucional alemán)⁶⁶³, ha establecido como sistema de resolución de este tipo de casos la ponderación⁶⁶⁴ de los derechos en conflicto en el asunto en concreto, con el objetivo de determinar cuál debe prevalecer.

El TC dispuso en su sentencia 104/1986, de 17 de julio, que:

“el derecho al honor no es sólo un límite a las libertades del art. 20.1 a) y d), aquí en juego, citado como tal de modo expreso en el párrafo 4 del mismo artículo de la Constitución, sino que según el 18.1 de la Constitución es en sí mismo un derecho fundamental. Por consiguiente, cuando del ejercicio de la libertad de opinión [artículo 20.1 a)] y/o del de la libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión [art. 20.1 d)] resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontraremos ante un conflicto de derechos, ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al

⁶⁶² Rodríguez Montañés, Teresa, *Libertad de expresión*, ..., 293. De opinión concurrente respecto a las vacilaciones en la configuración de los límites de la libertad de expresión ver: O'Callaghan, Xavier, *Libertad de expresión y sus límites*..., 9.

⁶⁶³ Ver apartados 3.3.1.2. y 2.3.4. de la presente investigación.

⁶⁶⁴ Bonilla Sánchez, Juan José, *Personas y derechos de la personalidad*, 70-74; Ferreriro Galguera, Juan, *Los límites de la libertad de expresión* ..., 72-73; O'Callaghan, Xavier, *Libertad de expresión y sus límites*..., 13-19; Jaén Vallejo, Manuel, *Libertad de expresión* ..., 59; Patricia Laurenzo Copello, *Los delitos contra el honor* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2002), 62-67; Luis Prieto Sanchís, «El juicio de ponderación constitucional», en *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, coord. por Miguel Carbonell (México D. F.: Porrúa, 2014), 70-89.

ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco siempre hayan de ser estas consideradas como prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otras”⁶⁶⁵.

Por lo tanto el Tribunal reconoce que los derechos fundamentales parten de un mismo plano de protección y que en el juicio de ponderación se tiene que atender al criterio de proporcionalidad y tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto⁶⁶⁶. El Tribunal Constitucional reitera esta línea jurisprudencial en su sentencia 51/2008, de 14 de abril, afirmando que: “en los conflictos entre particulares que afectan al art. 18.1 CE, la concurrencia de otros derechos fundamentales y el carácter no absoluto, sino principal (sic) 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 uno de ellos a la luz de las circunstancias del caso”⁶⁶⁷, máxime teniendo en cuenta que el derecho al honor es un concepto jurídico indeterminado que debe ser identificado en el caso concreto.

Por lo tanto, en la determinación de si una concreta utilización de la libertad de expresión en cuanto esta refiera a la comunicación de una opinión, un juicio de valor o una creencia personal, impone o no una excesiva penalidad en el derecho al honor, o cualquier otro derecho fundamental que pueda entrar en juego en un caso determinado⁶⁶⁸, es necesario ponderar entre ellos con el objetivo de establecer una relación de proporcionalidad que lleve al juzgador a determinar cuál tiene una posición preferente.

⁶⁶⁵ STC 104/1986, de 17 de julio, Fº Jº 5º.

⁶⁶⁶ Bonilla se hace eco de los tres requisitos que se tienen en cuenta para el juicio de proporcionalidad, que ya se han estudiado en este trabajo al hablar del juicio de proporcionalidad empleado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ver: Bonilla Sánchez, Juan José, *Personas y derechos de la personalidad*, 70-74. Asimismo el apartado 3.3.1.2. de la presente investigación.

⁶⁶⁷ STC 51/2008, de 14 de abril, Fº Jº 3º.

⁶⁶⁸ Lorenzo Copello, Patricia, *Los delitos contra...*, 72-73.

4.2.4.1.2. La protección del derecho a la información veraz

Respecto del derecho a recibir o a comunicar información veraz, únicamente tendrán esta consideración los hechos que sean susceptibles de ser probados. En general se considera protegido todo aquel discurso que revista interés público o relevancia pública y que supere el test de veracidad⁶⁶⁹. Este test no supone que la información deba ser objetivamente verdadera, sino que en su obtención se haya observado el debido deber de diligencia por parte del informador⁶⁷⁰.

El Tribunal Constitucional así lo señaló en la STC 6/1988, de 21 de enero, en la que establece que “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 quien 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 derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado”⁶⁷¹. Así, el TC establece que el ordenamiento jurídico no puede prestar protección a las conductas negligentes que no busquen este deber de diligencia en la obtención de la información, tales como la comunicación de rumores o meras invenciones o insinuaciones insidiosas. Además, en la STC 110/2000, de 5 de mayo, el TC, haciéndose eco de la STC 86/1988, de 3 de mayo, agrega que “es difícil imaginar que una comunicación inveraz pueda llegar siquiera a calificarse como un acto de información, pues si el emisor se

⁶⁶⁹ Bonilla Sánchez, Juan, *Personas y derechos de la personalidad*, 119. Rodríguez Montañés, Teresa, *Libertad de expresión*, ..., 287; López Redondo, Cristina, *La libertad de expresión...*, 124-129; Laurenzo Copello, Patricia, *Los delitos contra...*, 73-74.

⁶⁷⁰ Bonilla Sánchez, Juan José, *Personas y derechos de la personalidad*, 126-131; Ferreriro Galguera, Juan, *Los límites de la libertad de expresión...*, 77-80; O'Callaghan, Xavier, *Libertad de expresión y sus límites...*, 55; Jaén Vallejo, Manuel, *Libertad de expresión y delitos* ..., 50-52; María Luisa Cuerda Arnau, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento», *Revista General de Derecho Penal* 8 (2007): 10-11; Laurenzo Copello, Patricia, *Los delitos contra...*, 74-75.

⁶⁷¹ STC 6/1988, de 21 de enero, Fº Jº 5º.

desentendiendo del contenido de lo transmitido, de su relación con algún dato objetivo, está realmente expresando una opinión y no transmitiendo información alguna”⁶⁷².

Por lo tanto, el contenido material que se protege dentro del artículo 20.1.d) CE es la información que se ha obtenido de forma recta y diligente, aunque no sea completamente exacta. El Tribunal Constitucional establece a lo largo de su dilatada jurisprudencia sobre este asunto que la libertad de recibir y comunicar información es un pilar fundamental del Estado democrático de Derecho y es “el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político”⁶⁷³. En este sentido, el requisito de veracidad establecido en el artículo 20.1.d) CE exige que aquello que se comunique como un *hecho* haya sido previamente contrastado con datos objetivos, “de este modo, el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información”⁶⁷⁴. El TC asevera en la STC 6/1988, de 21 de enero que “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”⁶⁷⁵, lo que supondría una penalidad inaceptable en el ejercicio de este derecho constitucional. Por lo tanto, aquellas informaciones que puedan resultar erróneas, pero que se hayan obtenido respetado el proceso establecido por el TC, pueden ser protegidas por el derecho fundamental a comunicar y recibir información. Todo este proceso es esencial para no conculcar el derecho de los ciudadanos a recibir información veraz⁶⁷⁶.

⁶⁷² STC 110/2000, de 5 de mayo, Fº Jº 8º b).

⁶⁷³ STC 21/2000, de 31 de enero, Fº Jº 4º.

⁶⁷⁴ STC 21/2000, de 31 de enero, Fº Jº 5º.

⁶⁷⁵ STC 6/1988, de 21 de enero, Fº Jº 5º.

⁶⁷⁶ STC 214/1992, de 21 de diciembre, Fº Jº 7º.

4.2.4.2. La relación entre la libertad de expresión y de información y discurso público

Como hemos visto, el derecho a la libertad de expresión es un pilar fundamental en cualquier sociedad democrática de Derecho, y por lo tanto su garantía es esencial. El Tribunal Constitucional ha afirmado que:

“el art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política. La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos”⁶⁷⁷.

En sus decisiones más reciente el Tribunal amplía esta definición recogiendo la opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁷⁸ y afirma que la libertad de expresión «comprende, junto a la mera expresión de juicios de valor, la crítica de la conducta de otro, aún cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige [...], pues “así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática”»⁶⁷⁹. De estas afirmaciones se desprende que la libertad de expresión, además de estar configurada como un derecho fundamental, es un elemento imprescindible en la formación de la opinión pública libre que a su vez es un bien también esencial en una sociedad democrática.

⁶⁷⁷ STC 6/1981, de 16 de marzo, Fº Jº 3º. Este contenido se da por reproducido en sentencias posteriores, como por ejemplo: STC 20/1990, de 15 de febrero, Fº Jº 4º a. De la misma opinión: Saavedra López, Modesto, «El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», 552-555.

⁶⁷⁸ Ver el apartado 3.3.1.2.2. de la presente investigación.

⁶⁷⁹ STC 23/2010, de 27 de abril, Fº Jº 3º.

El TC así lo afirma la STC 159/1986, de 16 de diciembre, al establecer que: “el art. 20 de la Norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática”⁶⁸⁰.

Esta configuración constitucional del derecho a la libertad de expresión cuando este hace referencia a la formación del discurso público, lo declara esencial en la formación del debate común sobre asuntos que conciernen a toda la sociedad⁶⁸¹, y por lo tanto tiene un impacto directo en la formación de la opinión de los ciudadanos⁶⁸², circunstancia que a su vez les habilita para participar de los asuntos públicos que les atañen⁶⁸³. De esta configuración como derecho situado en los cimientos de la participación ciudadana de la vida pública y en el escrutinio que la sociedad deben hacer del trabajo de sus gobernantes se desprende su posición preferente⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰ STC 159/1986, de 16 de diciembre, Fº Jº 6º.

⁶⁸¹ Bonilla hace referencia a la necesidad de que predomine “un interés histórico, científico o cultural relevante”, para que una posible intromisión en el derecho al honor se considere legítima dentro de este apartado concreto. Bonilla Sánchez, Juan José, *Personas y derechos de la personalidad*, 135; Rafael Alcácer Guirao, «Discurso del odio y discurso político», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 14-02 (2012): 10-12.

⁶⁸² En este sentido, me parece adecuado apuntar la responsabilidad que se les debe adscribir a los medios de comunicación en la generación de una opinión pública que no fomente los estereotipos sobre las minorías que refuercen opiniones discriminatorias. En este sentido ver: Antonio M. Bañón Hernández, «La responsabilidad de los medios de comunicación en la generación de una opinión pública no discriminatoria. A propósito del caso Ordaz», en *Derechos humanos y discriminación*, ed. por Gorka Urrutia (Zarautz: Alberdania, 2009), 171-174 y 182.

⁶⁸³ Rodríguez Montañés, Teresa, *Libertad de expresión, ...*, 275; Alcácer Guirao, Rafael, «Discurso del odio y discurso político», 14; de Verda y Beamonte, José Ramón y Javier Vidal Alonso. «La colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión», 151-152.

⁶⁸⁴ Jaén Vallejo, Manuel, *Libertad de expresión y delitos ...*, 49-50.

Es necesario destacar que el concepto de interés público por su mutabilidad es abierto y dinámico y se deberá atender a las circunstancias del caso para conocer si concurre o no. Por otra parte, como pone de manifiesto el Tribunal Constitucional, las personas que se dedican a actividades públicas pueden ser objeto de mayores críticas que las privadas, por lo que se protege la libertad de expresión y de información de una forma más amplia cuando nos encontramos en este contexto⁶⁸⁵.

Sin embargo, como se ha argumentado, el TC ha declarado que no hay derechos ilimitados y que específicamente en materia de libertad de expresión hay ciertas categorías que no están albergadas bajo su paraguas de protección, como las expresiones injuriosas, denigrantes o el mero insulto⁶⁸⁶. El hecho noticiable puede tener como sujeto a una persona pública pero si este carece de los requisitos aquí identificados perdería esta posición preferencial, puesto que lo que se protege es la naturaleza de los hechos transmitidos⁶⁸⁷.

Dentro de estas limitaciones, es necesario destacar la STC 136/1999, de 20 de julio, donde establece como fuera del ámbito constitucionalmente protegido

“la difusión de programas o mensajes que por su contenido, debidamente contextualizado, resulten amenazantes o intimidatorios, especialmente cuando esos efectos se producen durante los procesos electorales como consecuencia de la difusión de mensajes que pretenden decantar el sentido del voto hacia las opciones mantenidas por quienes los transmiten por temor a sufrir daños o perjuicios. En estos supuestos [...], el ejercicio de los derechos de participación política, lejos de contribuir a la formación y expresión de una opinión pública libre, se convierte en un elemento de distorsión de esa opinión

⁶⁸⁵ Por todas STC 171/1990, de 12 de noviembre, Fº Jº 9º. Asimismo, ver Bonilla Sánchez, Juan José. *Personas y derechos de la personalidad*, 145.

⁶⁸⁶ López Redondo, Cristina, *La libertad de expresión ...*, 38. STC 105/1990, de 6 de junio, Fº Jº 8º; STC 76/1995, de 22 de mayo, Fº Jº 6º.

⁶⁸⁷ Jaén Vallejo, Manuel, *Libertad de expresión y delitos ...*, 50. Ver también: STC 171/1990, de 12 de noviembre, Fº Jº 5º; de Verda y Beamonte, José Ramón y Javier Vidal Alonso. «La colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión», 158-164; Laurenzo Copello, Patricia, *Los delitos contra ...*, 79.

y de esa participación, con lo que no puede gozar de la protección atribuida a los referidos derechos fundamentales”⁶⁸⁸.

Por lo tanto aunque el debate abierto sobre cuestiones que afectan al conjunto de la sociedad goce de un un amplio margen de protección, deberemos atender a si el discurso en concreto intenta amenazar o crear un situación intimidatoria en una parte de la sociedad, situándose así fuera del discurso protegido.

4.2.4.3. *Las limitaciones específicas del artículo 20.4 de la CE*

Finalmente es necesario comentar las limitaciones que la Constitución expresamente menciona en su artículo 20.4. CE respecto de las libertades que garantiza en el artículo 20.1. CE. Estas son: 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. De esta redacción se podría deducir erróneamente⁶⁸⁹ la posición preferente del derecho al honor frente a la libertad de expresión o de información. Aunque los derechos mencionados tienen el rango de constitucionales no existe una relación de jerarquía entre ellos sino que parten desde un plano de igualdad. Además, es necesario tener en cuenta que las limitaciones impuestas por este artículo son externas al propio derecho a la libertad de expresión⁶⁹⁰ y que en ningún caso podrán conculcar el contenido constitucionalmente declarado de este.

El Tribunal Constitucional ha establecido meridianamente este extremo. Cualquier limitación del derecho a la libertad de expresión o al de información

⁶⁸⁸ STC 136/1999, de 20 de julio, Fº Jº 14º. En este sentido ver los estándares internacionales de protección respecto de la utilización de mensajes racistas o xenófobos por parte de políticos en los apartados: 3.3.1.1., 3.3.1.2., y 3.3.2. de la presente investigación.

⁶⁸⁹ Ferreriro Galguera, Juan, *Los límites de la libertad de expresión. ...* 47-49; Carmona Salgado, Concepción, *Libertad de expresión e información ...*, 75; Jaén Vallejo, Manuel, *Libertad de expresión y delitos ...*, 59.

⁶⁹⁰ Carmona Salgado, Concepción, *Libertad de expresión e información ...*, 76-77.

requerirá del juicio de ponderación en el caso concreto y de los requisitos que este incluye con el objetivo de determinar si su restricción es adecuada o no⁶⁹¹. Las limitaciones siempre deberán estar establecidas por la ley, su propósito debe ser la garantía de un fin legítimo y debe existir una relación de proporcionalidad entre la medida adoptada y la penalidad que sufre el derecho que cede frente al que se protege. Por esto se requiere una visión integral de todos los requisitos que se establecen, tanto para la libertad de expresar opiniones como para la libertad de información, y ponderar los intereses en juego en el caso concreto.

Al respecto de si el listado de restricciones que el artículo 20.4 CE especifica es abierto o cerrado nos encontramos ante un intenso debate doctrinal. Así, un sector opina que la enumeración es abierta⁶⁹², dado que el artículo dice que *especialmente* se protegerán las categorías que se listan, y que por lo tanto hay otras que también se pueden proteger. Otra parte de la doctrina sostiene que dicha numeración tiene carácter exhaustivo⁶⁹³ y que se pretender hacer especial hincapié en la protección del derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y de la protección de la juventud y de la infancia por ser aquellas las que, probablemente, puedan sufrir más ataques. En este sentido la interpretación más adecuada es la segunda, dado que se realiza una enumeración clara de las causas de limitación. Además, siendo la libertad de expresión un pilar fundamental del Estado democrático de Derecho, entender que este listado de limitaciones es abierto sería prever un campo restrictivo excesivo en un ámbito tan importante.

⁶⁹¹ Además de lo afirmado anteriormente ver: O'Callaghan, Xavier, *Libertad de expresión y sus límites* ..., 16; Cuerda Arnau, María Luisa, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento», 11-12.

⁶⁹² Rodríguez Montañés, Teresa, *Libertad de expresión*, ..., 296-297; Javier Gálvez Montes, «Artículo 20», en *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed. por Fernando Garrido Falla (Madrid: Civitas, 2001), 464.

⁶⁹³ Jaén Vallejo, Manuel, *Libertad de expresión y delitos* ..., 56-57; Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, «Artículo 20», en *Comentarios a las Leyes Políticas*, dir. por Óscar Alzaga Villaamil (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1984), 524.

Respecto de la limitación legal de la libertad de expresión, es necesario destacar que esta debe respetar la configuración constitucional que se establece de este derecho. Esta comprende la interpretación que del artículo 20 CE haga el Tribunal Constitucional. Así lo constata el propio TC en su sentencia 30/1982, de 1 de junio, al afirmar que el derecho a la libertad de expresión protege a los ciudadanos “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 (arts. 20.5 y 53.1) admite”⁶⁹⁴. Por lo tanto, ninguna regulación legal podrá ir en contra del contenido esencial marcado por la constitución por actuar este cuerpo legal como “un límite de los límites”⁶⁹⁵ que se pueden desarrollar legalmente.

Así, la interpretación que el TC realiza de los artículos 20.1 a) y d) y que se debe incluir dentro del contenido constitucional de estos, es conocido como el *efecto irradiante*. Este establece que estos derechos “además de derechos fundamentales, son valores objetivos esenciales del Estado Democrático y, como tales, están dotados de valor superior o eficacia (sic) irradiante, que impone a los órganos judiciales y a este Tribunal Constitucional, en los supuestos de que colisionen con el derecho al honor, el deber de realizar un juicio ponderativo para establecer previamente si 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”⁶⁹⁶.

Por lo tanto para que, por ejemplo, la ley penal sea un límite constitucional a las libertades en el artículo 20.a) y d) CE, en primer lugar se deberá verificar si se ha producido una lesión en el derecho al honor. En caso afirmativo se deberá

⁶⁹⁴ STC 30/1982, de 1 de junio, Fº Jº 4º.

⁶⁹⁵ Jaén Vallejo, Manuel, *Libertad de expresión y delitos ...*, 56-58.

⁶⁹⁶ STC 85/1992, de 8 de junio, Fº Jº 4º. Ver también: Jaén Vallejo, Manuel, *Libertad de expresión y delitos ...*, 61-62.

atender a un segundo requisito para poder proceder con una limitación ajustada a Derecho, consistente en determinar si la expresión o la información cumple con los requisitos constitucionales marcados para cada una de las categorías⁶⁹⁷.

4.2.4. El modelo de democracia *no* militante de la CE

Si bien el Tribunal Constitucional en la STC 214/1991, de 11 de noviembre dispuso que no se podía entender que la CE estableciera un sistema de democracia militante en España, por cuanto el propio texto establece mecanismos para su revisión completa, este es no es un tema pacífico en la doctrina⁶⁹⁸. Es necesario poner de relieve en este punto que el concepto de democracia no militante hace referencia a que se deben proteger bajo la libertad de expresión aquellas opiniones que tratan de acabar con el propio sistema democrático, principalmente a través de partidos políticos. Sin embargo, como digo esto es un tema muy discutido por la doctrina sobre todo a partir de la publicación de la Ley 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos.

En este sentido creo necesario destacar que el discurso del odio puede tener diversas manifestaciones como hemos visto en este apartado y como se mostrará en el 4.3. Por un lado, intenta generar un clima de desconfianza que ponga en peligro el modelo de convivencia pacífica que la CE establece, pero también pretenden la lesión de otros derecho individuales de los integrantes de estas minorías como la dignidad de la persona⁶⁹⁹.

⁶⁹⁷ Como son: ausencia de lenguaje meramente insultante que no colabore con la formación de la opinión pública, o la falta de veracidad en la comunicación de noticias.

⁶⁹⁸ Revenga Sánchez, Miguel, «El tránsito hacia (y la Lucha por) la democracia militante en España», *Revista de Derecho Político* 62 (2005): 19-22.

⁶⁹⁹ Sanz Arcega, Eduardo, «Democracia militante y derecho penal. Los delitos apologéticos en España», *InterseXiones* 3 (2012): 133.

En este sentido la democracia debe permitir el más amplio derecho al disenso, pero dentro de este se engloba necesariamente la protección de los valores superiores del ordenamiento jurídico como son el pluralismo político, la igualdad, la justicia y la libertad, así como los derechos más fundamentales de la persona como su dignidad. Por lo tanto, pese a la afirmación del TC, el ordenamiento tiene la obligación de proteger los derechos de aquellas personas que puedan ver lesionados dentro de este discurso que intenta poner en peligro los valores básicos del nuestro sistema democrático puesto que no existen derechos ilimitados que legitimen este tipo de comportamientos dentro del marco del Estado democrático y social de Derecho.

4.2.5. Conclusiones

El principal objetivo que se ha perseguido a lo largo de este apartado es establecer si la Constitución española de 1978 articula algún tipo de protección frente al discurso del odio o si, por el contrario, la libertad de expresión es un derecho preferente en cualquier situación. Así, a través del estudio de los artículos constitucionales referentes a la dignidad de la persona (10 CE); igualdad material y formal, y no discriminación (9.2 CE y 14 CE); derecho al honor del (18 CE); y libertad de expresión de opiniones y derecho a recibir y comunicar información [20.1 a) y d)], en conexión con otros artículos como el 1.1 CE, puedo afirmar que sí existe la sujeción legal necesaria para excluir del paraguas de protección de la libertad de expresión el discurso del odio⁷⁰⁰ consistente en las conductas que tienden a generar un clima de enfrentamiento entre la mayoría social y las minorías presentes en nuestro país, puesto que esta utilización del derecho a la libertad de expresión supone un ataque al núcleo fundamental de la personalidad humana formado por la dignidad y, por ende, al resto de derechos que emanan de esta.

⁷⁰⁰ Por contraposición a otros ordenamientos jurídicos como el de EE. UU. Ver en este sentido el apartado 2.3.2. de la presente investigación.

La configuración de España como un Estado social y democrático de Derecho ha supuesto la constitucionalización de una serie de valores que deben informar todo el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, están presentes en las relaciones que los particulares tienen entre ellos y de estos con la administración. En estos vínculos que se establecen son básicos los principios de dignidad de la persona, por un lado y el de igualdad y no discriminación por otro. Así, el primero garantiza una protección de la condición irreductible de persona que protege el *quid invulnerable de respeto* que todo ser humano debe gozar y que se materializa en dos vertientes, la interna, en cuanto posibilidad de poder decidir de forma consciente sobre la propia vida, y la externa, en cuanto la pretensión de respeto por parte de los demás de las decisiones tomadas en la vertiente interna. Este respeto a la cualidad básica del concepto de persona es esencial en la configuración del orden político y de la paz social dado que pretende asegurar su participación en los asuntos públicos que les afectan. Además, este principio, como se ha estudiado, no admite la justificación de situaciones discriminatorias.

Esto nos lleva al segundo de los principios, el de igualdad material y formal y no discriminación. Lo que se pretende mediante la inclusión de este principio en la Constitución es una extensión directa del principio de dignidad de la persona. Así, la igualdad dentro del Estado social y democrático de Derecho debe ser expresión de una doble vía. Por un lado la igualdad material, en el sentido de igualdad a través de la ley, como intento efectivo de que todas las personas que configuran la sociedad tengan igualdad de oportunidades en el acceso a una pluralidad de bienes y servicios como la sanidad, el empleo, la educación, etc.; utilizando la ley para corregir las posibles desviaciones que en la consecución de esta igualdad se puedan producir. Por otro lado la igualdad formal, entendida como igualdad ante la ley, que permite que los ciudadanos reciban un mismo trato ante un

supuesto de hecho igual⁷⁰¹. La combinación de la igualdad material y de la igualdad formal ha de llevar al Estado a ofrecer respuestas que traten esta realidad desde un punto de vista integral, promocionando a través de acciones positivas a aquellos grupos de personas que tienen un peor acceso a un derecho o a un servicio que les ha de ser garantizado. Esto, en conexión con el principio de no discriminación que incorpora una serie de categorías sospechosas sobre las que en principio no se podrá justificar ningún tratamiento diferenciado que no supere escrutinio agravado constitucional, sirve para concluir la protección ofrecida por principio a la igualdad y no discriminación contenido en la Constitución.

En tercer lugar, el contenido del artículo 18 CE se entiende también ligado directamente al principio de dignidad de la persona y pretende su protección tanto desde el punto de vista interno como externo. En este supuesto nos encontramos con una serie de particularidades como la indefinición del concepto del honor, que atiende a usos sociales del momento y el reconocimiento de la legitimación activa a los miembros de los grupos que sean atacados mediante discursos innominados, cuando estos sean de suficiente entidad como para trascender a su esfera personal y lesionar su derecho al honor. En este sentido, la STC 214/1991, de 11 de noviembre, es de suma importancia para objeto de estudio. A su vez se ha estudiado la protección civil que la ley 1/1982, de 5 de marzo realiza sobre el derecho al honor, junto con los problemas que supondría reconocerla con la redacción actual como una vía adecuada para la restitución de este derecho en el caso concreto del discurso del odio. En el momento actual se cuenta con otras previsiones legales que intentan ofrecer una mejor respuesta ante este tipo de conductas que la protección civil del honor⁷⁰².

⁷⁰¹ Frente a esto es necesario recalcar, como se ha estudiado en el apartado 4.4.2., la exigencia de esta igualdad no supone dar un tratamiento uniforme a todas las situaciones que puedan ser a primera vista iguales.

⁷⁰² Como son los artículos del Código penal que tipifican el discurso del odio y que superan los problemas detectados en la jurisdicción civil.

En cuarto y último lugar, es fundamental reconocer que la libertad de expresión es un derecho esencial en la configuración del Estado democrático de Derecho pero no más que otros que son considerados igual de fundamentales. Si bien es primordial poner un especial énfasis en su protección ya que de esta depende la configuración libre y plural de la opinión pública, la propia CE establece ciertos límites a su disfrute. Estas restricciones son las manifestaciones oprobiosas completamente prescindibles en la comunicación de la opinión o la veracidad de los hechos noticiables difundidos. Así, la especial protección (que no posición preferencial), debe ser entendida no como una prelación entre derechos sino en el sentido de ponderar en cada situación de conflicto qué derecho merece prevalecer. Así, por ejemplo, cuando nos encontramos ante un discurso público en el que se utiliza el discurso del odio con el objetivo de atacar a algún colectivo menoscabando la dignidad de sus miembros mediante insultos o vejaciones públicas, no se puede entender que, por participar supuestamente en la formación del debate público, deba merecer la protección del derecho a la libertad de expresión. Este tipo de discursos no participan en la formación de una opinión pública fundamentada en valores sociales constitucionalmente relevantes y protegidos como el de igualdad, el de dignidad de la persona o el de no discriminación que son condición esencial para el correcto desarrollo del Estado social y democrático de Derecho dentro de un orden político basado en la democracia y en la paz social, que tiene como máxima la correcta convivencia de todos los miembros que formamos la sociedad.

La puesta en relación de todos los principios y derechos estudiados en este apartado me sirve para afirmar que no existen derechos ilimitados y que frente a una colisión de estos, el Tribunal Constitucional ha establecido que se debe proceder con un juicio de ponderación con el objetivo de conocer qué derecho el es que deberá ceder. Esta situación confirma la existencia de vías de protección frente al discurso del odio fundamentadas directamente en los principios de la dignidad humana y de la igualdad y no discriminación, como expresión básica del Estado

social y democrático de Derecho en el que se configura nuestro país. Mediante esta vía de resolución de conflictos los tribunales deben de ser capaces de ventilar aquellas disputas en las que se utilicen discursos que pretendan incitar a la discriminación, a la violencia o al odio en el seno de nuestra sociedad, para valorar la utilidad de este en relación con el resto de valores y derechos protegidos. Sin embargo como veremos en el apartado del estudio jurisprudencial, la interpretación de que el derecho a la libertad de expresión merece una posición preferencial, junto con otros problemas directamente vinculados con la redacción de los tipos penales mediante los cuales se accedía hasta julio de 2015 al castigo de este tipo de discursos, han producido vaivenes jurisprudenciales muy importantes que han resultado en la protección del discurso del odio no en pocas ocasiones.

4.3. Regulación del discurso del odio en el Código penal español, en su redacción anterior a julio de 2015

4.3.1. Introducción

El ordenamiento jurídico español contempla en su Código penal, desde la reforma llevaba a cabo en el año 1995, una serie de artículos⁷⁰³ que tipifican una pluralidad de conductas delictivas conocidas como delitos de odio. Este tipo de ilícitos pueden adoptar una pluralidad de formas y entre ellas se encuentra el discurso del odio. La regulación llevada a cabo por el legislador español de esta conducta no ha sido un tema pacífico⁷⁰⁴. Una parte de la doctrina opina que el castigo de estos comportamientos mediante el Derecho penal supone un adelantamiento inaceptable de las barreras de punición que al mismo tiempo limita de forma intolerable, el derecho fundamental a la libertad de expresión. Otra parte de la doctrina valora positivamente su inclusión en el Código penal, puesto que su

⁷⁰³ Artículos 510 y siguientes del Código penal de 1995.

⁷⁰⁴ En este sentido y respecto al marco comparado, ver la secciones 2.2.3. y 2.3.3. de la presente investigación en las que muestro que este asunto tampoco ha sido pacífico en otros ordenamientos jurídicos.

objetivo es la protección de un bien jurídico merecedor de esta, como es la dignidad de la persona y todos los demás derechos y valores constitucionales que se desprenden de ella, si bien reconocen que la regulación y la técnica jurídica empleada en su redacción son mejorables.

En este sentido el artículo que específicamente penaliza en el ordenamiento jurídico español el discurso del odio es el 510 CP. Este crea un delito autónomo que castiga la provocación a la discriminación, a la violencia y al odio. De forma accesoria el Código penal también cuenta con el artículo 607.2 CP que tipifica la justificación del delito de genocidio. Asimismo el artículo 510 CP ha sufrido una modificación, la cual ha entrado en vigor el día 1 de julio de 2015, que ha unido en un mismo artículo las conductas descritas en estos dos artículos.

El presente apartado se estructurará de la siguiente forma: en primer lugar se observará la redacción del artículo 510.1 CP; en segundo lugar la del 510.2 CP; en tercer lugar las conductas prohibidas en el precepto 607.2 CP; y en cuarto lugar los problemas dogmáticos que ha presentado su interpretación.

4.3.2. Artículo 510.1 del CP

La primera versión del artículo 510 CP⁷⁰⁵ que se estudiará aquí tipifica las siguientes conductas:

Artículo 510.1 : 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 pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual,

⁷⁰⁵ Preceptos introducidos por la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código penal. Este artículo es el que sucede al 165 ter del Código penal de 1973, que tipificaba conductas en cierto grado similares. La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, vino a modificar este artículo dándole la redacción aquí reseñada.

enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

Para realizar un estudio integral de la redacción del artículo es necesario estructurar este trabajo en diversas áreas. En primer lugar se mostrará el bien jurídico protegido; en segundo lugar si es adecuada la identificación de los requisitos establecidos por este artículo con los que el 18 CP establece para los comportamientos provocadores; en tercer lugar la identificación de las diferentes conductas penalizadas; y en cuarto lugar la identificación de los sujetos pasivos de la norma.

4.3.2.1. Bien jurídico protegido

En primer lugar interesa singularizar el bien jurídicamente relevante que se pretende proteger con la tipificación de las conductas reguladas por el artículo 510 CP. Así corresponde identificar, como he apuntado en otros apartados de esta investigación⁷⁰⁶, la dignidad humana y los derechos fundamentales al honor, a la igualdad y a la no discriminación, como los ejes centrales en torno a los cuales gira la protección que aquí se estudia⁷⁰⁷. La materialización de los comportamientos descritos por este artículo, que se realizan por el mero hecho de que la persona a la

⁷⁰⁶ Ver apartado 4.2. referente al estudio de la Constitución española.

⁷⁰⁷ Landa Gorostiza, Jon-Mirena, *Intervención penal frente a la xenofobia*. ..., 288-295. Otros autores identifican del tenor literal de las palabras del tipo únicamente el derecho contemplado en el artículo 14 de la CE en cuanto a la prohibición de discriminación. Ver: Bernardo del Rosal Blasco, «Delitos contra la Constitución (IV). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria», en *Compendio de Derecho penal español (Parte especial)*, dir. por Manuel Cobo del Rosal (Madrid: Marcial-Pons, 2000), 940-941. En este sentido, no estoy completamente de acuerdo con esta identificación, ya que el derecho a la no discriminación contemplado en el artículo 14 CE es uno de ellos, pero no el único, puesto que este está directamente conectado con otros derechos y valores que aunque no se mencionen en el tipo legal, de su interpretación constitucional se desprende su estrecha relación.

que se dirigen es *diferente*⁷⁰⁸, implican un claro y “frontal menoscabo de la dignidad humana”⁷⁰⁹.

Por eso la exigencia de un trato igualitario⁷¹⁰ y la protección del derecho al honor, todos ellos conectados de forma directa con la protección de la dignidad de la persona, servirían de justificación para la interdicción de las conductas descritas. Además entraría dentro de esta justificación la prohibición de conductas discriminatorias contrarias con el modelo de convivencia plural y multicultural en el que se basa la Constitución española⁷¹¹, cuya finalidad es “obstaculizar la generalización de hechos o expresiones que puedan crear un situación de crispación, un envenenamiento del ambiente, un malestar generalizado y hostil frente a determinados grupos humanos”⁷¹² que puedan resultar en la materialización de acciones discriminatorias o violentas en su contra.

4.3.2.2. *Identificación de la conducta típica*

En segundo lugar es necesario identificar la conducta típica que describe el artículo. Este asunto se corresponde con uno de los problemas principales que ha

⁷⁰⁸ Concepto construido muchas veces en torno a la noción de persona no nacional, es decir, en torno al individuo diverso desde un punto de vista étnico, religioso, etc. Ver: Javier de Lucas, «Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías (Los derechos de las minorías en el 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)», en *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, dir. por Javier de Lucas (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1998), 274-274; Añón Roig, María José, «Ciudadanía diferencia y derechos de las minorías», 47-51. Estos comportamientos se realizan con el objetivo de repetir y perpetuar patrones de opresión que ponen en riesgo valores superiores del ordenamiento jurídico como la dignidad y la igualdad, por lo que se aboga por el reconocimiento efectivo de la igualdad en derechos con los miembros de la mayoría social. Ver: Iris Marion Young, «Polity and Group Difference. A critique of the ideal of universal citizenship», en *Debates in Contemporary Political Philosophy. An anthology*, ed. por Derek Matravers y Jon Pike (Londres: Routledge, 2003), 226-227.

⁷⁰⁹ Borja Jiménez, Emiliano, *Violencia y criminalidad racista ...*, 336.

⁷¹⁰ En este sentido, ver el apartado 4.2.2. de la presente investigación.

⁷¹¹ Landa Gorostiza, Jon-Mirena, *Intervención penal frente a la xenofobia. ...*, 218.

⁷¹² Borja Jiménez, Emiliano, *Violencia y criminalidad racista ...*, 289. Ver también: Jon-Mirena Landa Gorostiza, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal* (Granada: Comares, 2001), 117-118.

puesto de relieve la doctrina y la jurisprudencia en su aplicación⁷¹³. El comportamiento castigado penalmente consiste en *provocar* a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones. Por lo tanto este comportamiento está configurado como un delito de peligro abstracto⁷¹⁴. Esto es así dado que el comportamiento que obtiene el reproche penal consiste en pretender que otros discriminen, intentando conseguir que estos lesionen un bien jurídico concreto, pero “no es necesario un comportamiento directamente lesivo”⁷¹⁵ que se materialice en un acto concreto de discriminación. La provocación lo que pretende es intentar que otros realicen un acto discriminatorio, violento u odioso en contra de un grupo o una asociación, por lo que no es obligatorio para la materialización de la conducta la realización de ningún hecho posterior. Esto supone el adelantamiento de las barreras de punición penal que tradicionalmente se han situado en la fase de inicio de ejecución efectiva de la conducta típica⁷¹⁶.

Debido a la diversidad de las conductas tipificadas en el artículo 510.1 CP, es necesario profundizar en ellas, de forma individualizada, con el objetivo de conocer qué tipo de requisitos entiende la doctrina que son necesarios para observar la

⁷¹³ Gómez Martín, Víctor, «Discurso del odio y principio del hecho», 106-109.

⁷¹⁴ Jon-Mirena Landa Gorostiza, «Racismo, xenofobia y Estado democrático», *Eguzkilore* 18 (2004): 70; Patricia Laurenzo Copello, «La discriminación en el Código Penal de 1995», *Estudios penales y criminológicos* 19 (1996): 250; Patricia Laurenzo Copello, «Marco de protección jurídicopenal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia», en *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, dir. por M^a Luisa Maqueda Abreu (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996), 245-246; Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, *Código penal comentado 3^a edición*, 1752. Para un interesante debate acerca de la necesidad o no de tutelar bienes colectivos a través de la jurisdicción penal, como el derecho al medio ambiente, o la prevención de los accidentes de tráfico ver: Roland Hefendehl, «¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto?» *Anales del Derecho* 19 (2001): 147-158. Hefendehl es de la opinión de que, si bien no existen bienes colectivos y estos siempre se protegen por la incidencia que puedan tener en las personas, la figura de los delitos de peligro abstracto puede ser útil en algunos sectores concretos. En este sentido, y respecto del marco comparado ver el apartado 2.3.3. de la presente investigación donde se identifica también en el ordenamiento jurídico alemán la regulación del artículo 130 StGB como un delito de peligro abstracto, y dentro de estos, como potencial.

⁷¹⁵ Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido, *Código penal comentado 3^a edición*, 1752. Ver también: Laurenzo Copello, Patricia, «La discriminación en el Código Penal de 1995», 250-251.

⁷¹⁶ Laurenzo Copello, Patricia, «La discriminación en el Código Penal de 1995», 257.

materialización de la provocación: 1) a la discriminación; 2) a la violencia; y 3) al odio⁷¹⁷.

1) En primer lugar para un sector de la doctrina, la provocación a la discriminación solo puede ser penalmente relevante cuando tiene por objetivo provocar a uno de los delitos de discriminación contemplados en el código penal⁷¹⁸ (como por ejemplo los delitos de los artículos 511 CP, 512 CP, 513 CP o 314 CP). Otro sector doctrinal⁷¹⁹ afirma que la provocación a la discriminación resultaría punible cuando se tiende a provocar en otro la realización de hechos ilícitos, que pueden corresponder o no con ilícitos penales contrarios al mandado de igualdad de trato y no discriminación que contiene el artículo 14 CE. Landa⁷²⁰ sin embargo, ofrece una valoración crítica de ambas perspectivas. Opina que los primeros, al vincular la provocación a la discriminación únicamente con aquella que es penalmente relevante, no pueden justificar por qué se castiga con mayor pena la mera provocación que la materialización efectiva de la discriminación que se castiga en otros artículos, conculcando así el principio de proporcionalidad.

Respecto de la segunda corriente doctrinal, Landa afirma que no justifica de forma efectiva por qué se deberían castigar conductas punibles que pueden ser no delictivas, puesto que esto supone adelantar aún más las

⁷¹⁷ Parte de la doctrina pone en duda que la provocación a estas conductas pueda ser objeto de delito (sobre todo la referencia al odio), puesto que no tienen porqué ser conductas que lleven aparejado un comportamiento delictual. Esto se desarrollará ampliamente en el apartado 4.3.5. Ver: Landa Gorostiza, Jon-Mirena, «Racismo, xenofobia y Estado democrático», 69; Rosal Blasco, Bernardo del, «Delitos contra la Constitución (IV). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria», 942.

⁷¹⁸ Jesús Bernal del Castillo, *La discriminación en el derecho penal* (Granada: Comares, 1998), 79; Pastora García Álvarez, *El derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2003), 248-249.

⁷¹⁹ Lorenzo Copello, Patricia, «La discriminación en el Código Penal de 1995», 259-260; Lorenzo Copello, Patricia, «La protección penal frente a conductas racistas y xenófobas», 191.

⁷²⁰ Landa Gorostiza, Jon-Mirena, *Intervención penal frente a la xenofobia. ...*, 227-229.

barreras de intervención penal en un ámbito en el que ya se había procedido con su avance. Este autor sostiene que únicamente desde “la perspectiva supraindividual del daño social”⁷²¹ que pretende la provocación a la discriminación se podría encontrar una cierta justificación al castigo de conductas que, siendo ilícitas, no suponen la comisión de un delito.

Esta última interpretación es la que me parece más adecuada para dotar de sentido la provocación a la discriminación del artículo 510 CP. La intención del legislador era la de introducir un tipo penal que estableciera una protección ante aquellas conductas que intentan provocar en una mayoría social la adopción de conductas discriminatorias en contra de un determinado grupo. Estas actitudes hostiles no tienen porqué ser delictivas, puesto que el tipo no lo requiere, pero sí ir en contra del principio de igualdad formal y material⁷²² garantizado en la Constitución, que por ser ideales para lesionar los derechos de todo un colectivo pueden considerarse más peligrosas y, por lo tanto, castigarse de forma más grave. Efectivamente como refiere Landa, lo que identifica a este artículo como un delito autónomo de provocación *sui generis* es el daño colectivo que estas actitudes discriminatorias pueden efectuar en contra del grupo al que se dirigen y, por ende, su idoneidad para dañar a toda la sociedad en su conjunto.

2) En segundo lugar, la provocación a la violencia presenta los mismos problemas interpretativos que los descritos para la provocación a la discriminación. Una parte de la doctrina opina que “debe limitarse la

⁷²¹ Landa Gorostiza, Jon-Mirena, *Intervención penal frente a la xenofobia. ...*, 229. Del Rosal también afirma que: “las vinculaciones delictivas colectivas resultan, por regla general, mucho más peligrosas que los planes delictivos individuales”, aunque este autor se muestra muy reservado respecto al castigo de cualquier actitud provocadora. Ver: Bernardo del Rosal Blasco, *La provocación para cometer delito en el Derecho español* (Madrid: EDERSA, 1986), 253.

⁷²² Lorenzo únicamente identifica el mandato constitucional a la no discriminación contenido en el artículo 14 CE, al que yo añadiría el de igualdad material contenido en el artículo 9 CE, tal y como sugiero en el apartado 4.2.2. Lorenzo Copello, Patricia, «La discriminación en el Código Penal de 1995», 259-260.

provocación a la violencia a la incitación para realizar actos de naturaleza delictiva que admitan medios violentos de comisión”⁷²³. Esta opción doctrinal tiene los mismos problemas interpretativos que los estudiados en el apartado anterior. En primer lugar, esta aplicación restrictiva no se deriva del tenor literal del precepto y, por otra parte, el principio de proporcionalidad se puede ver afectado al castigar en mayor forma figuras delictivas de violencia no materializada, que aquellas que sí han resultado en la consumación de un hecho delictivo.

Otra parte de la doctrina afirma que nos encontramos ante la ejecución de esta conducta cuanto nos hallamos ante hechos ilícitos que no necesariamente han de ser constitutivos de delito⁷²⁴. Así deberíamos entender su materialización en aquellos supuestos en los que se provoca a ejercer violencia física, actos intimidatorios o incluso a ejercer la violencia sobre las cosas cuando estas acciones alteren su uso normal, llevando a su deterioro o destrucción⁷²⁵. Esta interpretación nos lleva necesariamente a tener que deslindar entre las conductas que suponen la comisión de un hecho ilícito o de un ilícito penal que no se puede castigar en forma de provocación; de los delitos en los que sí se prevea esta circunstancia, hecho que puede dar lugar a un concurso de delitos. En esta situación, podríamos encontrarnos ante un caso que esté castigado de forma independiente a la recogida en el artículo 510 CP⁷²⁶, cuando la conducta en cuestión efectivamente materialice la lesión de un bien jurídico. Es decir, cuando el Código penal tipifique en otros artículos la punición del acto preparatorio del delito que ha sido incitado y

⁷²³ Bernal del Castillo, Jesús, *La discriminación en el derecho penal*, 79-80. De igual opinión: García Álvarez, Pastora, *El derecho penal y la discriminación*. ..., 249.

⁷²⁴ Laurenzo Copello, Patricia, «La discriminación en el Código Penal de 1995», 260-261; Laurenzo Copello, Patricia, «La protección penal frente a conductas racistas y xenófobas», 191.

⁷²⁵ *Vis in rebus* propia, ya que la impropia de acuerdo con la doctrina debe quedar excluida tal y como comenta Laurenzo. Ver: Laurenzo Copello, Patricia, «La discriminación en el Código Penal de 1995», 261.

⁷²⁶ Laurenzo Copello, Patricia, «La discriminación en el Código Penal de 1995», 262-263.

que efectivamente se ha materializado⁷²⁷, nos podemos encontrar ante un concurso ideal heterogéneo de normas. Para la resolución de esta situación, según la opinión de Lorenzo⁷²⁸ con la que concuerdo, se debería acudir al concurso ideal de normas castigando la provocación a la violencia por un lado y la inducción a la lesiones por otro, ya que acudir a la agravante genérica del 22.4 CP puede resultar en el castigo más benigno de conductas en las que efectivamente se materializa la provocación de aquellas en las que no.

Tal y como afirma Landa, en este supuesto también es necesario tener en cuenta la dimensión colectiva de tutela que se desprende del tipo. El autor afirma que “en la medida en que se pone en peligro el modelo de convivencia plural consagrado por la Constitución, cabría sostener que una provocación punible a un delito concreto (castigada como inducción) entre en concurso –ideal– con el delito de provocación del artículo 510”⁷²⁹. Por lo tanto, cuando se tiene en cuenta la dimensión colectiva que el legislador trató de proteger mediante la inclusión de este artículo en el Código penal, es cuando se obtiene una interpretación que protege los valores que se pretenden preservar y podemos observar como proporcional el mayor castigo que obtienen las conductas que materializan la provocación a la violencia en contra de un grupo, de aquellos tipos que tutelan derechos desde un punto de vista eminentemente personal.

⁷²⁷ Por ejemplo, si la conducta consistente en provocar a ejercer la violencia física se acaba materializando en lesiones, nos encontraríamos ante este concurso de normas ya que el Código sí que permite castigar los actos preparatorios de este tipo (artículo 151 CP).

⁷²⁸ Lorenzo Copello, Patricia, «La discriminación en el Código Penal de 1995», 262-263. Hay que poner de relieve que la autora no cree que esta sea la solución que goce de una mejor técnica jurídica, pero que es la única que permite vencer la falta de proporcionalidad que se podría observar en el castigo de ciertas conductas que penalizarían más severamente la provocación, que la provocación más comisión posterior de otro delito.

⁷²⁹ Landa Gorostiza, Jon-Mirena, *Intervención penal frente a la xenofobia*. ..., 231.

3) En tercer lugar, la provocación al odio es la que más debate ha suscitado entre la doctrina. Afirman que al ser este un sentimiento debería ser un comportamiento ajeno al Código penal⁷³⁰. Parte de la doctrina que se identifica con el castigo de estos comportamientos únicamente cuando son delito critica la inclusión del término dado que una interpretación literal llevaría a incluir una multiplicidad de conductas que deberían ser protegidas por el derecho fundamental a la libertad de expresión, al no existir una categoría concreta de delitos *de odio* dentro del Código penal en la que poder encuadrar estos comportamientos. Por lo tanto entienden que lo que se está prohibiendo es la conducta personal de rechazo al diferente castigando así sentimientos personales que, aunque moralmente puedan ser cuestionables, están protegidos por la libertad de expresión y de conciencia que mientras no precipiten en actos discriminatorios concretos deberían ser ajenos al derecho penal⁷³¹.

Hay que tener en cuenta que para limitar este derecho fundamental se debe estar a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional que ofrece una interpretación restrictiva de este tipo penal⁷³². No creo adecuadas las posiciones alarmistas respecto de la inclusión en los ordenamientos jurídicos de este tipo de ilícitos penales ya que muchos Estados de nuestro entorno,

⁷³⁰ Lorenzo Copello, Patricia, «La discriminación en el Código Penal de 1995», 263-265; Landa Gorostiza, Jon-Mirena, *Intervención penal frente a la xenofobia*. ..., 226-227; Bernal del Castillo, Jesús, *La discriminación en el derecho penal*, 81-82.

⁷³¹ Bernal del Castillo, Jesús, *La discriminación en el derecho penal*, 81-83. Este autor identifica la punición de la provocación al odio como un tipo penal de autor. En este sentido ver el apartado 4.3.5. Ver también: García Álvarez, Pastora, *El derecho penal y la discriminación*. ..., 251-252. Esta crítica también se puede identificar en la regulación que el ordenamiento jurídico alemán realiza en el artículo 130 StGB. Ver en este sentido el apartado 2.3.3. de la presente investigación.

⁷³² Opino igual que Cancio que la interpretación literal del tipo podría llevar a reprimir conductas que seguramente el legislador no pretendía reprimir cuando reguló estos comportamientos. Ver: Manuel Cancio Meliá, en *Comentarios al Código penal*, dir. por Gonzalo Rodríguez Mourullo (Madrid: Civitas, 1997), 1275. Lorenzo también refiere que la jurisprudencia se ha encargado de acotar esta redacción manifiestamente general con el objetivo de penalizar únicamente aquellas conductas que efectivamente pongan en peligro algún bien jurídico. Ver: Lorenzo Copello, Patricia, «La protección penal frente a conductas racistas y xenófobas», 191-192.

junto con organismos de derecho internacional⁷³³, contemplan el castigo del discurso del odio sin que esto haya supuesto el fin del Estado democrático de Derecho y sin que existan sospechas de que los gobiernos de estos Estados estén utilizando la regulación para hostigar o perseguir el pensamiento disidente⁷³⁴.

Nuestro ordenamiento jurídico exige para la aplicación del tipo, que se materialice una auténtica actitud hostil dirigida al colectivo en cuestión y que mediante el lenguaje empleado se ataque al núcleo irreductible de la personalidad humana, esto es, a su dignidad y con ella al resto de derechos que se pueden ver afectados⁷³⁵. Como podemos ver no se persigue únicamente la exposición de ideas que puedan ser recibidas como chocantes o irreverentes por la sociedad o por parte de algún colectivo⁷³⁶.

El Tribunal Constitucional ha establecido⁷³⁷ que para analizar si se puede proceder con una limitación de un derecho fundamental, no basta únicamente con observar aquello que dicta la ley que desarrolla el ejercicio del derecho en cuestión, sino que se debe atender a los requisitos establecidos en su decisiones al respecto, por considerarse parte integral de dicho derecho. Es decir, si en la comunicación de opiniones se utilizan frases que solamente buscan el insulto y la vejación pública, que no son esenciales para la comunicación de esa determinada idea y que tiene la suficiente

⁷³³ En este sentido ver la regulación específica que respecto al lenguaje del odio comento en los apartados 3.2.3.1.3.; 3.2.4.3.; 3.3.1.2. y 3.3.2 de la presente investigación.

⁷³⁴ Piénsese en casi la totalidad de los Estados europeos (Alemania, Francia, Italia, Austria, Portugal, etc.). Además como hemos visto, desde el plano internacional se prohíben este tipo de conductas sin que se trasformen los Estados que adoptan este tipo de legislación en totalitarios.

⁷³⁵ Esto resulta de combinar necesariamente las decisiones judiciales que interpretan este artículo, junto con las opiniones doctrinales que lo han estudiado, dado que el artículo adolece de una mala técnica jurídica que pongo de relieve en el apartado 4.3.5.

⁷³⁶ Circunstancia que por otra parte iría en contra de los estándares internacionales de protección identificados en el capítulo 3.

⁷³⁷ Ver el apartado 4.2 y 4.4.1. de la presente investigación.

entidad como para vulnerar algún otro derecho digno de protección, entonces mediante el ejercicio de ponderación de derechos podremos afirmar que no es un lenguaje que esté protegido por la libertad de expresión.

Así, esta es la interpretación que respecto de la tan discutida provocación al odio se debería hacer, con el objetivo de que por un lado, no se arrumbe el derecho a la libertad de expresión y por otro, se proteja a las víctimas de este tipo de discursos. Por lo tanto, únicamente aquellas conductas que sean ideales para lesionar algún bien jurídico digno de protección y que cumplan con los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional deberían ser constitutivas de este tipo penal.

4.3.2.3. La provocación a la discriminación al odio y a la violencia y su relación con el artículo 18.1 CP

En tercer lugar, dado que la conducta consiste en *provocar* y el Código penal prevé en su parte general un artículo que regula específicamente esta materia, el 18.1 CP, es necesario conocer si ambas conductas se corresponden o si, como he defendido, la intención del legislador era incluir un tipo penal discriminatorio autónomo en el que se identificaba un tipo *sui generis*⁷³⁸ de provocación. Así, gran parte de la problemática existente en torno a la interpretación del artículo 510 CP corresponde con la identificación que parte de la doctrina ha hecho de este artículo con el 18.1 CP, que establece que la provocación existe cuando *directamente* se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la

⁷³⁸ Josep Maria Tamarit Sumalla, *Comentarios al nuevo Código penal*, dir. por Gonzalo Quintero Olivares (Pamplona: Aranzadi, 1996), 2080; Justa Gómez Navajas, «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código Penal de 1995 (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre 1998)», *Diario La Ley* 3 (1999): 6.

perpetración de un delito. Parte de la doctrina⁷³⁹ reconoce la imposibilidad de identificar completamente los requisitos del artículo de la parte general⁷⁴⁰ con el 510 CP por lo que expondré a continuación. Se analizarán tres áreas en las que no se pueden asimilar ambos artículos, estudiadas en los tres apartados anteriores, y que son: la determinación de la pena, la exigencia de una conducta delictiva para la materialización de la conducta y la necesidad de una incitación directa. Asimismo se estudiarán dos espacios donde sí serían convergentes en gran medida como son: la clasificación de ambos artículos como delitos de peligro y la necesidad de que la acción se realice con publicidad para que sea típica.

En primer lugar, un área en el que no sería coherente identificar ambos artículos es respecto de la determinación de la pena. Como se ha argumentado, su equiparación rompería con el principio de proporcionalidad ya que nos llevaría al castigo más severo de conductas provocadoras que no han sido materializadas de las que sí lo han sido⁷⁴¹. Únicamente atendiendo a la dimensión colectiva que intenta poner en peligro este tipo de comportamientos podremos encontrar un elemento que justifique este aumento.

⁷³⁹ Gómez Martín, Víctor, «Discurso del odio y principio del hecho», 106-109; Víctor Gómez Martín, «¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad? A propósito de los delitos de odio y la discriminación en el Código penal español», en *Constitución y sistema penal*, dir. por Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Madrid: Marcial Pons, 2012), 193-194; Lorenzo Copello, Patricia, «La discriminación en el Código Penal de 1995», 256-259; Lorenzo Copello, Patricia, «La protección penal frente a conductas racistas y xenófobas», 189-190; Landa Gorostiza, Jon-Mirena, *Intervención penal frente a la xenofobia. ...*, 223-225; Landa Gorostiza, Jon-Mirena, *La política criminal contra ...*, 132-133; Roig Torres, Margarita, «El “discurso del odio” en el sistema norteamericano y europeo. Tratamiento del racismo y la xenofobia en el proyecto de reforma del código penal», *TEORDER* 15 (2014): 192-193.

⁷⁴⁰ Efectivamente del estudio de ambos preceptos se extrae que los requisitos y la intencionalidad no era la misma. Para conocer los del artículo 18 ver: Soledad Barber Brusco, *Los actos preparatorios del delito*, 247-257.

⁷⁴¹ Gómez Martín, Víctor, «Discurso del odio y principio del hecho», 108-109.

En segundo lugar, donde tampoco serían coincidentes es en exigir una conducta delictiva para su materialización⁷⁴². Aunque parte de la doctrina identifique el requisito de que la conducta sea constitutiva de delito para poder observar la materialización del tipo de 510.1 CP, no es posible adscribir esta circunstancia al artículo por todo lo afirmado respecto de las conductas tendentes a provocar a la discriminación y a la violencia, pero sobre todo por lo estudiado respecto de la provocación al odio.

En tercer lugar, donde tampoco serían coincidentes es en la necesidad de que la conducta constituya una incitación directa a cometer un delito⁷⁴³. Esta también es una de las principales disputas en las que se divide la doctrina respecto de la interpretación de este artículo y que ha llevado a divergencias aplicativas muy importantes⁷⁴⁴. Lorenzo afirma que “la provocación debe estar expresada e inequívocamente orientada a conseguir los resultados que el provocador se propone, [...], la creación en otros de la voluntad de realizar actos de discriminación o violencia o de actitudes hostiles hacia los colectivos protegidos”⁷⁴⁵. Por lo tanto sostiene que la provocación debe ser directa. Este es uno de los puntos más discutidos de este artículo, donde existe un amplio debate doctrinal. En este sentido, si bien es necesario que la conducta tenga por objetivo, tal y como especifica el tipo, la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia, el requisito de que esta sea directa no se desprende de este⁷⁴⁶, sino de entender que la provocación

⁷⁴² Lorenzo Copello, Patricia, «La discriminación en el Código Penal de 1995», 253-254; Gómez Navajas, Justa, «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código Penal de 1995 (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre 1998)», 6.

⁷⁴³ Landa Gorostiza, Jon-Mirena, *La política criminal contra...*, 214-217.

⁷⁴⁴ En este sentido, ver el apartado 4.4. de la presente investigación.

⁷⁴⁵ Lorenzo Copello, Patricia, «La discriminación en el Código Penal de 1995», 258-259. La autora confirma su postura en: Lorenzo Copello, Patricia, «La protección penal frente a conductas racistas y xenófobas», 190-191.

⁷⁴⁶ Además esta es una de las diferencias que se establecerá con la nueva redacción del artículo 510 CP, donde se contempla específicamente que la provocación podrá ser directa e indirecta. Ver el apartado 4.5. de la presente investigación.

descrita en el artículo 510 CP se tiene que poner en relación con el 18 CP, que sí afirma que la provocación debe ser directa. Si exigiéramos como requisito *sine qua non* que la provocación a la realización de alguna de estas conductas se materializara directamente delante de una congregación de personas que pudieran estar más o menos predispuestas a la comisión de algún delito por estos motivos⁷⁴⁷, estaríamos olvidando que mediante discursos dicerios en los que se profieren mensajes indirectos que vilipendian a los grupos protegidos en el tipo, también se pueden lesionar los bienes jurídicos que intenta proteger el artículo, tal y como afirman Quesada o Landa⁷⁴⁸.

Por lo tanto como estas conductas también tienen por objeto la lesión de bienes dignos de protección, no se deben excluir de la materialización del comportamiento penado. Cosa diferente es que las manifestaciones, por excesivamente generales, no sean ideales para trascender a los miembros del grupo al que van dirigidos o no tengan la suficiente entidad como para ser penalmente relevantes por no poseer la entidad suficiente como para lesionar algún bien.

Es esencial afirmar que el artículo 510.1 CP no está configurado para perseguir las meras descalificaciones o juicios de valor negativos que se puedan

⁷⁴⁷ Lorenzo afirma que frases como *todos los gitanos son unos ladrones*, serían típicas si se realizan dentro de un contexto donde exista, por ejemplo en un barrio, un problema de seguridad vecinal y las afirmaciones se realicen en una reunión donde se debata el asunto. Lorenzo Copello, Patricia, «La discriminación en el Código Penal de 1995», 259.

⁷⁴⁸ Sería una conducta típica de las descritas en el artículo 510 CP la realizada por el alcalde de Badalona, Xavier García Albiol, en el que en unos folletos repartidos por el ayuntamiento de la ciudad, vinculaban delincuencia e inseguridad con la migración procedente de Rumanía, afirmando que todos los ciudadanos de este país de etnia gitana se habían desplazado a esta ciudad a delinquir, y los calificaba de plaga y de lacra. EFE «La causa por xenofobia contra Albiol, archivada por segunda vez», *Público*, último acceso 2 de julio de 2015, <http://www.publico.es/espana/causa-xenofobia-albiol-archivada-segunda.html>. Sin embargo, este caso no recibió ningún tipo de reproche penal tal y como comento en el apartado 4.4.3.2. de la presente investigación. En este sentido ver: Carmen Quesada Alcalá, «La labor de la Unión Europea, el Consejo de Europa y la OSCE en materia de delitos de odio: sus repercusiones en España», *Revista General de Derecho* 36 (2015): 47-51; Jon-Mirena Landa Gorostiza, «Incitación al odio: evolución jurisprudencia (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata. (A la vez un comentario a la STS 259/2011 – librería Kalki– y a la STC 235/2007)», *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3 (2012): 344-346.

efectuar en contra de una minoría que no reúnen la suficiente gravedad como para ser penalmente relevantes y que, pese a ser completamente execrables y detestables y aunque no colaboren con la formación de un debate fundamentado en valores constitucionalmente relevantes, no dejan de ser meras opiniones xenófobas y/o racistas que no deberían ser perseguidas desde esta jurisdicción. Únicamente aquellos discursos que poseen la suficiente entidad como para crear un ambiente de enfrentamiento entre los grupos que conforman la sociedad o aquellos que tienen como objetivo el vilipendio y el denuesto de los sujetos a los que se dirigen, realizados de forma directa o indirecta⁷⁴⁹, deberán ser jurídicamente reprochables.

Sin embargo lo afirmado hasta ahora no implica que los artículos no guarden ningún tipo de relación entre sí. De igual forma que el artículo 510 CP, el artículo 18.1 CP también adelanta la barreras de protección penal exigiendo para determinar si se ha producido la provocación el mero acto preparatorio del delito, que por la especial peligrosidad que entraña la conducta para el bien jurídico puede castigar de forma avanzada⁷⁵⁰.

Otro aspecto donde también convergen ambos artículos es en observar el requisito de publicidad como esencial para la consecución de las conductas descritas. Aunque esta no se establece expresamente en el artículo, se desprende necesariamente del comportamiento exigido consistente en provocar⁷⁵¹, lo que implica una manifestación externa, tal y como especifica el artículo 18.1 CP. No exigir este requisito de publicidad, aparte de llevar al absurdo, conllevaría la

⁷⁴⁹ Borja Jiménez, Emiliano, *Violencia y criminalidad racista ...*, 369-374. Borja pone de manifiesto que hay conductas tendentes a la provocación al odio realizadas de forma indirecta que son igual de efectivas que las directas para conseguir su objetivo, y que por lo tanto no se debe atender tanto a si se realizan de forma directa o indirecta, sino a si son aptas para lesionar algún derecho o para generar ese clima, independientemente de que este efectivamente se dé.

⁷⁵⁰ Lorenzo Copello, Patricia, «La discriminación en el Código Penal de 1995», 254-255.

⁷⁵¹ Comparte esta opinión: Gómez Navajas, Justa, «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código Penal de 1995 (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre 1998)», 6; Borja Jiménez, Emiliano, *Violencia y criminalidad racista ...*, 293-294; Lorenzo Copello, Patricia, «La protección penal frente a conductas racistas y xenófobas», 190.

extensión del Derecho penal mucho más allá de los límites que este tiene establecidos en cualquier Estado democrático de Derecho⁷⁵². No es tarea del Estado y menos aún del *ius punendi* fiscalizar los encuentros estrictamente privados en los que se pretendan realizar este tipo de conductas⁷⁵³. Estos, al carecer de esa vis expansiva que intenta alcanzar a todo el conjunto de la sociedad y pretender ese clima de hostilidad que busca el enfrentamiento, no son ideales para lesionar ninguno de los valores y derechos protegidos por el artículo, dado que al no realizarse de forma pública no puede alcanzar a las personas a las que se dirige. Además al materializarse de forma privada, la conducta “no parece apta para poner en cuestión el modelo de convivencia plural que consagra nuestra Constitución”⁷⁵⁴, reflejado en el respeto a la dignidad de la persona y en la garantía de la participación en la formación de la opinión pública de todos los miembros que componen la sociedad, como uno de los bienes jurídicos dignos de protección que preserva este artículo.

Por lo tanto, si bien no es posible identificar completamente todos los requisitos que exige el artículo de la parte general del Código penal en la conducta descrita en el artículo 510.1 CP, otros, como el requisito de la publicidad sí que parecen adecuados para complementar necesariamente su redacción y proporcionar una correcta interpretación del tipo penal.

⁷⁵² Lorenzo Copello, Patricia, «La discriminación en el Código Penal de 1995», 256-258.

⁷⁵³ Así, por ejemplo, en una conversación espontánea entre amigos en la que se debata y afirme por parte de alguno de ellos que una cierta minoría presente en el barrio donde estos habitan se dedica al tráfico de drogas y que son los responsables de que los menores de la zona sean dependientes de estas sustancias y que hay que actuar frente a esa realidad y, efectivamente, alguno de ellos actúe lesionando la integridad de alguna persona perteneciente a esa minoría, la conducta de provocación al odio en este caso no es típica.

⁷⁵⁴ Lorenzo Copello, Patricia, «La discriminación en el Código Penal de 1995», 257.

4.3.2.4. Sujetos pasivos

En tercer lugar, es necesario identificar los sujetos pasivos a los que el artículo brinda su protección. En este caso se especifica que los garantes de esta son los *grupos o asociaciones*. Este tema tampoco es pacífico, existiendo un amplio debate doctrinal a este respecto. Parte de la doctrina identifica únicamente a estos grupos o asociaciones como los sujetos pasivos que pueden acceder a la protección⁷⁵⁵. Otra parte de la doctrina no deduce la exclusión de las personas físicas⁷⁵⁶. Como hemos visto en el apartado del estudio constitucional, los derechos que pueden verse afectados por el discurso del odio no pueden ser considerados como derechos grupales ya que la dignidad personal, el derecho a la igualdad de trato y no discriminación o el derecho al honor son reconocidos, de forma individual a las personas que conforman los grupos.

La protección que ofrece el artículo 510.1 CP se enmarca dentro de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizados por la Constitución. El propio Tribunal Constitucional ha reconocido que estos derechos no se pueden calificar como colectivos, por lo que no tiene sentido hablar de estos en sentido grupal por la redacción que el legislador le ha dado a este artículo. Lo que pone de relieve esta

⁷⁵⁵ Cancio Meliá, Manuel, *Comentarios al Código penal*, 1275-1276; Alfonso Serrano Gómez, *Derecho penal. Parte especial* (Madrid: Dykinson, 1997), 829; Landa Gorostiza, Jon-Mirena, *Intervención penal frente a la xenofobia*. ..., 220-222; Landa Gorostiza, Jon-Mirena, *La política criminal contra ...*, 125.

⁷⁵⁶ Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte especial* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1996), 707; Juan Carlos Carbonell Mateu y Tomas Salvador Vives Antón, *Comentarios al Código penal de 1995* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1996), 2003; Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido, *Código penal comentado 3ª edición*, 1752; Laurenzo Copello, Patricia, «La protección penal frente a conductas racistas y xenófobas», 189. Aunque parte del Grupo de Estudios de Política Criminal está a favor de la supresión del artículo 510 CP, una minoría cualificada que lo mantendría con modificaciones argumenta que los auténticos titulares de los derechos son los individuos. Ver: Grupo de Estudios de Política Criminal, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1997), 35; Bernal del Castillo, Jesús, *La discriminación en el derecho penal*, 84; Rosal Blasco, Bernardo del, «Delitos contra la Constitución (IV). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria», 942; García Alvarez, Pastora, *El derecho penal y la discriminación*. ..., 258-259.

referencia es la intencionalidad de la conducta de realizar un ataque de forma colectiva contra un grupo determinado, afectando esta conducta a los derechos fundamentales de los miembros que lo conforman y no a los derechos de los que no goza un grupo o una asociación.

Como hemos visto, la interpretación del artículo no es nada pacífica. Es objeto de una pluralidad de críticas que serán vistas de forma más detenida en apartado 4.3.5. El legislador, consciente de esta realidad, ha incorporado cambios en este sentido en la nueva redacción de los tipos que intentan superar estos problemas.

4.3.3. Artículo 510.2 del CP

El artículo 510.2 CP⁷⁵⁷ establece lo siguiente:

Artículo 510.2 CP: Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.

Este artículo hace referencia a la difusión de informaciones que no lleguen a satisfacer el criterio de veracidad necesario para contemplar este tipo de comunicaciones dentro de lo estudiado respecto del artículo 20.1 d) CE⁷⁵⁸. Se exige, además de no cumplir con los criterios de comprobación de la información, un especial *animus* de querer difundir una información que, a sabiendas que no es verdad, puede afectar de forma colectiva a los derechos individuales de las personas que conforma el grupo al que se dirigen.

⁷⁵⁷ Identificado por Landa como el artículo que castiga la injuria colectiva provocadora. Landa Gorostiza, Jon-Mirena, *Intervención penal frente a la xenofobia*. ..., 231-234.

⁷⁵⁸ En este sentido ver lo afirmado en el artículo 4.2.4.1.2.

Este artículo supone la ampliación del catálogo de injurias que se encuentra presente en el Código penal⁷⁵⁹. Su tenor literal establece que el comportamiento típico es la difusión de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones. Así, de igual forma que en el apartado anterior, no corresponde identificar un derecho colectivo a no ser injuriado puesto que el honor atañe a las personas individualmente consideradas⁷⁶⁰. Lo que diferenciaría las injurias particulares del delito descrito en este artículo es, una vez más, la intencionalidad del autor de lesionar de forma colectiva el derecho al honor de una pluralidad de personas únicamente por ser lo que son, es decir, por pertenecer a un determinado grupo étnico. Esta circunstancia justificaría la diferencia entre la penalidad prevista entre unas y otras.

Por otra parte, el deslinde del supuesto de hecho de este artículo con el del 607.2 CP no es tarea fácil por lo que puede dar un concurso de delitos⁷⁶¹ ya que se pueden identificar áreas donde las conductas típicas pueden converger, lo que supone una de las principales críticas a este artículo que se estudiará más detenidamente en el apartado 4.3.5.4.

⁷⁵⁹ Conde-Pumpido Ferreiro. Cándido, *Código penal comentado 3ª edición*, 1752; Gómez Navajas, Justa, «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código Penal de 1995 (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre 1998)», 7-8; Rosal Blasco, Bernardo del, «Delitos contra la Constitución (IV). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria», 943.

⁷⁶⁰ De la misma opinión: Bernal del Castillo, Jesús, *La discriminación en el derecho penal*, 87. De opinión contraria Landa que opina que si estamos ante una suerte de tipo que protege bienes jurídicos colectivos. Ver: Landa Gorostiza, Jon-Mirena, *Intervención penal frente a la xenofobia. ...* 231-234. De la misma opinión que Landa, ver: Rosal Blasco, Bernardo del, «Delitos contra la Constitución (IV). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria», 943.

⁷⁶¹ Landa Gorostiza, Jon-Mirena, *Intervención penal frente a la xenofobia. ...*, 234. Borja de hecho identifica dentro de las injurias colectivas aquellos comportamientos tendentes a la negación y justificación de los delitos de genocidio. Ver: Borja Jiménez, Emiliano, *Violencia y criminalidad racista ...*, 306-310.

4.3.4. Artículo 607.2 del CP

Aún más polémica que lo estudiado respecto a la tipificación de la provocación a la discriminación, a la violencia, y al odio del artículo 510.1 CP, es la conducta que el legislador prohibió en el artículo 607.2 CP, que es la siguiente:

Artículo 607.2 CP: La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que *nieguen o*⁷⁶² 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.

La conducta tipificada por este artículo se incluye dentro de la presente investigación dado que, aunque fuera del artículo 510 CP, consiste también en la prohibición de la difusión de ideas o doctrinas genocidas, por lo que puede limitar tanto el derecho a la libertad de expresión de opiniones como a la libertad de información de igual forma que lo hace el artículo estudiado en el apartado anterior. En este sentido y como se investigará en el apartado donde se estudie la regulación actual, el legislador consciente de este hecho ha integrado esta conducta dentro de la nueva redacción del artículo 510 CP.

El estudio del presente artículo seguirá el siguiente esquema: en primer lugar, el análisis general de las características del artículo; y en segundo lugar, el estudio particular de las dos conductas que se prevén, con el objetivo de diferenciar entre las conductas negacionistas y las justificadoras y valorar la declaración de inconstitucionalidad de las primeras.

⁷⁶² Declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en la STC 235/2007, de 7 de noviembre. En este sentido ver el apartado 4.4.1.3. de la presente investigación.

4.3.4.1. Análisis de las características del artículo

Esta conducta, de la misma forma que la descrita en el artículo 510 CP, debe ser calificada como un delito de peligro abstracto⁷⁶³. En este sentido, para que la conducta sea perseguible no se necesita la materialización de algún acto que lleve a la comisión de un delito de genocidio. Lo que sí se exige es que las conductas mediante las que este se justifique, bien pretendan rehabilitar regímenes que los favorezcan, bien sean ideales para crear actitudes hostiles hacia el grupo que se ve afectado por las afirmaciones⁷⁶⁴.

Esta conducta cubriría tanto las incitaciones directas como las indirectas, veladas o subliminales, a cometer este delito⁷⁶⁵. El Tribunal Constitucional afirma en la STC 176/1995, de 11 de diciembre, en que juzga el contenido de un tebeo titulado *Hitler-SS* que: “a lo largo de sus casi cien páginas se habla el lenguaje del odio, con una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación”⁷⁶⁶. El TC reconoce en esta misma sentencia que “la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución”⁷⁶⁷, por lo que esta actitud no debe ser amparada por el derecho fundamental a la libertad de expresión. Aunque esta sentencia no versa sobre la aplicación del artículo 607.2 CP, puesto que es anterior a la modificación del Código penal de 1995, sus conclusiones sí que son extrapolables a la

⁷⁶³ Lorenzo Copello, Patricia, «La discriminación en el Código Penal de 1995», 268; Alejandro Turienzo Fernández, «El delito de negación del holocausto», *InDret* 1 (2015): 15-16.

⁷⁶⁴ Gonzalo Rodríguez Mourullo, dir., *Comentarios al Código penal* (Madrid: Civitas, 1997), 1424.

⁷⁶⁵ Gómez Navajas, Justa, «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código Penal de 1995 (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre 1998)», 8-12.

⁷⁶⁶ STC 176/1995, de 11 de diciembre, Fº Jº 5º.

⁷⁶⁷ STC 176/1995, de 11 de diciembre, Fº Jº 5º.

interpretación que se debe hacer de este artículo ya que el contenido de la decisión recae directamente sobre el supuesto de hecho regulado por el precepto.

Así, el tipo penal lleva aparejado el castigo de la negación y de la justificación de los delitos de genocidio. Estas dos conductas deben ser singularizadas ya que, como se ha afirmado, la tipificación de la primera ha sido declarada inconstitucional, siendo a partir de entonces únicamente perseguibles aquellas conductas que tiendan a justificar este tipo de delitos cometidos contra la comunidad internacional.

4.3.4.1.1. Negación de los delitos de genocidio

La conducta que tiene como objetivo negar los delitos de genocidio en base a indagaciones pseudocientíficas, intenta ofrecer una especie de apariencia académica a trabajos de investigación fundados en averiguaciones y en hechos que llevan a sus autores a establecer que un determinado hecho no existió y que es una gran mentira (negacionismo), o que no fue de la magnitud que se le presupone (revisionismo)⁷⁶⁸. Este tipo de intervenciones fraudulentas, execrables y moralmente reprobables, deben ser combatidas como se ha argumentado en el apartado 2.3.3., con la expulsión de dichos *seudoinvestigadores* de la academia científica, reprobando y desterrando su trabajo⁷⁶⁹. El propio Tribunal Constitucional en su jurisprudencia ha señalado que “las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con

⁷⁶⁸ Sobre todo las conductas denominadas *negacionistas*, o también como *la mentira de Auschwitz*, cuyo objetivo es negar los hechos ocurridos durante el III Reich en Alemania, calificándolo de la gran mentira sionista. En este sentido ver los apartados 2.3.3. y 2.3.4. de la presente investigación.

⁷⁶⁹ De la misma opinión: Stanley Fish, «Holocaust Denial and Academic Freedom», *Valparaiso University Law Review* 35-3 (2001): 512-524. De opinión contraria: Ángel López-Sidro López, «Negacionista y discurso del odio en España», en *La gobernanza de la diversidad religiosa. Personalidad y territorialidad en la sociedades multiculturales*, dir. por Francisca Pérez-Madrid y Montserrat Gas Aixendri (Pamplona: Aranzadi, 2013), 96-99; Abraham Barrero Ortega, «Negacionismo y libertad de expresión o de cómo frenar el discurso del odio», en *Holocausto y crímenes contra la humanidad. Claves y recorridos del Antisemitismo*, coord. por José Cruz Díaz y Rafael Rodríguez Prieto (Montcada i Reixac: Anthropos, 2009), 100-105; Michel Troper, «Derecho y negacionismo: La Ley Gayssot y la Constitución», *Anuario de Derechos Humanos* 2 (2011): 970-981.

respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean –y ciertamente lo son al negar la evidencia de la historia–, quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 C.E.), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 C.E.), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos”⁷⁷⁰, circunstancia que me lleva a afirmar que la negación del Holocausto, “no es por sí misma un caso de discurso del odio”⁷⁷¹ penalmente relevante. En este sentido según la acertada opinión de Borja⁷⁷², la negación de los delitos de genocidio no debería ser considerada una actitud perseguible, puesto que esto nos llevaría a establecer

⁷⁷⁰ STC 217/1991, de 11 de noviembre, Fº Jº 8º. Ver también: STC 235/2007, de 7 de noviembre, Fº Jº 4º. Ver también: Jörg Luther, «El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada», *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 9 (2008): 278-283.

⁷⁷¹ Bhikhu Parekh, «Hate Speech. Is there any case for banning?», 215. “Holocaust denial, for example, is not by itself a case of hate speech”. En el mismo sentido: Juan M. Bilbao Ubillos, «La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)», *Revista Española de Derecho Constitucional* 85 (2009): 337.

⁷⁷² Borja Jiménez, Emiliano, *Violencia y criminalidad racista ...*, 300-306. De la misma opinión: Laurenzo Copello, Patricia, «La discriminación en el Código Penal de 1995», 269; Bernardo José Feijoo Sánchez, «Reflexiones sobre los delitos de genocidio (artículo 607 del Código Penal)», *La ley: Revista jurídica de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* 6 (1998): 10-18; Gómez Navajas, Justa, «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código Penal de 1995 (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre 1998)», 13; Saavedra López, Modesto, «El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», 558-561; María Lidia Suárez Espino, «Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio», *InDret Revista para el Análisis del Derecho* 2 (2008): 5; Juan Antonio Lascaraín Sánchez, «La libertad de expresión tenía un precio. (Sobre la STC 235/2007, de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio)», *Revista Aranzadi Doctrinal* 6 (2010): 5-7; José Antonio Ramos Vázquez, «La declaración de inconstitucionalidad del delito de «negacionismo» (art. 607.2 del Código Penal)», *Revista Penal* 23 (2009): 132-137; José Miguel de la Rosa Cortina, «Negacionismo y revisionismo del genocidio: perspectiva penal y constitucional», *Diario LA LEY* 6842 (2007): 3-5; Landa Gorostiza, Jon-Mirena, *La política criminal contra ...*, 169-173; Gómez Martín, Víctor, «¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad? A propósito de los delitos de odio y la discriminación en el Código penal español», 205-206 y 215-221; Artūrs Kučs, «Denial of Genocide and Crimes against Humanity in the Jurisprudence of Human Rights Monitoring Bodies», *Journal of Ethnic and Migration Studies* 40-2 (2014): 314-315; Göran Rollnert Liern, «Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional: los límites de la libertad de expresión (a propósito de la STC 235/2007)», *Revista de Derecho Político* 73 (2008): 110-144.

verdades oficiales u objetivas sobre hechos históricos⁷⁷³ abiertos a debate que, aunque peregrinas y ciertamente perversas, son únicamente la exteriorización de unas opiniones o la comunicación de resultados seudocientíficos⁷⁷⁴ y no es tarea del Derecho penal el castigo de opiniones disidentes o la reprobación de investigaciones inanes.

Sin embargo el TC afirma que esto no significa aceptar cualquier tipo de opinión. Las expresiones injuriosas o ultrajantes, que no guardan ningún tipo de relación con la idea que se intenta exponer y por lo tanto superfluas al acto de comunicación, no están protegidas⁷⁷⁵. Así, en el momento en el que se utiliza este tipo de discurso para afirmar que los miembros de un colectivo son personas en las que no se puede confiar o que representan una presencia hostil y no podemos convivir con ellos, entonces sí que podríamos estar ante la materialización de la conducta descrita en el artículo 510 CP⁷⁷⁶, y por lo tanto exigir responsabilidades a su autor.

⁷⁷³ Es interesante nombrar aquí la posición de Popper sobre la necesidad del desarrollo continuo de la ciencia para que esta progrese. Este afirma «la situación de la verdad en el sentido objetivo, como correspondencia con los hechos, y su papel como principio regulador pueden ser comparados con un pico montañoso que está permanentemente, o casi permanentemente, envuelto en nubes. El alpinista no solamente puede tener dificultades para llegar a él, sino que puede no saber cuándo llega a él, porque puede ser incapaz de distinguir, en medio de las nubes, la cumbre principal de algún pico subsidiario. Pero esto no altera el hecho de la existencia objetiva de la cumbre, y si el alpinista dice: “Tengo dudas acerca de si llegué realmente a la cumbre”, entonces reconoce, por implicación, la existencia objetiva de la cumbre. La idea misma de error o la de duda (en su normal sentido directo) implican la idea de una verdad objetiva que podemos no alcanzar)». Karl R. Popper, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico* (Barcelona: Paidós, 1983), 227.

⁷⁷⁴ En ese sentido y tal y como señalé en el apartado 2.3.3. referente al Código penal alemán, me gustaría recordar las palabras de Kant oponiéndose a detraer del debate público ciertos dogmas que no puedan ser discutidos por la opinión pública. Ver el apartado 1.1. de la presente investigación.

⁷⁷⁵ STC 235/2007, de 7 de noviembre, Fº Jº 5º. De opinión contraria a la inconstitucionalidad de la negación de los delitos de genocidio ver: Javier Tajadura Tejada, «Libertad de expresión y negación del genocidio: Comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007», *Revista Vasca de Administración Pública* 80 (2009): 250-255; Alexandre H. Català i Blas y Zulima Pérez i Seguí, «La negación del holocausto. A propósito de la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007», *Revista Europea de Derechos Fundamentales* 10 (2007): 181-196. En esta los autores afirman que esta declaración de inconstitucionalidad significar dar alas a los intolerantes.

⁷⁷⁶ En este sentido ver: Parekh, Bhikhu, «Hate Speech. Is there any case for banning?», 214-223; Bilbao Ubillos, Juan M., «La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)», 335.

4.3.4.1.2. Justificación de los delitos de genocidio

En segundo lugar, las conductas que sí son típicas de acuerdo con la redacción del tipo posterior a la sentencia de inconstitucionalidad son aquellas que pretenden la justificación de los delitos de genocidio. Estas se diferencian de las negacionistas en que concurren a este discurso juicios de valor humillantes, despectivos o denigrantes en contra de las víctimas o que tienen por objetivo ensalzar o vanagloriar a sus verdugos. Aquí sí se observa adecuada⁷⁷⁷, cuanto menos, la investigación de dichos comportamientos por parte de los tribunales, dado que las actitudes descritas sí que son ideales para lesionar el derecho fundamental al honor o por ir en contra de valores fundamentales del Estado social y democrático de Derecho como es la igualdad o por atacar a la dignidad de las personas a las que se dirige el discurso⁷⁷⁸.

De esta forma si la conducta negacionista va más allá de la simple refutación de los hechos y lleva aparejada la presentación de los crímenes de genocidio cometidos contra algún grupo social como justos o merecidos, podríamos encontrarnos ante una conducta que podría ser punible con arreglo al artículo. Ante esta realidad sí que se observa una colisión de bienes jurídicos, dignos de protección merecedora de tutela por parte de los tribunales, que no estaría protegida por el

⁷⁷⁷ Lorenzo Copello, Patricia, «La discriminación en el Código Penal de 1995», 269; Lorenzo Copello, Patricia, «La protección penal frente a conductas racistas y xenófobas», 194; Barrero Ortega, Abraham, «Negacionismo y libertad de expresión o de cómo frenar el discurso del odio», 98-99; Gómez Navajas, Justa, «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código Penal de 1995 (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre 1998)», 14; Suárez Espino, María Lidia, «Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio», 11; Lascuráin Sánchez, Juan Antonio, «La libertad de expresión tenía un precio. (Sobre la STC 235/2007, de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio)», 8. También encontramos autores que opinan que la STC 235/2007, de 7 de noviembre, debería haber declara inconstitucional el segundo apartado del 607.2 CP. Ver: Ramos Vázquez, José Antonio, «La declaración de inconstitucionalidad del delito de «negacionismo» (art. 607.2 del Código Penal)», 132-137; de la Rosa Cortina, José Miguel, «Negacionista y revisionismo del genocidio: perspectiva penal y constitucional», 4-5.

⁷⁷⁸ STC 235/2007, de 7 de noviembre, Fº Jº 5º.

derecho a la libertad de expresión por encuadrarse dentro de una de las circunstancias que el TC ha declarado como de abuso de derecho.

4.3.5. Problemas dogmáticos que suscita la protección contemplada en los artículos 510 CP y 607.2 CP

Una vez estudiado el contenido de los artículos es necesario conocer cuáles han sido las críticas que la doctrina ha realizado y abordarlas desde un punto de vista valorativo. Como ha quedado patente, existe un vivo debate sobre la adecuación de estos dos artículos a los principios esenciales del Estado democrático de Derecho y del papel que dentro de este debe jugar el Derecho penal. Parte de la doctrina opina que mediante su inclusión en el Código penal el legislado superó en buena medida la ultima ratio que se le adscribe a esta jurisdicción, por ser el último instrumento que se debería utilizar para castigar comportamientos cuya tipificación es más que dudosa y que a su vez limitan el ejercicio de derechos fundamentales recogidos en la Constitución.

Con la intención de realizar un análisis ordenado de las valoraciones doctrinales, el presente apartado se estructurará de la siguiente forma: en primer lugar y por su importancia, se tratará la identificación del castigo del discurso del odio con el llamado *derecho penal del enemigo*, por las implicaciones que este tiene respecto de las garantías que se le suponen al Derecho penal dentro del Estado democrático de Derecho; en segundo lugar se estudiarán el resto de críticas que han recibido de forma conjunta ambos artículos; en tercer lugar las realizadas al artículo 510 CP; y en cuarto y último lugar las recibidas por el precepto 607.2 CP.

4.3.5.1. Identificación de la protección frente al discurso del odio de los artículos 510 CP y 607.2 CP con el Derecho penal de enemigo

En este apartado analizaré la identificación que algunos autores ha realizado de la protección ofrecida por los artículos 510 CP y 607.2 CP, con el llamado Derecho penal del enemigo (o derecho penal de excepción), teorizado por Jakobs⁷⁷⁹. Las particularidades de este tipo de Derecho penal que se aparta de forma inaceptable de características esenciales que de forma clásica se le han adscrito a esta jurisdicción como la supresión del principio de generalidad mediante la creación de dos Derechos penales diferentes con garantías diversas, hace necesario su conocimiento de forma particular.

Como pone de relieve Rodríguez⁷⁸⁰, el desarrollo que nuestras sociedades están sufriendo desde el surgimiento de los Estados liberales hace necesaria la actualización del Derecho penal. Esto se realiza con el objetivo de que este pueda ofrecer una respuesta efectiva ante las nuevas conductas que tienden a poner en peligro bienes y derechos merecedores de protección difícilmente tutelables bajo las concepciones clásicas de los delitos de lesión⁷⁸¹. Esta circunstancia ha llevado al legislador a la creación de los delitos de peligro, dentro de la tutela del riesgo, adelantando las barreras de punición penal a estadios anteriores a la materialización efectiva de la conducta que se pretende evitar.

En paralelo al surgimiento de esta nueva tipología delictual se observa la aparición de lo que Rodríguez llama el Derecho penal autoritario “que poco o nada tiene que ver con la modernización del Derecho penal, sino que se trata más bien de

⁷⁷⁹ Günter Jakobs, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck* (Düsseldorf: Ferdinand Schöningh, 2004); Günter Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del Enemigo* (Navarra: Aranzadi, 2006).

⁷⁸⁰ Rodríguez Montañés, Teresa, *Libertad de expresión, ...*, 23-32.

⁷⁸¹ Andrea Castaldo, «La concreción del “riesgo jurídicamente relevante”», en *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, ed. por Jesús María Silva Sánchez (Barcelona: Bosch, 1997), 234-235.

la justificación moderna de las cada vez más frecuentes decisiones político-criminales que –con escaso respeto a los derechos fundamentales y las libertades básicas, intensifican la actuación del Derecho penal en ámbitos de delincuencia clásica, fundamentalmente la delincuencia organizada (terrorismo y narcotráfico), la delincuencia grave de naturaleza violenta o sexual y la criminalidad de la marginación y la exclusión social”⁷⁸².

Estos dos movimientos, vinculados inicialmente con la protección de la sociedad del riesgo como señala Díez⁷⁸³, bien pronto han empezado a moverse en planos opuestos abordando realidades diferentes desde perspectivas ideológicas muy diversas. Uno de los problemas principales que este autor aduce es que estas nuevas figuras delictivas, en algunas ocasiones, no se utilizan para combatir nuevos modelos de delincuencia que necesitan de la adaptación de los modelos clásicos para hacerles frente, sino para perseguir viejos paradigmas delictivos que ya se combatían mediante los tipos clásicos y que las actuales decisiones político-criminales expanden e incrementan su punición sin importar el recorrido histórico que estas figuras tienen en nuestros códigos penales y sin conocer si la respuesta que ofrecían ya era la adecuada para luchar contra estas conductas.

Dentro de este panorama se enmarca lo que Jakobs definió en el año 1985 como Derecho penal del enemigo, una teoría que intentaba dar una respuesta a la creación de ciertos tipos delictivos incluidos en el Código penal alemán. Jakobs defiende la creación de dos derechos penales diferentes: por una parte el Derecho

⁷⁸² Rodríguez Montañés, Teresa, *Libertad de expresión, ...*, 25.

⁷⁸³ José Luis Díez Ripollés, «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 07-01 (2005): 9-22.

penal del ciudadano y por otra el Derecho penal para el enemigo⁷⁸⁴, con el pretexto de dar respuesta a estas nuevas formas de tutela de riesgo en las sociedades actuales⁷⁸⁵.

Respecto del primero, el Derecho penal deberá esperar a que el ciudadano exteriorice su conducta para poder reaccionar. Este tiene la consideración de persona que, si bien actúa equivocadamente y por esto se le puede calificar como delincuente, no es peligrosa y por lo tanto su conducta seguirá el Código penal para los ciudadanos, lo que le supone gozar de las garantías con las que cuenta el Derecho penal de forma tradicional⁷⁸⁶.

Sin embargo el Derecho penal del enemigo actuará contra las personas que son calificadas de enemigos de la sociedad y del Estado, que son aquellas que niegan la legitimidad del ordenamiento jurídico y pretenden acabar con él⁷⁸⁷. Ante estos se puede actuar en una fase previa a la comisión del delito ya que la alta peligrosidad de las acciones que pueden realizar hacen necesaria una intervención penal más temprana. Contra ellos el Estado puede utilizar todos los recursos que tenga disponibles, incluyendo la guerra. Estos individuos no puede gozar de los beneficios que tiene el concepto de persona porque “quien continuamente se

⁷⁸⁴ Jakobs, Günter y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del Enemigo*, 42. En este sentido ver: Luis Gracia Martín, *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2005), 175; Gómez Martín, Víctor, «Sobre la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs», 1046-1049; Miguel Polaino Navarrete y Miguel Polaino-Orts, «Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos», en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, coord. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (Madrid: EDISOFER, 2006), 591-605.

⁷⁸⁵ Jakobs ha ido matizando su discurso acerca de esta separación afirmando en las últimas obras que es difícil que ambos modelos sean llevados a la práctica de un modo puro y que por consiguiente “no puede tratarse de contraponer dos esferas aisladas del Derecho penal, sino de describir dos polos de *un solo* mundo o de mostrar dos tendencias opuestas, en *un solo* contexto jurídico-penal. Tal descripción revela que es perfectamente posible que estas tendencias se superpongan, es decir, que se solapen aquellas conducentes a tratar al autor como persona y aquellas otras dirigidas a tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros”. Jakobs, Günter y Manuel Cancio Meliá. *Derecho penal del Enemigo*, 22. Énfasis en el original.

⁷⁸⁶ Kai Ambos, *Derecho penal del enemigo*. Trad. por Carlos Gómez-Jara Díez y Miguel Lamadrid (Bogotá: Servicio de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2007), 26.

⁷⁸⁷ Ambos, Kai, *Derecho penal del enemigo*, 27.

comporta como Satanás, no puede ser tratado al menos como persona en Derecho (*Rechtsperson*) en relativo a la confianza de que va a cumplir con sus deberes; dado que carece de los fundamentos cognitivos⁷⁸⁸. Por lo tanto este Derecho se identifica con el Derecho penal de autor⁷⁸⁹ ya que se basa en la posible peligrosidad de las personas que forman la sociedad con el objetivo de crear enemigos oficiales que pretenden destruir el Estado democrático de Derecho.

Así, el Derecho penal del enemigo se caracteriza por estos tres elementos⁷⁹⁰:

- 1) El primero es el amplio adelantamiento de las barreras de punición penal hasta un momento en el cual aún no se ha cometido el delito, pero en el cual el Derecho penal ya puede actuar debido a la peligrosidad del individuo. Esta conducta puede no haber salido aún de la esfera privada del individuo.

⁷⁸⁸ Jakobs, Günter, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 41. “Beispielhaft, wer sich dauernd wie der Satan aufführt, den kann man zumindest insoweit nicht als Rechtsperson behandeln, als es um das Vertrauen geht, er werde seine Pflichten erfüllen; denn dafür fehlt die kognitive Untermauerung”. Se manifiesta de igual forma en: Jakobs, Günter y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del Enemigo*, 47.

⁷⁸⁹ Adela Asua Batarrita, «El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas” y conductas periféricas», en *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal de la exclusión, coord. por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (Madrid: EDISOFER, 2006), 242-243; Francisco Muñoz Conde, «De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”», en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, coord. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (Madrid: EDISOFER, 2006), 345-346. La crítica sobre la identificación de los artículos 510 CP y 607.2 CP con el derecho penal de autor se tratará específicamente en el apartado 4.3.5.2.

⁷⁹⁰ Jakobs, Günter y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del Enemigo*, 21-55. Ver también: Rodríguez Montañés, Teresa, *Libertad de expresión*, ..., 35-42; Víctor Gómez Martín, «Sobre la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs», en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, coord. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (Madrid: EDISOFER, 2006), 1008-1009; Gracia Martín, Luis, *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, 106-112. Este último autor incluye alguna característica más como tratamiento diferenciado en la política penitenciaria a los individuos calificados de enemigos que tampoco seguiría las reglas contempladas para los ciudadanos/persona.

- 1) El segundo es la perspectiva jurídico-penal prospectiva que castiga un hecho futuro (en relación con el punto anterior) y no retrospectiva (castigo de hecho pasado).
- 2) El tercer elemento es la relativización, o incluso suspensión, de determinadas garantías penales y procesales.

Para Jakobs el Derecho penal del enemigo tiende a la eliminación de peligros⁷⁹¹, creando tipologías delictivas de autor identificando al delincuente con el enemigo. La peligrosidad de este es de tal magnitud que puede ser tratado de forma diferente a cualquier otro ciudadano/persona. Jakobs afirma que nadie puede ser “obligado a entrar en el estado de ciudadanía y participar de los beneficios del concepto de persona”⁷⁹² y que, por lo tanto, aquellos que se niegan a participar de esta pueden ser legítimamente castigados con arreglo a este concepto de enemigos dado que “quien gana la guerra determina la norma”⁷⁹³.

Las áreas clásicas donde el Derecho penal del enemigo está irrumpiendo se identifican con tres bloques de comportamientos⁷⁹⁴ que pueden agruparse dentro de los conceptos de: delincuencia organizada, delincuencia grave de naturaleza violenta, sexual o económica y delincuencia terrorista.

⁷⁹¹ Jakobs, Günter y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del Enemigo*, 42.

⁷⁹² Jakobs, Günter y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del Enemigo*, 40.

⁷⁹³ Jakobs, Günter y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del Enemigo*, 41.

⁷⁹⁴ Jakobs, Günter y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del Enemigo*, 38-40; Díez Ripollés, José Luis, «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», 15-17.

4.3.5.1.1. Principales críticas que ha recibido el Derecho penal del enemigo y su no asimilación con la protección ofrecida por los artículos 510 CP y 607.2 CP

Una vez expuesta la teoría del Derecho penal del enemigo es necesario, por una lado, exponer las críticas que esta ha recibido por parte de la doctrina y por otro lado, lo que supone la imposibilidad de identificar la protección ofrecida en los artículos 510 CP y 607.2 CP con la política criminal que supone el postulado aquí descrito. Como es previsible, las críticas que ha recibido la teoría del Derecho penal del enemigo provienen de diversos frentes. Aquí destacaré las más importantes dado que este tema ha generado una cantidad muy importante de bibliografía.

El intento de dividir a la ciudadanía en dos categorías, persona/ciudadano y enemigo, es una clasificación que no se realiza en base a ninguna ordenación legal sino “que se determina con independencia de ello sobre la base de un posicionamiento de «enemigo» respecto del orden estatal y –posiblemente– sobre la base de la decisión de oponerse de modo duradero a los valores de este ordenamiento”⁷⁹⁵. Esto tiene como objetivo garantizar de forma diferente derechos fundamentales protegidos constitucionalmente, lo que supone un ataque directo al Estado social y democrático de Derecho tal y como está configurado en la actualidad. Es un intento de limitar de forma inaceptable lo que Garzón definió como *el coto vedado*, que “no pueden ser objeto de recortes productos de negociaciones [puesto que] constituyen el núcleo no negociable de una constitución democrático-liberal que propicia el Estado social de derecho”⁷⁹⁶, en un sistema donde la Constitución, por un lado, consagra derechos básicos vinculados directamente con la dignidad de la persona de la que gozan todos los seres humanos y por otro lado, establece las reglas básicas de funcionamiento del propio sistema,

⁷⁹⁵ Ambos, Kai, *Derecho penal del enemigo*, 28-29.

⁷⁹⁶ Ernesto Garzón Valdés, «Representación y democracia», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 6 (1989): 162.

disponiendo la primacía del contenido de estos derechos sobre cualquier desarrollo normativo de rango inferior que intente su limitación⁷⁹⁷.

Con arreglo a lo argumentado hasta el momento, los artículos del Código penal aquí estudiados, encargados de tipificar el discurso del odio, no pueden ser identificados con el Derecho penal del enemigo por tres cuestiones fundamentales: el control constitucional de los tipos, la justificación del adelantamiento de las barreras de punición penal y la no suspensión de las garantías penales o procesales penales en las investigaciones policiales o en los juicios.

Respecto del control constitucional de los tipos, debemos tener en cuenta que las conductas penalmente reprochables por los artículos 510 CP y 607.2 CP consisten en provocar que otros lleven a cabo conductas discriminatorias, violentas u odiosas, que pongan en peligro bienes jurídicamente relevantes como la dignidad, la igualdad, la no discriminación o el honor. Estos valores y derechos están protegidos en nuestra Constitución que funciona como un límite infranqueable a la actividad del legislador ya que tanto su núcleo como la interpretación que de estos realiza el Tribunal Constitucional, no pueden ser limitados por el Derecho penal⁷⁹⁸.

Efectivamente los delitos de peligro suponen un adelantamiento de las barreras de punición penal respecto a los delitos clásicos, en los que se necesita la materialización de la conducta para observar el daño. Esta circunstancia es consecuencia y está justificada por las formas en las que se pueden poner en peligro los bienes jurídicos mencionados, que necesitan de la tutela penal con el objetivo de ofrecer una respuesta integral a las víctimas que sufren este tipo de ataques que, por ser relativos a derechos fundamentales necesitan las máximas garantías. No parece

⁷⁹⁷ Rodríguez Montañés, Teresa, *Libertad de expresión*, ..., 47-48.

⁷⁹⁸ Gracia Martín, Luis, *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, 199-211. Ver también la STC 235/2007, de 7 de noviembre, en la que el Tribunal Constitucional afirma en el Fº Jº 6º que: a las normas penales les está vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales.

adecuado identificar cualquier avance en inicio del castigo penal con el Derecho penal del enemigo ya que existen diversos niveles en este adelantamiento. El Derecho penal del enemigo faculta al Derecho penal a intervenir antes de que el sujeto exteriorice su conducta de forma voluntaria mediante la intromisión en su esfera privada donde. En el caso del discurso del odio no es posible la intervención penal en este sentido. Esta diferencia es esencial en la distinción entre este Derecho y los delitos de peligro.

Respecto a la suspensión de las garantías penales o procesales penales, esto simplemente no es identificable en la aplicación de los artículos 510 CP o 607.2 CP, por cuanto estos son de aplicación general y no se prevén procedimientos especiales o la suspensión de ninguna garantía en la aplicación, circunstancia también esencial en el momento de separar la protección ofrecida por los artículos de la teoría del Derecho penal del enemigo. Este modelo político-criminal identifica al delincuente con el enemigo, al que tendrá que suprimir y no juzgar, circunstancia que faculta el arrumbamiento de todo el sistema de garantías procesales, deformando principios tan importantes como el de legalidad⁷⁹⁹ ya que “el reo debe ser castigado por lo que es y no por lo que hace”⁸⁰⁰, dando como resultado una segunda alteración que es la de convertir al juez en “enemigo del reo”⁸⁰¹, circunstancia por la que pierde toda su imparcialidad. Como veremos en el apartado 4.4. de la presente investigación, la aplicación de los artículos 510 CP y 607.2 CP sigue todos los procedimientos previstos por el ordenamiento jurídico y el escrutinio estricto del Tribunal Constitucional que, a lo largo de su jurisprudencia sobre el asunto, ha establecido

⁷⁹⁹ Pero no solo este. También significa una supresión de los principios de presunción de inocencia, carga de la prueba, derechos de defensa, etc.

⁸⁰⁰ Ferrajoli, Luigi, «El derecho penal del enemigo y la disolución del Derecho penal», 13.

⁸⁰¹ Aquí Ferrajoli se hace eco de las palabras de Beccaria, cuando este se refiere al juez que no busca la verdad, sino únicamente hallar el delito en la figura del acusado, que es de lo que acusa Ferrajoli al Derecho penal del enemigo. La cita se ha comprobado en: Cesare Beccaria. *Tratado de los delitos y de las penas*. Trad. por Juan Rivera (Madrid: Impresión de Fermín Villalpando, 1821), 50.

los límites legales que se le pueden imponer al derecho fundamental a la libertad de expresión.

Finalmente creo necesario exponer algunos ejemplos, que sí son un claro paradigma de la aplicación del Derecho penal del enemigo, con el objetivo de mostrar las diferencias entre estos y la regulación que aquí se estudia. Un prototipo elemental son las leyes que se han emitido en diversos Estados con el objetivo de combatir el terrorismo que, bajo el baluarte de la protección de la seguridad de los ciudadanos, han llevado a relajar las garantías en las investigaciones policiales y en los procesos judiciales ante ciertos delitos que han precipitado en ejemplos tan claros como el de Guantánamo, Abu Ghraib o los asesinatos selectivos sin juicio previo (como el de Bin Laden)⁸⁰². Estos sí son los prototipos del Derecho penal del enemigo⁸⁰³, que como se puede observar, distan enormemente de los artículos aquí investigados.

Por todo lo visto, esta teoría debe ser rechazada dado que en su raíces está la negación de la propia dignidad de la personas a las que se identifica como enemigos, circunstancia que no es posible en un Estado democrático de Derecho.

4.3.5.2. *Problemas comunes*

En este apartado expondré los problemas comunes que la doctrina ha adscrito a los artículos aquí estudiados. Concretamente estos son: en primer lugar, la identificación de estos delitos con el derecho penal de autor; en segundo lugar, la elección de la jurisdicción penal para su castigo; en tercer lugar, la creación de los

⁸⁰² Rodríguez Montañés, Teresa. *Libertad de expresión, ...*, 33. Ejemplos que tienen su contraparte también en Europa. ver: Muñoz Conde, Francisco, «De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”», 350-351.

⁸⁰³ El propio Jakobs se refiere a esto en: Günter Jakobs, «¿Terroristas como personas en Derecho?», en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, coord. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez (Madrid: EDISOFER, 2006), 85-86.

delitos de peligro; en cuarto lugar, el efecto desaliento que se le presupone a este tipo de regulación; y en quinto y último lugar, la falta de proporcionalidad en las penas. Además de estudiar cada una de estas cuestiones, aportaré mi valoración crítica de las mismas para así no únicamente limitarme a su descripción.

En primer lugar, una de las críticas principales que la doctrina ha realizado a la regulación del discurso del odio en nuestro ordenamiento jurídico es su identificación con el llamado Derecho penal de autor⁸⁰⁴. Una parte de la doctrina opina que la intención de estos artículos es castigar conductas que intentan provocar actitudes o comportamientos “consistentes en despertar en terceros una actitud interna de rechazo”⁸⁰⁵, sin que estas conductas se materialicen en la comisión de delito alguno, “castigando a aquellos que piensan de una determinada manera y expresan lo que opinan”⁸⁰⁶. Esta crítica es defendida por aquellos autores que identifican las conductas de provocación a la discriminación, al odio, a la violencia, o de justificación de los delitos de genocidio, como actitudes moralmente reprobables que únicamente pretenden castigar las actitudes racistas del foro interno del individuo, circunstancia que debería ser completamente ajena al Derecho penal⁸⁰⁷. Estos afirman que el juez, en la determinación de la pena por este tipo de delitos, debe tener en cuenta “la finalidad de carácter preventivo-especial [de la pena], además de la mayor o menor gravedad del hecho, en especial las circunstancias personales del reo y, singularmente, su nivel de peligrosidad”⁸⁰⁸. Por

⁸⁰⁴ Gómez Martín, Víctor, «¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad? A propósito de los delitos de odio y la discriminación en el Código penal español», 196.

⁸⁰⁵ Gómez Martín, Víctor, «Discurso del odio y principio del hecho», 114.

⁸⁰⁶ Bernal del Castillo, Jesús, *La discriminación en el derecho ...*, 81 y 92-94.

⁸⁰⁷ En este sentido ver lo estudiado respecto de la vinculación del concepto de provocación del artículo 510 CP con el 18 CP en el apartado 4.3.2.3.

⁸⁰⁸ Gómez Martín, Víctor, «Discurso del odio y principio del hecho», 112-113.

lo tanto no únicamente se tiene en cuenta la responsabilidad por el hecho⁸⁰⁹ sino que se pone el foco de atención en las características personales del autor que ha cometido el delito.

En este sentido no estoy de acuerdo con esta interpretación. Las conductas típicas descritas en los artículos no castigan el racismo del foro interno. Lo que sí se penaliza es la manifestación externa de esa voluntad interna de querer provocar en otra persona la adopción de actitudes discriminatorias, violentas, odiosas o justificadoras de algún delito de genocidio que son aptas para lesionar la dignidad de la persona como bien jurídico merecedor de amparo por parte del ordenamiento jurídico⁸¹⁰. Por lo tanto, aunque el sujeto que realice la conducta típica lo haga movido probablemente por una actitud racista o xenófoba interna, la regulación de estas conductas no pone el acento en “una actitud interna inmoral sino en la realización de la conducta: fomentar en terceros algunas de las actitudes internas de discriminación, odio o violencia hacia las minorías a las que se refiere el precepto”⁸¹¹. Además, como se ha argumentado en el apartado 4.2., para que se observe la consecución de los comportamientos típicos es necesario tener en cuenta una pluralidad de factores entre los que ni figura, ni podría llegar a figurar, la esfera volitiva interna del acusado de un delito de esta tipología.

En segundo lugar, es ampliamente discutida la elección de la jurisdicción penal para regular la utilización de la libertad de expresión dentro del marco del discurso del odio por los posibles efectos perniciosos en los que puede resultar. Se argumenta que esta opción puede cercenar de forma inaceptable la formación del debate público al sustraer de este ciertas ideas. Concretamente Landa hace

⁸⁰⁹ Principio fundamental del Derecho penal por el que únicamente se pueden prohibir y castigar actitudes consistentes en hechos, actos, conductas o comportamientos. Ver: Alessandro Baratta «Principios de Derecho Penal Mínimo», en *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, ed. por Alessandro Baratta (Buenos Aires: Editorial B de F, 2004), 318-322.

⁸¹⁰ Borja Jiménez, Emiliano, *Violencia y criminalidad racista ...*, 357.

⁸¹¹ Gómez Martín, Víctor, «Discurso del odio y principio del hecho», 114-115.

referencia a un “agravamiento del problema precisamente por aplicarle un intento de solución represiva”⁸¹², afirmando que la falta de debate sobre estos temas es lo que fomenta su proliferación. Además, utilizar jurisdicción penal para castigar estos comportamientos supone abandonar el principio de intervención mínima esencial dentro de la articulación político-criminal que se le presupone, por lo cual el Derecho penal no trata de proteger cualquier bien de cualquier peligro sino “programar un control razonable de la criminalidad, seleccionando los objetos, medios e instrumentos”⁸¹³. El Derecho penal debe ser utilizado cuando el resto de soluciones de conflictos no ofrezcan suficientes garantías para poder ofrecer una respuesta adecuada⁸¹⁴.

Esta crítica pierde de vista el objeto de la protección que estos artículos ofrecen. El principal propósito que se intenta asegurar a través de los artículos 510 CP y 607.2 CP es la protección de dignidad humana, bien jurídico constitucional que informa todo el ordenamiento jurídico. Asimismo se pretende la reprobación de aquellas conductas que quieren amparar bajo libertad de expresión actitudes que arrinconan derechos fundamentales unidos intrínsecamente a la condición de persona y que son básicos para el desarrollo de una convivencia pacífica basada en principios y derechos constitucionales. La presentación de ideas mediante las cuales únicamente se busca el insulto, el denuesto y el vilipendio de ciertos colectivos que forman nuestra sociedad no puede ser protegido, dado que son comportamientos que no encuentran amparo en ningún valor digno de protección dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

⁸¹² Landa Gorostiza, Jon-Mirena, *Intervención penal frente a la xenofobia*. ...

⁸¹³ Antonio García-Pablos de Molina, «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del “Ius Punendi”», en *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, coord. por Juan José González Reus (Córdoba: Secretariado de publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1996), 250.

⁸¹⁴ Parte de la doctrina afirma que el abandono del principio de intervención mínima lleva a la hipertrofia del derecho penal. Efectivamente, más leyes penales y más represión no conducen a una sociedad con menos criminalidad y esta jurisdicción únicamente se debería emplear cuando el resto de opciones no ofrezcan una respuesta adecuada que afronte las posibles lesiones de derechos que se puedan producir. Ver: García-Pablos de Molina, Antonio, «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del “Ius Punendi”», 251-259.

Efectivamente, el recurso al Derecho penal debe ser considerado en última instancia para esta tarea. Combatir las actitudes que intentan provocar al odio étnico en nuestra sociedad debe ser un problema que se afronte desde una pluralidad de ámbitos, con intervenciones educativas basadas en valores sociales que promuevan los intereses de las sociedades multiculturales actuales, pero estos en ningún caso pueden ser impuestos. Un individuo los acepta o no dependiendo de lo que él entienda que debe ser la sociedad. Por esto los ataques que se puedan cometer contra bienes jurídicos dignos de protección como los aquí estudiados, deben ser tutelados en última instancia por el Derecho penal, con el objetivo de garantizar que el Estado democrático de Derecho ofrezca una respuesta a aquellos que ven vulnerado alguno de los derechos que les reconoce y garantiza el ordenamiento.

Una tercera crítica bastante extendida tiene que ver con la creación de los delitos de peligro abstracto⁸¹⁵. Se argumenta que estas nuevas figuras delictivas, por un lado, no identifican de forma clara el bien jurídico que tratan de proteger y, por otro lado, que las conductas en sí no son ideales para provocar un daño concreto en los bienes jurídicos protegidos por cuanto se intenta proteger una suerte de derechos colectivos o bienes supraindividuales cuyos contornos son por definición imprecisos⁸¹⁶. Además, la determinación que del peligro hacen estos tipos penales es *ex ante* y no *ex post*⁸¹⁷, lo que supone un adelanto de las barreras tradicionales de

⁸¹⁵ José Cerezo Mir, «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo», *Revista de Derecho Penal y Criminología* 10 (2002): 54-60; Landa Gorostiza, Jon-Mirena, «Racismo, xenofobia y Estado democrático», 69-71; Lorenzo Copello, Patricia, «La discriminación en el Código Penal de 1995», 264-265; Cuerda Arnau, María Luisa, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento», 40-43.

⁸¹⁶ Juan L. Fuentes Osorio, «Formas de anticipación de la tutela penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 08-08 (2006): 21-22; Marino Barbero Santos, «Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* 26-3 (1973): 487-493.

⁸¹⁷ Cerezo Mir, José, «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo», 50.

punición penal que parte de la doctrina⁸¹⁸ ha identificado como una verdadera extralimitación del legislador penal.

En este sentido, las sociedades cambian y con estas las formas de poner en peligro los bienes jurídicos y los derechos fundamentales garantizados en nuestros ordenamientos, tal y como se ha argumentado en el apartado 4.3.5.1. Los delitos de peligro abstracto han sido incluidos en diversos ámbitos (derechos ambientales o de seguridad del tráfico) y se han convertido en figuras que tutelan de forma efectiva bienes jurídicos valiosos para la sociedad. En el caso concreto que nos ocupa sirven para tutelar valores y derechos constitucionalmente protegidos que merecen el amparo del ordenamiento por proteger esferas esenciales del ser humano como la dignidad personal, representada en la necesidad de proteger el núcleo esencial de irreductible su personalidad. En este sentido la única forma de proteger efectivamente a los colectivos que son objeto del discurso del odio es a través de este tipo de figuras delictivas que tienen como finalidad prevenir la materialización de comportamientos aptos para crear un clima de hostilidad en su contra. Si estas actitudes no se persiguieran, tal y como argumenta el propio Tribunal Constitucional, el ordenamiento jurídico español estaría ofreciendo protección a actitudes racistas y xenófobas que pretender cercenar los derechos de ciertos grupos sociales por el mero hecho de pertenecer a estos colectivos. Esta crítica sería aceptable si en la aplicación del tipo, sin más reflexión sobre el caso concreto, se asumiera que las conductas son ideales para lesionar el bien jurídico. Pero como se ha podido observar en el apartado 4.2, y como se estudiará en el apartado 4.4. de la presente investigación, este no es el caso. Para que se alcance una condena por alguno de los artículos aquí estudiados es necesaria la observación de una pluralidad

⁸¹⁸ Landa Gorostiza, Jon-Mirena, «Racismo, xenofobia y Estado democrático», 69-71; Lorenzo Copello, Patricia, «La discriminación en el Código Penal de 1995», 264-265; Cuerda Arnau, María Luisa, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento», 40-43.

de requisitos⁸¹⁹ que nos lleven al convencimiento de que efectivamente el resultado de peligro se ha concretado en la acción del sujeto y que esta era ideal para lesionar alguno de los bienes jurídicos protegidos por la norma.

Una cuarta crítica común a ambos artículos es el denominado efecto de desaliento⁸²⁰ que el castigo por la jurisdicción penal puede suponer para aquellos individuos que, debido a la indeterminación de las conductas típicas, pueden dejar de hacer uso de su derecho a la libertad de expresión por temor a ser sancionados. Como pone de manifiesto Cuerda, este efecto de desaliento, conocido como el *chilling effect* en la jurisprudencia norteamericana, ha servido al Tribunal Supremo de EE. UU. para argumentar que el discurso del odio no puede ser prohibido⁸²¹ por crear una penalidad excesiva en el derecho contemplado en la Primera Enmienda que no permite regulación a este respecto. Esta doctrina argumenta que “carecería de justificación constitucional sancionar penalmente los excesos en el ejercicio de la libertad de expresión cuando nos encontramos ante conductas demasiado cercanas al lícito ejercicio de aquella”⁸²². Por lo tanto lo que se argumenta es que en una regulación tan discutida como es la del discurso del odio, que muchas veces bordea el discurso constitucionalmente protegido de aquel que no lo está, la sanción penal supone un castigo excesivo que podría desanimar a los ciudadanos en el ejercicio de su derecho constitucional a la libertad de expresión⁸²³. Este efecto puede ser

⁸¹⁹ Cerezo Mir, José, «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo», 49-52.

⁸²⁰ Cuerda Arnau, María Luisa, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento», 17-43; Alcácer Guirao, Rafael, «Discurso del odio y discurso político», 18-19.

⁸²¹ A este respecto ver el apartado 2.2.2. de la presente investigación.

⁸²² Cuerda Arnau, María Luisa, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento», 22.

⁸²³ Alcácer Guirao, Rafael, «Discurso del odio y discurso político», 16; Bernal del Castillo, Jesús, *La discriminación en el derecho penal*, 92.

provocado tanto por la falta de determinación de los tipos penales como por la desproporcionalidad en las penas previstas en estos⁸²⁴.

No parece adecuado observar que esta regulación esté creando un efecto de desaliento en la ciudadanía debido a una circunstancia fundamental. Las denuncias por utilización de discurso del odio en contra de las minorías étnicas presentes en España aumentan año tras año, tal y como ponen de manifiesto las memorias presentadas por el Ministerio del Interior⁸²⁵ y por el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona o por la fiscalía coordinadora de Tutela Penal de la Igualdad y contra la Discriminación⁸²⁶, entre otros⁸²⁷. Esto es un claro indicador de que las penas previstas no producen un efecto disuasivo en aquellos que pretenden llevarlo a cabo, por lo que no considero que los artículos 510 CP y 607.2 CP hayan provocado este efecto en la ciudadanía.

⁸²⁴ A este respecto es necesario comentar aquí que no es un tema pacífico en la doctrina determinar cuál de los dos problemas es el que provoca el efecto de desaliento. Ver: Díez Ripollés, José Luís, «El control de constitucionalidad de las leyes penales», 82-106. Si bien como pone de manifiesto Cuerda esta doctrina no intenta atajar problemas respecto de la legalidad de los tipos y por lo tanto deberemos atender a la proporcionalidad de las penas previstas en estos. Ver: Cuerda Arnau, María Luisa, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento», 25-27.

⁸²⁵ Ministerio del Interior, *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España* (Madrid: Ministerio del Interior, 2014), acceso 18 de mayo de 2015, http://explotacion.mtin.gob.es/oberaxe/documentacion_descargaFichero?bibliotecaDatoId=4063
En el año 2015, se ha publicado el informe sobre los delitos de odio cometidos en el año 2014. Ver: Ministerio del Interior, *Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España* (Madrid: Ministerio del Interior), acceso 18 de mayo de 2015, http://explotacion.mtin.gob.es/oberaxe/inicio_descargaFichero?bibliotecaDatoId=4064

⁸²⁶ Fiscalía General de Estado, Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado (Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2014), 585-587, acceso 8 de julio de 2015 https://www.fiscal.es/memorias/memoria2014/FISCALIA_SITE/index.html

Fiscalía Provincial de Barcelona Servicio de Delitos de Odio y Discriminación, acceso 8 de julio de 2015 https://www.gitanos.org/upload/03/63/Fiscalia_BCN_memoria_2010.pdf

⁸²⁷ Giménez-Salinas, Román y García realizan un interesante estudio donde recopilan datos de estudios anteriores en los que se muestra por una parte el aumento de los delitos de odio en los últimos años, pero también antes de la entrada en vigor de la normativa en el año 1995. Esto muestra que los delitos de estas características no son nuevos en nuestra sociedad, lo que sí es nuevo es la respuesta que el ordenamiento jurídico ofrece a las víctimas. Ver: Esther Giménez-Salinas i Colomer, Begoña Román Maestre y Marc García Solé, «Sociedad abierta y delitos de odio en la era de la globalización», *Eguzkilore* 17 (2003): 129-131.

Es quinto lugar podríamos encontrarnos con una falta en la proporcionalidad de las penas dado que, como ya he adelantado en los apartados 4.3.2., 4.3.3., y 4.3.4. “la punición de la provocación en relación con determinados delitos puede resultar más benévolamente tratada que el delito previsto en el art. 510, mientras que la provocación no seguida de la efectiva perpetración se castiga con pena inferior en uno o dos grados a la prevista en el delito correspondiente”⁸²⁸. Dado que la provocación a la comisión de delitos se considera el escalafón más bajo de todos los delitos que tipifican conductas discriminatorias por tratarse del estado previo a su materialización, no se entiende que se puedan castigar más gravemente estas conductas que las previstas en los tipos que específicamente castigan las conductas discriminatorias⁸²⁹.

La provocación a la discriminación, a la violencia o al odio, en contra una colectividad o la justificación de los delitos de genocidio sí que son delitos que se puedan castigar de forma más grave que aquellos que únicamente tienen como objetivo la protección de bienes individuales. La validez de esta mayor penalidad reside precisamente en esta voluntad de tutela colectiva⁸³⁰ que se les adscribe a los artículos 510 CP y 607.2 CP, donde la materialización de las conductas típicas son ideales para poner en peligro derechos reconocidos individualmente a los integrantes del grupo concreto contra el que se dirigen las manifestaciones. Por lo tanto una sola conducta es apta para producir una lesión en los derechos de una

⁸²⁸ Aguilar García, Miguel Ángel, «La reforma del art. 510 del Código penal», 2. De la misma opinión Gómez Martín, Víctor, «Discurso del odio y principio del hecho», 108-109; Grupo de Estudios de Política Criminal, *Alternativas al tratamiento jurídico ...*, 34-35; Gómez Navajas, Justa, «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código Penal de 1995 (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre 1998)», 13-14; Rosal Blasco, Bernardo del, «Delitos contra la Constitución (IV). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria», 941.

⁸²⁹ Gonzalo J. Camarero González, «Algunas notas sobre los artículos 510 y 607.2 CP y su posible reforma desde el derecho comparado», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y comparado* 100 (2013): 18; Bernal del Castillo, Jesús, *La discriminación en el derecho penal*, 85.

⁸³⁰ Landa Gorostiza, Jon-Mirena, *Intervención penal frente a la xenofobia. ...*, 228-231; Camarero González, Gonzalo J., «Algunas notas sobre los artículos 510 y 607.2 CP y su posible reforma desde el derecho comparado», 18.

pluralidad de personas y por lo tanto se debe atender a esta voluntad de protección colectiva de los bienes tutelados para encontrar una justificación válida para el castigo más gravoso de estas conductas.

4.3.5.3. *Críticas al artículo 510.1 CP*

Así, a parte de las cinco ya vistas, una de las mayores críticas identificadas por la doctrina respecto del artículo 510.1 CP es la mala técnica jurídica empleada por el legislador penal en la redacción del artículo⁸³¹. Esta circunstancia ha derivado, como se estudiará en el apartado 4.4. de la presente investigación, en una falta de aplicación de los tipos penales por parte de los tribunales pese a la constatación del aumento de los casos⁸³² de discurso del odio.

En primer lugar, la utilización del término *provocación*⁸³³ produce que parte de la doctrina española requiera que se den las formalidades del artículo 18 CP para observar la materialización de las conductas descritas en el artículo 510.1 CP, esto

⁸³¹ Landa Gorostiza, Jon-Mirena, *Intervención penal frente a la xenofobia*. ..., 363-365; Laurenzo Copello, Patricia, «La discriminación en el Código Penal de 1995», 250-269; Aguilar García, Miguel Ángel, «La reforma del art. 510 del Código penal», 1-9; Rosal Blasco, Bernardo del, «Delitos contra la Constitución (IV). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria», 941-942.

⁸³² Movimiento Contra la Intolerancia, «Informe Raxen. Racismo, Xenofobia, Antisemitismo, Islamofobia, Neofascismo, Homofobia y otras manifestaciones relacionadas de Intolerancia a través de los hechos Especial Acción Jurídica contra el Racismo y los Crímenes de Odio» *Raxen* Número especial diciembre 2010 (2010): 23-33; Cristina Güerri Ferrández, «La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación. Aportaciones a la lucha contra los delitos de odio y el discurso del odio en España», *InDret* 1/2015 (2015): 10; ECRI, Cuarto informe sobre España (Estrasburgo: Consejo de Europa, 2011), 9-10.

⁸³³ Del Rosal, realiza un estudio histórico del término provocación que ya refleja la discusión doctrinal entre aquellos que opinan que este termino supone “una incitación dirigida a sujeto indiferenciado, a sujeto genérico; es, se dice, una incitación que se lanza como semilla al viento”; frente a otro sector doctrinal (con el que se identifica), que entiende que la provocación es “una incitación finalísticamente encaminada a que alguien cometa un delito [...], y ello presupone que la incitación debe ser inequívoca, expresa, indubitante, es decir, directa”. Ver: Rosal Blasco, Bernardo del, *La provocación para cometer* ..., 115 y 117. Incluso la propia Fiscalía General del Estado señaló este problema en su memoria del año 2012. Ver: Fiscalía General del Estado, *Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2012*, 1250-1261.

es, debe existir una incitación directa a cometer un delito concreto⁸³⁴ de los recogidos en el Código penal. Por todo lo afirmado en el apartado 4.3.2.3. de la presente investigación, esta interpretación no me parece la adecuada por cuanto opino que la intencionalidad del legislador era la de crear un delito de provocación autónomo⁸³⁵. En segundo lugar la falta de taxatividad⁸³⁶ en la determinación de las conductas es también criticada por un amplio sector de la doctrina que señala un alto grado de indeterminación en las conductas castigadas justamente por no encontrarse identificadas de forma clara en el articulado del Código penal. Imprecisión que es muy difícilmente compatible con los requisitos del *ius punendi* y su principio de intervención mínima⁸³⁷.

Efectivamente, la técnica que el legislador utilizó en la redacción del artículo 510.1 CP es manifiestamente deficiente dado que el tipo adolecía de una serie de problemas muy graves que han complicado su utilización⁸³⁸. De forma diferente al

⁸³⁴ Aguilar García, Miguel Ángel, «La reforma del art. 510 del Código penal», 2; Camarero González, Gonzalo J., «Algunas notas sobre los artículos 510 y 607.2 CP y su posible reforma desde el derecho comparado», 18.

⁸³⁵ Aguilar García, Miguel Ángel, «La reforma del art. 510 del Código penal», 2. De la misma opinión: Gómez Martín, Víctor, «Discurso del odio y principio del hecho», 115-118.

⁸³⁶ Este mandato de taxatividad de la ley penal deriva del artículo 25.1 de la Constitución española y obliga al legislador a configurar los tipos penales con la mayor claridad posible para que los ciudadanos conozcan si están incumpliendo una dada norma. Iría en contra de este mandato la redacción de tipos tan abiertos que dieran a los tribunales un margen completamente libre y arbitrario para decidir sobre un asunto, dado que va en contra del principio de reserva de ley penal y del de seguridad jurídica. Susana Huerta Tocildo, «Principio de legalidad y normas sancionadoras», en *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, ed. por Tribunal Constitucional (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000), 42-43; Roig Torres, Margarita, «El “discurso del odio” en el sistema norteamericano y europeo. Tratamiento del racismo y la xenofobia en el proyecto de reforma del código penal», *TEORDER* 15 (2014): 191. Sin embargo teniendo esto presente debemos recordar que los derechos en los que se centra el presente estudio tienen un grado de indeterminación que ha sido declarado por el propio Tribunal Constitucional, por ejemplo en cuanto al derecho al honor, circunstancia que se deberá tener en cuenta en el momento de exigir una mayor certeza del mandato de taxatividad en la tipificación de las conductas.

⁸³⁷ Gómez Martín, Víctor, «Discurso del odio y principio del hecho», 109; Grupo de Estudios de Política Criminal, *Alternativas al tratamiento jurídico ...*, 34.

⁸³⁸ Se manifiesta en el mismo sentido Laurenzo al afirmar que “la loable intención del legislador no se ha sabido plasmar en preceptos suficientemente acotados en función de la gravedad de las conductas incriminadas”. Ver: Laurenzo Copello, Patricia, «La protección penal frente a conductas racistas y xenófobas», 195.

legislador alemán, el español no incluyó en la redacción del tipo ninguna cláusula limitante, ni vinculó la prohibición de las conductas con los valores y derechos fundamentales que se estaban intentando proteger. Además, no incorporó el requisito de publicidad, a todas luces imprescindible para poder castigar únicamente aquellas conductas que efectivamente pongan en peligro algún bien jurídico digno de protección. En este sentido, la modificación llevada a cabo en julio de 2015 intenta paliar todos estos defectos, incorporando muchas de las sugerencias de la doctrina que se ha dedicado al estudio de estos artículos⁸³⁹.

4.3.5.3. Críticas al artículo 510.2 CP

Como se ha argumentado en el apartado 4.3.3., el artículo 510.2 CP supone la tipificación de lo que Landa ha llamado la *injuria colectiva provocadora*⁸⁴⁰ como un complemento al régimen general de injurias⁸⁴¹. Dos son las críticas principales que específicamente se realizan a este artículo: en primer lugar, la falta de concreción de la conducta típica y su no afección a todos los supuestos que podrían calificarse como injurias, sino únicamente a aquellas relacionadas con la difusión de informaciones; y en segundo lugar, el posible concurso de normas al ser esta conducta muy parecida a la castigada por el artículo 607.2 CP⁸⁴².

En primer lugar he de destacar que el delito de injurias, en la modalidad de imputación de hechos graves del artículo 208 CP *in fine*, contempla expresamente los mismos elementos típicos que el 501.2 CP, es decir, considera como injurias graves aquellas que se cometan con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad. Por lo tanto aquí se podría aventurar un concurso de tipos

⁸³⁹ En este sentido ver el apartado 4.5. de la presente investigación donde realizo el estudio a la modificación practicada en el año 2015.

⁸⁴⁰ Landa Gorostiza, Jon-Mirena, *Intervención penal frente a la xenofobia*. ..., 231-234.

⁸⁴¹ Bernal del Castillo, Jesús, *La discriminación en el derecho penal*, 86-87.

⁸⁴² Landa Gorostiza, Jon-Mirena, *Intervención penal frente a la xenofobia*. ..., 234; Cueva Fernandez, Ricardo, «El “discurso del odio” y su prohibición», 445.

penales, además de la indefinición propia de la figura de *temerario desprecio hacia la verdad*. Como es estudiado en el apartado 4.3.4.1.2., el artículo 20.1d) CE no exige que la información difundida sea verídica sino que se observen unos criterios de diligencia y contraste de la información periodística⁸⁴³. Asimismo la mezcla de conceptos distintos como son, por un lado, la difusión de información y por otro lado la injuria que se relaciona principalmente con la difusión de opiniones⁸⁴⁴, resulta confusa⁸⁴⁵. Por otra parte la referencia a los grupos o asociaciones como sujetos pasivos también se observa altamente inadecuada por todo lo estudiado en el apartado 4.3.2.

En segundo y último lugar, respecto del posible concurso ideal de normas⁸⁴⁶ entre el artículo 510.2 CP y el 607.2 CP, efectivamente se observa la existencia de un ámbito común en ambos tipos que puede llevar a un difícil deslinde entre ambas conductas, por lo que adelantándome en este punto al análisis de la nueva redacción del artículo 510 CP realizado en el apartado 4.5., parece más que acertado que ambas se hayan unido evitando así el conflicto de normas.

Como he puesto de manifiesto, la doctrina ha sido bastante crítica con el apartado segundo del artículo 510 CP dado que su redacción adolece de una técnica jurídica poco depurada que provoca, por un lado, una cierta inseguridad y por otro, la posible existencia de un concurso de normas.

⁸⁴³ Bernal del Castillo, Jesús, *La discriminación en el derecho penal*, 97.

⁸⁴⁴ Gutiérrez David, María Estrella y Gema Alcolea Díaz, «El “discurso del odio” y la libertad de expresión en el Estado democrático», 14.

⁸⁴⁵ En este sentido es necesario destacar que quedan excluidas del tipo penal las opiniones injuriosas, limitándose su ámbito de acción únicamente a las informaciones.

⁸⁴⁶ Bernal del Castillo, Jesús, *La discriminación en el derecho penal*, 139.

4.3.5.4. Críticas al artículo 607.2 CP

Aparte de las cinco críticas comunes vistas en el apartado 4.3.5.3., a este artículo se le reprocha su excesivo alcance jurídico que se materializa en una falta de concreción de la conducta típica consistente en justificar delitos de genocidio, con el consecuente riesgo para la seguridad jurídica puesto que castiga conductas indirectas que se entiende que no son ideales para crear de forma objetiva ningún tipo de peligro determinado y concreto⁸⁴⁷, por lo que parte de la doctrina aboga por su supresión⁸⁴⁸.

Si bien me parece correcta esta crítica respecto del comportamiento consistente en la negación del delito de genocidio y por lo tanto acertada su declaración de inconstitucionalidad, no opino lo mismo respecto de las conductas tendentes a justificar este tipo de ilícitos, por lo afirmado en el apartado 4.3.4.1.2. Teniendo en cuenta esta salvedad, es necesario integrar todo lo argumentado por el Tribunal Constitucional respecto de esta conducta para complementar el sentido el artículo 607.2 CP y dotar de mayor concreción su contenido dispositivo.

El legislador, en la reforma practicada en el año 2015 ha preferido eliminar como delito autónomo la justificación de los delitos de genocidio, circunstancia que ayuda a evitar que se puedan dar situaciones en las que una misma conducta de las aquí estudiadas se encuentre tipificada en más de un artículo.

4.3.6. Conclusiones

Como se puede observar, el principal problema que se deriva del estudio de los artículos 510 CP y 607.2 CP es la muy deficiente técnica jurídica que el

⁸⁴⁷ Bernal del Castillo, Jesús, *La discriminación en el derecho penal*, 138.

⁸⁴⁸ Bernal del Castillo, Jesús, *La discriminación en el derecho penal*, 140; Grupo de Estudios de Política Criminal, *Alternativas al tratamiento jurídico ...*, 38.

legislador empleó cuando los incorporó en el Código penal. Los problemas de los que adolece son múltiples y muy graves. Estos van desde la falta de identificación de características básicas para su aplicación, como es la publicidad, hasta el posible concurso de delitos entre ellos por la falta de taxatividad en la redacción de los tipos.

En este sentido es necesario que el legislador cuando pretenda regular estos comportamientos realice una tarea jurídica que comprenda múltiples aspectos que ayuden a que la redacción final sea lo más precisa posible con el objetivo de que esta no sea observada por la doctrina o por la judicatura como una limitación inaceptable del derecho a la libertad de expresión. Así se observa imprescindible que: en primer lugar, se realice un estudio de cuáles son las obligaciones que nuestro país ha contraído desde el plano internacional en este asunto, con el objetivo de saber qué conductas se deberán prohibir y de qué forma; en segundo lugar, que se involucre y se tenga en cuenta la opinión tanto de los operadores jurídicos como de las asociaciones que engloban a las minorías que se ven afectadas por este tipo de discursos con el objetivo de conocer cómo se desarrollan estos y qué tipo de actuaciones son las necesarias para afrontarlos; en tercer lugar, considero muy conveniente estudiar de forma comparada con qué tipo de legislación cuentan otros ordenamientos legales con los que España comparte una misma tradición jurídica en materia de libertad de expresión para saber de qué forman afrontan esta realidad.

Únicamente desde esta panorámica global el Estado democrático y social de Derecho podrá afrontar este tipo de conductas de una forma adecuada que tenga como objetivo principal la protección de las minorías que se ven afectadas por este tipo de discursos, preservando al mismo tiempo a la sociedad en su conjunto.

4.4. Estudio jurisprudencial de la aplicación de la protección ante el discurso del odio

Una vez realizado el estudio de los artículos constitucionales y penales implicados en la regulación del lenguaje del odio, en este apartado se estudiará la aplicación de estos por parte de los tribunales. Si bien durante el estudio de los apartados 4.2. y 4.3. ya se han comentado diversas sentencias del Tribunal Constitucional, es necesario realizar un análisis más profuso en el que se abarquen otros ámbitos jurisdiccionales ya que es en estos en los que se observan los principales problemas aplicativos de la normativa.

El presente estudio jurisprudencial se estructurará de la siguiente forma:

En primer lugar se estudiarán las sentencias del Tribunal Constitucional en las que se decida sobre el discurso del odio en nuestro país, complementado esta visión con un grupo de decisiones donde el TC interpreta los requisitos necesarios para proteger los bienes y derechos que ponen en peligro este tipo de conductas. En segundo lugar se observará la interpretación que el Tribunal Supremo ha realizado del contenido de los artículos 510 CP y 607.2 CP.

El estudio de la aplicación de los tipos penales se complementará con la investigación de las decisiones de las audiencias provinciales y de los juzgados de lo penal dado que es en estos tres ámbitos donde se observan las disfunciones más importantes en la aplicación de los artículos. Asimismo he creído pertinente no únicamente describir el contenido de las sentencias sino realizar un comentario crítico de las mismas que aporte mi punto de vista al análisis.

4.4.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en dos ocasiones acerca del discurso del odio. Estas sentencias que ya han sido citadas en el apartado 4.2., serán

comentadas de forma más pormenorizada en este epígrafe. Posteriormente se estudiarán de forma más sucinta otras sentencias donde el TC se pronuncia sobre los requisitos necesarios para observar que se ha producido una lesión de los valores o los derechos constitucionales relevantes en la materia que aquí nos ocupa. Este trabajo servirá para realizar una interpretación que contextualice todos los criterios aplicativos utilizados por el TC en el momento de juzgar un caso en el que se conozca sobre una colisión de derechos fundamentales.

Así inicialmente y respecto de las sentencias donde el Tribunal Constitucional trata directamente el lenguaje del odio se comentarán: en primer lugar, la STC 214/1991, de 11 de noviembre, conocida como el caso de Violeta Friedman, donde el Tribunal Constitucional reconoció la legitimación procesal de los grupos étnicos y religioso; en segundo lugar, la STC 176/1995, de 11 de diciembre, conocida como el Caso Makoki; y en tercer lugar, la STC 235/2007 de 7 de noviembre, segunda sentencia sobre la Librería Europa donde el Tribunal declaró inconstitucional parte del artículo 607.2 del Código penal en el que se tipificaban conductas que negaran los delitos de genocidio. Una vez realizado este trabajo se aunarán una sentencias donde el TC define los criterios aplicativos de los artículos 10 CE, 9.2 CE y 14 CE, 18 CE y 20 CE. En tercer y último lugar, se realizará un comentario crítico comprensivo de este apartado.

4.4.1.1. Sentencia del Tribunal Constitucional número 214/1991, de 11 de noviembre.

El presente caso trata la publicación, en el número 168 de la revista *Tiempo*, de una entrevista realizada a un ex jefe de las Waffen S.S. en la que realizaba afirmaciones del siguiente cariz: “hay tantos ahora, [en referencia a los judíos], resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios”; “ojalá que viniera un día el hombre idóneo [en referencia a que falta un *líder*], aquel que podría salvar a Europa”; “dudo que las cámaras de gas existieran alguna vez”.

Ante tales afirmaciones la actora, Violeta Friedman⁸⁴⁹, acudió en amparo ante el Tribunal Constitucional por no haber encontrado satisfacción a su demanda en el Tribunal Supremo, ya que este no admitió su recurso de casación por una vulneración del artículo 18.1 CE, en relación con el artículo 20.4 CE y el artículo 10.2 CE, puesto que los magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo no le reconocieron legitimación activa en el proceso ya que las afirmaciones no constituían un ataque a su derecho al honor, dado que según la interpretación realizada por el TS no se observó un nexo entre las afirmaciones vertidas en la revista y la presunta lesión alegada al no referirse tales afirmaciones directamente a la actora.

La importancia de esta sentencia, que hay que recordar se dictó antes de la modificación del Código penal practicada en 1995, reside en reconocer que en base al artículo 162.1 CE la legitimación activa necesaria para litigar en amparo es la del interés legítimo que no cabe confundir con el interés directo⁸⁵⁰. Como reconoce la propia sentencia en el Fº Jº 3º, “nuestra Ley fundamental no otorga la legitimación activa exclusivamente a la «víctima» o titular del derecho fundamental infringido, sino a toda persona que invoque un «interés legítimo»”. Por lo tanto el Tribunal Constitucional es consciente de que los grupos étnicos que forman parte de nuestra sociedad son generalmente entes sin personalidad jurídica que carecen de representación a la que “el ordenamiento pueda atribuirles el ejercicio de las acciones, civiles y penales, en defensa del su honor colectivo, de no admitir el art. 162.1 b) CE, la legitimación activa para todos y cada uno de los tales miembros”⁸⁵¹.

⁸⁴⁹ Demandante judía, a la que se le impuso la estrella de David, desde la ocupación de su ciudad natal, de donde fue sacada con toda su familia, conducida a un campo de concentración, donde pereció toda su familia en las cámaras de gas excepto ella y su hermana. STC 214/1991, de 11 de noviembre, Fº Jº 4º.

⁸⁵⁰ STC 214/1991, de 11 de noviembre, Fº Jº 3º.

⁸⁵¹ STC 214/1991, de 11 de noviembre, Fº Jº 3º.

Este reconocimiento es de vital importancia ya que supone otorgar el derecho a litigar ante los tribunales a miembros de los colectivos que carecen de una estructura organizativa. Además se reconoce a estos grupos el derecho a poder acudir a los tribunales cuando observen una lesión en su derecho al honor por la utilización del lenguaje del odio. En estos términos se expresa el propio Tribunal Constitucional en el Fº Jº 6º b), al reconocer que el derecho al honor configurado en nuestra Carta Magna tiene un significado personalista en el sentido de que “el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas”⁸⁵², afirmando asimismo, que es posible apreciar una lesión en el mencionado derecho fundamental “en aquellos supuestos en los que, aún tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando estos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad. [...], el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución, no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados”⁸⁵³. Por lo tanto el TC protege constitucionalmente el honor de las personas individualmente consideradas aunque los ataques y las intromisiones se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional recuerda en su Fº Jº 8º que en este caso la negación del Holocausto judío es una conducta que se beneficiaría del derecho a la libertad de expresión garantizado en el artículo 20.1 CE, afirmando que su decisión sigue la línea jurisprudencial que sobre esta materia ofrece el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puesto que las sociedades democráticas necesitan proteger una amplia libertad de expresión, protección esta que es aplicable no sólo a la información o ideas que son favorablemente recibidas o que se tienen como inofensivas o sobre una materia que es indiferente, sino también sobre aquellas que

⁸⁵² STC 214/1991, de 11 de noviembre, Fº Jº 6º.

⁸⁵³ STC 214/1991, de 11 de noviembre, Fº Jº 6º.

ofenden, causan impacto o turban al Estado o a cualquier sector de la población⁸⁵⁴. Esta interpretación parece excesivamente forzada⁸⁵⁵, ya que como se ha argumentado en el apartado 3.3.1.2., el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sí se ha pronunciado en diversas ocasiones en contra de la protección bajo el artículo 10.2 y 17 de Convenio Europeo de Derechos Humanos de los discursos negacionistas de los hechos acontecidos durante el Holocausto judío⁸⁵⁶.

El TC afirma que las declaraciones realizadas por el ex jefe de las Waffen S.S. superaban la conducta protegida por el artículo 20.1 CE puesto que se trataban de afirmaciones abiertamente racistas y antisemitas que “no pueden interpretarse más que como una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos”⁸⁵⁷. El TC conviene que las expresiones recogidas son una ofensa en el honor de la demandante de amparo y de todas aquellas personas que estuvieron en campos de concentración nazi puesto que, no únicamente se limita a ofrecer una versión revisionista de la historia sino que en ellas se manifiesta un descrédito y un menosprecio hacia las propias víctimas que “exceden del ámbito en el que debe entenderse prevalente el derecho a expresar libremente los pensamientos, ideas y opiniones consagrados en el art. 20.1 CE”⁸⁵⁸.

⁸⁵⁴ En este sentido ver el apartado 3.3.1.2. de la presente investigación.

⁸⁵⁵ Diferente sería afirmar que en base al margen de apreciación los tribunales españoles son soberanos para decidir que la negación del Holocausto judío no forma parte del discurso del odio jurídicamente relevante, y que por lo tanto dentro de nuestro ordenamiento estaría protegido por la libertad de expresión. Aquí también destacar que la Decisión Marco 2008/913/JAI da cierto margen de discrecionalidad a los Estados para legislar sobre la prohibición de la negación de los delitos de genocidio.

⁸⁵⁶ Dirk Ehlers, *European Fundamental Rights and Freedoms* (Berlin: De Gruyter Recht, 2007), 109.

⁸⁵⁷ STC 214/1991, de 11 de noviembre, Fº Jº 8º.

⁸⁵⁸ STC 214/1991, de 11 de noviembre, Fº Jº 8º.

Por otra parte el Tribunal hace constar expresamente en el Fº Jº 8º⁸⁵⁹ que el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo son conductas que no están protegidas ni por la libertad ideológica del artículo 16 CE, ni por la libertad de expresión del artículo 20.1 CE, puesto que no existen derechos ilimitados de acuerdo con lo establecido en el artículo 20.4 CE. El TC identifica aquí el nexo que legitima la protección constitucional al establecer que este tipo de discurso del odio ataca a otros bienes que también son dignos de amparo, como son la dignidad humana del artículo 10 CE, de la que se derivará la garantía del derecho al honor del artículo 18.1 CE.

Por lo tanto, la importancia de esta sentencia radica en un tríade:

1) En el reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional de que las personas individuales pueden tener un interés legítimo cuando se realizan ataques al honor innominados o genéricos y que por lo tanto, pueden acudir en amparo ante el TC en el caso de que los individuos del grupo atacado entiendan que dichas manifestaciones han lesionado su derecho al honor y su dignidad personal.

2) Que las manifestaciones que interpretan la historia ofreciendo una determinada visión negacionista o revisionista, pese a que nos parezcan deleznable, formarían parte de la necesidad de una amplia libertad de expresión que debe ser imprescindible en toda sociedad democrática.

3) Que el discurso del odio, cuando tenga la suficiente entidad como para lesionar otros derechos fundamentales que también son dignos de protección, es una manifestación que se sitúa fuera de la protección constitucional dado que persigue generar un sentimiento de hostilidad contra determinados grupos y, por lo tanto

⁸⁵⁹ Así, el Tribunal afirma en este Fº Jº 8º que: el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean.

estas conductas pueden ser penalmente perseguidas puesto que en un Estado como el español, democrático, social y de Derecho, todos los integrantes de la sociedad tienen derecho a convivir pacíficamente y a ser respetados por los demás como miembros de esta en pie de igualdad. El TC específicamente señala que ni la libertad ideológica del artículo 16 CE, ni la libertad de expresión del artículo 20.1 CE, pueden comprender el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo⁸⁶⁰ dado que pueden afectar a derechos constitucionalmente protegidos.

Por lo tanto, estos tres estándares deberán ser tenidos en cuenta por los tribunales inferiores cuando conozcan de un asunto de estas características.

4.4.1.2. Sentencia del Tribunal Constitucional número 176/1995, de 11 de diciembre

Esta sentencia resuelve en amparo el recurso interpuesto por Damián Carullá (director e impresor de la editorial Makoki S.A.), contra la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de mayo de 1992 por un delito de injurias. El caso se siguió contra él por la publicación en España del cómic “Hitler=SS” de los autores franceses Gourio y Vuillemin. El proceso tuvo por objeto el estudio de la posible comisión del delito de injurias graves del artículo 458 CP y de escarnio de confesión religiosa del artículo 209 CP. De igual forma que en el supuesto anterior nos encontramos ante un caso de discurso de odio anterior a la entrada en vigor del artículo 510 CP en su redacción del año 1995.

⁸⁶⁰ Esto es especialmente relevante ya que, como veremos en el apartado 4.4.3.1. y 4.4.3.2. de la presente investigación, existen sentencias de tribunales inferiores en las que se protege la utilización del lenguaje del odio por parte de personajes políticos, ya que los jueces entienden que este participa en la formación de la opinión pública. Interpretación que va en contra de lo señalado por esta sentencia y de lo señalado en el apartado 3.4. de esta investigación.

Esta sentencia es relevante porque de ella se pueden extraer todos los pasos que el TC observa necesarios para concluir, de acuerdo a Derecho, que nos encontramos ante un caso de discurso del odio jurídicamente relevante. Así:

En primer lugar, a lo largo de los primeros cinco F° J°, el Tribunal Constitucional hace una recopilación de todos los aspectos que se han estudiado en el apartado 4.2. Inicialmente establece la diferencia entre la libertad de expresión de ideas y la libertad de información y la posible colisión de estas con el derecho al honor. En este sentido el TC declara que el cómic no tiene ninguna intencionalidad informativa, por lo que debe enmarcarse dentro de la libertad de expresión de ideas y opiniones. Afirma que la libertad de expresión comprende la libertad de errar y que no se pueden establecer verdades absolutas sobre hechos pasados dado que, permitir esta circunstancia nos trasformaría en un Estado totalitario. Posteriormente procede con la identificación del derecho al honor como concepto jurídico indeterminado, volviendo a recordar que este puede ser lesionado de forma colectiva y que, por lo tanto, las personas naturales o jurídicas de su ámbito cultural o humano ostentarán la legitimación activa para acudir a los tribunales. Finalmente afirma que en una colisión de derechos constitucionales debe «revisar la ponderación de los derechos colindantes hecha por el juzgador, desde la sola perspectiva de la Constitución, limitando nuestro enjuiciamiento a la finalidad de preservar o restablecer el derecho fundamental en peligro o ya lesionado»⁸⁶¹.

En segundo lugar el TC valora el contenido del cómic para conocer si la utilización particular que del derecho a la libertad de expresión se hace entra dentro de la protección establecida por la CE y, en el supuesto de que este uso no esté amparado, si las acciones enjuiciadas efectivamente lesionan el derecho al honor de los miembros del colectivo al que se dirige. Así, se constata que:

⁸⁶¹ STC 176/1995, de 11 de diciembre de 1995, F° J° 5°.

«en él [cómico] “se relatan una serie de episodios, cuyos escenarios son los campos de concentración nazis, o campos de exterminio, con alemanes de las Schutz-Staffel" (SS) y judíos como protagonistas y antagonistas de "conductas ... inhumanas, viles y abyectas, con un claro predominio de aberraciones sexuales". "El transporte de prisioneros como si fuera ganado, la burla y el engaño del reparto de jabón antes de entrar en la cámara, el olor del gas y de los cadáveres, el aprovechamiento de restos humanos", con otros muchos episodios se narran en tono de mofa, sazonando todo con expresiones insultantes o despectivas ("animales" o "carroña", entre otras). [...]. Gráficamente se acentúa la decrepitud física de las víctimas en contraste con el aspecto arrogante de sus verdugos. Y así hasta la náusea (sic). La lectura pone de manifiesto la finalidad global de la obra (sic), humillar a quienes fueron prisioneros en los campos de exterminio, no sólo pero muy principalmente los judíos. Cada viñeta -palabra y dibujo- es agresiva por sí sola. [...]. En tal contexto, en lo que se dice y en lo que se calla, entre líneas, late un concepto peyorativo de todo un pueblo, el judío, por sus rasgos étnicos y sus creencias. Una actitud racista, contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente»⁸⁶².

Como se puede observar, la carga hostil de la publicación era muy alta, realizándose la conducta en algunas ocasiones de forma expresa y en otras de forma velada. Por lo tanto el TC llega al convencimiento de que el objetivo de esta publicación era la humillación de las víctimas de los campos de concentración nazi, circunstancia que atacaba directamente a su dignidad como personas, por lo que sitúa el contenido del cómic fuera de la protección constitucional. Esta sentencia sirve para afianzar la jurisprudencia establecida en el caso de Violeta Friedman.

La sátira es fundamental para el buen funcionamiento de la sociedad y debe ser protegida por el derecho a la libertad de expresión puesto que permite presentar ideas chocantes y avivar el debate sobre temas de actualidad que participan en la formación de la opinión pública, aunque pueda despertar sentimientos de rechazo o

⁸⁶² STC 176/1995, de 11 de diciembre de 1995, Fº Jº 5º.

indignación⁸⁶³. El presente caso se siguió por un delito de escarnio a una confesión religiosa cuyo objetivo era atacar a la comunidad judía, no únicamente en esta vertiente sino también como grupo cultural. Si bien la crítica de las diversas religiones que participan en la sociedad debe pertenecer a este amplio debate al que me acabo de referir, por cuanto estas participan de los asuntos públicos que afectan al conjunto de los ciudadanos, creyentes o no, el objetivo del cómic no era presentar una crítica a la sociedad sobre el judaísmo, sino que tenía como finalidad el desprecio y el vilipendio absoluto de las personas que sufrieron los horrores del holocausto, junto con el enaltecimiento de sus verdugos y la glorificación de su imagen. Todo ello mezclado con una alta carga agresiva y violenta que no planteaba ningún tipo de debate a la ciudadanía⁸⁶⁴. Por ello el TC decidió que no merecía la protección constitucional al tener como único objetivo el ataque al núcleo irreductible de la personalidad humana protegido en nuestra Constitución en el artículo 10.1 CE.

4.4.1.3. 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 Geis a dos años de prisión por un delito continuado de genocidio en base al artículo 607.2 CP y a la pena de tres años de prisión por un delito continuado del artículo 510 CP.

⁸⁶³ Este tipo de lenguaje, de acuerdo con los estándares internacionales identificados en el apartado 3.3.1.2., debe ser protegido. Ver asimismo: de Verda y Beamonte, José Ramón y Javier Vidal Alonso. «La colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión», 168-171; Ana Valero Heredia, «Libertad de expresión y sátira política: un estudio jurisprudencial», *Revista internacional de la historia de la comunicación* 2 (2014): 95-96.

⁸⁶⁴ De la misma opinión: Saavedra López, Modesto, «El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», 567-571.

El acusado, director de la librería Europa (Barcelona), se dedicaba a la distribución (tanto física como electrónica), a la difusión y a la venta de todo tipo de materiales en soporte documental y bibliográfico en los que se negaba o justificaba la persecución y genocidio sufridos por el pueblo judío durante la Alemania nazi. Consta en los hechos probados que estos materiales contenían afirmaciones en las que, entre otras, se consideraba a los judíos como seres inferiores a los que se debía exterminar “como las ratas (sic)”⁸⁶⁵.

Esta sentencia es relevante para el objeto de estudio por lo siguiente:

1) El TC en el Fº Jº 3º diferencia los requisitos necesarios para incurrir en las conductas tipificadas en el artículo 607 CP de las establecidas por el 18.1 CP. Establece que el tipo no exige que se provoque a delinquir ni tampoco que se realice una apología del delito puesto que, del tenor literal de su redacción no se desprende que las conductas sancionadas requieran la incitación, exaltación o enaltecimiento del genocidio o de los genocidas. Lo que sí se proscribe es la mera difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen la existencia de hechos que han sido calificados de genocidio.

2) Haciendo referencia a la STC 214/1991, de 11 de noviembre, el TC recuerda que el derecho a la libertad de expresión protege también aquellas opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados 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”⁸⁶⁶ y que, por lo tanto, estas deben ser permitidas en una sociedad como la española basada en un Estado social y democrático de Derecho. Así el Tribunal Constitucional recuerda que sin el mantenimiento de una comunicación pública libre quedarían vaciados de contenido real o reducidos a contenidos inaceptables derechos tan importantes como la libertad de expresión o la libertad ideológica, sin

⁸⁶⁵ STC 235/2007, de 7 de noviembre, antecedente 2º.

⁸⁶⁶ STC 235/2007, de 7 de noviembre, Fº Jº 3º.

los que no podría haber una sociedad libre, ni por tanto, añade el TC, “soberanía popular”⁸⁶⁷, recalcando que la Constitución protege también a quien la niega, estableciendo que nuestra Constitución no constituye un modelo de democracia militante⁸⁶⁸.

3) Reafirma sus decisiones anteriores en el sentido de consolidar que “aún cuando la tolerancia constituye uno de los «principios democráticos de convivencia» a los que alude el art. 27.2 CE, dicho valor no puede identificarse sin más con la indulgencia ante discursos que repelen a toda conciencia conocedora de las atrocidades perpetradas por los totalitarismos de nuestro tiempo”⁸⁶⁹. Por lo tanto, para conocer si es adecuada o no adecuada la aplicación de la sanción penal, es necesario establecer si las opiniones emitidas afectan o no a bienes constitucionalmente protegidos. Recuerda que la difusión de frases o expresiones “ultrajantes u ofensivas”⁸⁷⁰ están situadas fuera del ámbito de protección reconocido por el artículo 20 CE. Por lo tanto no se protege “el derecho a expresar o difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social. [...]. Carecen de cobertura constitucional la apología de los verdugos [nazis], glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas [...] igualmente atentan también contra ese núcleo irreductible de valores esenciales de nuestro sistema constitucional los juicios ofensivos contra el pueblo judío que, emitidos al hilo de posturas que niegan la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista”⁸⁷¹. Esta

⁸⁶⁷ STC 235/2007, de 7 de noviembre, Fº Jº 4º.

⁸⁶⁸ Si bien esta opinión del TC es más que discutible, en este momento únicamente pretendo exponer el parecer del Tribunal. Esta sería una característica que diferenciaría el modelo español, del alemán. Ver en este sentido el apartado 2.3.3.1. de la presente investigación.

⁸⁶⁹ STC 235/2007, de 7 de noviembre, Fº Jº 4º.

⁸⁷⁰ STC 235/2007, de 7 de noviembre, Fº Jº 5º.

⁸⁷¹ STC 235/2007, de 7 de noviembre, Fº Jº 5º.

argumentación establece de forma meridiana que existen ciertas expresiones o manifestaciones que atacan al núcleo irreductible de los derechos de la persona que no pueden ser amparadas por nuestro ordenamiento jurídico y que por lo tanto pueden ser perseguidas penalmente.

4) A su vez en el Fº Jº 5º el TC establece una definición de qué debe ser entendido como discurso del odio. Lo describe como aquel que se desarrolla en términos que suponen una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular. Para ello cita las STEDH de 4 de diciembre de 2003 (asunto Gündüz contra Turquía) y STEDH de 6 de julio de 2006 (asunto Erbakan contra Turquía); junto con la Recomendación número R(97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, a la que el Tribunal Constitucional se refiere como referencia interpretativa⁸⁷². Esta definición que emite el TC desde un punto exclusivamente doctrinal, es problemática porque de ninguno de los textos a los que se refiere se desprende que el discurso del odio deba entenderse como una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular. La recomendación R(97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa⁸⁷³ define el lenguaje del odio en los siguientes términos: «para los objetivos de la aplicación de estos principios, el término “discurso del odio” debe ser entendido como aquel que comprende *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 incluyendo: la intolerancia expresada a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad en contra de las minorías, los migrantes o las personas de origen

⁸⁷² Respecto a la aplicabilidad directa de textos jurídicos de organismos internacionales de los que España forma parte, ver el apartado 3.1. de la presente investigación. Esta interpretación vendría a defender la postura que sostengo en el apartado 3.1.3.

⁸⁷³ Ver apartado 3.3.1. de la presente investigación.

inmigrante»⁸⁷⁴. Por lo tanto, del texto no se desprende la necesidad de una provocación directa⁸⁷⁵. Tampoco de las sentencias que utiliza, de forma complementaria, para construir su definición que hacen referencia a dos condenas contra la República de Turquía por penalizar excesivamente el derecho a la libertad de expresión en unos ámbitos que nada tienen que ver con la justificación de los delitos de genocidio.

5) Sin embargo en el Fº Jº 6º el Tribunal Constitucional admite que las conductas descritas en el artículo 510 CP puedan ser llevadas a cabo de forma directa o indirecta⁸⁷⁶ al establecer que: “la literalidad del ilícito previsto en el art. 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 se refiere, en el delito previsto en el art. 510 CP castigado con penas superiores”⁸⁷⁷. Esto es particularmente relevante ya que, como se ha estudiado en el apartado 4.3.2.3., representa uno de los grandes debates doctrinales acerca de la correcta interpretación del artículo 510 CP ⁸⁷⁸.

6) El TC llega a la conclusión que la redacción del artículo 607.2 CP, en cuanto tipifica las conductas que *nieguen* el Holocausto y en general los delitos de

⁸⁷⁴ Recomendación número R (97) 20 de 30 de octubre de 1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa. “For the purposes of the application of these principles, the term “hate speech” shall be understood as covering all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, antisemitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin”. Énfasis añadido.

⁸⁷⁵ De la misma opinión: Landa Gorostiza, Jon-Mirena, «Incitación al odio: evolución jurisprudencia (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata. (A la vez un comentario a la STS 259/2011 –librería Kalki– y a la STC 235/2007)», 331-336.

⁸⁷⁶ Landa Gorostiza, Jon-Mirena, «Incitación al odio: evolución jurisprudencia (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata. (A la vez un comentario a la STS 259/2011 –librería Kalki– y a la STC 235/2007)», 336-340.

⁸⁷⁷ STC 235/2007, de 7 de noviembre, Fº Jº 6º. Énfasis añadido.

⁸⁷⁸ Ver el apartado 4.3.2. de la presente investigación.

genocidio, no puede ser castigadas de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico puesto que, sin una promoción o adhesión valorativa positiva del hecho criminal⁸⁷⁹, esta resulta inane y por lo tanto es una extralimitación del legislador penal. Esta situación es diferente de la justificación del delito de genocidio, donde sí sería legítimo castigar penalmente las conductas que supongan una incitación directa o indirecta a la comisión de delitos contra el derecho de gentes. Para ello es necesario que la difusión pública⁸⁸⁰ de las ideas justificadoras entren en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes.

7) En el sentido de lo descrito en los puntos 5 y 6 es muy relevante el F° J° 9° donde el TC establece que “[deberá entenderse como delito tipificado en el artículo 607.2 CP] 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”⁸⁸¹. Al establecer que *puede concretarse* no se exige su concreción efectiva sino que el discurso busque una suerte de provocación en contra de los grupos mencionados que sea apta para generar un clima de violencia u hostilidad que se podrá concretar o no en en actos particulares, actividad que para la materialización de la conducta es irrelevante.

Por lo tanto la importancia de esta sentencia recae principalmente en el reconocimiento de que las conductas descritas en el artículo 510 CP pueden consistir en conductas tanto directas como indirectas, y que las conductas descritas

⁸⁷⁹ STC 235/2007, de 7 de noviembre, F° J° 8°.

⁸⁸⁰ Respecto a la necesidad de que las conductas descritas se realicen con publicidad ver el apartado 4.3.2.3. de la presente investigación, donde sostengo que es necesario aunque no aparezca expresamente en la redacción del artículo.

⁸⁸¹ STC 235/2007, de 7 de noviembre, F° J° 9°. Énfasis añadido.

en el artículo 607.2 CP no exigen ni acciones directas ni indirectas; y sobre todo la declaración de la inconstitucionalidad parcial del artículo 607.2 CP.

Como he defendido, la negación de los delitos de genocidio sin adscripción positiva a los mismos debería de ser una actividad ajena al Derecho penal, por no ser apta para poner en peligro alguno de los derechos que se intentan proteger en el artículo 607.2 CP. Sin embargo la facilidad con la que un discurso negacionista *aséptico* puede devenir en uno justificador es de tal calado que el ordenamiento jurídico, a través de sus operadores, deberá estar vigilante ante cualquier afirmación de este tipo. Tal y como afirma el magistrado Rodríguez-Zapata Pérez en su voto particular, el menosprecio y vilipendio de los grupos antisemitas también se manifiesta contra las minorías africanas, árabes, asiáticas y de personas inmigradas no europeas, lo que requiere un escrutinio exhaustivo de este tipo de discursos.

Por lo tanto deberemos atender, en función de las circunstancias concurrentes en el caso concreto⁸⁸², cuál es el objetivo del discurso y qué se pretende con este, con el objetivo de conocer si se procura una despreciable pero no típica revisión de la historia, o un vilipendio de la dignidad de las víctimas de este horrible pasaje de la historia reciente.

4.4.1.4. Criterios utilizados por el Tribunal Constitucional español respecto de los artículos 10.1 CE, 14 CE y 9.2 CE, 18 CE y 20 CE

En este punto aunaré los criterios utilizados por el Tribunal Constitucional en la aplicación de los artículos que protegen los bienes y derechos que pueden resultar lesionados por la utilización del discurso del odio. El objetivo principal de este apartado es ofrecer una visión completa y esquemática de los requisitos que exige el

⁸⁸² De la misma opinión Landa que argumenta que en los casos en los que no tengamos claro el sentido literal de las palabras deberemos atender al contexto. Landa Gorostiza, Jon-Mirena, «Incitación al odio: evolución jurisprudencia (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata. (A la vez un comentario a la STS 259/2011 –librería Kalki– y a la STC 235/2007)», 340-344.

TC en el momento de ponderar si una determinada utilización de los derechos establecidos en el artículo 20 CE es o no merecedora de la protección constitucional. Para la consecución de este objetivo sistematizaré los artículos, de la misma forma que en el estudio de los artículos de la Constitución, destacando sucintamente las condiciones aplicativas dado que la mayoría de ellas han sido comentadas en el apartado 4.2.

4.4.1.4.2. Artículo 10.1 CE

En primer lugar hay que destacar que la STC 120/1990, de 27 de junio, que define la dignidad de la persona como: “un *mínimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven el menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”⁸⁸³. Este *mínimum* invulnerable opera desde una doble vertiente: la interna, que significa la libertad que se debe reconocer al individuo de poder decidir de forma autónoma, consciente y sin injerencias externas sobre su propia vida y la externa, que estriba en el propósito de respeto en la exteriorización de esas decisiones que configuran la vida propia por parte del resto de las personas⁸⁸⁴. De esta configuración se deriva la definición realizada por el Tribunal Constitucional como el “*prius* lógico y ontológico”⁸⁸⁵ de la existencia de los derechos fundamentales consagrados en el Texto Constitucional, por lo que estos tienen como fundamento el concepto de persona creado por artículo 10.1 CE. Por esto, el concepto de dignidad está conformado por el Tribunal Constitucional como un principio rector del todo el ordenamiento jurídico⁸⁸⁶.

⁸⁸³ STC 120/1990, de 27 de junio, Fº Jº 4º.

⁸⁸⁴ STC 53/1985, de 11 de abril, Fº Jº 3º. Asimismo, de esta conceptualización dimana la no existencia de derechos fundamentales ilimitados. STC 11/1981, de 8 de abril, Fº Jº 7º y 9º. Concretamente respecto del derecho la libertad de expresión STC 88/1985, de 19 de junio, Fº Jº 2º.

⁸⁸⁵ STC 53/1985, de 11 de abril, Fº Jº 3º.

⁸⁸⁶ STC 53/1985, de 11 de abril, Fº Jº 8º.

4.4.1.4.2. Artículos 9.2 y 14 CE

Como hemos visto, estos dos artículos son los encargados de incorporar en la CE los principios de igualdad material y formal y no discriminación. El Tribunal Constitucional ha establecido que esta igualdad debe ser entendida en el sentido de que “no implica sin embargo este precepto [14 CE], en modo alguno, la necesidad de que todos los españoles se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, pues esta 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”⁸⁸⁷. Por lo tanto se observa que una de las tareas que la Constitución impone a los poderes públicos es la búsqueda de esa igualdad efectiva entre todos los miembros de la sociedad, que es diferente de la igualdad formal ante la ley.

A su vez y como complemento necesario del artículo 9.2, la CE en el artículo 14 establece el derecho fundamental a la igualdad ante la ley y la no discriminación por alguno de los motivos excluidos en su articulado o en otros textos incorporados a nuestro ordenamiento jurídico en los que estos se amplíen. La aplicación de este derecho fundamental por parte de Tribunal Constitucional le ha llevado a establecer que se pueden fijar criterios que posibiliten diferenciar entre personas que se encuentren en una misma situación que sí serían jurídicamente válidos y que respetarían este principio de igualdad formal, precisamente con el objetivo de intentar garantizar la igualdad real, cuando esta diferenciación ofrezca⁸⁸⁸:

- 1) Una justificación objetiva y razonable que se aprecie en la finalidad y en los efectos de la medida.

⁸⁸⁷ STC 83/1984, de 24 de julio, Fº Jº 3º.

⁸⁸⁸ STC 22/1981, de 2 de julio, Fº Jº 3º; STC 34/1981, de 10 de noviembre, Fº Jº 3ºB.

2) Una relación de proporcionalidad entre los medios empleados, los resultados obtenidos, y la finalidad perseguida por el legislador, que ha de detentar un propósito legítimo dentro del Estado social y democrático de Derecho en el que la CE configura a España.

Además, cuando la finalidad perseguida se base en uno de los criterios excluidos a los que he hecho referencia, el Tribunal Constitucional ha establecido en su STC 200/2001, de 4 de octubre, que la medida deberá cumplir con un escrutinio agravado. Este escrutinio agravado consistirá en una elevación de la exigencia del requisito de proporcionalidad y del requisito de acreditación del carácter justificador de la diferencia apoderada por la medida que se pretende aplicar como finalidad legítima dentro del Estado social y democrático de Derecho⁸⁸⁹. Por lo tanto la proposición de medidas que vayan en contra del respeto del principio de igualdad material y formal será atentatoria contra estos principios.

4.4.1.4.3. Artículo 18.1 CE

En primer lugar y como se ha estudiado en el apartado 4.2.3., el TC ha definido el concepto de derecho al honor como un bien jurídicamente indeterminado dependiente de otras normas, valores e ideas que cambian y evolucionan con la sociedad⁸⁹⁰, aunque sí ha considerado como lesión de este derecho “el desmerecimiento en la consideración ajena como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o en menosprecio hacia alguien o que públicamente sean consideraciones afrentosas”⁸⁹¹. Además, pese a la indeterminación del concepto de honor, el TC en la sentencia 219/1992, de 3 de

⁸⁸⁹ STC 200/2001, de 4 de octubre, Fº Jº 4º. Estos criterios diferenciados también están presentes en los estándares internacionales de protección identificados en el apartado 3.3. de la presente investigación.

⁸⁹⁰ STC 185/1989, de 13 de noviembre, Fº Jº 3º; STC 223/1992, de 14 de diciembre, Fº Jº 3º; STC 76/1995, de 22 de mayo, Fº Jº 4º.

⁸⁹¹ STC 223/1992, de 14 de diciembre, Fº Jº 3º; STC 76/1995, de 22 de mayo, Fº Jº 4º.

diciembre, ofreció una especie de definición en la que se establecen ciertas limitaciones que se pueden considerar intemporales, puesto que lo que exigen es que el titular del derecho al honor goce del «respeto y reconocimiento de la dignidad personal que se requiere para el libre desarrollo de la personalidad en la convivencia social, sin que pueda "ser escarnecido o humillado ante uno mismo o los demás"»⁸⁹², por lo que vincula de forma natural el honor con la dignidad de la persona, circunstancia que ya había sido establecida en la STC 85/1992, de 8 de junio, Fº Jº 4º.

En segundo, lugar pese a que el derecho al honor es eminentemente personalista, el Tribunal Constitucional reconoció en la sentencia 214/1991, de 11 de noviembre, la posibilidad de observar una lesión en el derecho al honor de los miembros de los grupos frente a ataques innominados que se dirigen contra estos⁸⁹³.

Por lo tanto la protección del honor ha sido configurada por el Tribunal Constitucional como una extensión de la vertiente externa de la dignidad de la persona y será uno de los principales derechos que se deberán tener en cuenta en el momento de efectuar el ejercicio de ponderación entre los posibles derechos en conflicto ante un caso de discurso del odio.

4.4.1.4.4. Artículo 20 CE

Respecto de la jurisprudencia del artículo 20 CE, esquematizaré los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional de la siguiente forma: en primer lugar, diferenciando los requisitos que singularizan las libertades del artículo 20.1a) CE y 20.1d) CE; en segundo lugar, aquella dictada específicamente respecto

⁸⁹² STC 219/1992, de 3 de diciembre, Fº Jº 2º.

⁸⁹³ En este sentido ver el apartado 4.4.1.1. donde realizo un comentario en profundidad de esta sentencia.

de la protección del discurso público; y en tercer lugar, respecto de las limitaciones especificadas en el artículo 20.4 CE.

1) Diferenciación entre los requisitos jurisprudenciales de la libertad de expresión de ideas y opiniones (artículo 20.1.a CE) y los de la libertad de información (artículo 20.1.d CE).

A) Respecto de la libertad contenida en el artículo 20.1.a) CE, esta contempla el derecho a la formulación de opiniones, creencias personales y juicios de valor sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, por lo que no le es exigible cumplir con el criterio de veracidad. Este derecho fundamental en cualquier Estado democrático de Derecho únicamente podrá ser limitado por la presencia de expresiones injuriosas que no tengan relación con aquello que se intenta comunicar y que resulten superfluas en la exposición de dichos comentarios, estableciendo que este artículo no puede reconocer un pretendido derecho al insulto⁸⁹⁴.

Puesto que en una sociedad plural fundada en la democracia se debe basar en el más amplio debate social, y por lo tanto se debe proteger aquellas opiniones que puedan ser recibidas por parte de la sociedad de forma chocante o molesta o ser consideradas hirientes, el Tribunal Constitucional en su sentencia 110/2000, de 5 de mayo, pormenoriza la exclusión del insulto, afirmando que la Constitución no veda “en cualquiera circunstancia, el uso de expresiones hirientes; sino que, de la protección constitucional que otorga el art. 20.1a) CE, están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que en las concretas circunstancias del caso y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate”⁸⁹⁵.

⁸⁹⁴ STC 174/2006, de 5 de junio, Fº Jº 4º; STC 105/1990, de 6 de junio, Fº Jº 4º a.

⁸⁹⁵ STC 110/2000, de 5 de mayo, Fº Jº 8º a.

Además justamente en esta ponderación del caso concreto es donde se debe desarrollar el posible conflicto existente entre el derecho al honor y el derecho del artículo 20.1a) CE, sin que por estar especificado como una de las limitaciones del artículo 20.4 CE se pueda entender que en cualquier caso debe prevalecer⁸⁹⁶.

B) Respecto de la libertad contenida en el artículo 20.1.d) CE, en esta ocasión sí que nos encontramos ante hechos que pueden ser probados. De acuerdo con las decisiones del Tribunal Constitucional, el test de veracidad que deben superar las informaciones no supone que las noticias sean objetivamente ciertas, sino que existe un “específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que trasmita como «hechos» haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos”⁸⁹⁷, dejando fuera del ámbito del derecho aquel que actúe con un menosprecio hacia la veracidad o falsedad de aquello que está comunicando. Este requisito de veracidad se debe realizar con carácter previo a la difusión de la noticia y consiste en realizar indagaciones con la debida diligencia que le es exigida a un profesional de la información, para contrastar los datos que se pretenden comunicar⁸⁹⁸.

2) Jurisprudencia constitucional respecto de la protección del discurso público.

Como se ha argumentado en el apartado 4.2.4.2., la libertad de expresión es uno de los pilares fundamentales en los que se basa el Estado constitucional y su configuración como Estado democrático social y de Derecho. El TC ha establecido que la garantía de la formación de una opinión pública, plural y libre sin la cual no existiría la sociedad

⁸⁹⁶ STC 104/1986, de 17 de julio, Fº Jº 5º.

⁸⁹⁷ STC 6/1988, de 21 de enero, Fº Jº 5º; STC 110/2000, de 5 de mayo, Fº Jº 8º b.

⁸⁹⁸ STC 21/2000, de 31 de enero, Fº Jº 5º.

democrática, debe llevar aparejada la protección de las expresiones en las que se emitan juicios de valor y de la crítica de los comportamientos del resto de personas, aún cuando estas se realicen de forma “desabrida y puedan molestar, inquietar, o disgustar a quien se dirige”⁸⁹⁹. A su vez establece como interés constitucional el mantenimiento de esta formación de la opinión pública libre⁹⁰⁰, por lo que le ofrece la protección contenida en el artículo 20 CE. Además, el concepto de interés público evoluciona con la sociedad, por lo que deberemos atender a las circunstancias particulares de cada caso para conocer si un determinado discurso participa o no en la formación plural y libre de la sociedad. Un modelo de discurso público que no participaría en la formación de este debate sería la utilización, en el marco de los procesos electorales de mensajes amenazantes o intimidatorios que intenten desplazar el voto de los electores por miedo a sufrir algún tipo de daño o perjuicio⁹⁰¹.

3) Jurisprudencia constitucional respecto de las limitaciones específicas establecidas por el artículo 20.4 de la Constitución española.

El Tribunal Constitucional ha establecido que la mención del derecho al honor como una de las limitaciones que se contemplan en el artículo 20.4 CE no supone una supeditación del segundo hacia el primero, dado que no existe una relación de subordinación entre los derechos fundamentales, sino que parten de una posición simétrica y será en el juicio de ponderación del caso concreto en el que, atendiendo a todas las circunstancias, se decida qué derecho debe prevalecer. Respecto del resto de limitaciones referidas en el artículo, cualquier restricción legal que el legislador realice del derecho

⁸⁹⁹ STC 23/2010, de 27 de abril, Fº Jº 3º. También ver: STC 6/1981, de 16 de marzo, Fº Jº 3º.

⁹⁰⁰ STC 159/1986, de 16 de diciembre, Fº Jº 6º.

⁹⁰¹ STC 136/1999, de 20 julio, Fº Jº 14º. Recordar aquí que de acuerdo con los estándares internacionales de protección frente al discurso del odio se debe excluir específicamente la utilización de este por parte de políticos. Ver los apartados 3.3.1.2. y 3.3.2. de la presente investigación.

contenido en el artículo 20 CE debe respetar, por un lado, el contenido del articulado y por otro, la interpretación que de la norma realice el TC (efecto irradiante) dado que se considera parte integrante de la misma⁹⁰².

4.4.1.5. Conclusiones

Una vez identificados los requisitos que la dilatada jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha asentado sobre las utilidades no protegidas del derecho fundamental a la libertad de expresión, es necesario realizar algunos comentarios a modo de conclusiones parciales sobre estas, con el objetivo de reflexionar sobre las mismas. Así trataré en primer lugar, la función primordial que el derecho fundamental a la libertad de expresión tiene en cualquier Estado democrático de Derecho y la necesidad de su protección con el objetivo de alcanzar y garantizar valores y derechos propios de esta tipología de ordenamiento jurídico; en segundo lugar, la no existencia de derechos ilimitados por la imposibilidad de realizar una lista de prelación entre unos y otros y la utilización del juicio de ponderación como vía para la resolución de conflicto entre derechos constitucionales; y en tercer lugar, la relación de la libertad de expresión con la dignidad de la persona, su honor y su derecho a la igualdad material y formal y la ausencia de discriminación como marco esencial en el que las personas pueden desarrollarse y establecer relaciones entre ellas dentro del Estado democrático y social de Derecho.

En primer lugar el derecho a la libertad de expresión es uno de los pilares sobre los que se asienta todo el Estado democrático de Derecho dado que es connatural al mismo. Además de este derecho dependen muchos otros que son igual de básicos para la construcción de una sociedad libre y plural, donde exista un amplio debate público sobre aquellos temas que son de interés general y del que

⁹⁰² STC 30/1982, de 1 de junio, Fº Jº 4º; STC 85/1992, de 8 de junio, Fº Jº 4º.

deben participar todos los puntos de vista, incluso aquellos que pueden molestar, ofender o inquietar. Por lo tanto este esquema se deberá tener en cuenta como punto de partida ante cualquier tipo de justificación en su limitación.

En segundo lugar y una vez establecido lo anterior, coincido plenamente con la opinión del Tribunal Constitucional en el sentido de afirmar que no existen derechos, incluso fundamentales, absolutos. Es imposible establecer una clasificación de prelación entre unos derechos y otros sin atender al contexto en el que se desarrolla la situación de conflicto que se nos pueda plantear. Es por esto que el planteamiento del TC de resolver estos casos mediante el juicio ponderativo de derechos me parece una vía acertada. Este procedimiento permite salvar uno de los principales obstáculos de los que la legislación en materia de discurso de odio adolece, que es la falta de una definición jurídica. Así, esta no es necesaria e incluso podría ser contraproducente, puesto que es imposible definir todos y cada uno de los supuestos en los que un individuo puede hacer uso de su derecho a la libertad de expresión de una forma que extralimite la protección que le asegura el artículo 20 CE. Ante esta realidad, la resolución de los posibles conflictos mediante el juicio de ponderación de derechos es una opción que permite ofrecer a los tribunales una respuesta adecuada a este tipo de situaciones⁹⁰³.

En tercer y último lugar, el Tribunal Constitucional se ha encargado de establecer con claridad que la dignidad de la persona es el origen sobre el que nacen y se desarrollan el resto de derechos que nuestra Constitución garantiza. El derecho al honor, a la igualdad formal y material y ausencia de discriminación y el derecho a la libertad de expresión se protegen, en primer lugar, por la necesidad de preservar los ámbitos básicos en los que se desarrolla la propia personalidad de forma interna, y en segundo lugar, porque estos principios y derechos son el marco necesario en el que se debe desarrollar el tratamiento que recibe la dignidad de la persona de forma

⁹⁰³ Como se ha argumentado en el apartado 3.3.1.2. el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también utiliza este sistema en la resolución de los conflictos que se le plantean.

externa. Por esto, siempre teniendo en cuenta que todos ellos son una extensión igual de este principio, se deberá conocer caso por caso cuál deberá vencer en el de conflicto concreto utilizando las reglas que el TC ha establecido en sus decisiones.

El Tribunal Constitucional ha fijado unos criterios que concluyen la existencia de determinadas utilidades de la libertad de expresión que no pueden tener cabida dentro de un Estado democrático y social de Derecho, como el insulto, la vejación o humillación pura y simple de los individuos que pertenecen a una determinada minoría por el hecho de integrarse en esta. Así establecen un sistema de solución de conflictos que me parece el lógico para ofrecer una respuesta oportuna a las disputas que plantea el discurso del odio teniendo en cuenta que su solución afecta a principios y derechos básicos de nuestro ordenamiento jurídico.

4.4.2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los artículos 510 CP y 607.2 CP

Continuando con el estudio jurisprudencial, ahora interesa ver de qué forma el Tribunal Supremo ha aplicado⁹⁰⁴ los artículos del Código penal que tipifican esta figura.

En el presente apartado se estudiará principalmente la STS 259/2011, de 12 de abril, conocida como el caso de la librería Kalki. En segundo lugar se estudiará la STS 2021/2014, de 30 de mayo, de la Sala de lo Contencioso-administrativo, en la que se revoca la condición de refugiado a una persona por utilización del discurso del odio en internet.

⁹⁰⁴ Como ha puesto de manifiesto Landa, la aplicación de los artículos 510 CP y 607.2 CP desde su inclusión en el Código penal ha sido bastante escasa, por lo que el número de sentencias que se estudiarán no es muy elevado. Ver: Landa Gorostiza, Jon-Mirena, «Incitación al odio: evolución jurisprudencia (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata. (A la vez un comentario a la STS 259/2011 –librería Kalki– y a la STC 235/2007)», 299-303.

4.4.2.1. *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) número 259/2011, de 12 de abril*

La presente sentencia, que casa la dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de julio de 2009, sigue una causa contra el propietario de la librería Kalki y delegado en Catalunya de la asociación *Círculo de Estudios Indoeuropeos* (CEI) y tres de sus colaboradores, autores de escritos en los que se justificaba el Holocausto, o participantes en la celebración de jornadas del CEI con este objetivo. La Audiencia Provincial de Barcelona condenó a diferentes penas a los cuatro acusados por un delitos de los artículos 607.2 CP, 510 CP y 515 CP (asociación ilícita).

La sentencia transcribe una gran cantidad de pasajes de libros que obraban en poder de los acusados en los que no únicamente se justifica el Holocausto judío sino que además se atacaba de forma muy grave a colectivos como el homosexual, a personas de color y a personas con deficiencias psíquicas⁹⁰⁵.

El estudio de esta sentencia interesa en el presente estudio debido a que es la primera ocasión en la que llega un caso de estas características al Tribunal Supremo, que en lugar de utilizar los criterios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de discurso del odio, se aparta de forma manifiesta de ellos⁹⁰⁶ utilizando unos diferentes para valorar si se producen las conductas típicas de los artículos 510 CP y 607.2 CP, circunstancia que no obtiene ningún tipo de justificación por parte de los magistrados en la redacción de la sentencia.

⁹⁰⁵ De las afirmaciones contenidas en los pasajes extractados en la sentencia se desprende un vilipendio absoluto de la dignidad de las personas contra las que se dirigen los materiales. Estos se pueden leer en antecedente primero y siguientes de la presente sentencia.

⁹⁰⁶ De opinión contraria a la aquí expuesta: Cueva Fernández, Ricardo, “A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 259/2011: Discurso del odio, incitación y derecho al honor colectivo. ¿Una nueva vuelta de tuerca contra la prohibición del *hate speech*?”, 99-108.

El Tribunal Supremo divide el estudio de los hechos en dos partes. Por un lado investiga si las conductas realizadas por los acusados pueden ser objeto de reproche penal de acuerdo con los artículos 510 CP y 607.2 CP; y por otro lado, si son constitutivas de un delito de asociación ilícita penado en los artículos 515.4 CP, 515.5 CP y 517.2 CP. Aquí únicamente veré los criterios empleados en la primera sección que sistematizaré en tres apartados. En primer lugar trataré la posible aplicación del artículo 510 CP. En segundo lugar veré si las conductas materializan el ilícito penal del artículo 607.2 CP. En tercer lugar expondré el voto particular del magistrado Martínez Arrieta a la sentencia y unas conclusiones sobre la misma.

1) Respecto de la posible aplicación del artículo 510 CP.

En el Fº Dº 1-2º el Tribunal Supremo establece que la aplicación del artículo 510 CP requiere del cumplimiento de los requisitos que respecto a la provocación establece el artículo 18 CP, excepto el de la conducta delictual. Por lo tanto, requiere que se produzca una “incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones”⁹⁰⁷. De esta forma el TS realiza una vinculación directa entre el artículo 18 CP y el 510 CP. Esta interpretación del Tribunal Supremo me parece inapropiada por tres motivos: la falta de adecuación con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; la utilización de conceptos legales extraños al ordenamiento jurídico español; y el desconocimiento de los objetivos que el legislador perseguía mediante la inclusión de este artículo en el Código penal.

⁹⁰⁷ STS 259/2011, de 12 de abril, Fº Dº 1-2.

A) Falta de adecuación con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Supremo, al establecer que las conductas descritas en el artículo 510 CP deben constituir una incitación directa a la comisión de hechos, está obviando la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional ha establecido en este sentido principalmente a través de las STC 214/1991, de 10 de noviembre, y 235/2007, de 7 de noviembre; pero también a través del resto de sentencias en la que el TC se pronuncia sobre cuáles son los requisitos del discurso constitucionalmente protegido⁹⁰⁸. En este sentido, requerir la existencia de una provocación directa que se materialice en actos concretos, supone elevar las condiciones de protección más allá de lo establecido por el Tribunal Constitucional para observar la conducta como típica⁹⁰⁹. Además, esto va en contra de los estándares internacionales de protección identificados en el apartado 3.2., puesto que supone proteger ciertas categorías del discurso del odio que deben ser penalizadas de acuerdo con la protección ofrecida a las víctimas de este tipo de delitos por tratados internacionales de los que España forma parte. Como se ha argumentado en el apartado 4.3.2., la configuración del artículo 510 CP como una figura de peligro abstracto no requiere que se materialice la conducta a la que se pretende provocar, por cuanto el objetivo es prevenir que estos actos se lleven a cabo. Por lo tanto la figura es intrínsecamente indirecta.

⁹⁰⁸ Ver el apartado 4.4.1. de la presente investigación.

⁹⁰⁹ Landa Gorostiza, Jon-Mirena, «Incitación al odio: evolución jurisprudencia (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata. (A la vez un comentario a la STS 259/2011 –librería Kalki– y a la STC 235/2007)», 340-344.

B) Utilización de teorías sobre la libertad de expresión que son ajenas a nuestra tradición jurídica.

Al exigir esta discriminación directa, el TS está intentando utilizar la figura del *present and clear danger* del Tribunal Supremo de EE. UU.⁹¹⁰ en la aplicación de las figuras de Código penal español, lo que es inadecuado por una doble razón. En primer lugar nuestra tradición histórica respecto de la protección de la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio está vinculada directamente con otras realidades jurídicas como la francesa o la alemana⁹¹¹, que poco comparten con la norteamericana en este sentido. Como he expuesto en el apartado 2.3.2., la Primera Enmienda no permite la regulación y el castigo del discurso del odio dirigido contra las minorías raciales o étnicas⁹¹², por lo tanto nos encontramos ante un ordenamiento jurídico que prioriza de forma diferente los valores constitucionales por lo que su importación a nuestro sistema legal es completamente extraña e impropia para resolver sobre este tema.

C) No atiende a los objetivos que el legislador pretendía proteger con su inclusión en el CP.

Como consecuencia de lo anterior, no es posible respetar la intencionalidad del legislador en el momento de la inclusión de estos artículos en el Código penal. Si bien y como se ha argumentado en el apartado 4.3.5. la redacción del tipo es muy deficitaria y manifiestamente

⁹¹⁰ Ver el apartado 2.2.2. de la presente investigación.

⁹¹¹ En este sentido ver los apartados 1.2.1. y 1.2.2. en los que hago un estudio respecto de la diferente tradición jurídica a la que responde la protección de la libertad de expresión en el contexto norteamericano y en el europeo.

⁹¹² También recuerdo aquí que EE. UU. realizó una reserva al artículo 4 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1966, que contemplaba la exclusión de este tipo de conductas de su regulación. En este sentido ver el apartado 3.2.4.4. de la presente investigación.

mejorable, el Tribunal Supremo debería haber utilizado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, junto con la normativa internacional que regula este asunto para fundamentar su decisión de acuerdo con los estándares de protección existentes. Es incongruente que el TS establezca en la sentencia que los escritos suponen un ataque a la dignidad de la persona y opten por absolver a los acusados del delito tipificado en el 510 CP porque precisamente es ese uno de los valores constitucionales que el artículo pretende proteger frente a los posibles abusos que en la utilización al derecho a la libertad de expresión se puedan cometer en en nuestro país.

2) Respecto de la posible aplicación del artículo 607.2 CP.

Los magistrados concluyen que un alto número de las expresiones contenidas en los pasajes que se recogen en la sentencia contienen manifestaciones, términos o conceptos que suponen un evidente exceso sobre los límites del respeto a los demás, a su dignidad como personas y a su derecho a ser tratados de forma igual, que resultan ofensivos para esos colectivos y podrían considerarse lesivos respecto del derecho al honor de las personas que lo integran, para a continuación afirmar que “se trata de escritos que incluyen afirmaciones y valoraciones individuales sobre hechos históricos, sobre sus causas y su significado que, aunque respondan a posiciones muy minoritarias, en contra de la inmensa mayoría de los historiadores o analistas histórico-políticos, no por ello dejan de ser simples opiniones protegidas por el derecho a la libertad de expresión”⁹¹³.

Una vez más podemos observar como el Tribunal Supremo se distancia de las decisiones del Tribunal Constitucional. El TS firma que las expresiones recogidas en los hechos probados contienen un carácter negativo, en ocasiones

⁹¹³ STS 259/2011, de 12 de abril, Fº Dº 1-9 *in fine*.

vejatorio, que suponen un ataque a la dignidad y al resto de derechos que se desprenden de esta. Esta conclusión tan meridiana debería haber llevado al TS a establecer que nos encontramos ante un claro supuesto de discurso del odio penalmente relevante, justamente porque el lenguaje ataca al núcleo esencial de la personalidad humana de las personas que conforman los colectivos a los que se dirige. Como hemos visto en el apartado 4.4.1., el Tribunal Constitucional ha establecido que “el derecho a expresar o difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social [...]. Carecen de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas. [...] Igualmente atentan también contra ese núcleo irreductible de valores esenciales de nuestro sistema constitucional los juicios ofensivos contra el pueblo judío que, emitidos al hilo de posturas que niegan la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista”⁹¹⁴. Sin embargo el Tribunal Supremo opta por proteger las conductas estableciendo que son expresiones legítimas del derecho a la libertad de expresión.

Las afirmaciones o valoraciones individuales, en cuanto justificadoras de las conductas genocidas, que tienen por objetivo atacar la dignidad de las personas, no están protegidas por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Esto es así porque el propio Tribunal Constitucional lo ha establecido a través de su jurisprudencia como hemos visto en el apartado 4.4.1.⁹¹⁵. Es irrelevante que se pretenda presentar una visión diferente de la historia, puesto que para sostener estas visiones revisionistas o negacionistas no es necesario utilizar expresiones vejatorias, ofensivas u oprobiosas que lesionen este bien jurídico digno de protección. La distinción entre estas tesis y las justificadoras reside precisamente en que las

⁹¹⁴ STC 235/2007, de 7 de noviembre, Fº Jº 5º.

⁹¹⁵ Además de ser comportamientos claramente prohibidos por los estándares internacionales de protección identificados en el apartado 3.2. y 3.3. de la presente investigación.

primeras se deben emitir sin juicios de valor positivos que presenten como justo o merecido el delito de genocidio o que pretendan ensalzar o solemnizar a sus ejecutores. Esta diferencia tan básica e importante es la que no está presente en la decisión del TS, que decide proteger cualquier opinión ya sea revisionista o justificadora de este tipo de delitos.

Por otra parte el TS en el Fº Dº 1º-10 afirma que la distribución de los libros “no supone por sí misma un acto de difusión de ideas más allá del mero hecho de poner sus soportes documentales a disposición de los posibles usuarios”⁹¹⁶, y por lo tanto observa que el comportamiento de los acusados no reúne los requisitos del tipo. Esta interpretación se realiza claramente *contra legem*, puesto que lo que se está pensando es la distribución, sea cual sea, de ideas justificadoras de delitos de genocidio.

3) Voto particular del magistrado Martínez Arrieta y conclusiones sobre la sentencia.

Muchas de las críticas aquí manifestadas las pone de relieve a su vez el magistrado Martínez Arrieta en el voto particular que formula a la sentencia. La tipificación de las conductas incluidas en los artículos 510 CP y 607.2 CP se corresponde con delitos basados en el peligro, bastando para su realización la generación de ese riesgo, que se concreta en el mensaje cuyo contenido se identifica con el discurso del odio y que lleva implícita la amenaza a la que se refiere el tipo. La constatación de la realización de una serie de ofensas que pueden ser así identificadas “supone la realización de la conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimiento de odio, violencia o discriminación”⁹¹⁷. La restricción de la tipicidad exigiendo la concreción del peligro sobre los ciudadanos objeto de

⁹¹⁶ STC 235/2007, de 7 de noviembre, Fº Dº 1º-10. Aquí de forma implícita está admitiendo que sí se realiza un acto de difusión de ideas genocidas

⁹¹⁷ STC 235/2007, de 7 de noviembre. Voto particular del magistrado Andrés Martínez Arrieta. Apartado primero.

este tipo de lenguaje, es una interpretación que no es la sugerida por las decisiones ni del Tribunal Constitucional, ni Tribunal Europeo de Derechos Humanos y además es contraria a los estándares internacionales de protección identificados en el capítulo 3. En esta sentencia el Tribunal Supremo eleva, de una forma inaceptable, los requisitos de la protección ofrecida por el Código penal en los artículos aquí estudiados, llegando a vaciar su contenido, ya que al establecer como condición para su materialización la lesión entendida en el sentido clásico, ignora las características propias de los delitos de peligro y no permite su aplicación. Además, esta sentencia se sitúa en el inicio de una serie de decisiones tomadas por tribunales inferiores al TS que siguen sus criterios jurisprudenciales con la consecuente desprotección de las víctimas de este tipo de delitos.

4.4.2.2. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª) número 2021/2014, de 30 de mayo

El presente caso versa sobre la revocación de la condición de refugiado por parte del Ministerio del Interior a un ciudadano paquistaní como consecuencia de un vídeo publicado en internet en el que insultaba a Mahoma. De forma anterior a este proceso contencioso-administrativo se siguió otro penal que fue sobreseído y archivado por no encontrar que las manifestaciones fueran merecedoras de reproche penal. Una vez concluido este se iniciaron las actuaciones necesarias para proceder administrativamente con la retirada de su condición de refugiado dado que dichas declaraciones, de acuerdo con el parecer del Ministerio suponían una *grave amenaza para la seguridad nacional*.

En la sentencia se recoge que el recurrente, antes de poner a disposición del público el vídeo, pidió permiso al Ministerio del Interior para conocer si este era constitutivo de algún tipo de delito. Al no encontrar respuesta decidió subir un tráiler. Una vez se percató de las consecuencias decidió no subir la película entera y pidió perdón a la comunidad islámica, declarando que no era su intención ofender a

nadie, sino ofrecer una visión crítica del Islam que llevaba haciendo pública varios años⁹¹⁸.

El Tribunal Supremo, pese a saber que las declaraciones no eran constitutivas de un delito de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia, utiliza la jurisprudencia en materia de libertad de expresión para señalar que esta libertad no ampara el insulto y que, por lo tanto, se realizaron en abuso de este derecho. Y es aquí donde estriba el problema principal de la sentencia: la decisión de considerar que el vídeo no era constitutivo de un delito del artículo 510 CP, pero las declaraciones sí tenían la suficiente entidad para ser consideradas peligrosas para la seguridad nacional y proceder con la retirada de la condición de refugiado. En el voto particular los jueces Manuel Campos y María I. Perelló⁹¹⁹ opinan que las manifestaciones, al no ser penalmente relevantes, desactivan cualquier nexo causal entre el vídeo y un acto de violencia ulterior.

La sentencia no cuenta con ningún tipo de justificación que fundamente su decisión. Si no se considera que las opiniones vertidas en el vídeo eran suficientemente provocadoras como para generar un clima de violencia o para lesionar la dignidad de algún miembro de la comunidad musulmana porque no reunían la suficiente entidad, consecuentemente no es posible que las mismas declaraciones sean ideales de poner en peligro la seguridad nacional.

4.4.2.3. Conclusiones

Como he mostrado, mi posición acerca de las decisiones del Tribunal Supremo respecto de la aplicación de los delitos 510 CP y 607.2 CP es muy crítica. En la STS 259/2011, de 12 de abril, el Tribunal Supremo se separa claramente de

⁹¹⁸ STS (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª) número 2021/2014, de 30 de mayo. Voto particular. Fundamento 4º.

⁹¹⁹ STS (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª) número 2021/2014, de 30 de mayo. Voto particular. Fundamento 4º.

los estándares internacionales de protección frente al discurso del odio establecidos por los pactos y convenciones internacionales de los que forma parte España⁹²⁰ así como de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹²¹ y del Tribunal Constitucional⁹²². En su interpretación particular de la normativa el TS establece unos requisitos que en gran medida son el inicio de la disparidad de criterios que respecto de esta normativa se identificará en el apartado 4.4.3.

El Tribunal Supremo al establecer que la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia del artículo 510 CP se ha de realizar de forma directa, vacía de contenido el tipo penal. Vincular el artículo 510 CP con el 18 CP muestra un desconocimiento de qué tipo de conductas se están intentado sancionar, puesto que la mayoría de los ataques que se realizan en contra de ciertos colectivos por suerte no acaban en la materialización de disturbios, pero esto no obsta para que sean penalmente relevantes puesto que pueden afectar directamente a valores y derechos fundamentales tan básicos como la dignidad humana, el principio de igualdad formal y material, el derecho a la no discriminación, o el derecho al honor, que merecen toda la garantía y protección que ofrece el ordenamiento jurídico.

Además, el empleo de criterios que son ajenos a nuestra tradición jurídica como los utilizados por el Tribunal Supremo de EE. UU.⁹²³, un Estado que se postula como casi ningún otro en cuanto a la protección sin límites de la libertad de expresión en referencia con el discurso del odio, en lugar de utilizar criterios interpretativos de Estados similares al nuestro donde sí se establece este tipo de regulaciones, me parece una decisión altamente inadecuada. Las diferencias tan claras que existen entre ambos modelos que poseen características propias tanto

⁹²⁰ Ver el apartado 3.2. de la presente investigación.

⁹²¹ Ver el apartado 3.3.1. de la presente investigación.

⁹²² Ver el apartado 4.4.1. de la presente investigación.

⁹²³ Ver apartado 3.2.4. de la presente investigación.

desde un punto de vista histórico como jurisprudencial⁹²⁴, que no son extrapolables entre sí, supone ignorar por parte del TS los bienes jurídicos a los que responden cada uno de los patrones. Esto resulta en la desprotección de aquellos ciudadanos que por el simple hecho de pertenecer a una minoría étnica tienen que soportar el insulto y el vilipendio público de organizaciones racistas y xenófobas que intentar crear un clima de confrontación entre la mayoría social y estas minorías, con la consecuente lesión de sus derechos constitucionales básicos.

4.4.3. Jurisprudencia de las audiencias provinciales y los juzgados de lo penal en la aplicación de los artículos 510 CP y 607.2 CP

En este apartado se observará la aplicación de los artículos 510 CP y 607.2 CP por las audiencias provinciales y los juzgados de lo penal, con el objetivo de conocer qué tipo de requisitos están utilizando para observar la consecución o no de alguna de las conductas previstas en los tipos. Los resultados de la búsqueda de jurisprudencia muestran que es en estos dos ámbito jurisdiccionales en los que se han seguido una amplia mayoría de los casos en los que se estudia la aplicación de los artículos aquí estudiados, por lo que se observa muy conveniente indagar en las sentencias y extraer los razonamientos utilizados para afirmar o no la materialización de las conductas.

En este sentido he elegido aquellas sentencias que se ceñían a la utilización de estos artículos en casos de discurso de odio con origen racial o étnico y que contaban con una amplia fundamentación interpretativa de los artículos 510 CP y 607.2 CP. Estas son: la SAP de Barcelona (sección 5ª) 787/2012, de 29 de junio, que versa sobre la distribución de pasquines racistas en el contexto de una elecciones (se comentará junto con la sentencia de primera instancia); el auto de la AP de Barcelona (sección 8ª) 388/2012, de 5 de septiembre, en el que se ordena la

⁹²⁴ En este sentido ver los capítulos 1 y 2 de la presente investigación.

continuación de la investigación sobre una posible conducta típica del artículo 510 CP, también en el contexto de una elecciones (que asimismo se estudiará junto con la sentencia del Juzgado de lo Penal); la SAP de Barcelona (sección 3ª) 104/2013, de 1 de febrero, en el que se condena al director de una revista filonazi; la SAP de Santa Cruz de Tenerife 107/2014, de 7 de marzo, sobre la condena al autor de un poema racista y xenófobo; el auto de la AP de Madrid (sección 2ª) 399/2012, de 16 de mayo, sobre el juego de internet llamado Ibarra-Killer; la sentencia del Juzgado de lo Penal número 3 de Barcelona 102/98, de 16 de noviembre, (conocida como la primera sentencia contra la Librería Europa); y en último lugar la sentencia del Juzgado de lo Penal de Vigo 22/2012, de 24 de enero, referente a actividades filonazis.

4.4.3.1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 5ª) 787/2012, de 29 de junio y sentencia del Juzgado de lo Penal de Manresa, número 307/2011, de 11 de noviembre

La presente sentencia, que revoca la condena impuesta por la SJP de Manresa 307/2011, de 11 de noviembre, versa sobre la distribución por parte de un aspirante a la alcaldía de Vic (Barcelona) por el partido Plataforma per Catalunya (PxC) en el marco de unas elecciones, de pasquines con tintes racistas y xenófobos en contra de la minoría migrante presente en la ciudad. Para ofrecer una visión completa del caso es necesario comentar ambas sentencias para así poder llegar al convencimiento de si la conducta realizada era merecedora o no de sanción penal. Esta decisión es relevante ya que es la primera vez que se aplica este precepto en el campo del discurso del odio dentro de una campaña electoral, circunstancia esta que ha animado más aún el debate sobre su tipificación⁹²⁵.

⁹²⁵ En este sentido: Alcácer Guirao, Rafael. «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», 2-32.

En la sentencia de primera instancia se declaran como hechos probados que el acusado encargó 3.000 copias de dicho panfleto y que, junto con otros militantes de PxC procedieron con su distribución por la ciudad de Vic. Este pasquín contenía una multitud de afirmaciones xenófobas en las que se adscribían los repetidos tópicos que el discurso del odio con base étnica o racial atribuye a las minorías⁹²⁶. Aquí destacaré una frase que particularmente, y como pone de manifiesto el juez en la sentencia, es especialmente relevante en la condena. En esta se afirma que: “Si ellos mandan en Vic [el partido PxC], expulsarán a todos nuestros compañeros ilegales y *harán la vida imposible al resto*”.⁹²⁷ El juez de instancia haciendo referencia a las STC 214/1991, de 11 de noviembre, y STC 235/2007, de 7 de noviembre; y por otra parte, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, llega al convencimiento de que la frase destacada en este párrafo supone una expresión “claramente amenazante”⁹²⁸ que legitima la condena impuesta.

El panfleto es propaganda xenófoba que pretende beneficiarse de las circunstancias peyorativas que se adscriben a ciertas minorías para llegar a más votantes, actitud esta que aunque pueda ser reprobable moralmente, queda amparada en todo caso por la libertad de expresión y especialmente por la mayor amplitud que esta debe gozar en el contexto de una campaña electoral⁹²⁹. Como he señalado, el Tribunal Constitucional ha establecido una especial protección de la libertad de expresión cuando nos encontramos en el ámbito de la formación de opiniones dentro del debate público sobre temas de interés social y podemos concluir pacíficamente que la inmigración pertenece a este ámbito.

⁹²⁶ En el panfleto lo que se intenta ofrecer a la ciudadanía es la visión de que sino gana las elecciones PxC los demás partidos políticos no van a hacer nada para combatir la inmigración. Así afirman en el mismo que: el Partido Socialista de Catalunya dará papeles a todos los ilegales; no pagan impuestos; conducen sin el permiso reglamentario y sin el preceptivo seguro de accidentes; entre otros.

⁹²⁷ SJP de Barcelona-Manresa, número 307/2011, de 11 de noviembre, Fº Jº 1º. Énfasis añadido.

⁹²⁸ SJP de Barcelona-Manresa, número 307/2011, de 11 de noviembre, Fº Jº 1º, apartado II.

⁹²⁹ En este sentido, estoy de acuerdo con las opiniones que Alcácer Guirao expone en: Alcácer Guirao, Rafael. «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», 10.

En este sentido, la afirmación “si ellos mandan en Vic, expulsarán a todos nuestros compañeros ilegales”, no debe ser considerada como punible de acuerdo con el artículo 510 CP, puesto que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su artículo 28 prevé la expulsión del territorio nacional para aquellas personas que se encuentren en situación irregular. Por lo tanto, aunque me parezca una forma execrable de tratar el fenómeno de la inmigración con objetivos políticos, es una expresión que de acuerdo con los criterios identificados en el apartado 4.4.1 no debería ser penalmente relevante⁹³⁰.

Sin embargo la afirmación que sí debe ser considerada como provocadora a la discriminación, al odio o a la violencia es *y harán la vida imposible al resto*. Esta contiene una amenaza directa dirigida a personas migradas que residen de forma regular en Vic o a miembros de este colectivo que son nacionales, únicamente por pertenecer a este. La afirmación desprende una carga discriminatoria tan elevada que pone en riesgo todos los derechos y valores en los que se basa la protección ofrecida por el artículo 510 CP⁹³¹. Esta declaración contiene una declaración de intenciones realizada por parte de un político en el que se posiciona a favor de hostigar y marginar a un determinado grupo social, únicamente por razón de su pertenencia a un grupo étnico. Este comportamiento no puede encontrar encaje dentro del Estado democrático y social de Derecho en el que se configura nuestro país puesto que va en contra de los bienes jurídicos superiores que protege nuestro texto constitucional y que se han estudiado en el apartado 4.2., además de ir en contra de los estándares internacionales identificados en el apartado 3.2. y 3.3. En

⁹³⁰ Pese a lo señalado en el apartado 3.2.3. respecto de la existencia de un especial interés por los derechos de los no ciudadanos, la expulsión de personas migrantes irregulares es un procedimiento regulado por la ley, aunque no sea de competencia municipal y el partido PxC poco pudiera hacer en este ámbito más que hostigar a este colectivo.

⁹³¹ En este sentido ver: Michael J. Sandel. *Filosofía pública. Ensayos sobre moral en política*, (Barcelona: Mabat, 2008), 337.

este sentido, el Juzgado de lo Penal de Manresa, en su sentencia 307/2011 de 11 de noviembre de 2011, condena al acusado.

Sin embargo la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 5ª) 787/2012, de 29 de junio, estima el recurso y revoca la sentencia procediendo con la absolución. Los magistrados, que muestran en su decisión un desconocimiento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los estándares internacionales de protección en este sentido, vinculan el artículo 510 CP con el artículo 18 CP, exigiendo la provocación directa⁹³² sin necesidad de perpetuación de delito ni resultado lesivo, lo que les lleva a concluir que “el parecer de esta sala es que nos encontramos ante unos panfletos de contenido irónico que deben ser tomados por la población en general como un ejercicio de reflexión según la convicción particular de cada ciudadano con opinión hacia los extranjeros y que denota un alto grado de madurez democrática”⁹³³.

Los magistrados ignoran la STC 136/1999, de 20 de julio, estudiada en el apartado 4.2.4.2., que no protege el lenguaje amenazante en el contexto de unas elecciones. Además el Tribunal fundamenta su fallo en la constatación de que no se denunciaron los hechos ante la Junta Electoral de la zona, con lo que no se puede saber si tuvo o no incidencia en los votantes, y en un testigo que afirma que no hubo un aumento del grado de xenofobia en la ciudad. Todas estas razones utilizadas por los magistrados para llegar al convencimiento de que el pasquín no era constitutivo de delito están basadas en la ausencia de la comisión de infracciones de forma posterior a su distribución y, por lo tanto, no son válidas porque el tipo no exige este extremo.

⁹³² Que por otra parte en este caso me parece más que patente.

⁹³³ SAP de Barcelona (sección 5ª) 787/2012, de 29 de junio, Fº Dº 5º d.

La interdicción de este tipo de afirmaciones no persigue como sugiere Alcácer Guirao, “silenciar toda opinión política disidente”⁹³⁴, sino poner de relieve que no por encontrarnos dentro del discurso político se pueden proferir ataques a los electores o a residentes regulares de una población⁹³⁵ porque incluso en este ámbito el derecho a la libertad de expresión no es absoluto. Si bien es necesario que se proteja de una forma muy amplia para preservar la salud democrática del Estado, también es necesario proteger los derechos de las personas que se ven acosadas por los discursos de los partidos políticos que intentan amparar de forma espuria, bajo la protección de la libertad de expresión, actitudes abiertamente racistas y xenófobas en contra de parte de la población mediante promesas políticas que pretenden denostar y vilipendiar a una minoría y atentan directamente contra su dignidad. Esta sentencia, va en contra de lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹³⁶ y por textos internacionales que hacen referencia a la garantía de los derechos de los *no ciudadanos*⁹³⁷ y, por lo tanto, me parece que la absolución practicada por la AP de Barcelona no se ajusta ni a los objetivos que pretendía el legislador, a través de la tipificación de las conductas, ni a los criterios establecidos por otros tribunales, que los magistrados deberían haber utilizado para llegar a un convencimiento sobre el caso.

⁹³⁴ Alcácer Guirao, Rafael, «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», 19.

⁹³⁵ Esta posición es la que mantiene el Tribunal Constitucional en la STC 136/1999, de 20 de julio, Fº Jº 14º al establecer: “queda fuera del ámbito constitucionalmente protegido por estos derechos la difusión de programas o mensajes que por su contenido, debidamente contextualizado, resulten amenazantes o intimidatorios, especialmente cuando esos efectos se producen durante los procesos electorales como consecuencia de la difusión de mensajes que pretenden decantar el sentido del voto hacia las opciones mantenidas por quienes las transmiten por temor a sufrir daños o perjuicios”. En este sentido ver: Gutiérrez David, Mª Estela y Alcolea Díaz, Gema, «El "discurso del odio" y la libertad de expresión en el Estado democrático», 16. Recalco aquí que me parece altamente despreciable comprometerse políticamente con la persecución indiscriminada de inmigrantes irregulares, pero esta afirmación no puede considerarse como punible bajo el artículo 510 CP.

⁹³⁶ Weber, Anne, *Manual on hate speech*, 35; Quesada Alcalá, Carmen, «La labor de la Unión Europea, el Consejo de Europa y la OSCE en materia de delitos de odio: sus repercusiones en España», 32-33. Ver en este sentido el apartado 3.3.1.2. de la presente investigación.

⁹³⁷ En este sentido ver el apartado 3.2.3. de la presente investigación.

4.4.3.2. *Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 8ª) 388/2012, de 5 de septiembre y la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 18 de Barcelona 534/2013, de 10 de diciembre*

El comentario del siguiente auto, al que le seguirá el estudio de la sentencia del juzgado de lo penal que se encarga de conocer el caso, tiene por objetivo revocar y dejar sin efecto el sobreseimiento libre y archivo decretados por el tribunal de primera instancia en un procedimiento seguido por una posible infracción del artículo 510 CP. El contexto, al igual que el caso anterior, son unas manifestaciones racistas proferidas por un candidato político, en este caso Xavier García Albiol del Partido Popular, vinculando directamente los robos cometidos en la ciudad de Badalona con el colectivo de inmigrantes gitanos de origen rumano que vivían en la ciudad. Este llegó a afirmar “que la mayoría de los miembros de este grupo étnico rumano son delincuentes frente a los que no han producido éxito las políticas de integración, proponiendo como únicas medidas eficaces contundentes medidas policiales o judiciales, que abandonen la calle o que los encierren en prisión o los devuelvan a su país”⁹³⁸.

El auto es relevante puesto que los magistrados en la redacción del mismo sí utilizan ampliamente las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional. Incluso llegan a reflejar en la sentencia la disparidad de criterios existente entre el TC y el TS afirmando que “es la primera resolución del Tribunal Supremo en la que es abordada la caracterización de este concreto tipo penal, que la opción interpretativa seguida en esta resolución no es la única [interpretación del término *provocación* del artículo 510 CP a la luz del 18 CP], ni siquiera la mayoritariamente seguida por la doctrina que ha analizado el precepto, y que tampoco la decisión ha sido pacífica entre los miembros del Tribunal firmante de dicha resolución, consignándose un voto particular a la decisión de la mayoría

⁹³⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 8ª) 388/2012, de 5 de septiembre, Rº Jº 4º.

que encuentra sólido sustento en la redacción del precepto -que en el plano objetivo no exige más que se constate una conducta de *provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones* 0 (sic) guiada por un ánimo que no es momento de examinar-, y también en las convenciones, recomendaciones y directivas supranacionales, vinculantes para España”⁹³⁹.

Lo que se reprocha principalmente en esta sentencia es la actitud del juez de primera instancia que procedió con el sobreseimiento del caso sin haber practicado las mínimas indagaciones sobre las circunstancias del caso, asumiendo que cualquier discurso político, sin importar el contenido, está protegido por la libertad de expresión. La Audiencia Provincial afirma que es necesario llevar a cabo un estudio en profundidad del caso por la importancia de los derechos y bienes afectados en el mismo y que es menester que se practiquen las diligencias correspondientes para conocer si las manifestaciones tuvieron el alcance imprescindible para constituir un delito del artículo 510 CP⁹⁴⁰. Este auto muestra en cierto modo el grado de desconocimiento de los operadores jurídicos respecto de la problemática del discurso del odio y la necesidad de que sus víctimas encuentren el amparo necesario en el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, la sentencia del Juzgado de lo Penal número 18 de Barcelona 574/2013, de 10 de diciembre, absolvió a Xavier García Albiol por el reparto de estos folletos, además de diversas declaraciones en medios de comunicación en las que se reiteraba en esta idea. El tenor de sus declaraciones fue el siguiente:

En primer lugar respecto de la distribución del folleto, en este se vinculaba la delincuencia con el colectivo rumano que habitaba en Badalona, donde se podían leer frases como *no queremos rumanos*, superponiendo las palabras *delincuencia*,

⁹³⁹ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 8ª) 388/2012, de 5 de septiembre, Rº Jº 3º. Énfasis en el original.

⁹⁴⁰ En este sentido ver los estándares identificados en los apartados 3.2.4.3. y 3.3.1.2. de la presente investigación

*suciedad, inseguridad*⁹⁴¹. Posteriormente, como consecuencia de la polémica generada por el documento, Xavier García Albiol realizó una serie de declaraciones a medios de comunicación en las que intentaba esclarecer en cierto modo (no queda acreditado en la sentencia), que únicamente pretendía referirse al colectivo gitano rumano y no al colectivo rumano. Además, afirmaba por un lado que “creo que la inmensa mayoría de inmigrantes que vienen a nuestro país son personas honradas que han venido a buscar un puesto de trabajo”⁹⁴², y por otro que el colectivo gitano rumano era una “plaga” y una “lacra”⁹⁴³, un colectivo “que se ha instalado en nuestra ciudad para delinquir y robar”⁹⁴⁴, idea que repite en otras intervenciones⁹⁴⁵.

Una vez establecidos los hechos probados y ahora atendiendo a los fundamentos jurídicos, el juzgador, haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional establece que las declaraciones al referirse de forma generalizada al colectivo gitano rumano calificándolos de delincuentes, eran ideales para lesionar su derecho al honor debido a su carácter vejatorio y ofensivo y que por lo tanto, el derecho del artículo 20 CE no podía actuar “como barrera para no entrar a analizar si el acusado incurrió en los delitos que se le imputan”⁹⁴⁶.

Posteriormente, en el análisis de las actuaciones en referencia a la conducta tipificada en el artículo 510 CP, el magistrado, utilizando la jurisprudencia del

⁹⁴¹ SJP número 18 de Barcelona 574/2013, de 10 de diciembre, hecho probado 4°.

⁹⁴² Entrevista realizada en Canal Català el 16 de abril de 2010. SJP número 18 de Barcelona 574/2013, de 10 de diciembre, hecho probado 3. Varios medios recogieron las afirmaciones. Ver: Jesús García. «Los gitanos rumanos son una plaga», *El País*, 16 de abril de 2010, acceso 19 de agosto de 2015, http://elpais.com/elpais/2010/04/16/actualidad/1271405853_850215.html

⁹⁴³ Ambas citas en: SJP número 18 de Barcelona 574/2013, de 10 de diciembre, hecho probado 3°.

⁹⁴⁴ Entrevista concedida en el programa Hora 14 de la Cadena Ser el día 25 de abril de 2010. SJP número 18 de Barcelona 574/2013, de 10 de diciembre. Hecho probado 6. Entrevista accesible: en http://cadenaser.com/programa/2010/04/25/audios/1272153015_660215.html

⁹⁴⁵ SJP número 18 de Barcelona 574/2013, de 10 de diciembre, hecho probado 7°.

⁹⁴⁶ SJP número 18 de Barcelona 574/2013, de 10 de diciembre, F° J° 3°.

Tribunal Supremo vincula este artículo con el 18 CP y por lo tanto concluye que el acusado “ni incitó directamente a nadie a hacer nada, ni mucho menos incitó a cometer un delito”⁹⁴⁷. Tanto el Ministerio Fiscal como las acusaciones advierten al juez de que la interpretación que realiza el Tribunal Supremo de los artículos puede no ser la correcta, pero este omite el comentario argumentado que para que un juez de lo penal aplique una interpretación contraria la que por el momento ha sostenido el Tribunal Supremo deben existir argumentos extraordinariamente convincentes. El problema es que estos argumentos existen y fueron puestos de relieve por parte de los magistrados de la Audiencia Provincial de Barcelona en el auto que le obligó a levantar el archivo de la causa ya que, como subrayaron, la interpretación que realiza el Tribunal Supremo de los artículos 510 CP y 607.2 CP no es la mayoritaria, y que esta puede ser contraria tanto a las decisiones del Tribunal Constitucional, como a la interpretación que del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos de discurso del odio⁹⁴⁸.

De igual forma que el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 5ª) 787/2012, de 29 de junio, este es un caso palmario de discurso del odio por razones raciales o étnicas que debería ser penalmente relevante y por lo tanto debería activar la protección establecida en el artículo 510 CP.

*4.4.3.3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 3ª)
104/2013, de 1 de febrero*

El presente caso se sigue contra el director de la revista INTEMPERIE y la página web www.n-europa.org por un delito de provocación a la discriminación al

⁹⁴⁷ SJP número 18 de Barcelona 574/2013, de 10 de diciembre, Fº Jº 4º y 5º.

⁹⁴⁸ De igual opinión: Quesada Alcalá, Carmen, «La labor de la Unión Europea, el Consejo de Europa y la OSCE en materia de delitos de odio: sus repercusiones en España», 48.

odio y a la violencia del 510 CP y de justificación y trivialización de los delitos de genocidio del 607.2 CP. En la sentencia de primera instancia el acusado es condenado por un delito del 607.2 CP, dado que el juez únicamente aprecia esta figura en los escritos incautados, resolución que es confirmada por los magistrados de la Audiencia Provincial. Este dictamen es relevante para el presente estudio porque en él se tratan las áreas en las que se pueden sobreponer las conductas descritas en los artículos 510 CP y 607.2 CP.

En los hechos probados⁹⁴⁹ se constata que en los escritos incautados se realizan toda una serie de afirmaciones en las que se justifica⁹⁵⁰ el Holocausto judío, al que también se ataca con afirmaciones puramente insultantes. Asimismo se profieren frases altamente ultrajantes contra las mujeres⁹⁵¹, los homosexuales⁹⁵², las

⁹⁴⁹ Aquí únicamente destacaré aquellas frases que me parecen más graves con el objetivo de poder ilustrar el grado de trascendencia de las mismas en la materialización o no de las conductas tipificadas en los artículos 510 y 607.2 CP

⁹⁵⁰ SAP de Barcelona (sección 3ª) 104/2013, de 1 de febrero, A° D° 1º: Revista Intemperie número 23 -página 20, de la línea nº 12 a la línea nº 24, ambas incluidas, en el artículo "Revisionismo": Inicialmente se habló de seis millones de judíos victimados, tres de ellos en Auschwitz. La lápida actual del campo - con cifra exagerada- habla de un millón, luego el número total debería reducirse a cuatro millones. Pero como se trata de una cifra mítica, sigue vigente la invención de seis millones. El porqué de todo esto lo explica bien el judío Finkelstein en su libro "La industria del Holocausto", negocio que le sirve a Israel y a algunos judíos desaprensivos para obtener indemnizaciones astronómicas sin la menor legitimidad.

⁹⁵¹ SAP de Barcelona (sección 3ª) 104/2013, de 1 de febrero, A° D° 1º: Revista Intemperie número 12, página 23 de la línea nº 1 a la línea nº 17 ambas incluidas: «EL MALTRATO A LAS MUJERES Y LAS MUJERES MALTRATADAS. Vaya coñazo de paliza mediática que nos están dando y nos toca soportar. Lo que se trata es de cantar derechos para unas y amenazas para otros que viven ya acojonados ante la posibilidad de que la mujer, el putón de turno, la haragana, la concubina y demás compañeras sentimentales, se rasguen el vestido, se den un golpe, o que por maltratos "sicológicos" [sic] -como decirle que no tiene razón o que se calle de una puñetera vez.

⁹⁵² SAP de Barcelona (sección 3ª) 104/2013, de 1 de febrero, F° D° 1º: La homosexualidad y la zooerastía ya sea de origen congénito o adquirido por degeneración o depravación -aunque hayan personas que sin practicarlas sientan inclinación a su asimilación y aceptación-, así como las maneras de sus apareamientos, no constituyen asunto de nuestra incumbencia, siempre y cuando sean efectuados en forma personal, íntima y reservada. A lo sumo pueden producirnos hilaridad, compasión o asco. Estos seres tienen derecho a vivir y hasta vivir en paz, mientras no provoquen ni alteren la paz ni la libertad de terceros. Lo que no toleraremos es su pretensión al reconocimiento de derechos antinatura, la apología de estas lacras, las públicas manifestaciones y expresiones de tales disfunciones y su proselitismo en este sentido, en el primero de los casos; en el segundo, interesaremos la opinión y dictamen de las organizaciones protectoras de animales.

personas que sufren algún tipo de discapacidad, las personas de color⁹⁵³ o los árabes⁹⁵⁴.

El problema principal que observo en la interpretación de los hechos que hizo el juzgador de instancia, después confirmado en todos sus términos por la Audiencia Provincial, es una vez más la interpretación del artículo 510 CP bajo los requisitos del artículo 18 CP en cuanto a la provocación, lo que les lleva a establecer que «debe realizarse una interpretación claramente restrictiva del precepto penal [respecto del artículo 510 CP] y aplicarlo tan solo en aquellos casos en los que los destinatarios de la provocación carezcan de autonomía suficiente (menores) o si se tratara de una situación de crisis extrema de un grupo especialmente vulnerable cuyas condiciones existenciales puedan verse verdaderamente afectada»⁹⁵⁵. Esta interpretación, ajena completamente al tipo, dado que este no limita en ningún caso el supuesto de hecho a las conductas dirigidas en contra de menores o que se den en situaciones de crisis extrema, eleva aún más las condiciones en las que se pueden observar la consecución de las conductas descritas en los tipos penales aquí estudiados, lo que no debería ser aceptado por ir en contra de la intencionalidad de la propia legislación, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y a su vez de los estándares internacionales identificados en el apartado 3.2. y 3.3. del presente trabajo⁹⁵⁶, además de ser una tarea que no le corresponde al Tribunal.

⁹⁵³ SAP de Barcelona (sección 3ª) 104/2013, de 1 de febrero, A° H° 1º: Revista Intemperie número 30. -Página 28 de la línea nº 4 a la línea nº 8 ambas incluidas: "los negros a la más mínima oportunidad que tienen y ya han hecho gala, van con el preceptivo saqueo "a la caza del blanco" y a la preceptiva violación de las mujeres blancas en este caso todos franceses- y ya están en ello. Ya se han cargado unos cuantos, y violado a otras más. No pasa nada, son angelitos negros con licencia y "comprensión" para todo ello.

⁹⁵⁴ SAP de Barcelona (sección 3ª) 104/2013, de 1 de febrero, A° H° 1º: Revista Intemperie número 16. -En la portada, al margen del dibujo caricaturizado de un hombre de étnia (sic) magrebí, se puede leer: "Perejil, Sahara, Ifni, Pesca, .. Invasión, Violaciones, Piojos, Robos, Drogas, Etc ... Ceuta, Melilla, Mezquitas, Delincuencia. STATU QUO: MORO CONTENTO.

⁹⁵⁵ SAP de Barcelona (sección 3ª) 104/2013, de 1 de febrero, F° D° 3º.

⁹⁵⁶ Como también refleja la opinión del fiscal en el F° D° 4º.

El análisis de los tipos que realizan los magistrados es ajeno a cualquier otro realizado con anterioridad, dado que concluyen lo siguiente:

“las expresiones utilizadas en los pasajes transcritos suponen una incitación indirecta a la discriminación, odio, violencia y eliminación de diferentes grupos raciales, no tratándose únicamente de la negación del holocausto, sino que favorece un clima de hostilidad hacia los judíos principalmente que genera un peligro (que no es necesario que sea concreto, puesta basta con que sea abstracto o hipotético) que puede concretarse en actos de violencia, odio o discriminación ante tales grupos. Es decir, los artículos y puntos programáticos denunciados suponen un menosprecio a la dignidad de los grupos afectados, un peligro para su pacífica convivencia, siendo los mismos completamente innecesarios en aras a la expresión por parte del acusado de su ideario político. Existe un deliberado ánimo de menosprecio y de discriminar a personas o grupos por razón de su condición personal, étnica o social”⁹⁵⁷.

Por lo tanto la Audiencia Provincial pese a observar que sí existe una incitación a la discriminación, al odio y a la violencia, que no únicamente niega el holocausto sino que también supone un ataque contra el núcleo esencial de la dignidad de diversos colectivos, únicamente observa la vulneración de las conductas tipificadas en el artículo 607.2 CP. Esta interpretación no debería ser aceptada por cuanto supone establecer que la conducta del artículo 607.2 CP es asimilable a la del 510 CP, debiendo de realizarse los comportamientos en la primera situación de forma indirecta y en la segunda de forma directa⁹⁵⁸.

Este análisis de las conductas me parece impropio, además de por lo ya analizado, porque supone la confusión del corolario que pretenden defender ambas

⁹⁵⁷ SAP de Barcelona (sección 3ª) 104/2013, de 1 de febrero, Fº Dº 7º y 9º.

⁹⁵⁸ Además de dirigirse en contra de un colectivo que carezca de autonomía suficiente, como el de los menores, o que provoque una grave situación de crisis que haga creer a los miembros del grupo dado que peligran sus condiciones existenciales.

figuras. Tal y como afirma Landa⁹⁵⁹, el referente final de los comportamientos previstos en el artículo 510 CP son los delitos contra la humanidad, mientras que los del artículo 607.2 son los delitos de genocidio. Por lo tanto se trata de actuaciones diferentes, con supuestos de hecho distintos, no únicamente dispares entre sí en cuanto a la intencionalidad directa o indirecta de sus autores. Además esta sentencia supone una interpretación completamente extraña a la propia redacción de los tipos que endurece aún más la aplicación de la protección establecida en los artículos aquí estudiados. Por lo tanto observo que las conductas descritas en la sentencia son susceptibles de una condena por el artículo 510 CP por cuanto algunas de las afirmaciones tienen únicamente por objetivo denostar, vilipendiar y denigrar a ciertos colectivos como las mujeres, los homosexuales, las personas de color y los árabes entre otros y por un delito de justificación y banalización de los delitos de genocidio del artículo 607.2 CP por aquellas afirmaciones que se realizan con este objetivo.

4.4.3.4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 2ª) 107/2014, de 7 de marzo

El presente caso versa sobre la publicación en el diario *El Día* de un poema titulado “Décimas” en el que se aludía a la llegada masiva a las costas de Canarias de personas de origen africano.

El carácter xenófobo y racista del mismo es de tal calado que aquí únicamente destacaré ciertas frases con el objetivo de ilustrar el lenguaje utilizado por el autor y que llevó al convencimiento del juez de primera instancia, parecer confirmado por la Audiencia Provincial, de que el mismo podía ser castigado como un delito del artículo 510 CP: “Como canarios vamos a defendernos /de esta oleada

⁹⁵⁹ Landa Gorostiza, Jon-Mirena, «Incitación al odio: evolución jurisprudencia (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata. (A la vez un comentario a la STS 259/2011 –librería Kalki– y a la STC 235/2007)», 340-344.

de cigarrones, / que nos están llegando a montones / y yo voy están (sic) llegando a montes / y yo voy hacer (sic) el primero. / Comparemos mosquetones / pistolas, fusiles y cañones, / y hasta un barco cañonero / con ellos dispararemos, / y estos intrusos invasores / que regresen por donde vinieron”⁹⁶⁰.

El análisis de esta sentencia es relevante puesto que el texto hace referencia a la problemática existente respecto a la divergente interpretación de los requisitos aplicativos de los artículos 510 CP y 607.2 CP por parte del TC y el TS. Conscientes de esta situación los magistrados utilizan, en la fundamentación del fallo, jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo e incluso se hace referencia al Código penal alemán como directrices aplicativas para conocer si los hechos son constitutivos de delito.

De esta forma llegan al convencimiento de que la interpretación restrictiva del artículo 510 CP, realizada por el Tribunal Supremo, no ha sido aceptada pacíficamente por la doctrina puesto que supone exigir que se produzca algún acto agresivo como consecuencia de la transmisión del discurso, circunstancia que no se observa en el tipo. En este sentido se afirma que “la conducta típica del artículo 510 no requiere que sea posible como resultado del mensaje un acto agresivo contra cualquier miembro de la asociación contra la intolerancia, pues la afrenta viene a constituir la acción difusora de expresiones que inciten al odio, a la discriminación o a la violencia respecto de aquellos a los que se alude en el artículo 510”⁹⁶¹.

Los magistrados llegan a la certeza de que las palabras utilizadas por el autor del poema son una llamada clara a reaccionar de forma violenta contra los

⁹⁶⁰ El poema completo se puede consultar en: SAP de Santa Cruz de Tenerife (sección 2ª) 107/2014, de 7 de marzo, A° H° 1°.

⁹⁶¹ SAP de Santa Cruz de Tenerife (sección 2ª) 107/2014, de 7 de marzo, F° D° 4°.

inmigrantes que arriban a las costas tinerfeñas. En palabras del magistrado ponente: “no cabe duda de las intenciones del autor de los versos de dirigirse a través de un medio de comunicación de gran difusión en la provincia a sus conciudadanos para hacerles partícipes de la necesidad de reaccionar ante dicha supuesta situación de emergencia, por lo que va más allá de la mera expresión de opiniones despectivas o humillantes respecto de un grupo social al que entiende debe repelerse para impedir una invasión de trascendentales y nefastas consecuencias”⁹⁶².

Para llegar a este convencimiento recaban información sobre la intencionalidad del legislador respecto de la inclusión del artículo 510 en el Código penal, consultan legislación europea en materia de discurso del odio, jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que les permite afirmar que la conducta típica sancionada en este precepto no requiere de ninguna situación en la que se concrete algún hecho como resultado del mensaje, sino que es el propio discurso el que puede crear un clima de violencia y por lo tanto se adelanta la protección a la fase previa a la comisión de cualquier acción. Por lo tanto donde hay que poner el acento es en el mensaje y en la idoneidad de este para generar una actitud hostil, de rechazo o de violencia en la sociedad contra un determinado grupo que podría poner en peligro la pacífica convivencia, además de lesionar ciertos derechos de las minorías contra la que se dirige⁹⁶³.

Esta sentencia me parece un ejemplo patente de cómo se debería interpretar el contenido del artículo 510 CP, dado que utiliza toda una serie de estándares que tienen como objetivo dar una respuesta al fenómeno del lenguaje del odio en nuestra sociedad atendiendo, de forma inclusiva, a todos los requisitos que se deben tener en cuenta con el objetivo de limitar el derecho a la libertad de expresión únicamente en aquellos casos más graves en los que efectivamente se lesionen los derechos que este tipo de legislación trata de proteger.

⁹⁶² SAP de Santa Cruz de Tenerife (sección 2ª) 107/2014, de 7 de marzo, Fº Dº 4º.

⁹⁶³ SAP de Santa Cruz de Tenerife (sección 2ª) 107/2014, de 7 de marzo, Fº Dº 4º.

4.4.3.5. *Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 2ª) 399/2012, de 16 de mayo*

El presente caso versa sobre la puesta a disposición en una página web de un juego interactivo titulado *Ibarra-Killer* (matar a Esteban Ibarra) en el que el objetivo, como su nombre indica, era acabar con la vida del presidente de Movimiento Contra la Intolerancia. El presente recurso se interpone contra un auto del juzgado de primera instancia en el que se reputa la falta de hecho al observar el juzgador *a quo* que no concurren los requisitos exigidos por el artículo 510 CP dado que el juego “no pone en riesgo la seguridad de la asociación que preside, no atenta contra toda una colectividad y no constituye un acto de provocación directa a materializar la conducta que el juego reproduce”⁹⁶⁴.

Tanto el abogado de parte como el fiscal proceden con el recurso de apelación dado que el juego no únicamente tiene como objetivo acabar con Esteban Ibarra, animando a matarlo antes de que sea demasiado tarde, sino que además se alentaba a terminar con sus *clones* de Movimiento contra la Intolerancia, por lo que el mensaje provoca directamente no únicamente contra el director de esta asociación, sino también contra las personas que forman parte de esta.

Este auto es importante porque la magistrada que redacta la opinión de la sala acude directamente a normativa de la Unión Europea y a las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para defender que “la conducta típica del artículo 510 no requiere, que sea posible como resultado del mensaje, un acto agresivo contra cualquier miembro de la asociación contra la intolerancia, pues la afrenta viene a constituir la acción difusora de expresiones que inciten al odio, a la discriminación o a la violencia respecto de aquellos a los que se alude en el artículo 510”⁹⁶⁵.

⁹⁶⁴ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 2ª) 399/2012, de 16 de mayo, Rº Jº 1º.

⁹⁶⁵ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 2ª) 399/2012, de 16 de mayo, Rº Jº 3º.

Ciertamente un juego interactivo que consiste en poner bajo un punto de mira al director de una asociación, con el objetivo de matarlo lo antes posible y hacer lo mismo con los clones que le siguen, supera ampliamente los márgenes del respeto a las opiniones divergentes que pueden ser presentadas de una forma chocante o que puedan llegar a perturbar al conjunto de la sociedad. Si una determinada asociación no está de acuerdo con los objetivos o las tareas que viene realizando Movimiento Contra la Intolerancia, puede manifestarlas libremente sin que estas deban tener ningún tipo de repercusión penal. Pero en el presente caso el juego tiene por único objetivo amenazar de muerte y amedrentar tanto al director de la asociación como al resto de personas que trabajan o colaboran con esta.

Este es un caso paradigmático en el que se muestra claramente que la interpretación que el Tribunal Supremo realiza del artículo 510 CP es altamente inadecuada, dado que exigir aquí una amenaza directa a unos hechos concretos vinculando este artículo con el 18 CP no permitiría actuar a la justicia hasta la materialización de un hecho concreto que pudiera poner en riesgo la vida de alguien.

4.4.3.6. Sentencia del Juzgado de lo Penal número 3 de Barcelona 102/98, de 16 de noviembre

Esta sentencia se corresponde con la primera dictada contra Pedro Varela Geiss, director de la Librería Europa, al que en primera instancia se le condenó por un delito continuado contra el ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizados en la Constitución del artículo 510 CP, y por un delito de genocidio del artículo 607.2 CP⁹⁶⁶.

⁹⁶⁶ En este momento la negación de delitos de genocidio aún estaba penada de acuerdo con la redacción del artículo 607.2 CP.

Dicha sentencia es relevante para el presente estudio dado que forma parte del núcleo de sentencias anteriores a la del Tribunal Supremo 259/2011, de 12 de abril, en la que no interfiere la interpretación que el TS realiza de los tipos. El juez, aparte de utilizar las dos sentencias del Tribunal Constitucional con las que se contaba en aquel momento sobre discurso del odio con base racial o étnica (STC 214/91, de 11 de noviembre [caso Violeta Friedman], y la STC 176/1995, de 11 de diciembre [caso Makoki]), recurre a instancias internacionales para conocer qué interpretación han realizado de figuras análogas que castigan estos supuestos de hecho, circunstancia que le permite desgranar muchos de los problemas que aquí se han estudiado derivados de la interpretación de los tipos.

La exégesis que el juez realiza del artículo 510 CP en esta sentencia es especialmente acertada por ser particularmente pertinentes los requisitos que este deriva de la interpretación del tipo. En primer lugar acude a la génesis de la aparición de la norma que el juzgador encuadra en el artículo 20.2 del PIDCP, que obliga a los Estados Miembros a la prohibición por ley de toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, a la hostilidad o a la violencia⁹⁶⁷. Además hace referencia a las decisiones del Tribunal Constitucional acerca de la ponderación de derechos en juego cuando entramos en el terreno del lenguaje racista que afecta a la dignidad humana. Concretamente me parece relevante, por adecuada, la definición que ofrece sobre la conducta típica que realiza el acusado:

“provocar a la discriminación y al odio, significa incitar a que otros ejecuten dicha conducta lesiva, de lo que debemos deducir, que no forma parte esencial del tipo la concreción simultánea o futura de ningún resultado. [...]. La provocación e incitación no generan en sí mismas ninguna situación "fáctica" concreta, sino que son la antesala de las mismas, al crear las condiciones óptimas para que tal situación de riesgo y peligro se desarrollen en un futuro más o menos inmediato. Al poner el acento en la noción de grupo o colectivo, el legislador pretende un fin incuestionablemente legítimo

⁹⁶⁷ Ver el apartado 3.2.3.1.3. de la presente investigación.

desde la óptica de la prevención criminal, a saber, que se llegue a inculcar en los destinatarios de la difusión una actitud hostil, de rechazo y violencia, que a la postre desemboque en actos concretos de agresión o discriminación”⁹⁶⁸.

Como podemos apreciar, el juez observa que la correcta interpretación del contenido del artículo 510 CP consiste en castigar aquellas conductas que tengan como objetivo llegar a inculcar en los destinatarios del mensaje una actitud hostil, de rechazo y violencia que podrá resultar o no en una acción que se concrete en una agresión racista o en una actitud discriminatoria, pero que estas acciones ulteriores no son requisitos incluidos en el tipo puesto que este se configura como un delito de riesgo. Esta tipología delictual implica un adelantamiento de las barreras de punición penal, dado que la conducta en sí de provocar a la discriminación, al odio o a la violencia es apta por sí sola para poner en peligro bienes jurídicamente dignos de protección, situación que justifica la utilización del Derecho penal⁹⁶⁹.

Además el Juez trata la posible supeditación del término provocación al artículo 18 CP. Concluye que si bien el artículo 510 CP es un delito autónomo, tiene un “engarce lógico”⁹⁷⁰ con el 18 CP por cuanto ambas figuras implican un adelantamiento de los supuestos tradicionales de castigo penal, por su “indudable idoneidad”⁹⁷¹ para poner en peligro los bienes jurídicos que tutelan. Como he defendido en el apartado 4.3.2.3., esta interpretación me parece conveniente dado que ambas conductas consisten en provocar y por lo tanto poseen características comunes que pueden ayudar a realizar una interpretación adecuada del artículo 510

⁹⁶⁸ SJP número 3 de Barcelona 102/98, de 16 de noviembre, Fº Dº VII.

⁹⁶⁹ Como he defendido en esta investigación en el apartado 4.3.2.

⁹⁷⁰ SJP número 3 de Barcelona 102/98, de 16 de noviembre, Fº Dº VII.

⁹⁷¹ SJP número 3 de Barcelona 102/98, de 16 de noviembre, Fº Dº VII.

CP⁹⁷² debida la deficiente técnica jurídica utilizada en su redacción, como por ejemplo para exigir el criterio de publicidad en la materialización de la conducta.

Respecto al artículo 607.2 CP, el Juez llega al convencimiento de que este tiene por objetivo el castigo de la difusión de ideas o doctrinas que conculquen gravemente derechos fundamentales de una pluralidad de ciudadanos basadas en la negación o banalización de hechos ocurridos como consecuencia de un delito de genocidio⁹⁷³, que únicamente podrán ser castigados de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando lleven aparejadas referencias humillantes o que vilipendien a las víctimas o enaltezcan a los verdugos, por constituir un ataque al corazón esencial del ser humano que es su dignidad.

Donde discrepo con la interpretación realizada por el Juez, como defiende en el apartado 4.3.4.1.1., es en entender que cualquier acto de negación de los delitos de genocidio lleva aparejada indudablemente una intencionalidad clara de vilipendio de las víctimas. Este afirma que “la opinión favorable a las prácticas genocidas -muchas veces subliminal y solapada-, indefectiblemente va acompañada de juicios de valor peyorativos y humillantes”. En este sentido las conductas revisionistas o negacionistas tendentes a discutir sobre la existencia o no de los campos de concentración o sobre el número total de víctimas, me parecen altamente despreciables, pero no dejan de ser investigaciones seudocientíficas que intentan encontrar una realidad (ficticia) y que deben estar amparadas dentro de la libertad de expresión.

Por todo lo anterior esta sentencia me parece que recoge de forma adecuada los principios necesarios para observar la materialización de los supuestos de hecho de los artículos que se están estudiando, con la matización respecto a las conductas

⁹⁷² Como por ejemplo el requisito de publicidad, no presente en el artículo 510 CP y es necesario por la imposibilidad y la extralimitación que supondría la punición de conversaciones privadas. En este sentido ver el apartado 4.3.2.3. de la presente investigación.

⁹⁷³ SJP número 3 de Barcelona 102/98, de 16 de noviembre, Fº Dº VI.

negacionistas o revisionistas realizada. Si bien es cierto que la sentencia pertenece a un juzgado de lo penal, el razonamiento posee la suficiente entidad como para que hubiese sido tenido en cuenta por otros órganos en el momento de la aplicación de estos artículos.

4.4.3.7. Sentencia del Juzgado de lo Penal de Vigo 22/2012, de 24 de enero

El presente caso versa sobre los comentarios racistas realizados en internet encuadrados dentro del movimiento por la supremacía blanca en Galicia, junto con una serie de pintadas ejecutadas en la vía pública. Esta sentencia es interesante para este estudio puesto que de igual forma que la SAP de Barcelona (sección 3) 104/2013, de 1 de febrero, representa un buen ejemplo de cómo una multiplicidad de acciones pueden llevar a cabo las conductas castigadas por los artículos 510 CP y 607.2 CP.

De los hechos probados se desprende que uno de los dos acusados publicó en un foro de internet mensajes en los que difundía contenidos de un claro calado justificador del Holocausto judío, además de insultos contra asociaciones y personas judías. Además animaba a la quema del hotel de la Toja dado que sus empleados no hablaban gallego. También se adscribe a ambos acusados la realización de diversas pintadas en la vía pública en las que también se hacía referencia la supremacía blanca.

El Juez, haciendo referencia a las decisiones del Tribunal Supremo, sostiene que para que se materialice la conducta del 510 CP es necesario que la provocación sea directa y además constituya “un peligro real, cierto y próximo”⁹⁷⁴. Como he defendido en el apartado 4.4.2.1., esta interpretación supone elevar de forma inaceptable los requisitos aplicativos establecidos por el legislador, alejándonos de

⁹⁷⁴ SJP de Vigo 22/2012, de 24 de enero, Fº Dº 4º.

los estándares internacionales de protección y de la exégesis realizada por el Tribunal Constitucional, acercándonos a interpretaciones extrañas a nuestra tradición histórica respecto del derecho a la libertad de expresión. Sin embargo sí que entiende que se da una incitación indirecta a cometer dichas acciones y por lo tanto se cumplen los requisitos para poder condenar la acciones mediante el artículo 607.2 CP.

En el presente caso se entremezclan las conductas descritas en ambos artículos, por un lado todas las conductas referentes al Holocausto judío y los insultos proferidos contra estas asociaciones y por otro lado el mensaje en el que se anima a quemar el hotel de la Toja, que podría entenderse como un delito del artículo 510 CP de provocación a la violencia por motivos ideológicos. Lo que sí me parece a todas luces una interpretación espuria es considerar todos los hechos como uno solo y afirmar, como hace el juez que “unos mismo hechos no pueden suponer una incitación indirecta a la discriminación (art. 607.2 del CP) y una incitación directa a los mismos fines y por las mismas razones (art. 510 del CP)”⁹⁷⁵, por cuanto son acciones espaciadas en el tiempo que pueden ser y de hecho son, infracciones de diversos artículos del Código penal.

4.4.3.8. Conclusiones parciales al apartado del estudio jurisprudencial de las audiencias provinciales y de los juzgados de lo penal en la aplicación de los artículos 510 CP y 607.2 CP

Como se desprende del número de sentencias examinadas, las audiencias provinciales y los juzgados de lo penal ha sido los órganos jurisdiccionales que han aplicado en una mayoría de casos los artículos del Código penal aquí analizados, por lo que el estudio de su jurisprudencia ha sido conveniente para determinar qué

⁹⁷⁵ SJP de Vigo 22/2012, de 24 de enero, Fº Dº 4º.

tipo de requisitos están observado en su aplicación y si estos están en consonancia con los identificados en el apartado 3.2 de esta investigación.

En este sentido dos son las conclusiones que se pueden extraer de las decisiones estudiadas en este apartado: en primer lugar, el impacto negativo que los diferentes criterios interpretativos utilizados por el Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional tienen en la aplicación de los tipos; y en segundo lugar, la necesidad de reforzar la formación específica de los operadores jurídicos en el ámbito de los delitos de odio.

En primer lugar, como se ha investigado en los apartados 4.4.1. y 4.4.2., existe una clara contradicción entre la interpretación que realizan el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de los artículos aquí estudiados. Esta disparidad de criterios tiene un impacto negativo en la aplicación de la protección en el ámbito de las audiencias provinciales y los juzgados de lo penal puesto que una mayoría de las decisiones tomadas por estos tienden a preferir el análisis de los tipos realizado por el TS pese a que, como ponen relieve las sentencias que se apartan de ella, esta es altamente discutida y fundamentalmente va en contra de los estándares de protección internacional identificados en el apartado 3.2 y de la jurisprudencia del TC. En este sentido me parece que este grupo de sentencias adolece de una cierta carencia de perspectiva internacional, sobre todo porque la regulación que de esta materia se ha realizado en nuestro ordenamiento jurídico ha sido como consecuencia de la ratificación de textos internacionales en los que se reglan estos comportamientos, entre las que son especialmente importantes las decisiones marco de la Unión Europea. Por lo tanto en un supuesto como este, en el que existe una interpretación contradictoria a nivel nacional, parece conveniente que los magistrados debieran acudir a la normativa supra nacional, vinculante a nivel nacional y a la exégesis que de esta se ha hecho para conocer sus requisitos aplicativos.

En segundo lugar y como consecuencia de la conclusión anterior, se desprende la necesidad de reforzar la formación de los operadores jurídicos en materia de delitos de odio y específicamente en el discurso del odio. Como acabo de afirmar existe una amplia regulación a nivel internacional que no se utiliza como fundamentación en las decisiones vistas y que es jurídicamente vinculante. Esta mayor formación ayudaría a una mejor identificación y tratamiento de estos casos. Para defender esta conclusión debo subrayar que una mayoría de las sentencias o autos aquí estudiados son promovidos por el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía de Barcelona⁹⁷⁶. De un total de 11 asuntos identificados en este ámbito jurisdiccional en el que se estudia la aplicación de los artículos 510 CP y 607.2 CP, el 40% corresponden a la actividad de esta Fiscalía, mientras que el 60% restante corresponde al resto del conjunto del Estado⁹⁷⁷, lo que muestra que cuando existe una formación específica los delitos por estos comportamientos son identificados y tratados de mejor forma.

En un asunto tan problemático como la limitación de la libertad de expresión que es susceptible de ser sancionada penalmente, es necesario que existan unos criterios jurisprudenciales claros que determinen en qué casos es jurídicamente

⁹⁷⁶ En el año 2009 se puso en marcha en la Fiscalía de Barcelona el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación, que en estos últimos años se ha extendido a Madrid, Valencia y Málaga, y la creación de un fiscal de sala en el Tribunal Supremo para la tutela penal del principio de igualdad y la no discriminación. En este sentido ver: Ministerio de Trabajo e Inmigración. *Estrategia integral contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia* (Madrid: Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2011), 65-66.

⁹⁷⁷ Si bien esto podría explicarse por la existencia de una mayor incidencia de este tipo de conductas en Cataluña, esto se debe descartar ya que de acuerdo con los datos del informe del Ministerio del Interior sobre la evolución de los delitos de odio en España en el año 2013 (estudio que abarca muchos más delitos que los aquí estudiados), Andalucía es la primera comunidad en el registro de este tipo de actividades delictivas (299), seguida por Cataluña (188), Madrid (136) y Comunidad Valenciana (100). En el mismo informe pero correspondiente al año 2014, la tendencia se mantiene, si bien sufre algunas modificaciones. Andalucía continúa a la cabeza (297 casos), Cataluña (214 casos), País Vasco (117 casos, por 4 que constan en el informe de 2013), Comunidad Valenciana (119 casos) y Madrid (102). Ver: Ministerio del Interior. *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España* (Madrid: Ministerio del Interior, 2014), 7-8, acceso 18 de mayo de 2015, http://explotacion.mtin.gob.es/oberaxe/documentacion_descargaFichero?bibliotecaDatoId=4063; Ministerio del Interior. *Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España* (Madrid: Ministerio del Interior, 2015), 33-34, acceso 18 de mayo de 2015, http://explotacion.mtin.gob.es/oberaxe/inicio_descargaFichero?bibliotecaDatoId=4064

adecuado proceder con la restricción de este derecho. Mientras exista esta disparidad de criterios a nivel nacional y los jueces continúen eligiendo las pautas aplicativas establecidas por el Tribunal Supremo para ventilar estas causas, nos encontraremos con conductas que cumpliendo con las condiciones identificadas por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para ser sancionadas, o que vulneran los estándares de protección internacional identificados en el apartado 3.2. devienen impunes, como por ejemplo los casos de la SAP de Barcelona (sección 5ª) 787/2012, de 29 de junio (caso Plataforma per Catalunya); la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 18 de Barcelona 534/2013, de 10 de diciembre (caso Xavier Albiol); o la SAP de Barcelona (sección 3ª) 104/2013, de 1 de febrero (caso de la publicación filonazi).

4.4.4. Conclusiones

Del estudio de las sentencias traídas a análisis podemos extraer la preocupante variabilidad de la aplicación de los tipos penales dependiendo del tribunal o juez ante el que nos hallemos. Esta mutabilidad en la utilización de criterios para observar si la conducta materializa o no los comportamientos típicos se debe a una pluralidad de circunstancias, algunas de ellas ya comentadas en apartados anteriores.

Por un lado la deficiente redacción del artículo 510 CP, cuya interpretación es muy debatida y problemática por incluir la provocación como comportamiento típico. Al encontrarse esta definida en la parte general del Código penal induce a confusión, puesto que los requisitos en la materialización de las conductas del artículo 510 CP, por su propia naturaleza, no pueden identificarse completamente con los de la provocación del artículo 18 CP, puesto que, como definiendo⁹⁷⁸, la intencionalidad del legislador era la creación de un delito autónomo. Si bien

⁹⁷⁸ Ver el apartado 4.3.2.3. de la presente investigación.

comparten ciertas características, como su calificación como delitos de peligro abstracto o el requisito de publicidad, ambos responden a supuestos diferentes y por lo tanto no se pueden identificar completamente sus condiciones aplicativas. La configuración de este delito como uno de peligro abstracto hace que no debamos exigir a la conducta típica un resultado lesivo, sino que el propio acto provocador es en sí mismo lesivo cuando es apto para menoscabar alguno de los valores protegidos y tiene la suficiente entidad como para ser merecedor de reproche penal.

Por otro lado el segundo mayor problema observado en la aplicación del artículo 510 CP, que se deriva del anterior, es la interpretación que de este ha realizado el Tribunal Supremo en su STS 259/2011, de 12 de abril, donde como hemos visto opta por separarse de la valoración del Tribunal Constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de los estándares internacionales de protección existentes en esta materia, al establecer como requisito una suerte de cláusula similar a la del *clear and present danger* del Tribunal Supremo de EE. UU. Esta interpretación ha derivado en que algunas instancias entiendan que su concreción exige que la provocación a tales hechos posea tal magnitud como para ser materializados de forma correlativa a su provocación. Como he defendido en los apartados 4.4.2.1. y 4.4.2.3, esta es una interpretación completamente extraña al tipo y en general a nuestra tradición jurídica en materia de libertad de expresión.

En este sentido, se observa muy necesario que los tribunales españoles utilicen la dilatada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia, ya que este ha entendido de un gran número de casos que le han permitido establecer una serie de estándares de protección que clarifican cuándo nos encontramos ante un caso de discurso del odio que tiene la suficiente entidad como para ser reprochable jurídicamente, junto con los estándares internacionales de protección identificados en el apartado 3.2. También se afirma que la interpretación que el Tribunal Constitucional realiza de los bienes y derechos fundamentales que se pueden verse afectados por este tipo de discurso y la configuración del juicio de

ponderación como canal adecuado para la resolución de los conflictos, son dos procedimientos esenciales que deberían seguir el resto de órganos jurisdiccionales, con el objetivo de castigar únicamente aquellos casos en los que efectivamente se pongan en peligro bienes jurídicos dignos de protección.

Además se observa la necesidad de dotar a los operadores jurídicos de una mejor formación y de mayores medios para que estos puedan atender de forma adecuada los delitos de odio, y en particular los de discurso del odio ya que esto reforzaría su comprensión del fenómeno y colaboraría en una mejor aplicación de la regulación.

En un ámbito tan complejo como es la limitación de un derecho tan fundamental para un Estado democrático y social de Derecho como es la libertad de expresión, es comprensible que los tribunales estén recelosos ante un posible abuso de esta restricción, pero este intento de salvaguarda no puede en ningún caso ir en contra de la protección que a las víctimas de este tipo de delitos les está intentando ofrecer el ordenamiento jurídico. El discurso del odio no puede encontrar cobijo dentro de nuestro sistema judicial por ser un alegato a la discriminación étnica y a la xenofobia, que ataca el núcleo esencial de la personalidad de los individuos a los que se dirige los cuales son víctimas de diatribas únicamente por pertenecer a una minoría étnica.

4.5. Redacción dada al artículo 510 CP por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código penal

Como he argumentado al inicio del apartado 4.3, en el año 2015 se ha practicado una modificación legislativa del artículo 510 CP. Puesto que en el momento de la redacción de este apartado únicamente lleva en vigor unos pocos meses, no se han encontrado decisiones judiciales que lo apliquen, por lo que será muy interesante ver en un futuro en qué ha cambiado la interpretación que los tribunales realizan de este.

El legislador se ha hecho eco de muchas de las exigencias que tanto expertos en la materia, como el Tribunal Constitucional en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, habían realizado respecto de los artículos 510 CP y 607.2 CP. Esta modificación tiene en cuenta la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre⁹⁷⁹, como marco de regulación de las conductas que deben ser castigadas penalmente, y así algunas de las modificaciones operadas consisten en: la eliminación de la palabra *provocación*, una mejor adecuación de la proporcionalidad de las penas o la unificación de las conductas que hasta ahora venía reguladas en el artículo 607.2 CP y 510 CP.

La nueva redacción del tipo castiga favorecer o incitar al odio, a la discriminación o a la violencia, así como la hostilidad por motivos racistas o discriminatorios. Se penaliza la posesión o composición de materiales que resulten idóneos para materializar las conductas descritas y tipifica la negación, trivialización grave o enaltecimiento de los delitos cometidos contra la comunidad internacional, a excepción del derecho de gentes. Además se prevén

⁹⁷⁹ 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 mediante el Derecho penal (*DOUE* núm. L328, de 6 de diciembre de 2008). En este sentido ver el apartado 3.3.2.2. de la presente investigación donde se estudian los requisitos que esta Decisión Marco impone a los Estados Miembros.

específicamente las nuevas vías utilizadas para la materialización de las conductas, como el caso de internet, o la inhabilitación especial que se puede imponer a los culpables de estos delitos para ejercer determinadas profesiones u oficios que podrían ser utilizados para imbuir ideas discriminatorias o racistas en menores de edad. También se crea el artículo 510 bis para reglar la responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos reseñados.

Con el objetivo de ofrecer una visión completa de la nueva regulación, su estudio se estructurará de la siguiente forma: primero se estudiarán los tres tipos básicos, en segundo lugar los tres tipos atenuados, en tercer lugar los dos tipos cualificados, en cuarto lugar la disposición común, y finalmente la responsabilidad de las personas jurídicas del artículo 510 bis CP.

4.5.1. Tipos básicos

En primer lugar se atenderá a los tres tipos básicos que se encargan de tipificar las conductas merecedoras de reproche penal. La pena común a todas estas conductas básicas es de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses.

a) Artículo 510.1.a) CP:

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 aquel, 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.

Esta nueva redacción supone una desvinculación clara de las conductas descritas en el artículo 18 CP y que se observaba como uno de los vértices de las

críticas que se realizaban a la antigua redacción⁹⁸⁰. El legislador acaba así con este debate castigando las conductas que fomenten, promuevan o inciten⁹⁸¹ de forma directa o indirecta los comportamientos descritos. Esta era una modificación más que necesaria, que ya había sido demandada por parte de la doctrina⁹⁸², y que a su vez es reflejo de la legislación internacional en la materia que utiliza estos verbos para prohibir estas conductas, junto con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹⁸³ y la del Tribunal Constitucional⁹⁸⁴, que no exigen una incitación directa a cometer una acción discriminatoria, odiosa o violenta. Como he defendido, podemos encontrarnos con comportamientos que, de una forma indirecta, sutil y taimada, pueden llevar a cabo perfectamente las conductas descritas. Por lo tanto, que el artículo especifique claramente que se contemplan tanto las conductas directas como las indirectas es, sin lugar a dudas, un avance en la protección de las víctimas. Por otra parte, la incorporación de los verbos *fomentar* y *promover*; sinónimos entre sí y con un significado muy parecido a *incitar*; es innecesaria y no hubieran debido ser incluidos por superfluos⁹⁸⁵ en aras de la máxima claridad del tipo.

⁹⁸⁰ Aunque la parte de la doctrina que consideraba que el antiguo artículo 510 CP se debía subsumir a los requisitos del artículo 18 CP, se posiciona en contra por considerar que la nueva redacción supone una aplicación de los supuestos, cuando lo que se debería haber practicado es una restricción de los mismos. Ver: Carmen Alastuey Dobón, «La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley 2013: consideraciones críticas (1)», *Diario La Ley* 8245 (2014): 12-13.

⁹⁸¹ Ya apuntaba en esta dirección Aguilar, como sugerencia para la modificación del artículo. Ver: Aguilar García, Miguel Ángel, «La reforma del art. 510 del Código penal», 6.

⁹⁸² Aguilar García, Miguel Ángel, «La reforma del art. 510 del Código penal», 7; Landa Gorostiza, Jon-Mirena, «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata. (A la vez un comentario a la STS 259/2011 –librería Kalki– y a la STC 235/2007)», 340-346; Camarero González, Gonzalo J., «Algunas notas sobre los artículos 510 y 607.2 CP y su posible reforma desde el derecho comparado», 12-13.

⁹⁸³ Ver el apartado 3.3.1.2.

⁹⁸⁴ Ver lo analizado en el apartado 4.4.1.

⁹⁸⁵ De la misma opinión: Margarita Roig Torres, «Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)», en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, dir. por José L. González Cussac (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 1255

Además se amplía el catálogo de conductas que son objeto de castigo penal añadiendo la hostilidad⁹⁸⁶ a las ya existentes de odio, discriminación o violencia. Esta nueva conducta ya estaba prohibida de acuerdo con el contenido del artículo 20.2 del PIDCP⁹⁸⁷. Asimismo también venía recogida en otros textos como la Recomendación número R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre⁹⁸⁸, o en las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹⁸⁹.

Por otra parte se explicita el requisito de que la conducta sea llevada a cabo de forma pública⁹⁹⁰ puesto que las conductas privadas, como he defendido⁹⁹¹, no pueden ser típicas. Esto ayuda a sostener la desvinculación total de los artículos 510 CP y 18 CP, puesto que se enumeran los requisitos necesarios en su aplicación sin que sea necesario acudir a otros preceptos para dotar de sentido completo al artículo.

Además también se aporta claridad sobre los sujetos que poseen la legitimación activa para acudir ante los tribunales. Como he investigado en el apartado 4.3, existía cierto debate doctrinal acerca de si la mención a los grupos que se realizaba en la anterior redacción también incluía a los individuos, considerados

⁹⁸⁶ Aguilar García, Miguel Ángel, «La reforma del art. 510 del Código penal», 7; Roig Torres, Margarita, «Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)», 1254-1255. Además en Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha recogido en su jurisprudencia el castigo de la “hostilidad contra las minorías y los inmigrantes” en la STEDH de 16 de julio (Féret contra Bélgica). En este sentido ver los estándares internacionales de protección identificados en el apartado 3.4. de la presente investigación

⁹⁸⁷ Ver el apartado 3.2.3. de la presente investigación.

⁹⁸⁸ En este sentido ver el apartado de objetivo del apéndice a la recomendación número R(97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre donde se especifica como lenguaje del odio: la hostilidad en contra de las minorías, los migrantes o las personas de origen inmigrante (“Hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin”). Ver el apartado 3.3.1.1. de la presente investigación donde se estudia esta recomendación.

⁹⁸⁹ Ver el apartado 3.3.1. de la presente investigación

⁹⁹⁰ Circunstancia que, entre otros, venía exigida por el artículo 1.1.a) de la Decisión Marco 2008/913/JAI.

⁹⁹¹ Ver el apartado 4.3.2.3. de la presente investigación.

de forma singular, o únicamente a los grupos y asociaciones. Ya me sumé entonces a la parte de la doctrina que afirmaba que necesariamente las personas consideradas de forma individual debían ser contempladas como sujetos legitimados procesalmente para actuar ante los tribunales⁹⁹². La nueva redacción del tipo viene a clarificar esta circunstancia, haciendo mención expresa tanto a los grupos, a parte de estos o a personas determinadas.

b) Artículo 510.1.b) CP:

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 aquel, 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 forma seguida a la penalización de la expresión oral de discursos que públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, a la hostilidad, a la discriminación o a la violencia, el legislador procede con el castigo de aquellas conductas que tratan de realizar los comportamientos descritos mediante escritos u otros materiales, entre los que debemos entender que se incluyen las imágenes⁹⁹³. La conducta típica consiste en producir, elaborar o poseer, con la finalidad de distribuir o facilitar a terceras personas el acceso a estos materiales, o que los distribuyan, los difundan o los vendan. Por lo tanto, esta nueva tipificación continúa dentro de los delitos de peligro abstracto ya que no se requiere la efectiva distribución de los contenidos, si no que exista esa finalidad.

⁹⁹² En consonancia con la STC 235/2007, de 7 de noviembre. Ver el apartado 4.3.2.4. y 4.3.4.1. de la presente investigación

⁹⁹³ Artículo 1.1.a) de la Decisión Marco 2008/913/JAI.

Algunos autores afirman que la no diferenciación por parte de la norma entre la distribución efectiva y la distribución no materializada conculca el principio de proporcionalidad⁹⁹⁴, dado que en el segundo de los casos los materiales aún no han alcanzado al público y, por lo tanto, no han podido producir ninguna lesión. Esta crítica no parece acertada por cuanto, como se ha argumentado, nos encontramos ante una figura de peligro abstracto cuya materialización se efectúa mediante la realización del comportamiento que el legislador ha prohibido, sin necesidad de observar ningún tipo de resultado lesivo ulterior que se desprenda como consecuencia de la conducta⁹⁹⁵. Exigir que exista la intencionalidad de distribuir los materiales y que no únicamente se posean a título personal sin ninguna otra finalidad es lo que diferenciaría una conducta, que en principio debería ser impune, de otra diferente que sí sería merecedora de reproche penal, puesto que en la primera de las situaciones nos encontramos con que el sujeto no pretende que los textos salgan de su esfera personal, circunstancia que sí se observa en el segundo de los casos.

C) Artículo 510.1.c) CP:

[Quienes] 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

⁹⁹⁴ Roig Torres, Margarita, «Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)», 1257-1258; Alastuey Dobón, Carmen, «La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley 2013: consideraciones críticas (1)», 13.

⁹⁹⁵ Esto sucede en otras conductas tipificadas en el Código penal, como por ejemplo el artículo 368 CP, relativo al tráfico de drogas, en el que se asimilan los actos de cultivo y elaboración, en los que aún no se ha puesto las sustancias tóxicas a disposición de público (y de hecho, pueden no llegar a ponerse nunca) de los de tráfico. Por lo tanto tampoco en esta conducta se espera a que efectivamente se ponga a disposición del público las drogas tóxicas puesto que lo que se pretende es la intervención antes de que se produzca el resultado lesivo. Ver lo afirmado respecto de los delitos de peligro en el apartado 4.3.

promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

Este tercer apartado supone la inclusión dentro del artículo 510 CP de los comportamientos castigados anteriormente por el artículo 607.2 CP, ahora derogado. En esta ocasión el legislador opta por la ampliación de las conductas, que no únicamente limita al delito de genocidio, sino que se amplía a otros delitos cometidos en contra de la comunidad internacional, como son los de lesa humanidad o los perpetrados contra personas y bienes en el marco de un conflicto armado⁹⁹⁶. La conducta típica consiste en la pública negación, trivialización grave o enaltecimiento de estos crímenes o el enaltecimiento de sus autores.

La retipificación de la conducta que estriba en la negación de los delitos de genocidio, de lesa humanidad y los cometidos contra personas y bienes en el marco de un conflicto armado, debe ser observada desde un punto de vista muy crítico⁹⁹⁷. Debo recordar aquí todo lo que he argumentado en el apartado 4.4.1., respecto de la opinión del Tribunal Constitucional concerniente a la negación del Holocausto judío. No me parece adecuado que el legislador haya vuelto a incluir en el articulado la sanción de una conducta que ha sido protegida dentro del derecho a la libertad de expresión por el TC. Como he defendido, el establecimiento de una verdad objetiva que no puede ser desafiada por investigaciones científicas (o por actividades que pretendan serlo), va en contra del derecho a la libertad de expresión,

⁹⁹⁶ Estos delitos son de los que entiende la Corte Penal Internacional, de acuerdo con el artículo 5 del Estatuto de Roma. Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998 (*BOE* núm. 126 de 27 de mayo de 2002).

⁹⁹⁷ Francisco Javier Álvarez García, «La nueva reforma penal de 2013», *Eunomia* 6 (2014): 60-62; Roig Torres, Margarita, «Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)», 1258-1259; Alastuey Dobón, Carmen, «La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley 2013: consideraciones críticas (1)», 13-15. La solicitud de acomodar los delitos de genocidio de acuerdo con la STC235/2007, de 7 de noviembre, para volver a tipificarlos ya se realizó desde la propia Fiscalía General del Estado en su memoria del año 2012. Ver: Fiscalía General del Estado, *Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2012*, 1261-1263.

puesto que en la historia no se pueden establecer verdades de Estado que no puedan ser criticadas o disputadas en el foro público⁹⁹⁸.

Si bien según el tipo se exige que la conducta negacionista promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los grupos o individuos señalados en el artículo, continúa siendo una penalización excesiva de la libertad de expresión por cuanto las conductas que simplemente niegan la existencia de este tipo de delitos no son idóneas para generar este clima con una entidad suficiente para considerar como adecuada la intervención penal⁹⁹⁹, por lo tanto opino que no va a poder ser aplicado materialmente. En este sentido las manifestaciones que ponen en duda el número de personas asesinadas en los campos de concentración, o las que dudan incluso sobre la existencia de alguno de los lugares de exterminio en base a *seudoinvestigaciones* científicas, no promueven este clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los grupos a los que se dirige sino que más bien intentan dar a conocer una visión de la historia tergiversada, falsa y reprobable que debería ser ajena al Derecho penal.

Respecto del aumento de pena previsto, que pasa de la máxima de dos años a los cuatro años de acuerdo con la nueva redacción, se observa una falta de justificación por parte del legislador que defiende este aumento de las penas. Si bien la nueva redacción no únicamente prevé los delitos de genocidio sino los cometidos contra la comunidad internacional (a excepción del derecho de gentes), y que por lo tanto es una categoría más amplia, el incremento en el doble de la condena prevista cuando el comportamiento genere un clima de violencia no parece proporcional teniendo en cuenta que la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, recomienda que las penas por las conductas reguladas no excedan de los tres años.

⁹⁹⁸ Ver los apartados 4.3.4.1.1. y 4.4.1.5. de la presente investigación.

⁹⁹⁹ Álvarez García, Francisco Javier, «La nueva reforma penal de 2013», 61. Sobre todo la nota al pie 133.

4.5.2. Tipos atenuados

En su apartado segundo, el artículo 510 CP prevé pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses para:

a) 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.

Esta conducta supone un tipo atenuado de las enumeradas en los artículos 510.1a) y b) CP, y se enmarcan dentro de la importancia que para el legislador y para el Tribunal Constitucional tiene la protección de la dignidad de la persona. Recordemos que el propio Tribunal considera la dignidad el *prius* lógico y ontológico¹⁰⁰⁰ en el que se basan los derechos fundamentales y valores constitucionales. Concretamente, en la STC 214/1991, de 17 de diciembre, el Tribunal Constitucional estableció que “el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a

¹⁰⁰⁰ STC 53/1985, de 11 de abril, Fº Jº 3º.

la dignidad humana, que solo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos”¹⁰⁰¹.

La conducta típica en este apartado es la lesión de la dignidad de la persona, bien sea mediante un discurso oral que entrañe humillación, menosprecio o descrédito hacia alguno de los grupos protegidos; o mediante escritos o materiales, producidos, elaborados, poseídos con la finalidad de distribuirlos, o facilitados a terceras personas mediante el acceso, distribución, difusión o venta. Como vemos, el legislador dispone penas inferiores para aquellas conductas descritas en el tipo básico que por su entidad no son idóneas para fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio, a la hostilidad, a la discriminación o a la violencia contra los sujetos objetos de protección; bien sea de forma oral o de forma escrita, pero que sí son aptas para lesionar la dignidad humana de las personas a las que se dirige, es decir, son conductas que no son idóneas para generar ese clima de enfrentamiento social pero que sí pueden lesionar la dignidad de las personas que son objeto del comportamiento.

Parte de la doctrina es de la opinión que estos tipos atenuados vulneran el principio de proporcionalidad puesto que no se explica “por qué ha de aplicarse una pena inferior a quien 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”¹⁰⁰², mientras que otra parte opina que la referencias a la dignidad de la persona no son adecuadas y se deberían substituir por lesiones al honor y a la integridad moral¹⁰⁰³. Estas críticas no me parecen adecuadas por cuanto este tipo está castigando aquellas conductas que

¹⁰⁰¹ STC 214/1991, de 17 de diciembre, Fº Jº 8º. Idea que asienta en su jurisprudencia a través de las STC 176/1995, de 11 de diciembre, Fº Jº 5º; y STC 235/2007, de 7 de noviembre, Fº Jº 5º, como hemos visto en el apartado 4.4.1.

¹⁰⁰² Roig Torres, Margarita, «Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)», 1261-1262.

¹⁰⁰³ Alastuey Dobón, Carmen, «La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley 2013: consideraciones críticas (1)», 15.

no reúnen todas las características como para incitar a la hostilidad, a la discriminación o a la violencia, pero que si son adecuadas para lesionar la dignidad de los individuos a los que se dirige. Las conductas descritas en el artículo 510.1 a) y b) CP, además de llevar aparejada la lesión del núcleo esencial de la personalidad humana, tienen por objetivo crear un clima de tensión entre la minoría o ciertos individuos a los que se dirigen, y la mayoría social.

Opinando de forma contraria, esta división favorece la proporcionalidad de las penas, dado que permitirá diferenciar entre aquellas conductas que además de lesionar el núcleo esencial de la personalidad de los grupos o individuos tienen por objetivo crear este clima de tensión, con el propósito de replantear y cuestionar que pueda existir una pacífica convivencia entre una determinada minoría social y la mayoría social, circunstancia mediante la que se materializaría el fomento, la promoción o la incitación directa o indirecta al odio, a la hostilidad, a la discriminación o a la violencia; de aquellas conductas que por su menor entidad únicamente logran la lesión de la dignidad de la persona.

B) 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 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.

Este apartado tiene por objetivo el castigo del enaltecimiento o justificación de cualquier delito cometido contra los grupos e individuos protegidos en la norma. Este apartado, de forma diferente al 501.1.b) CP, sí que exige que la conducta se realice a través de un medio de expresión pública o de difusión. Esta diferenciación permite separar la negación, la trivialización grave o enaltecimiento de los delitos

cometidos contra la comunidad internacional (a excepción de los cometidos contra el Derecho de gentes), del enaltecimiento o justificación en un medio de expresión pública o de difusión del resto de delitos que hayan sido cometidos contra los sujetos objeto de la protección. Circunstancia que también favorece la proporcionalidad¹⁰⁰⁴ de las penas ya que los crímenes cometidos contra la comunidad internacional, por su entidad y por el número de personas que puede poner en peligro, podemos considerar que son más graves que el resto de delitos que no pertenecen a esta categoría¹⁰⁰⁵.

C) 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 forma general los tipos atenuados serán castigados con las penas previstas para los básicos si estos hubieran sido idóneos para crear un clima de odio, hostilidad, discriminación o violencia contra alguno de los grupos identificados en la norma, es decir, si la conducta revistiese la suficiente entidad como para desencadenar actos hostiles, discriminatorios o violentos.

4.5.3. Tipos cualificados

El artículo 510 CP prevé en su redacción dos tipos cualificados que llevan aparejada la imposición de las penas previstas en la mitad superior o incluso en el supuesto del 510.4 CP, en un grado. Así:

¹⁰⁰⁴ De la misma opinión: Roig Torres, Margarita, «Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)», 1262-1263.

¹⁰⁰⁵ Aunque hay parte de la doctrina que es de la opinión de que este apartado debería ser declarado inconstitucional. Alastuey Dobón, Carmen, «La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley 2013: consideraciones críticas (1)», 15.

a) 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.

Puesto que la materialización de las conductas a través de Internet, utilizando redes sociales o la posibilidades que brindan las tecnologías de la información, aumenta exponencialmente el número de personas a través de las que el mensaje puede ser distribuido, multiplicando las posibilidades de que se materialice el clima de odio, hostilidad, discriminación o violencia hacia los sujetos protegidos y teniendo en cuenta que quien utiliza estos medios normalmente busca el anonimato de sus acciones con el objetivo de que puedan quedar impunes, la calificación del hecho como una circunstancia agravada me parece acorde con el *animus* del artículo¹⁰⁰⁶.

b) 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.

Este apartado introduce como hecho calificado la alteración de la paz pública, como consecuencia de la materialización de los hechos descritos en los apartados anteriores. La Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, prevé la posibilidad de que los Estados miembros castiguen esta conducta cuando altere el orden público. Se observa como positivo el cambio

¹⁰⁰⁶ De la misma opinión: Roig Torres, Margarita, «Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)», 1263-1264.

puesto que ambos conceptos no son sinónimos¹⁰⁰⁷ y, como hemos visto en el apartado en el que se estudia el ordenamiento jurídico alemán, este también opta por incluir el término en el artículo 130 StGB, pero en el tipo básico¹⁰⁰⁸.

Por otra parte, el tipo también procede con la calificación de las conductas descritas cuando se cree un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del tipo. Coincidiendo con Roig¹⁰⁰⁹, esta especificación va a suponer un problema cuando se intente diferenciar entre esta conducta y las especificadas en el tipo básico. Como se ha estudiado en el apartado anterior, lo que diferencia las conductas atenuadas de las básicas es que estas últimas sean aptas para crear un clima de odio, hostilidad, discriminación o violencia, que lleve aparejado la generación de un sentimiento de inseguridad y/o temor en las personas afectadas. Por lo tanto, va a ser muy complicado distinguir los comportamientos que materialicen el tipo básico de aquellos que concreten el agravado.

4.5.4. Disposiciones comunes

El artículo 510 CP cuenta con dos disposiciones comunes que serán de aplicación general en los demás supuestos. Estas son:

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.

¹⁰⁰⁷ STC 59/1990, de 29 de marzo, Fº Jº 4º; STC 305/1993, de 25 de octubre. Deberemos entender orden público como la ordenación formal y material de la convivencia, y paz pública como el desarrollo de esta convivencia de forma pacífica y quieta.

¹⁰⁰⁸ Ver apartado 2.3.3. de la presente investigación.

¹⁰⁰⁹ Roig Torres, Margarita, «Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)», en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 1264-1265.

Dado el marcado carácter racista y xenófobo de las conductas que se penalizan en el artículo 510 CP y la especial protección que les debe brindar a los menores de edad el ordenamiento jurídico, se observa como como ajustado a Derecho que se aparte a los condenados por este tipo de delitos de la docencia y de esta forma evitar que intenten inculcarles su ideario racista y discriminatorio.

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 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 consecuencia lógica a la condena por algunos de los tipos que prevén la posesión de materiales o la difusión de estos, parece lógico dotar al juzgado de la posibilidad de acordar su destrucción o, en el caso de páginas de internet, su bloqueo.

4.5.5. Artículo 510 bis del Código penal

La nueva redacción del Código penal incluye un nuevo artículo, el 510 bis CP, que establece lo siguiente:

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá 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.

De acuerdo con el artículo 6 de la Decisión Marco 2008/913/JAI los Estados miembros deberían adoptar las medidas necesarias que garanticen que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de los delitos que se relatan en el artículo 510 CP, y asimismo que sea posible imponerles sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. No obstante, la redacción del artículo no es nada clara, puesto que hace referencia a los dos artículos anteriores al 510 bis CP, cuando el 509 CP hace referencia a un tipo especial de usurpación de atribuciones de los jueces o magistrados, que nada tiene que ver con el tema que aquí se trata. Opino que el legislador quería hacer referencia a los apartados 1 y 2 del artículo 510 CP, dado que posteriormente se explicita que también le será de aplicación el 3 apartado del artículo 510 CP.

4.5.6. Conclusiones

Como hemos podido observar el legislador ha procedido con una severa reforma del artículo 510 CP incluyendo los supuestos del anterior artículo 607.2 CP con el objetivo de integrar en un solo tipo la respuesta penal que el ordenamiento jurídico español ofrece a las diferentes versiones del discurso del odio penalmente relevante. La complicada aplicación de los tipos anteriores que, como se ha analizado en el apartado 4.3.5., adolecían de una técnica de redacción jurídica deficiente, hacían necesaria la modificación practicada. Las solicitudes de revisión de los artículos han provenido desde diversos frentes. Aquella parte de la doctrina que está a favor de la incorporación de estas figuras al Código penal llevaba cierto tiempo demandando una adecuación de estas a los estándares internacionales, a los que nuestro país se ha obligado mediante la ratificación de textos internacionales que tratan esta materia, pero sobre todo a las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a la 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 mediante el Derecho penal.

Así, el resultado ha sido un artículo bastante extenso, dado que cuenta con 6 apartados, que recuerda al 130 StGB. En general es un artículo que pretende responder de forma integral a todas las deficiencias aplicativas que se adscribían a su predecesor. Así:

1) Sustituye el término *provocar* por *fomentar*, *promover* o *incitar*. Así, los términos fomentar y promover pueden ser considerados sinónimos entre ellos y por lo tanto no aportan nada al tipo. En aras de la claridad, no se deberían haber incluidos, si bien la sustitución del término provocación por el de incitación era esencial para desvincular la protección ofrecida en el artículo 510 CP del artículo 18 CP. Como se ha afirmado en el apartado 4.4. era una circunstancia que escorbaba la aplicación de los tipos, no empleándose en casos que eran una evidente utilización del discurso del odio y que no debían ser protegidos por el ordenamiento jurídico.

2) Unida a la anterior la inclusión de la incitación directa e indirecta al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia, también era una de las principales demandas de la doctrina que apoya la tipificación de estas conductas. Como se ha estudiado en el apartado 4.3.5., este extremo ha suscitado un amplio debate doctrinal, siendo uno de los óbices principales en la aplicación de la anterior regulación. La disparidad de criterios utilizados entre el Tribunal Supremo por un lado, y el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por otro, ha llevado al resto de tribunales a emplear pautas diferentes que ha resultado en la aplicación marginal de los tipos anteriores con la consecuente desprotección de las víctimas y, en cierto modo, el respaldo a los agresores y a sus comportamientos por parte del ordenamiento jurídico. Por lo tanto precisar

que se contemplan tanto las acciones directas como indirectas es un paso acertado hacia la garantía de la protección de las víctimas de este tipo de comportamientos.

3) Se determina que las acciones han de realizarse de forma pública, circunstancia que en la anterior regulación se sobreentendía al ser un requisito de la provocación, pero que no constaba específicamente en el tipo.

4) Respecto al castigo que reciben las conductas básicas, el legislador no justifica por qué decide apartarse de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, que utiliza como marco regulatorio de referencia y que estipula que las penas máximas deberán ser de 3 años. Teniendo en cuenta las penas previstas en la anterior redacción del tipo, se debería haber respetado esta recomendación de la Unión Europea y establecer como máximo tres años de prisión para aquellas conductas más graves, si bien las penas previstas en otros ordenamientos jurídicos europeos varían considerablemente¹⁰¹⁰.

5) Se trata particularmente la posesión o creación de materiales que sean idóneos para materializar las conductas reseñadas, con intención de distribuirlos. Este era un extremo que no se contemplaba específicamente en la anterior regulación y que la entrada en vigor de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, preveía en su articulado. Como hemos visto es una conducta discutida puesto que parte de la doctrina opina que los textos al no abandonar la esfera privada del individuo no son ideales para lesionar derecho alguno. Por esto lo que se

¹⁰¹⁰ Por ejemplo, el artículo 3.1 de la Ley de 13 de octubre de 1975, n. 654 italiana, prevé penas de hasta un año y seis meses; Alemania, como hemos visto en el apartado 2.3.3. el artículo 130 StGB prevé penas de 3 meses hasta 5 años; el artículo 240 del Código penal portugués pena estas conductas de 1 a 8 años.

castiga es la intencionalidad de distribuir y no la mera tenencia a la que sí se le podría adscribir esta crítica.

6) El legislador opta por fusionar en un mismo tipo las conductas que anteriormente estaban repartidas entre el artículo 510 CP y el artículo 607.2 CP. Esto elimina el posible concurso de delitos con el que nos podíamos encontrar en la regulación anterior. Sin embargo la retipificación de la negación de los delitos de genocidio, aunque sea en la figura más amplia de negación de delitos contra la comunidad internacional, no parece adecuada por dos motivos. Por un lado el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en contra puesto que la Constitución española configura a España como una democracia no militante y por otro lado, no que sea tarea del Derecho penal perseguir y castigar opiniones disidentes sobre hechos históricos. Habrá que ver si esta nueva redacción origina una nueva declaración de inconstitucionalidad.

7) Se incluyen dos tipos atenuados que adecuan de una forma más patente el principio de proporcionalidad a los tipos estudiados separando aquellas conductas que son aptas para generar un clima de odio, hostilidad, discriminación o violencia; de aquellas que únicamente lesionan la dignidad de las personas mediante su humillación, menosprecio o descrédito.

8) La inclusión de la agravante de difusión de los contenido a través de internet o mediante el uso de las tecnologías de la información parece proporcional al daño que se está intentando crear puesto que, mediante la utilización de estas herramientas el número de personas a las que se puede distribuir el mensaje, y por lo tanto el alcance dañino del mismo, aumentan de manera exponencial. Sin embargo la redacción de la segunda de las agravantes parece que adolece de una técnica jurídica deficiente por lo argumentado anteriormente. Si bien es adecuada la inclusión de la alteración

de la paz pública, la generación de un grave sentimiento de inseguridad o temor también se desprende de los tipos generales, por cuanto sería inverosímil la generación de un clima de hostilidad que no lleve aparejado el reflejo de esta sensación de forma interna en los sujetos a los que se dirige el ataque. Por esto, no se deberían haber añadido estas dos circunstancias al tipo cualificado puesto que genera cierta inseguridad con los tipos básicos.

9) Respecto a las dos disposiciones comunes, ambas responden a consecuencias lógicas como resultado de una condena por los delitos aquí descritos. En primer lugar, apartar a los condenados de la docencia en aras de la protección de la juventud, con el objetivo de que puedan inculcar en personas menores de edad este tipo de ideas, es una consecuencia que persigue un fin legítimo por cuanto es un objetivo capital del ordenamiento jurídico la protección de la juventud y la infancia. En segundo lugar, la destrucción, el borrado, la inutilización de los materiales o el bloqueo en el acceso a páginas web donde se ponga a disposición estos, cuando se haya declarado que efectivamente la conducta es merecedora de reproche penal, es una consecuencia racional con el objetivo de cesar en el comportamiento que ha dado lugar a la condena.

10) En último lugar, la inclusión del artículo 510 bis CP como consecuencia de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, con el objetivo de establecer a las personas jurídicas también como responsables de este tipo de delitos persigue una finalidad legítima como es que estas respondan de forma pecuniaria a los delitos cometidos. Lo que sí se observa es un error en la redacción del tipo que presenta ciertas dudas acerca de cuáles son los delitos de los que pueden ser responsables.

De forma general, la redacción de los artículos 510 CP y 510 bis CP se advierte más adecuada que la anterior estructura de los artículos 510 CP y 607.2 CP. A lo largo del presente estudio me he posicionado a favor de la punición de las conductas tipificadas por la nueva regulación y, en términos generales, se puede prever que pueden responder de una forma más adecuada al castigo de los comportamientos descritos. Sin embargo, sería un error abandonar la posición vigilante que este tipo de regulación debe merecer por parte de la doctrina. Como se ha estudiado en el apartado 4.4., la utilización de los tipos anteriores ha dado lugar a resultados dispares, situación que se intenta atajar con las nuevas disposiciones, pero esto es una circunstancia que depende de la interpretación que los jueces y los magistrados realicen de los tipos, lo que nos obliga a observar cómo se aplica efectivamente. En cualquier caso no parece adecuado aceptar sin más que al tener una regulación que, en gran medida, satisface las demandas que se han realizado para su mejora, se deba asumir sin ulterior reflexión que los tipos van a responder correctamente a la intencionalidad del legislador y no se van a producir desviaciones en su utilización. La limitación de la libertad de expresión en relación con el discurso del odio y su castigo a través del Derecho penal es una realidad complicada que merece del escrutinio constante por parte de la academia con el objetivo de identificar y denunciar cualquier abuso que se pueda llevar a cabo, tanto en favor de la protección de comportamientos que deberían ser punibles, como en el castigo de aquellos que deberían estar protegidos.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

La investigación realizada en el presente trabajo se planteaba dos objetivos principales: en primer lugar, conocer si la respuesta que nuestro ordenamiento jurídico prevé ante el discurso del odio se ajusta o no a los estándares internacionales de protección a los que nuestro país se obligó mediante la ratificación de textos internacionales que regulan esta materia; y en segundo lugar, indagar sobre si esta solución está en consonancia con la tradición legal que respecto de la libertad de expresión tiene nuestro Estado y los países de nuestro entorno. En este sentido, el trabajo realizado a lo largo de los cuatro capítulos ha supuesto el análisis, desde una pluralidad de ámbitos, del conflicto que presenta en las sociedades democráticas actuales este tipo de conductas, obteniendo así una visión completa y actual del problema a través de la cual he podido ir construyendo unas conclusiones críticas que a continuación expondré.

En primer lugar, podemos afirmar que existen dos patrones para afrontar el problema del discurso del odio y su relación con la libertad de expresión: el modelo utilizado en EE. UU. y empleado en términos generales en Europa. Ambos son reflejo de las diferentes realidades a las que respondió desde un punto de vista histórico la positivización de este derecho.

Así, se ha determinado que la respuesta jurídica prevista en EE. UU., basada en la Primera Enmienda a la Constitución y en la interpretación que de esta ha realizado su Tribunal Supremo a lo largo de sus decisiones, ha sufrido importantes vacilaciones. Sin embargo, en la actualidad el discurso del odio no conoce restricciones propias en este ordenamiento jurídico, tal y como se puede observar del estudio realizado en el apartado 2.2.2. Las primeras decisiones judiciales que protegían al Gobierno de las opiniones disidentes crearon un cuerpo de jueces críticos con esta corriente, que desarrolló toda una serie de estándares que tenían por objetivo fortalecer la protección de la libertad de expresión de forma integral,

basados en el texto literal de la Primera Enmienda que no permite regular sobre este derecho. Así, el desarrollo de esta doctrina ha llevado a excluir cualquier regulación de este derecho que limite ciertos tipos de lenguaje. Esto se ha materializado en la protección del discurso del odio como parte integrante del mercado de las ideas, donde cualquier opinión es digna de participar en el foro público, y por lo tanto protegida por el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, el ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania es un claro exponente de la regulación del discurso del odio en Europa. En este modelo se han basado otros ordenamientos jurídicos de nuestro continente, como el español y de ahí la necesidad de su estudio. Este sí que prevé una respuesta definida ante estos comportamientos puesto que atacan ciertos valores superiores del ordenamiento jurídico como son: la dignidad de la persona, la igualdad material y formal, o el honor. De forma similar a las limitaciones que se contemplaron en las primeras codificaciones del derecho a la libertad de expresión en Francia, la Constitución alemana impone dos tipos de restricciones a este derecho: las contenidas en el mismo artículo 5 GG y las desarrolladas de forma legal¹⁰¹¹. En esta última área es donde se enmarca la regulación del artículo 130 StGB, que se encarga de tipificar el discurso del odio penalmente relevante siempre manteniendo como objetivo la protección de los derechos de los integrantes de los grupos y colectivos que son objetivo de este tipo de conductas.

Así, y dado que la positivización de la libertad de expresión respondió a necesidades diferentes a ambos lados del atlántico, la interpretación judicial actual de las disposiciones que regulan este derecho en ambas realidades han contribuido a aumentar estas diferencias. Por lo tanto, los intentos de asemejar ambos modelos no responden a ninguna justificación basada en componentes históricos o

¹⁰¹¹ Como se constata en el apartado 2.3.2.

contemporáneos, puesto que valoran y priorizan de forma diferente los bienes jurídicos a los que afecta el discurso del odio.

En segundo lugar, se ha constatado la existencia de estándares de protección internacional frente al discurso del odio que forman parte del ordenamiento jurídico español, por la ratificación de nuestro Estado de textos internacionales en los que se regula esta materia. Estos deben ser observados por los poderes públicos dado que establecen obligaciones concretas respecto de la protección y de la respuesta que nuestro sistema interno debe garantizar a las víctimas de este tipo de conductas.

Respecto del estudio del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, se desprende la obligación contraída por España¹⁰¹² de incluir ciertas limitaciones que regulen el derecho a la libertad de expresión para asegurar los siguientes estándares:

1. El respeto de los derechos y la reputación de los demás.
2. La protección de valores supraindividuales como la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud y la moral públicas.
3. No proteger bajo el derecho a la libertad de expresión la siguientes categorías:
 - a) La propaganda en favor de la guerra, y
 - b) La apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

Estos estándares de protección deben ser considerados como parte integral de nuestro ordenamiento, y la interpretación realizada por parte de los organismos internacionales creados para tal fin, un canon hermenéutico que debe ser utilizado por nuestros tribunales por mandato constitucional¹⁰¹³. Sin embargo, se constata una

¹⁰¹² Tal y como se afirma en el apartado 3.2.8.

¹⁰¹³ Como se defiende en el apartado 3.1.3.

falta de compromiso efectivo en el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en este ámbito, por cuanto la implantación plena del contenido de estos textos no se observa de forma completamente satisfactoria, como se comprueba en el apartado 4.4.

Respecto de la protección establecida a través del Consejo de Europa y de la Unión Europea, sí que se puede detectar un mayor sentimiento de vinculatoriedad del poder ejecutivo y del legislativo a los patrones derivados de las regulaciones establecidas por estos órganos en materia de discurso de odio. No así de todo el poder judicial, como se afirma en el apartado 4.4. Los estándares identificados en este ámbito son los siguientes:

1. Se reconoce que el derecho a la libertad de expresión podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley. Esto además de establecer la necesidad de que exista una previsión que limite este derecho también supone un criterio de control de la calidad de la regulación.
2. La limitación del derecho debe perseguir una limitación legítima desde el mismo origen de su imposición, no siendo válido que este requisito se compruebe en un momento posterior a su inclusión. Se establecen como intromisiones legítimas:
 - a. seguridad nacional,
 - b. integridad territorial o seguridad pública,
 - c. la defensa del orden y la prevención del delito,
 - d. la protección de la salud o la moral,
 - e. la protección de la reputación o de los derechos ajenos, o
 - f. impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.
3. La medida adoptada debe ser necesaria en una sociedad democrática, lo que debe relacionar necesariamente cualquier limitación de la libertad de expresión

con la protección del pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras en las que se basan las sociedades democráticas actuales.

4. Con el objetivo de evitar respuestas que no sean proporcionales, el TEDH incorpora el juicio equitativo como estándar para valorar la proporcionalidad los medios utilizados para interferir en el derecho y la finalidad que se persigue. Este estándar exige la adopción de las limitaciones esenciales en la protección de las víctimas del discurso del odio, sin establecer restricciones que vacíen de contenido el derecho a la libertad de expresión.
5. Desde el punto de vista del TEDH, se excluye la protección de la negación de hechos históricos claramente probados, y la doctrina totalitaria. En este sentido hay que recordar que para que se puedan castigar estos comportamientos, se deben cumplir el resto de requisitos aquí enumerados. Por lo tanto, si en un Estado Miembro la negación de los delitos de genocidio no está perseguida, sería altamente controvertido que el TEDH dictara una condena contra este por no sancionarla, puesto que se estaría contraviniendo los estándares 3, 4 y 6 aquí enumerados.
6. Todos estos estándares hay que conjugarlos con el margen de apreciación, que reconoce a los Estados una cierta discrecionalidad en la interpretación de los patrones aquí sistematizados, puesto que estos se aplican en sociedades con realidades muy dispares. Sin embargo, esta circunstancia debe ser observada con cierta cautela dado que puede suponer una tara importante en la garantía en determinados contextos sociales de los derechos de ciertas minorías o grupos, como se concluye en el apartado 3.3.1.2.1.

Todos estos estándares deberán ser tenidos en cuenta por los tribunales nacionales cuando entiendan de un caso de limitación del derecho a la libertad de expresión dentro del discurso del odio. Esto es así porque los tribunales nacionales

tienen la obligación de conocer y aplicar estos patrones, ya que así lo establece la propia CE¹⁰¹⁴. Además, en una materia tan controvertida como la que aquí se trata, sería muy oportuno que estos tribunales se beneficiasen de la amplia práctica que el TEDH tiene en el conocimiento y resolución de casos de discurso del odio, para fundamentar la aplicación de la normativa nacional de acuerdo con estos estándares. Esto es así dado que en el supuesto de que sus decisiones contradigan las adoptadas por el TEDH, estas podrían ser declaradas contrarias al contenido de los artículos 10 y 17 de la Convención Europea de Derechos Humanos y por lo tanto, de alguna forma casadas por el TEDH.

En tercer lugar y una vez concluido lo anterior, queda determinar el objeto principal de la investigación aquí planteada: ¿cumple España con los estándares internacionales que se acaban de identificar? En este sentido, la normativa que castiga el discurso del odio en nuestro país ha sido altamente discutida tanto por la doctrina como por los tribunales. Esto ha supuesto una aplicación muy errática de la protección, que ha derivado en la no observancia de los estándares internacionales en una mayoría de casos por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales.

Antes de la inclusión en el Código penal de los artículos 510 CP y 607.2 CP, el Tribunal Constitucional decidió en consonancia con las decisiones del TEDH que el discurso del odio no podía tener cabida dentro de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que suponía un ejercicio ilegítimo del derecho a la libertad de expresión, dado que conculcaba otros valores y derechos también superiores y merecedores de protección, como se afirma en el apartado 4.4.1.1. y 4.4.1.2.

Sin embargo, los primeros problemas en la aplicación surgieron cuando el legislador incluyó en el año 1995 estos artículos en el Código penal. Como se ha concluido en el apartado 4.3.5. y 4.3.6., estas dificultades corresponden

¹⁰¹⁴ Como se sostiene en el apartado 3.1.3.

principalmente con: 1) la deficiente técnica jurídica¹⁰¹⁵ empleada por el legislador que no definió correctamente cuáles eran las conductas que se estaban intentando prohibir; y 2) la ausencia de un nexo entre los comportamientos típicos y los bienes jurídicos que se pretendían tutelar. Esta realidad tuvo como consecuencia que la protección ofrecida por los artículos 510 CP y 607.2 CP fuera observada como un intento de limitar el derecho constitucional a la libertad de expresión impropio de un Estado democrático y social de Derecho.

Consecuencia directa de los dos problemas normativos que se acaban de señalar, se deriva un tercero que versa sobre la interpretación que el Tribunal Supremo realizó de estos artículos del Código penal en la STS 259/2011, de 12 de abril. En esta decisión el Tribunal ignora en gran medida los estándares de protección que se habían establecido para perseguir el discurso del odio en nuestro país¹⁰¹⁶ y completamente los identificados en la jurisprudencia internacional. Del razonamiento del TS se desprende un intento de asemejar la interpretación que este realiza sobre el derecho a la libertad de expresión con la ofrecida por el Tribunal Supremo de EE. UU., un ordenamiento jurídico que regula el conflicto aquí investigado de una forma muy particular, que se aleja claramente de nuestra tradición jurídica tal y como se ha concluido en el apartado 2.2. Por lo tanto, cualquier lectura que de este derecho o de sus limitaciones se realice con la finalidad de asemejar ambos marcos jurídicos es ajena a esta realidad, y por lo tanto una interpretación equivocada del mismo¹⁰¹⁷. Esto es así porque, en primer lugar, ambos sistemas no protegen de igual modo los valores y los derechos superiores del ordenamiento jurídico que se pueden ver afectados por el discurso del odio; y en segundo lugar, porque la protección ofrecida en EE. UU. no se asemeja a los sistemas legales con los que compartimos claras similitudes en la regulación de este fenómeno, como por ejemplo el alemán. La consecuencia directa de este escenario

¹⁰¹⁵ Como se afirma en el apartado 4.3.5.,

¹⁰¹⁶ Como se constata en el apartado 4.4.2.

¹⁰¹⁷ Tal y como se afirma en el apartado 1.2.3.

ha sido la variabilidad manifiesta que se ha constatado en la aplicación de los artículos 510 CP y 607.2 CP en nuestro ordenamiento jurídico, que ha escorado casi hasta la marginalidad la aplicación de los tipos pese a haberse comprobado el aumento en el número de los casos por este tipo de delitos.

Esta contestada sentencia del Tribunal Supremo ha sido la precursora de toda una serie de fallos dictados por tribunales inferiores que priorizan su utilización, en lugar de acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del TEDH, junto con los estándares internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento para fundamentar sus decisiones¹⁰¹⁸, que entremezclan los tres problemas señalados. Esto supone una vulneración manifiesta de la obligación constitucional que les compele a ello, particularmente grave en aquellos procesos en los que el ministerio fiscal o alguna de las partes advertían de forma expresa al juez que la interpretación realizada por el TS no encontraba sustento en las decisiones de otros tribunales cuya jurisprudencia es vinculante para todo el ordenamiento jurisdiccional.

De los resultados de la investigación alcanzados hasta ese momento, se puede afirmar que el ordenamiento jurídico español no estaba ofreciendo una respuesta ante el discurso del odio acorde a los estándares internacionales a los que nuestro Estado se obligó, mediante la ratificación de los textos vistos en el capítulo 3. Esto es así porque la aplicación de la normativa vigente estaba facultando la protección de ciertas manifestaciones del discurso del odio que debían de ser penalmente relevantes de acuerdo con estos, tal y como se constata en el apartado 4.4.4.

Ante esta situación, el legislador aplicando lo dispuesto por la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo Europeo, de 28 de noviembre de 2008, implementó unos profundos cambios en el artículo 510 CP. Estas modificaciones

¹⁰¹⁸ Como se ha visto en el apartado 4.4.3.

tenían por objetivo principal superar el problema de la mala técnica de la redacción anterior. Sin embargo, no se observa que esta meta se haya logrado de forma completamente satisfactoria, dado que el artículo continúa adoleciendo de una serie de problemas en su redacción que pueden seguir incidiendo de forma negativa en la interpretación¹⁰¹⁹ que de este realizan los tribunales, y en la opinión de la doctrina sobre este tipo de regulación. Por un lado la falta de una justificación en el aumento de las penas máximas, apartándose de las recomendaciones de la Decisión Marco, la falta de taxatividad del artículo respecto del difícil deslinde entre los comportamientos básicos y las agravados, o la retipificación de las conductas que tienen por objetivo negar los delitos cometidos contra la comunidad internacional, van a ser los principales escollos de la nueva regulación tal y como se concluye en el apartado 4.5.6. Estas circunstancias pueden provocar que los jueces continúen observando esta regulación como una limitación impropia del derecho a la libertad de expresión manteniendo la marginalidad de los tipos y la impunidad de ciertas conductas que deberían ser merecedoras de reproche penal.

Por otra parte, un vacío que se detecta en la investigación es que hasta este momento no contamos con ninguna sentencia que aplique la nueva redacción del artículo 510 CP, por lo que será un trabajo muy interesante a realizar en investigaciones futuras. Así se podrá observar qué tipo de evolución ha sufrido la interpretación que los tribunales han hecho del nuevo tipo penal, y conocer si en su aplicación se siguen los patrones identificados en el capítulo 3.

Es por esto que con el objetivo de afrontar los problemas identificados, es necesario que el legislador realice un estudio serio y pormenorizado de un marco comparado en el que se profundice sobre la regulación contemplada por otros Estados con los que compartimos una misma tradición jurídica en materia de discurso del odio. Del resultado de este trabajo, junto con el conocimiento de los estándares de protección a los que España se ha obligado mediante la ratificación de

¹⁰¹⁹ De acuerdo con los resultados descritos en el apartado 4.5.

los textos internacionales¹⁰²⁰, se desprende la necesidad de que las conductas prohibidas se definan de forma adecuada y se relacionen con los valores superiores del ordenamiento jurídico que se están intentando salvaguardar, y que en función de la peligrosidad de los comportamientos se asigne una consecuencia jurídica proporcional. Todo este trabajo se realiza con el objetivo de que el ordenamiento jurídico prevea un castigo adecuado a cada uno de los comportamientos en los que se puede manifestar el discurso del odio, y se proceda únicamente con la sanción de aquellos comportamientos que efectivamente pongan en peligro estos valores o derechos, con la finalidad de superar los problemas identificados en la presente investigación.

Finalmente, todas estas conclusiones me permiten afirmar que el discurso del odio no puede tener cabida dentro del Estado democrático y social de Derecho en el que está configurado nuestro país. No únicamente porque este va en contra de la normativa internacional de la que España es parte, sino porque estas conductas tienen por objetivo poner en peligro bienes y derechos que son la piedra angular de todo el ordenamiento jurídico. La dignidad del individuo, el derecho a vivir en sociedad en plano de igualdad tanto material como formal, sin que sean aceptables conductas discriminatorias, y el respeto al honor, son condiciones esenciales que se deben asegurar a todas las personas que conforman la sociedad para que cada una de ellas pueda desarrollarse de forma plena, igualitaria y autónoma respecto del resto de la ciudadanía. Todas estas circunstancias son las tareas fundamentales que se le asignan al Estado democrático y social de Derecho, y que por lo tanto está obligado a garantizar a sus ciudadanos.

¹⁰²⁰ Estudiados en el capítulo 3.

BIBLIOGRAFÍA

- Abrams, Floyd. *Speaking Freely. Trials of the First Amendment*. Nueva York: Viking, 2005.
- Alastuey Dobón, Carmen. «La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley 2013: consideraciones críticas (1)». *Diario La Ley* 8245 (2014): 1-31.
- Alcácer Guirao, Rafael. «Discurso del odio y discurso político». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 14-02 (2012): 2-32.
- Alegre Martínez, Miguel Ángel. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. León: Universidad de León, 1996.
- Alexy, Robert. «Constitutional Rights, Balancing, and Rationality». *Ratio Juris* 16-2 (2003): 131-140.
- Álvarez García, Francisco Javier. «La nueva reforma penal de 2013». *Eunomia* (2014): 16-71.
- Álvarez Molinero, Natalia. «La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial». En *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, dirigido por Felipe Gómez Isa. Bilbao: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2004.
- Ambos, Kai. *Derecho penal del enemigo*. Traducido por Carlos Gómez-Jara Diéz y Miguel Lamadrid. Bogotá: Servicio de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Ando, Nisuke. *Toward implementing Universal Human Rights: Festschrift for the Twenty-Fifth Anniversary of the Human Rights Committee*. Leiden: Brill Academic Publishers, 2004.
- Añón Roig, María José. «Ciudadanía diferencia y derechos de las minorías». En *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, dirigido por Javier de Lucas, 43-118. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- Añón Roig, María José. *Igualdad, Diferencias y Desigualdades*. México D. F.: Fontamara, 2001.
- Añón Roig, María José. «El acceso de las mujeres inmigrantes a los derechos humanos: la igualdad inacabada». En *Derechos Humanos, migraciones y diversidad*, editado por Ángeles Solanes Corella, 105-138. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

- Añón Roig, María José. «Diversidad cultural y espacio público: respuestas en clave de igualdad». En *Construyendo sociedades multiculturales. Espacio público y derechos*, editado por María José Añón Roig y Ángeles Solanes Corella, 83-126. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- Ansuátegui Roig, Francisco J. *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*. Madrid: BOE, 1994.
- Aparicio Pérez, Miguel Ángel. «La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales». *Jueces para la Democracia* 6 (1989): 9-18.
- Appleman, Bradley A. «Hate Speech: A Comparison Of The Approaches Taken By The United States And Germany». *Wisconsin International Law Journal* 14 (1995-1996): 422-439.
- Arai-Takahashi, Yutaka. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Amberes: Intersentia, 2002.
- Arendt, Hannah. *Sobre la revolución*. Traducción por Pedro Bravo. Madrid: Revista de Occidente, 1967.
- Asua Batarrita, Adela. «El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas” y conductas periféricas». En *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, coordinado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, 239-276. Madrid: EDISOFER, 2006.
- Atienza Rodríguez, Manuel. «Sobre la clasificación de los derechos humanos en la Constitución». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 2 extra (1979): 123-132.
- Atienza, Manuel y Juan Ruíz Manero. «Sobre principios y reglas». *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho* 10 (1991): 101-120.
- Atienza, Manuel. «A vueltas con la ponderación». *Anales de Cátedra Francisco Suárez* 44 (2010): 43-60.
- Ballester Pastor, María Amparo. «El principio comunitario de igualdad de trato por razón de origen racial o étnico». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 63 (2006): 33-66.
- Bangstad, Sindre. «Fighting Words: What’s Wrong with Freedom of Expression». *Journal of Ethnic and Migration Studies* 40-2 (2014): 299-282.

- Bañón Hernández, Antonio M. «La responsabilidad de los medios de comunicación en la generación de una opinión pública no discriminatoria. A propósito del caso Ordaz». En *Derechos humanos y discriminación*, editado por Gorka Urrutia, 171-185. Zarautz: Alberdania, 2009.
- Baratta, Alessandro. «Principios de Derecho Penal Mínimo». En *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, editado por Alessandro Baratta, 299-333. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.
- Barber Brusco, Soledad. *Los actos preparatorios del delito*. Granada: Comares, 2004.
- Barbero Santos, Marino. «Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto». *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* 26-3 (1973): 487-498.
- Barendt, Eric. *Freedom of Speech*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Barrère Unzueta, M^a Ángeles. «Igualdad y “discriminación positiva”: un esbozo de análisis teórico-conceptual». *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 9 (2003): 1-27.
- Barrero Ortega, Abraham. «Negacionismo y libertad de expresión o de cómo frenar el discurso del odio». En *Holocausto y crímenes contra la humanidad. Claves y recorridos del Antisemitismo*, coordinado por José Cruz Díaz y Rafael Rodríguez Prieto, 87-107. Montcada i Reixac: Anthropos, 2009.
- Beccaria, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Traducción por Juan Rivera. Madrid: Impresión de Fermín Villalpando, 1821.
- Benda, Ernst. «The Protection of Human Dignity (Article 1 of the Basic Law)». *Southern Methodist University Law Review* 53 (2000): 443-454.
- Benvenisty, Eyal. «Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards». *New York University Journal of International Law and Politics* 31-843 (1999): 843-854.
- Berlin, Isaiah. *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1971.
- Bernal del Castillo, Jesús. *La discriminación en el derecho penal*. Granada: Comares, 1998.
- Bilbao Ubillos, Juan M. «La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)». *Revista Española de Derecho Constitucional* 85 (2009): 299-352.

- Blackstone, William. *Commentaries on the Law of England in Four Books*. 4 vol. Londres: A. Strahan, 1809. <http://oll.libertyfund.org/title/2140>
- Bleich, Erik. «The Rise of Hate Speech and Hate Crime Laws in Liberal Democracies». *Journal of Ethnic and Migration Studies* 37 (2011): 917-934.
- Bleich, Erik. *The Freedom to be Racist? How the United States and Europe Struggle to Preserve Freedom and Combat Racism*. Londres: Oxford University Press, 2011.
- Bleich, Erik. «Freedom of Expression versus Racist Hate Speech: Explaining Differences Between High Court Regulations in the USA and Europe». *Journal of Ethnic and Migration Studies* 40-2 (2014): 283-300.
- Bobbio, Norberto. *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós, 1993.
- Bollinger, Lee C. *The Tolerant Society*. Oxford: Oxford University Press, 1986.
- Bollinger, Lee C. *Uninhibited, Robust, and Wide-open. A Free Press for a New Century*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Bonilla Sánchez, Juan José. *Personas y derechos de la personalidad*. Madrid: Editorial Reus, 2010.
- Borja Jiménez, Emiliano. *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho Penal*. Granada: Comares, 1999.
- Bork, Robert H. «Neutral Principles and some First Amendment Problems». *Indiana Law Journal* 47 (1971): 1-35.
- Borrillo, Daniel. «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 (2013): 5543-556.
- Brant, Irving. «Seditious Libel: Myth and Reality». *New York University Law Review* 39-1 (1965): 1-19.
- Brems, Eva. «Human Rights: Minimum and maximum perspectives». *Human Rights Law Review* 9-3 (2009): 349-372.
- Brink, David O. «Millian Principles, Freedom of Expression, and Hate Speech». *Legal Theory* 7 (2001): 119-157.
- Brown, Alexander. *Hate Speech Law. A Philosophical Examination*. Londres: Routledge, 2015.

- Brugger, Winfried. «Ban On or Protection of Hate Speech? Some Observations Based on German and American Law». *Tulane European and Civil Law Forum* 17 (2002): 1-21.
- Brugger, Winfried. «The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I)». *German Law Journal* 3 (2002): 1-44.
- Brugger, Winfried. «The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part II)». *German Law Journal* 4 (2003): 1-43.
- Burke, Edmund. *Reflections on the Revolution in France*. Londres: Yale University Press, 2009.
- Butler, Judith. *Lenguaje, poder e identidad*. Madrid: Síntesis, 1997.
- Camarero González, Gonzalo J. «Algunas notas sobre los artículos 510 y 607.2 CP y su posible reforma desde el derecho comparado». *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* 100 (2013): 1-13.
- Cancio Meliá, Manuel. «Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizados por la Constitución». En *Comentarios al Código penal*, dirigido por Gonzalo Rodríguez Mourullo, 1273-1276 y 1418-1425. Madrid: Civitas, 1997.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos y Tomas Salvador Vives Antón. *Comentarios al Código penal de 1995*. Valencia: Tirant, lo Blanch, 1996.
- Carmona Cuenca, Encarnación. «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Revista de Estudios Políticos* 84 (1994): 265-286.
- Carmona Salgado, Concepción. *Libertad de expresión e información y sus límites*. Madrid: Editoriales de Derecho reunidas, 1991.
- Carrasco Perea, Ángel. *Derecho civil*. Tecnos: Madrid, 2011.
- Carrillo, Marc. «Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor (1)». *Derecho Privado y Constitución* 10 (1996): 91-116.
- Castaldo, Andrea. «La concreción del “riesgo jurídicamente relevante”». En *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, editado por Jesús María Silva Sánchez, 233-354. Barcelona: Bosch, 1997.

- Català i Blas, Alexandre H. y Zulima Pérez i Seguí. «La negación del holocausto. A propósito de la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007». *Revista Europea de Derechos Fundamentales* 10 (2007): 181-196.
- Cerdá Martínez-Pujalte, Carmen María. «Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación». *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fabrique Ceriol* 50/51 (2005): 193-218.
- Cerezo Mir, José. «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo». *Revista de Derecho Penal y Criminología* 10 (2002): 47-72.
- Ceriani Cernadas, Pablo. *El control de la migración irregular en España a la luz de los tratados de derechos humanos: en las fronteras de la legitimidad*. Valencia: inédito, 2008.
- Cohen, Henry. *Freedom of Speech and Press, Exceptions to the First Amendment*. Nueva York: Nova Science Publications, 2008.
- Colomer Martín-Clavero, José Luís. «Algunos apuntes sobre Kant y la libertad política». *DOXA* 15-16 (1994): 581-598.
- Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido. *Código penal comentado 3ª edición*. Barcelona: Bosch, 2012.
- Conte, Alex y Richard Burchill. *Defending Civil and Political Rights, The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*. Abingdon: Ashgate, 2009.
- Cuenca Gómez, Patricia. «La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española». *Revista de Estudios Jurídicos* 12 (2012): 79-106.
- Cuerda Arnau, María Luisa. «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento». *Revista General de Derecho Penal* 8 (2007): 1-43.
- Cueva Fernández, Ricardo. «A propósito de la Sentencia del tribunal Supremo 259/2011: Discurso del odio, incitación y derecho al honor colectivo. ¿Una nueva vuelta de tuerca contra la prohibición del *hate speech*?». *Eunomia* 2 (2012): 99-108.
- Cueva Fernandez, Ricardo. «El “discurso del odio” y su prohibición». *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 33 (2012): 437-465.

- de Cupis, Adriano. *I diritti della personalità*. Milán: Giuffrè, 1950.
- de la Rosa Cortina, José Miguel. «Negacionista y revisionismo del genocidio: perspectiva penal y constitucional». *Diario LA LEY* 6842 (2007): 1-11.
- de Lucas, Javier. «Anotaciones sobre el principio kantiano de publicidad». *Diánoia* XXXIII 33 (1987): 131-148.
- de Lucas, Javier. «Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa». *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 15 (1993): 97-128.
- de Lucas, Javier. «La igualdad ante la ley». En *El derecho y la justicia*, editado por Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, 393-500. Madrid: Trotta, 1996.
- de Lucas, Javier. «Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías (Los derechos de las minorías en el 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)». En *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, dirigido por Javier de Lucas, 251-312. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1998.
- de Lucas, Javier. «Inmigración y dialogo intercultural. Hablemos de igualdad, de derechos y de ciudadanía». En *El diálogo intercultural*, dirigido por Alfonso García Martínez, 27-58. Murcia: Editum, 2009.
- de Verda y Beamonte, José Ramón y Javier Vidal Alonso. «La colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión», en *Derecho al Honor: Tutela Constitucional, Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones*, coordinado por José Ramón de Verda y Beamonte, 149-172. Madrid: Aranzadi, 2015.
- Defeis, Elizabeth F. «Freedom of Speech and International Norms: A response to hate Speech». *Stanford Journal of International Law* 29 (1992-1993): 57-130.
- del Rosal Blasco, Bernardo. «Delitos contra la Constitución (IV). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria». En *Compendio de Derecho penal español (Parte especial)*, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, 939-944. Madrid: Marcial-Pons, 2000.
- del Vecchio, Giorgio. *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans la révolution française*. Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1968.
- Delgado, Richard y Jean Stefanic. *Must We Defend Nazis?*. Nueva York: New York University Press, 1997.

- Delgado, Richard y Jean Stefancic. *Understandig Words that Wound*. Oxford: Westview Press, 2004.
- Díez Ripollés, José Luis. «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 07-01 (2005): 1-37.
- Díez Ripollés, José Luis. «El control de constitucionalidad de las leyes penales». *Revista Española de Derecho Constitucional* 75 (2005): 59-106.
- Douglas-Scott, Sionaidh. «The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European Approaches». *William & Mary Bill of Rights Journal* 7-2 (1999): 305-346.
- Dworkin, Ronald. *Freedom's Law. The Moral Regarding of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- Dworkin Ronald. «Reply to Jeremy Waldron». En *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, editado por M. Herz y P. Molnar. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- ECRI. Cuarto informe sobre España. Estrasburgo: Consejo de Europa, 2011.
- Ehlers, Dirk. *European Fundamental Rights and Freedoms*. Berlin: De Gruyter Recht, 2007.
- Emerson, Thomas I. «Toward a General Theory of the First Amendment». *Yale Law Journal* 72 (1962-1963): 877-956.
- Erbele, Edward J. «Human Dignity, Privacy, and Personality in German and American Constitutional Law». *Utah Law Review* 4 (1997): 963-1056.
- Erbele, Edward J. «Public Discourse in Contemporary Germany». *Case Western Reserve Law Review* 47-3 (1997): 797-902.
- Feijoo Sánchez, Bernardo José. «Reflexiones sobre los delitos de genocidio (artículo 607 del Código Penal)». *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* 6 (1998): 1-30.
- Fernández Segado, Francisco. «El principio de igualdad jurídica y la no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento constitucional español». *Dereito* 5 (1996): 85-129.

- Fernández-Miranda y Campoamor, Alfonso. «Artículo 20». En *Comentarios a las Leyes Políticas*, dirigido por Óscar Alzaga Villaamil, 941-566. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1984.
- Ferrajoli, Luigi. «El derecho penal del enemigo y la disolución del Derecho penal». *IUS* 19 (2007): 5-22.
- Ferreiro Galguera, Juan. *Los límites de la libertad de expresión. La cuestión de los sentimientos religiosos*. Madrid: Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1996.
- First Amendment Center. «2012 survey: Public opposes unlimited campaign spending». Acceso 3 de septiembre de 2015. <http://www.firstamendmentcenter.org/2012-survey-public-opposes-unlimited-campaign-spending>
- Fiscalía General de Estado. *Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2014.
- Fish, Stanley. «Holocaust Denial and Academic Freedom». *Valparaiso University Law Review* 35-3 (2001): 499-524.
- Fiss, Owen M. *The Irony of Free Speech*. Londres: Harvard University Press, 1996.
- Fiss, Owen, «A Freedom Both Personal and Political». En *On liberty*, editado por David Bromwich y George Kateb, 179-196. Londres: Yale University Press, 2003.
- Forsythe, David P. *Human Rights in International Relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- Fox, Gregory H., y Georg Nolte. «Intolerant democracies». En *Democratic Governance and International Law*, editado por de Gregory H. Fox, y Brad R. Roth, 389-435. Cambridge: CUP, 2000.
- FRA. *Antisemitism. Overview of data available in the European Union 2004–2014*. Viena: FRA, 2015.
- Fredman, Sandra. *Discrimination and Human Rights. The Case Of Racism*. Cronwall: Oxford University Press, 2011.
- Fuentes Osorio, Juan L. «Formas de anticipación de la tutela penal». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 08-08 (2006): 1-40.

- Gálvez Montes, Francisco Javier. «Artículo 20». En *Comentarios a la Constitución*, editado por Fernando Garrido Falla. Madrid: Civitas, 2001.
- García Álvarez, Pastora. *El derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- García Añón, José. *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*. Madrid: McGraw Hill, 1997.
- García Añón, José. «¿Hay derechos colectivos? Diversidad, “diversidad de minorías, “diversidad” de derechos». En *Una discusión sobre derechos colectivos*, editado Francisco Javier Ansuátegui Roig, 201-212. Madrid: Dykinson, 2001.
- García Añón, José. «Racionalidad y universalidad: el “espectador imparcial” y el imperativo categórico de Kant a Mill». En *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el Bicentenario de su muerte*, coordinado por Alfonso Castro, Francisco J. Contreras, Fernando H. Llano y José Manuel Panea, 149-169. Sevilla: Innovación editorial Lagares, 2003.
- García Añón, José. «Garantías jurídicas frente a la discriminación racial y étnica en España como requisito para la participación e integración de las personas migrantes». En *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, editado por Javier de Lucas y Ángeles Solanes, 281-300. Madrid: Dykinson, 2009.
- García Añón, José, Ben Bradford, Jose A. García Saez, Andrés Gascón Cuenca y Antoni Llorente i Ferreres. *Identificación policial por perfil étnico en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- García Manrique, Ricardo. «Las ideas de igualdad y libertad en Norberto Bobbio». *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares 2 (1992-1993)*: 143-172.
- García Roca, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Pamplona: Aranzadi, 2010.
- García-Pablos de Molina, Antonio. «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del “Ius Punendi”». En *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, coordinado por Juan José González Reus, 249-259. Córdoba: Secretariado de publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1996.

- Garzón Valdés, Ernesto. «Representación y democracia». *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 6 (1989): 143-164.
- Gerards, Janneke. «Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine». *European Law Journal* 17-1 (2011): 80-120.
- Giménez-Salinas i Colomer, Esther, Begoña Román Maestre y Marc García Solé. «Sociedad abierta y delitos de odio en la era de la globalización». *Eguzkilore* 17 (2003): 121-132.
- Godechot, Jacques. *Los orígenes de la Revolución francesa*. Madrid: Ediciones Península, 1974.
- Godechot, Jaques. «Revolución francesa o revolución atlántica». En *Alcance y legado de la Revolución francesa*, compilado por M^a José Villaverde, 106-116. Madrid: Editorial Pablo Iglesias, 1989.
- Gómez Isa, Felipe. «La protección internacional de los derechos humanos». En *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, dirigido por Felipe Gómez Isa, 23-60. Bilbao: Servicio de publicaciones de la Universidad de Deusto, 2004.
- Gómez Martín, Víctor. «Sobre la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs». En *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, coordinado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, 1003-1050. Madrid: EDISOFER, 2006.
- Gómez Martín, Víctor. «¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad? A propósito de los delitos de odio y la discriminación en el Código penal español». En *Constitución y sistema penal*, dirigido por Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, 175-222. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Gómez Martín, Víctor. «Discurso del odio y principio del hecho». En *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, dirigido por Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bisadolo, 89-120. Valencia: Tirant lo Blanc, 2012.
- Gómez Navajas, Justa. «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código Penal de 1995 (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre 1998)». *Diario La Ley*, 3 (1999): 1839-1852.
- González Pérez, Jesús. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 2011.

- Gracia Martín, Luis. *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- Greenawalt, Kent. «Free Speech in the United States and Canada». *Law and Contemporary Problems* 55-1 (1992): 5-34.
- Greenawalt, Kent. *Fighting Words. Individuals, Communities and Liberties of Speech*. Nueva Jersey: Princeton University Press, 1995.
- Grupo de Estudios de Política Criminal. *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- Güerri Ferrández, Cristina. «La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación. Aportaciones a la lucha contra los delitos de odio y el discurso del odio en España». *InDret* 1/2015 (2015): 1-33.
- Günther, Klaus. «The Denial of the Holocaust: Employing Criminal Law to Combat Anti-semitism in Germany». *Tel Aviv University Studies of Law* 15 (2000): 51-66.
- Gutiérrez David, María Estrella y Gema Alcolea Díaz. «El “discurso del odio” y la libertad de expresión en el Estado democrático». *Derecom* 2 (2010): 1-17.
- Hare, Ivan. «Extreme Speech Under International and Regional Human Rights Standards». En *Extreme Speech and Democracy*, editado por Ivan Hare y James Weinstein, 62-80. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Haupt, Claudia E. «Regulating Hate Speech – Damned if you do and Damned if you don’t: Lessons Learned from Comparing the German and U.S. Approaches». *Boston University International Law Journal* 23 (2005): 299-335.
- Hefendehl, Roland. «¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto?». *Anales del Derecho* 19 (2001): 147-158.
- Hesselberger, Dieter. *Das Grundgesetz. Kommentar für die politische Bildung*. Bonn: Hermann Luchterhand Verlag, 1997.
- Heyman, Steven J. *Free Speech & Human Dignity*. Londres; Yale University Press, 2008.
- Huerta Tocildo, Susana. «Principio de legalidad y normas sancionadoras». En *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, editado por Tribunal Constitucional, 11-76. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

- Jacobs, David A. «Recent Developments. The Ban of Neo-Nazi Music: Germany Takes on the Neo-nazis». *Harvard International Law Journal* 34 (1993): 564-566.
- Jaén Vallejo, Manuel. *Libertad de expresión y delitos contra el honor*. Madrid: Colex, 1992.
- Jakobs, Günter. *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*. Düsseldorf: Ferdinand Schöningh, 2004.
- Jakobs, Günter y Manuel Cancio Meliá. *Derecho penal del Enemigo*. Navarra: Aranzadi, 2006.
- Jakobs, Günter. «¿Terroristas como personas en Derecho?». En *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, coordinado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, 93-116. Madrid: EDISOFER, 2006.
- Jefferson, Thomas. *Notes on the State of Virginia*. Richmond: J. W. Randolph, 1853.
- Jefferson, Thomas. «Carta a Monsieur de St. Etienne». En *Autobiografía y otros escritos*, edición por Adrienne Koch y William Peden, 497-500. Madrid: Tecnos, 1987.
- Jefferson, Thomas. «Carta al Coronel Humphreys». En *Autobiografía y otros escritos*, edición por Adrienne Koch y William Peden, 492-495. Madrid: Tecnos, 1987.
- Jefferson, Thomas. *The Autobiography of Tomas Jefferson, 1743-1790*. Editado por Paul Leicester Ford. Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 2005.
- Joecks, Wolfgang. *Strafgesetzbuch, Studienkommentar*. Múnich: Beck, 2003.
- Jones, Thomas David. «Human Rights: Freedom of Expression and Group Defamation under british, canadian, indian, nigerian and united states law - a comparative analysis». *Suffolk Transnational Law Review* 18 (1995): 427-588.
- Kahn, Robert A. «Cross-Burning, Holocaust Denial, and the Development of Hate Speech Law in the United States and Germany». *University of Detroit Mercy Law Review* 83 (2005-2006): 163-194.
- Kant, Immanuel. *Principios metafísicos del Derecho*. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1873.
- Kant, Immanuel. *Crítica de la razón pura. ¿Qué es la Ilustración?*. Valencia: Universidad de Valencia, [1784] 1991.

- Kant, Immanuel. *Teoría y Práctica*. Trad. Roberto Rodríguez Aramayo. Madrid: Tecnos, 1993.
- Kant, Immanuel. *The Metaphysics of Morals*. Editado por Mary Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, [1797] 1996.
- Kant, Immanuel. *Sobre la paz perpetua*. Traducción por Joaquín Abellán. Madrid: Tecnos, [1795] 1998.
- Kant, Immanuel. *Crítica de la razón pura*. Edición por Roberto R. Aramayo. Madrid: Alianza Editorial, [1781] 2000.
- Kant, Immanuel. *Cómo Orientarse en el Pensamiento*. Traducción por Carlos Correas. Buenos Aires: Editorial Quadrata, [1786] 2005.
- Karpen, Ulrich. «Freedom of Expression as a Basic Right: a German View». *American Journal of Comparative Law* 37 (1989): 395-404.
- Karpen, Ulrich. *La constitución de la República Federal de Alemania: ensayos referentes a los derechos fundamentales y los principios de la ley fundamental con una traducción de la ley fundamental*. Baden-Baden: Nomos, 1992.
- Kersch, Ken I. *Freedom of Speech, Rights and Liberties under the Law*. California: ABC-CLIO, 2003.
- Knechtle, John C. «When to Regulate Hate Speech». *Penn State Law Review* 110-3 (2005-2006): 539-578.
- Kommers, Donald P. «The Jurisprudence of Free Speech in the United States and the Federal Republic of Germany». *South California Law Review* 53 (1979-1980): 657-696.
- Krone, Gunnar. *Die Volksverhetzung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit*. Maguncia: Servicio de publicaciones de la Universidad de Maguncia, 1979.
- Krotoszynski, Ronald J. Jr. «A Comparative Perspective on the First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany». *Tulane Law Review* 78 (2003-2004): 1549-1610.
- Krotoszynski Jr., Ronald J. *The First Amendment in Cross-Cultural Perspective. A Comparative Legal Analysis of the Freedom of Speech*. Nueva York: New York University Press, 2009.

- Kübler, Friedrich. «How much freedom for racist speech? Transnational aspects of a conflict of human rights». *Hofstra Law Review* 27-2 (1998-1999): 335-376.
- Kučs, Artūrs. «Denial of Genocide and Crimes against Humanity in the Jurisprudence of Human Rights Monitoring Bodies». *Journal of Ethnic and Migration Studies* 40-2 (2014): 301-319.
- Kühl, Kristian. *Strafgesetzbuch. Kommentar*. München: Beck, 2007.
- Landa Gorostiza, Jon-Mirena. «La regulación penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva “ley de lucha contra la criminalidad” (*Verbrechensbekämpfungsgesets*) del 28 de octubre de 1994». *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* XLIX-II (1996): 529-589.
- Landa Gorostiza Jon-Mirena. *La política contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*. Granada: Comares, 2001.
- Landa Gorostiza, Jon-Mirena. *Intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código Penal*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2001.
- Landa Gorostiza, Jon-Mirena. «Racismo, xenofobia y Estado democrático». *Eguzkilore* 18 (2004): 59-72.
- Landa Gorostiza, Jon-Mirena. «Incitación al odio: evolución jurisprudencia (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata. (A la vez un comentario a la STS 259/2011 –librería Kalki– y a la STC 235/2007)». *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3 (2012): 297-346.
- Lascuráin Sánchez, Juan Antonio. «La libertad de expresión tenía un precio. (Sobre la STC 235/2007, de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio)». *Revista Aranzadi Doctrinal* 6 (2010): 1-9.
- Laurenzo Copello, Patricia. «La discriminación en el Código Penal de 1995». *Estudios penales y criminológicos* 19 (1996): 223-288.
- Laurenzo Copello, Patricia. «Marco de protección jurídicopenal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia». En *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, dirigido por M^a Luisa Maqueda Abreu, 217-282. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996.
- Laurenzo Copello, Patricia. «La protección penal frente a conductas racistas y xenófobas». En *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*,

- editado por Juan Soroeta Licerias, 179-196. San Sebastián: Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2000-V.2.
- Laurenzo Copello, Patricia. *Los delitos contra el honor*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- Le Mire, Pierre. «Article 11». En *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, editado por Gérard Conac y Marc Debene, 225-248. Paris: Economica, 1999.
- Letsas, George. «Two Concepts of the Margin of Appreciation». *Oxford Journal of Legal Studies* 26-4 (2006): 705-732.
- George Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Lock, John. *An Essay Concerning Human Understanding Human Understanding*. Ontario: Batoche Books, [1690] 2001.
- Loewenstein, Karl. «Militant Democracy and Fundamental Rights, I». *The American Political Science Review* 31-3 (1937): 417-432.
- Loewenstein, Karl. «Militant Democracy and Fundamental Rights, II». *The American Political Science Review* 31-4 (1937): 638-658.
- López Peregrín, Carmen. *La protección penal del honor de las personas jurídicas (sic) y los colectivos*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2000.
- López Redondo, Cristina. *La libertad de expresión en situaciones de conflicto*. Valencia: Tirant lo blanch, 2013.
- López-Sidro López, Ángel «Negacionista y discurso del odio en España». En *La gobernanza de la diversidad religiosa. Personalidad y territorialidad en la sociedades multiculturales*, dirigido por Francisca Pérez-Madrid y Montserrat Gas Aixendri, 75-100. Pamplona: Aranzadi, 2013.
- Loucaides, Loukis G. *The European Convention on Human Rights*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- Luther, Jörg. «El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada». *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 9 (2008): 247-299.
- Madival, J., y E. Laurent. *Archives parlementaires de 1789 à 1860: recueil complet des débats législatifs & politiques des Chambres françaises*. Paris: Librairie administrative de P. Dupont, 1862. <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k495339>

- Marke, Julius J. «Peter Zenger's Trial». *Litigation* 6 (1979-1980): 41.
- Matsuda, Mari J. «Public Response to Racial Speech: Considering the Victim's Story». *Michigan Law Review* 87-8 (1988-1989): 2320-2381.
- Meiklejohn, Alexander. *Free Speech And Its Relation to Self-Government*. Nueva York: Haper Brothers Publishers, 1948.
- Miguel Ángel Aguilar García. «La reforma del art. 510 del Código penal». *La Ley* 89 (2011): 1-9.
- Mill, John Stuart. *The Collected Works of John Stuart Mill, Volume XVIII - Essays on Politics and Society Part I*. Editado por John M. Robson. Toronto: University of Toronto Press, 1977. Acceso el 3 de octubre de 2015. <http://oll.libertyfund.org/titles/233>.
- Milton, John. *Aeropagítica*. Nueva York: Project Gutenberg, [1644] 2006.
- Ministerio de Trabajo e Inmigración. *Estrategia integral contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia*. Madrid: Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2011.
- Ministerio del Interior. *Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España*. Madrid: Ministerio del Interior, 2015.
- Ministerio del Interior. *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España*. Madrid: Ministerio del Interior, 2014.
- Minsker, Natasha L. «I Have a Dream - Never Forget: When Rhetoric Becomes Law, A Comparison of the Jurisprudence of Race in Germany and the United States». *Harvard Blackletter Law Journal* 14 (1998): 113-170.
- Moeckli, Daniel y Shah Sangeeta, Sivakumaran. *International Human Rights Law*. Nueva York: OUP, 2010.
- Movimiento Contra la Intolerancia. «Informe Raxen. Racismo, Xenofobia, Antisemitismo, Islamofobia, Neofascismo, Homofobia y otras manifestaciones relacionadas de Intolerancia a través de los hechos Especial Acción Jurídica contra el Racismo y los Crímenes de Odio». *Raxen* Número especial diciembre 2010 (2010): 1-138.
- Muchnik, Pablo. «Kant y la antinomia de la razón política moderna». *Revista Latinoamericana de Filosofía* XXXIV-1 (2008): 39-61.

- Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- Muñoz Conde, Francisco. «De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”». En *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, coordinado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, 339-370. Madrid: EDISOFER, 2006.
- Naïr, Sami. «Libertad y sagrado: el caso de la viñetas», en *Democracia y responsabilidad*. Editado por Sami Naïr, 33-44. Madrid: Galaxia Gutenberg, 2008.
- Nelson, Harold L. «Seditious Libel in Colonial America». *The American Journal of Legal History* 3 (1959): 160-172.
- Nier III, Charles Lewis. «Racial Hatred: A Comparative Analysis of the Hate Crime Laws of the United States and Germany». *Dickinson Journal of International Law* 13 (1994-1995): 241-280.
- Nino, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.
- Nowak, Manfred. «El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos». En *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, dirigido por Felipe Gómez Isa, 161-184. Bilbao: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2004.
- Nowak, Manfred. *Introduction to the International Human rights regimen*. Lovaina: Brill Academic Publishers, 2003.
- Nuevo López, Pablo. «Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la Unión Europea». *Revista catalana de dret públic* 50 (2015): 141-160.
- O’Callaghan, Xavier. *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991.
- Oehling de los Reyes, Alberto. *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2010.
- Oraá, Jaime y Felipe Gómez Isa. *La Declaración Universal de Derechos Humanos*. Bilbao: Servicio de publicaciones de la Universidad de Deusto, 2002.

- Palermo, Francesco y Jens Woelk. *Diritto Costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*. Milán: CEDAM, 2008.
- Parekh, Bhikhu. «Hate Speech. Is there any case for banning?». *Public Policy Research* 12-4 (2006): 213-223.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio. «Los Derechos del Hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa». *Anuario de Filosofía del Derecho* VI (1989): 57-128.
- Peces-Barba, Gregorio. «Los derechos colectivos». En *Una discusión sobre derechos colectivos*, editado por Francisco Javier Ansuátegui Roig, 67-76. Madrid: Dykinson, 2001.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. Madrid: Dykinson, 2002.
- Pérez de la Fuente, Oscar. «Libertad de expresión y el caso del *lenguaje del odio*. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana». *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 21 (2010): 67-104.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. «Sobre la igualdad en la Constitución española». *Anuario de filosofía del Derecho* 4 (1987): 133-152.
- Polaino Navarrete, Miguel y Miguel Polaino-Orts. «Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos». En *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, coords. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, 591-656. Madrid: EDISOFER, 2006.
- Popelier, Patricia, Catherine Van de Heyning y Piet Van Nuffel. *Human rights protection in the European Legal order: The interaction between the European and the national courts*. Amberes: Intersentia, 2011.
- Popper, Karl R. *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*. Barcelona: Paidós, 1983.
- Post, Richard, «Hate Speech». En *Extreme Speech and Democracy*, editado por Ivan Hare y James Weinstein, 123-138. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Prieto Sanchís, Luis. «El juicio de ponderación constitucional». En *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, coordinado por Miguel Carbonell (México D. F.: Porrúa, 2014), 70-89.

- Puy, Francisco. «El derecho a la igualdad en la Constitución española». En *El principio de igualdad en la Constitución española, XI Jornadas de estudio*, editado por Ministerio de Justicia, 135-155. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991.
- Quesada Alcalá, Carmen. «La labor de la Unión Europea, el Consejo de Europa y la OSCE en materia de delitos de odio: sus repercusiones en España». *Revista General de Derecho* 36 (2015): 1-51.
- Quint, Peter E. «Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory». *Maryland Law Review* 48-2 (1989): 247-349.
- Rabban, David M. «The Emergence of Modern First Amendment Doctrine». *The University of Chicago Law Review* 50-4 (1983): 1205-1355.
- Rabban, David M. *Free Speech in Its Forgotten Years 1870-1920*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- Ramos Vázquez, José Antonio. «La declaración de inconstitucionalidad del delito de «negacionismo» (art. 607.2 del Código Penal)». *Revista Penal* 23 (2009): 120-137.
- Requejo Pagés, Juan Luís. «La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales (A propósito de la STC 245/91; “caso Bultó”)». *Revista Española de Derecho Constitucional* 35 (1992): 179-202.
- Revenge Sánchez, Miguel. «El tránsito hacia (y la Lucha por) la democracia militante en España». *Revista de Derecho Político* 62 (2005): 11-31.
- Rey Martínez, Fernando. «La prohibición de discriminación racial o étnica en la Unión Europea y en España. El caso de la minoría gitana». *Revista de Derecho Político* 57 (2003): 61-110.
- Rey Martínez, Fernando. «La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Pensamiento Constitucional* 17 (2012): 291-319.
- Rey Martínez, Fernando. «El principio de igualdad en el contexto de la crisis del estado social: diez problemas actuales». En *La metamorfosis del Estado y del Derecho*, coordinado por Miguel Ángel Presno Linera, 289-312. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, 2014.

- Ricoy Casas, Rosa María. *¿Qué igualdad? El principio de igualdad formal y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson, 2010.
- Riesman, David. «Democracy and Defamation: Control of Group Libel». *Columbia Law Review* 42 (1942): 727-780.
- Rivas, Pedro. «Sociedad liberal y propaganda del odio racial ». *Anuario da Facultade de Dereito* 6 (2002): 727-780.
- Rodríguez Montañés, Teresa. *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la constitución a las fronteras del derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2012.
- Gonzalo Rodríguez Mourullo, dir. *Comentarios al Código penal*. Madrid: Civitas, 1997.
- Roig Torres, Margarita. «El “discurso del odio” en el sistema norteamericano y europeo. Tratamiento del racismo y la xenofobia en el proyecto de reforma del código penal». *TEORDER* 15 (2014): 172-216.
- Roig Torres, Margarita. «Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)». En *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, dirigido por José L. González Cussac, 1249-1271. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Rollnert Liern, Göran. «Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional: los límites de la libertad de expresión (a propósito de la STC 235/2007)». *Revista de Derecho Político* 73 (2008): 103-144.
- Rosal Blasco, Bernardo del. *La provocación para cometer delito en el Derecho español*. Madrid: EDERSA, 1986.
- Rosenfeld, Michel. «Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis». *Cardozo Law Review* 24 (2002-2003): 1520-1568.
- Rubio Llorente, Francisco. «La igualdad en la aplicación de la ley». En *El principio de igualdad*, editado por Luis García San Miguel, 47-58. Madrid: Dykinson, 2000.
- Ruffini, Francesco. *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*. Milán: Il Mulino, 1992.
- Ruiz Miguel, Alfonso. «La discriminación inversa y el caso Kalanke». *DOXA* 19 (1996): 123-140.

- Rutzick, Mark. «Offensive Language and the Evolution of First Amendment Protection». *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 9-1 (1974): 1-28.
- Saavedra López, Modesto. «El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español». *Persona y Derecho* 55 (2006): 547-576.
- Sainz Arainz, Alejandro. *La Apertura Constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos: El Artículo 10.2 de la Constitución Española*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- Salvador Coderch, Pablo. «El concepto de difamación en sentido estricto». En *El mercado de las ideas*, dirigido por Pablo Salvador Coderch, 15-136. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- Sandel, Michael J. *Filosofía pública. Ensayos sobre moral en política*. Barcelona: Mabot, 2008.
- Sanz Arcega, Eduardo. «Democracia militante y derecho penal. Los delitos apologeticos en España». *InterseXiones* 3 (2012): 127-153.
- Schafheutle, Josef. «Das Sechste Strafrechtsänderungsgesetz». *JuristenZeitung* 15 (1960): 470-474.
- Schauer, Frederick. «The Sociology of the Hate Speech Debate». *Villanova Law Review* 37 (1992): 805-820.
- Schauer, Frederick. *Freedom of Expression Adjudication in Europe and America: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*. Boston: John F. Kennedy School of Government Harvard University, 2005.
- Schauer, Frederick. «Facts and the First Amendment». *Ucla Law Review* 57-4 (2010): 897-920.
- Schwabe, Jürgen. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*. Berlín: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- Serrano Gómez, Alfonso. *Derecho penal. Parte especial*. Madrid: Dykinson, 1997.
- Shalhope, Robert E. «Toward a Republican Synthesis: The Emergence of an Understanding of Republicanism in American Historiography». *The William and Mary Quarterly* 29-1 (1972): 49-80.
- Sieyès, Emmanuel-Joseph. *Préliminaire de la Constitution Française : reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme, du citoyen*. 1789. <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k41690g.r=.langFR>

- Soriano Torres, Marta. «La igualdad no como uniformidad de tratamiento jurídico sino como prohibición de discriminación». *Anales de la Facultad de Derecho* 19 (2002): 253-262.
- Stein, Eric. «History Against Free Speech: The New German Law Against the “Auschwitz” -and Other- “lies”». *Michigan Law Review* 85 (1986-1987): 277-324.
- Suárez Espino, María Lidia. «Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio». *InDret Revista para el Análisis del Derecho* 2 (2008): 1-14.
- Tajadura Tejada, Javier. «Libertad de expresión y negación del genocidio: Comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007». *Revista Vasca de Administración Pública* 80 (2009): 233-255.
- Tamarit Sumalla, Josep Maria. «Artículo 510». En *Comentarios al nuevo Código penal*, dirigido por Gonzalo Quintero Olivares, 1515-1521 y 1817-1821. Pamplona: Aranzadi, 1996.
- Trenchard, John. *Cato's Letters, vol. 1 November 5, 1720 to June 17, 1721*. Indiana: Liberty Foundation, 1724.
- Troper, Michel. «Derecho y negacionismo: La Ley Gayssot y la Constitución». *Anuario de Derechos Humanos* 2 (2001): 957-984.
- Turienzo Fernández, Alejandro. «El delito de negación del holocausto». *InDret* 1 (2015): 1-42.
- Tyagi, Yogesh. *The UN Human Rights Committee*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- Tzanakopoulos, Antonios. «Domestic Courts in International Law: The International Judicial Function of National Courts». *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 34 (2001): 133-168.
- UE. *Informe sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE 2010*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2011.
- Valero Heredia, Ana. «Libertad de expresión y sátira política: un estudio jurisprudencial». *Revista internacional de la historia de la comunicación* 2 (2014): 86-96.
- Vanderhole, Wouter. *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Right Treaty Bodies*. Amberes: Intersentia, 2005.

- Varden, Helga. «A Kantian Conception of Free Speech». En *Freedom of Expression in a Diverse World*. Editado por Deirdre Golash, 39-55. Londres: Springer, 2010.
- Vidal Marín, Tomás. «Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional». *InDret* 1/2007 (2007): 1-18.
- Villán Durán, Carlos. *Curso de Derecho internacional e los Derechos Humanos*. Madrid: Trotta, 2002.
- Vincent, Bernard. *The Transatlantic Republican. Thomas Paine and the Age of Revolutions*. Amsterdam: Rodopi, 2005.
- Vives Antón, Tomás Salvador. «Libertad de expresión y derecho al honor». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Homenaje al Prof. José Antonio Sainz Cantero* 13-2º (1987): 239-279.
- Waldron, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.
- Walker, Samuel. *Hate Speech. The History of an American Controversy*. Nebraska: Nebraska University Press, 1994.
- Weber, Anne. *Manual on hate speech*. Estrasburgo: Consejo de Europa, 2009.
- Wehinger, Markus. *Kollektivbeleidigung – Volksverhetzung: Der strafrechtliche Schutz von Bevölkerungsgruppen durch die §§ 185 ff. und § 130 StGB*. Baden-Baden: Nomos, 1994.
- Weiler, Benjamin. *Der Tatbestand “Volksverhetzung” im europäischen Vergleich*. Hamburgo: Kovac, 2012.
- Weiss, David E. «Striking a Difficult Balance: Combating the Threat of Neo-Nazism in Germany While Preserving Individual Liberties». *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 27-4 (1994): 899-940.
- Whitman, James Q. «Enforcing Civility and Respect: Three Societies». *Yale Law Journal* 109 (1999-2000): 1279-1398.
- Yong, Caleb. «Does Freedom of Speech Include Hate Speech?». *Res Publica* 17-4 (2011): 1-19.
- Young, Iris Marion. «Polity and Group Difference. A critique of the ideal of universal citizenship», en *Debates in Contemporary Political Philosophy. An anthology*, editado por Derek Matravers y Jon Pike, 219-238. Londres: Routledge, 2003.

- Yourow, Howard C. *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of the European Human Rights jurisprudence*. Holanda: Nijhoff, 1996.
- Zoller, Elisabeth. «The United States Supreme Court and the Freedom of Expression». *Indiana Law Review* 84-3 (2009): 885-916.
- Zuleeg, Manfred. «Group Defamation in West Germany». *Cleveland-Marshall Law Review* 52 (1964): 52-63.
- Zurilla Cariñana, M^a Ángeles. «Derecho al honor y a la intimidad versus derecho a la información (análisis crítico de la jurisprudencia española reciente)». *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais* 13 (2013): 335-350.

Anexo jurisprudencial

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- STEDH de 7 de diciembre de 1976 (Handyside contra Reino Unido).
- Decisión de la Comisión del TEDH 8348/78 y 8406/78 de 11 de octubre de 1979 (Glimmerveen y Hagenbeek contra Holanda).
- STEDH de 26 de abril de 1979 (Sunday Times contra Reino Unido).
- STEDH de 6 de diciembre de 1988 (asunto Barberá, Messeguer y Jarabo contra España).
- Decisión de la Comisión del TEDH 21128/92 (Walendy contra Alemania).
- STEDH de 23 de setiembre de 1994 (Jersild contra Dinamarca).
- Decisión de la Comisión del TEDH 25992/94 (Nationaldemokratische Partei Deutschlands contra Alemania).
- STEDH de 25 de noviembre de 1996 (asunto Wingrove contra el Reino Unido).
- STEDH de 23 de setiembre de 1998 (Lehideux e Isorni contra Francia).
- Decisión de la Comisión del TEDH 31159/96 (Marais contra Francia).
- STEDH de 9 de junio de 1998 (asunto Inca contra Turquía).
- STEDH de 8 de julio de 1999 (asunto Erdogdu & Ince contra Turquía).
- STEDH de 8 de julio de 1999 (asunto Sürek & Özdemir contra Turquía).

STEDH de 16 de diciembre de 2000 (asunto A., B. y C. contra Irlanda).
STEDH de 13 de febrero de 2003 (asunto Odièvre contra Francia).
STEDH de 14 de junio de 2004 (Güntüz contra Turquía).
STEDH de 13 de diciembre de 2005 (asunto Witzsch contra Alemania).
STEDH de 6 de julio de 2006 (asunto Erbakan contra Turquía).
STEDH de 16 de julio de 2009 (Féret contra Bélgica).
STEDH de 21 de octubre de 2013 (asunto del Río Prada contra España).
STEDH de 15 de octubre de 2015 (asunto Perinçek contra Suiza).

Tribunal Constitucional español

STC 6/1981, de 16 de marzo.
STC 11/1981, de 8 de abril.
STC 22/1981, de 2 de julio.
STC 25/1981, de 14 de julio.
STC 34/1981, de 10 de noviembre.
STC 2/1982, de 29 de enero.
STC 30/1982, de 1 de junio.
STC 81/1982, de 21 de diciembre.
STC 75/1983, de 3 de agosto.
STC 76/1983, de 5 de agosto.
STC 83/1984, de 24 de julio.
STC 53/1985, de 11 de abril.
STC 88/1985, de 19 de julio.
STC 104/1986, de 17 de julio.
STC 159/1986, de 16 de diciembre.
STC 199/1987, de 16 de diciembre.
STC 6/1988, de 21 de enero.

STC 107/1988, de 8 de junio.
STC 209/1988, de 10 de noviembre.
STC 121/1989, de 3 de julio.
STC 185/1989, de 13 de noviembre.
STC 105/1990, de 6 de junio.
STC 120/1990, de 27 de junio.
STC 171/1990, de 12 de noviembre.
STC 36/1991, de 14 de febrero.
STC 214/1991 de 11 de noviembre.
STC 217/1991, de 11 de noviembre.
STC 85/1992, de 8 de junio.
STC 219/1992, de 3 de diciembre.
STC 223/1992, de 14 de diciembre
STC 214/1992, de 21 de diciembre.
STC 76/1995, de 22 de mayo.
STC 176/1995, de 11 de diciembre.
STC 139/1995, de 14 de diciembre.
STC 126/1997, de 3 de julio.
STC Auto 149/1999, de 14 de junio.
STC 136/1999, de 20 de julio.
STC 21/2000, de 31 de enero.
STC 110/2000, de 5 de mayo.
STC 200/2001, de 4 de octubre.
STC 174/2006, de 5 de junio.
STC 51/2008, de 14 de abril.
STC 23/2010, de 27 de abril.
STC 50/2010, de 4 de octubre.

Tribunal Supremo español

STS 259/2011, de 12 de abril.

STS (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª) número 2021/2014, de 30 de mayo.

Audiencias Provinciales

SAP de Barcelona (sección 5ª) 787/2012, de 29 de junio.

SAP de Barcelona (sección 3ª) 104/2013, de 1 de febrero.

SAP de las Islas Baleares (sección 1ª) 312/2013, de 10 de diciembre.

SAP de Santa Cruz de Tenerife (sección 2ª) 107/2014, de 7 de marzo.

Juzgados de lo Penal

SJP número 3 de Barcelona 102/98, de 16 de noviembre.

SJP de Manresa, número 307/2011, de 11 de noviembre.

SJP de Vigo 22/2012, de 24 de enero.

SJP número 18 de Barcelona 534/2013, de 10 de diciembre.