



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Conflicto entre los delitos de opinión y la libertad de expresión. En concreto, los delitos de incitación al odio

Autor

José María Rivera de Ayguavives

Directora

Carmen Alastuey Dobón

Facultad de Derecho - Universidad de Zaragoza

2018-19

ÍNDICE

I.- Introducción	4
II.- Derecho a la libertad de expresión: reconocimiento y doctrina nacional e internacional	7
III.- Delitos de opinión: enumeración.....	11
IV.- En concreto, los delitos de incitación al odio y a la discriminación	15
1.- Concepto de discurso del odio o <i>hatespeech</i>	15
2.- Concepto de delito de odio o “delito de incitación al odio y la discriminación” ..	19
3.- El artículo 510 del Código Penal: evolución y actual redacción	21
3.1.- Evolución y crítica.....	21
3.2.- Actual redacción.....	23
4.- Criterios jurisprudenciales para la delimitación del discurso protegido.....	27
4.1.- Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	27
4.2.- Doctrina del Tribunal Constitucional español y del Tribunal Supremo... 30	
V.- Conclusión.....	36
VI.- Bibliografía	38
1.- Doctrina	38
2. Otros recursos	39
VII.- Normativa aplicada.....	40
VIII.- Sentencias citadas.....	40

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CP: Código Penal

ECRI: Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS: Tribunal Supremo

I.- INTRODUCCIÓN

Uno de los pilares fundamentales sobre el que se sustenta la democracia moderna es la libertad de expresión, recogida en las grandes declaraciones de derechos del siglo XX, como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en nuestra Constitución Española (art. 20.1). Esta, unida a la libertad ideológica, nos permite asumir cualquier idea, expresarla, difundirla, e incluso acomodar a ella el desarrollo de la vida propia¹. Por ello, asumimos que la libertad de expresión es el cauce esencial para la formación de una opinión pública libre, fundamento del pluralismo y, por tanto, de la democracia en sí misma².

Esta libertad de expresión no es infinita, sino que, a la hora de expresar una opinión crítica contra una persona, grupo o institución, debemos ceñirnos a ciertos límites para conseguir una convivencia respetuosa con los derechos y dignidad de las demás personas. Estos límites los marcan en cierta medida las leyes penales, mediante los llamados delitos de opinión o de libertad de expresión, que restringen determinadas expresiones o conductas de individuos que se sobrepasan en el ejercicio de este derecho fundamental constitucionalmente protegido, pues resultan especialmente ofensivas o incitan al odio y la discriminación.

La tipificación de este tipo de delitos se ha generalizado por toda Europa, teniendo un fiel reflejo en el Código Penal español (CP de ahora en adelante), sobre todo desde la reforma que sufrió en 2015. Algunos ejemplos de estos delitos de opinión son el delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP, el de ofensa contra los sentimientos religiosos del art. 525 CP, los delitos contra el honor (injurias y calumnias) tanto a personas como a instituciones, o, sobre todo, los llamados delitos de odio del art. 510 CP, que fue notablemente ampliado con dicha reforma de 2015. Este delito castiga los “discursos de odio” (traducción del inglés *hatespeech*), particularmente peligrosos en una sociedad globalizada y multicultural en la que vivimos, ya que se dirigen de manera ofensiva y discriminatoria contra grupos o colectivos de personas caracterizados por un rasgo étnico, cultural, de orientación sexual o religiosa, con intención de denigrarlos,

¹ Bufete Buades (2018). “Delito de odio y libertad de expresión”. <https://www.bufetebuades.com/delito-de-odio-y-libertad-de-expresion/> [2-3-2019]

² MARGENAT PERALTA, J.M. et al., “Los discursos del odio: una amenaza a la construcción democrática de la tolerancia”, en *Revista de Fomento Social*, nº 285, 2017, p. 7.

incitar a la violencia, o provocar un rechazo de la sociedad respecto a ellos³. La historia reciente, sobre todo europea, nos ha enseñado que discursos de esta índole están en los orígenes de conflictos violentos ligados a los autoritarismos, racismos, nacionalismos de base étnica, fanatismos religiosos y terrorismos, de modo que es esencial proteger y reparar a las víctimas de estos discursos y acciones⁴.

Sin embargo, en materia de derechos fundamentales, y sobre todo el de libertad de expresión, los límites entre lo lícito y lo ilícito no resultan del todo claros, debido a la dificultad que existe para definirlos con certeza⁵. Esto puede suponer un problema de inseguridad jurídica, sobre todo al situarnos en el marco del Derecho Penal, que produzca un efecto desalentador del ejercicio de la libertad de expresión⁶, así como un dilema ético por el hecho de estar reprimiendo un derecho fundamental. Todo ello debe ser tenido en cuenta por los jueces, que valorarán de forma prudente y restrictiva caso por caso, ajustándose a ciertos consensos internacionales respecto al modelo de convivencia en la sociedad democrática, y determinando si la restricción del derecho está justificada constitucionalmente.

En los últimos tiempos, estos casos han aumentado notablemente debido al auge de Internet y las redes sociales, que facilitan la comisión de estos delitos, dado que los usuarios pueden compartir libremente opiniones, ideas, informaciones, insultos y amenazas en su perfil, bajo un aparente anonimato que los lleva a extralimitarse en sus manifestaciones. Además, el potencial dañino de este tipo de expresiones se multiplica enormemente si se comparten a través de Internet, dado su alcance global y su máxima difusión. Así, Internet se ha convertido en el medio más habitual para difundir los discursos de odio, produciéndose el 42,3% de las amenazas e injurias a través de este medio⁷. También se vive actualmente un auge de estos casos en letras de canciones y

³ MARGENAT PERALTA, J.M. et al., “Los discursos del odio: una amenaza...”, op. cit., p. 7.

⁴ BECERRIL BUSTAMANTE, S., “Prólogo” en *Libertad de expresión y discursos del odio*, Revenga (dir.), Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, nº 12, Universidad de Alcalá, Madrid, 2015, p. 13.

⁵ Almacén de Derecho (2017), “La libertad de expresión y el Código Penal”, <https://almacenederecho.org/la-libertad-expresion-codigo-penal/> [2-3-2019]

⁶ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 17.

⁷ Abogacía Española (2017), “El odio al diferente. Un delito tipificado en el Código Penal”, <https://www.abogacia.es/2017/10/11/el-odio-al-diferente-un-delito-tipificado-en-el-codigo-penal/> [2-3-2019]

otras piezas artísticas, donde, enmascarados por una apariencia inofensiva, pueden esconderse verdaderos discursos de odio.

De este modo, en 2017 se vivió un gran aluvión de procesos judiciales contra tuiteros y artistas en la Audiencia Nacional, entrando en prisión el primer tuitero por opinar en redes sociales, y seguido por otros ejemplos recientes de bastante notoriedad como el caso *Cassandra*, el caso *Strawberry*, el caso del colectivo *La Insurgencia*, o el caso *Valtónyc*⁸.

Aunque cada uno de ellos posea sus propios rasgos y dependa de numerosos factores, como hacia quién van dirigidos, su potencial para incitar a la violencia, su componente humorístico, o su alcance y difusión, es necesario conocer los límites generales que establece la jurisprudencia, tanto española como europea, para ejercer la libertad de expresión. Es decir, es preciso que sepamos distinguir entre aquellos discursos meramente críticos, ofensivos o impopulares, sí protegidos por la libertad de expresión, de aquellos que no lo están⁹, disminuyendo la inseguridad jurídica de la que hablábamos antes.

Todo ello, sumado al hecho de ser un tema gran actualidad, justifica el interés general de este Trabajo de Fin de Grado. Para desarrollarlo, empezaremos hablando del derecho a la libertad de expresión, y su reconocimiento tanto en nuestro ámbito constitucional, como en diversas declaraciones internacionales y europeas. Después, partiremos de un ámbito más general: el de los delitos de opinión. Enumeraremos y describiremos, sin entrar en mucho detalle, los diferentes tipos penales que recoge nuestro Código Penal en relación a esta materia.

Posteriormente, hablaremos de una figura más específica, la de los delitos de incitación al odio y a la discriminación, como tipo particular de delito de opinión. Así, indagaremos en el concepto de discurso del odio o *hatespeech*, y veremos cómo ha quedado reflejado en el actual Código Penal (2015), en relación con la redacción anterior. Por último, conoceremos los criterios que establece la jurisprudencia europea y española para delimitar estos discursos del odio, distinguiendo el discurso protegido constitucionalmente del que no lo es.

⁸ Plataforma en Defensa de la Libertad de Información (2017), “2017, el año de los delitos de opinión”, <http://libertadinformacion.cc/2017-el-ano-de-los-delitos-de-opinion/> [3-3-2019]

⁹ BECERRIL BUSTAMANTE, S., “Prólogo” en *Libertad de expresión...*, op. cit., p. 12.

II.- DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: RECONOCIMIENTO Y DOCTRINA NACIONAL E INTERNACIONAL

La libertad de expresión es uno de los derechos básicos reconocidos por numerosas declaraciones internacionales, y constituciones de Estados democráticos. A nivel mundial, el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el 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”. Así, estamos ante un derecho universal básico, vinculado a la dignidad humana, que asegura un equilibrio entre las diversas opiniones, y la participación de todos los miembros de la sociedad en la toma de decisiones¹⁰.

Por otro lado, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), declara en su artículo 10.1 el derecho de toda persona a la libertad de expresión, el cual incluye “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”. Consecuentemente, este derecho ha sido siempre reconocido de forma contundente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), considerándolo una de las bases de la democracia moderna. En su famosa sentencia de 1976 *Handyside vs. Reino Unido*¹¹, el Tribunal expresa que “la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada persona”. De este modo, el Tribunal no solo proclama protección para las informaciones o ideas consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a “aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción de la población”, pues en ello consiste el espíritu de la sociedad democrática, basada en el pluralismo y la tolerancia¹². Así, en este mismo sentido, afirma el TEDH que “es precisamente cuando se presentan ideas que se enfrentan, chocan o rechazan el orden establecido cuando la libertad de expresión es más preciosa”¹³.

¹⁰ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso...*, op. cit., p. 108.

¹¹ STEDH de 7 de diciembre de 1976, caso *Handyside vs. Reino Unido*

¹² TERUEL LOZANO, G.M., “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 27, 2017.

¹³ STEDH de 15 de marzo de 2011, caso *Otegi Mondragón vs. España*.

Sin embargo, la amplitud del concepto de libertad de expresión hace que sea complicado definir su contenido. Por ello, la mejor forma de conocer su ámbito es determinando unos límites¹⁴. Así, el art. 10.2 del CEDH, afirma que la libertad de expresión “entraña deberes y responsabilidades”, de modo que justifica la imposición de límites a su ejercicio, para la protección de ciertos valores u objetivos de la sociedad democrática que ciertos discursos pueden poner en peligro (“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”).

Esto se interpreta conjuntamente con el art. 17 del CEDH, que prohíbe la utilización, en este caso, de la libertad de expresión, para destruir otros derechos y libertades reconocidos en el Convenio (como el honor, la libertad religiosa, la no discriminación y la prohibición de las incitaciones al odio), o para imponer limitaciones sobre ellos más amplias que las previstas en el mismo.

En consecuencia, la jurisprudencia del TEDH acepta la imposición legítima de límites cuando la libertad de expresión entra en conflicto con otros valores democráticos protegidos, siempre y cuando la restricción sea proporcionada aplicando la correspondiente ponderación de intereses. Ahora bien, como bien precisó el TEDH en el caso *Sunday Times vs. Reino Unido*¹⁵, estos límites son excepcionales, mostrándose el Tribunal mucho más favorable al debate público, pues “no nos encontramos frente a la alternativa entre dos principios contrapuestos, sino ante un principio de libertad de expresión sujeto a un número tasado de excepciones, que han de ser objeto de interpretación estricta”.

Vemos así que la libertad de expresión goza de una protección especial, estando el derecho de supresión o de coerción del Estado en su punto más bajo¹⁶, y ello a pesar de que esta protección sea mucho más limitada que en el ámbito norteamericano. Además,

¹⁴ VIVES ANTÓN, T.S., “Prólogo” en *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Rodríguez Montañés, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 11.

¹⁵ STEDH de 26 de abril de 1979, caso *Sunday Times vs. Reino Unido*.

¹⁶ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso...*, op. cit., p. 113.

el amparo que debe otorgarse al discurso público está aún más reforzado si se refiere a la deliberación política ¹⁷.

El mismo esquema que el CEDH han seguido las constituciones europeas, y, en concreto, la Constitución Española (CE) reconoce como derecho fundamental en su artículo 20.1.a) el derecho a “expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”. Posteriormente, en el apartado 4 del mismo precepto, establece que esta libertad tiene como límite “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”. Por tanto, la libertad de expresión en España encontrará su límite cuando vulnere ciertos derechos de otras personas, lo cual estará tipificado como delito en la ley penal, y será objeto de interpretación por parte del Juez.

Así, el Tribunal Constitucional parte del carácter esencial de la libertad de expresión para “una sociedad libre y democrática” y la considera “uno de los fundamentos indiscutibles del orden constitucional español”¹⁸. En su sentencia STC 6/1981, de 13 marzo (reproducida por otras más recientes como la STC 235/2007, de 7 de noviembre, o la STC 23/2010, de 27 de abril), afirma que las libertades del art. 20 CE “garantizan el mantenimiento de una opinión pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la CE consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la CE”. De ello se deriva la especial protección constitucional y posición preferente del discurso público, sobre todo en asuntos de relevancia pública o política¹⁹, en los cuales la libertad de expresión prácticamente no conoce límites, pues, en palabras del TC, “para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas”²⁰.

¹⁷ ALCÁ CER GUIRAO, R., “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 14-02, 2012, p. 28.

¹⁸ STC 9/2007, de 15 de enero.

¹⁹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso...*, op. cit., p. 275.

²⁰ STC 159/1986, de 16 de diciembre.

De este modo, la libertad de opinión y expresión incluye también la libertad crítica “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 los cuales no existe sociedad democrática” (STC 235/2007, de 7 de noviembre).

Al igual que el TEDH, el TC ha ido definiendo el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión a partir de sus límites, y respecto al art. 20.4 CE, el TC lo interpreta en la línea de la ponderación europea de intereses en conflicto²¹, es decir, se parte de la posición preferente de la libertad de expresión, pero ésta encontrará limitaciones al colisionar con otros intereses constitucionalmente relevantes que, según el caso, pudieran prevalecer, aplicando un juicio de proporcionalidad.

De este modo, imponer limitaciones a la libertad de expresión del art. 20.1 CE será válido si estas están previstas por la ley²², protegen un interés constitucionalmente legítimo, y son adecuadas, necesarias y estrictamente proporcionadas al respecto²³.

Esta limitación se traduce fundamentalmente en la tipificación de delitos por parte del Derecho Penal. Estos tipos serán objeto de interpretación caso por caso por el Juez penal, para evitar la invasión de un derecho fundamental como es la libertad de expresión, y el potencial “efecto desaliento que para el ejercicio de la libertad de expresión supondría la amenaza incierta y siempre latente de la sanción penal” (STC 297/2000, de 11 de diciembre). Además, cabe decir que, al margen de la conducta contenida en los tipos penales, es posible que el ejercicio de la libertad de expresión opere como “causa excluyente de la antijuridicidad del hecho enjuiciado”, como bien afirma el TC en sentencias como la STC 104/1986, de 13 de agosto, lo cual nos permite comprobar la primacía de la que, de cualquier modo, goza la libertad de expresión en nuestro ordenamiento jurídico.

²¹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª edic., Civitas, Madrid, 2005, p. 328.

²² STC 6/1981, de 13 de marzo.

²³ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso...*, op. cit., p. 296.

III.- DELITOS DE OPINIÓN: ENUMERACIÓN

Dentro del ámbito penal, el legislador ha tipificado ciertos delitos relacionados con el sobrepaso de los límites de la libertad de expresión. Estos, dada la configuración del Código Penal en torno al bien jurídico protegido, se encuentran dispersos por todo el texto, de manera que resulta conveniente realizar un listado que recoja todos aquellos delitos con dicho denominador común.

De la lista que vamos a ver a continuación, excluimos el delito de incitación al odio y a la discriminación del art. 510 del Código Penal, pues se estudiará con más detalle posteriormente.

a) En general, la apología que incita a cometer un delito:

El art. 18.1 CP define la apología como “la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor”. Sin embargo, el mismo artículo continúa afirmando que “la apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito”. Así, la apología en sí misma es impune²⁴, pues de lo contrario podría colisionar con la libertad de expresión del art. 20.1.a) CE, ya que la mera exposición de ideas, aunque ensalcen un crimen o a su autor, no tiene por qué tener conexión con un posterior crimen. Solamente será punible como forma de provocación que efectivamente incite directamente a la comisión de otro delito. Por tanto, no estamos ante un delito autónomo como el resto que veremos, sino ante un acto preparatorio punible, siempre que se den estos requisitos.

Ahora bien, como veremos a continuación, la apología al margen de la provocación sí puede llegar a ser tipificada como delito autónomo en algún supuesto, como en el delito de enaltecimiento del terrorismo.

b) Delito de enaltecimiento del terrorismo:

El artículo 578.1 CP castiga con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses dos subtipos penales:

²⁴ ALASTUEY DOBÓN, C., *Derecho Penal Parte General*, Comares, Granada, 2013, p. 176.

- a) El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos de terrorismo (comprendidos en los artículos 572 a 577) o de quienes hayan participado en su ejecución.
- b) La realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares.

Además, en el mismo apartado se prevé la posibilidad de imponer adicionalmente las prohibiciones del art. 57, y en los apartados 2 y 3 del mismo artículo nos encontramos con tipos agravados, en función de la difusión de los hechos (578.2) o su idoneidad para alterar la paz pública o generar inseguridad o temor entre la sociedad (578.3).

Este es uno de los delitos que se consideran manifestación del discurso de odio o “delito de discurso del odio” (junto con los delitos de incitación al odio y la discriminación, y los delitos de escarnio de los sentimientos religiosos), puesto que “el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en el atemorizamiento colectivo como medio de conseguir esas finalidades”²⁵.

En este delito se castiga la apología del terrorismo. Cabe decir que, por otro lado, el art. 579 CP castiga la provocación en relación con los delitos de terrorismo, de modo que, como mencionábamos anteriormente, lo que castiga el art. 578 no es la apología entendida como forma de provocación, pues ésta ya es castigada en el art. 579, sino como delito autónomo²⁶. Por tanto, en este caso particular, la apología en sí misma sí es punible.

Respecto a su posible conflicto con la libertad de expresión del art. 20 CE, el TC se ha pronunciado en numerosas sentencias asegurando que la tipificación de este delito no vulnera este precepto. Así, en la STC 112/2016, de 20 de junio, afirma que “la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el art. 578 supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio, por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades”.

²⁵ STS 299/2011 de 25 de abril.

²⁶ ALASTUEY DOBÓN, C., *Derecho Penal Parte General*, op. cit., p. 176.

En los últimos años, han sido numerosos los casos de enaltecimiento del terrorismo cometidos a través de Twitter o letras de canciones que se han planteado ante la Audiencia Nacional, y elevados posteriormente al Tribunal Supremo. Así, han tenido gran relevancia pública los casos del líder de Def con Dos César Strawberry²⁷, el rapero Valtónyc, Pablo Hásel, o el colectivo La Insurgencia, entre otros, condenados a penas de prisión por este delito²⁸.

c) Delito de escarnio de los sentimientos religiosos

El art. 525 CP establece que: *“1. Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican. 2. En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna”*.

En estos preceptos se castiga el escarnio, que es un tipo de injuria mediante burla o ridiculización de los sentimientos o creencias, que implica una vejación de los sujetos que los profesan o practican, o que no lo hacen. Ha de hacerse públicamente, y ofendiendo los sentimientos religiosos. Así, no solo se trata de un problema de protección de la libertad religiosa o ideológica, sino de un sentimiento religioso (o en el art. 525.2, no profesar ninguno)²⁹.

Este es, como veíamos antes, otro de los llamados “delitos de discurso del odio”. Respecto al posible conflicto entre la libertad de expresión y la libertad religiosa, habrá que atender al mismo proceso de solución que tiene lugar ante un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor e intimidad³⁰.

²⁷ STS 4/2017, de 18 de enero.

²⁸ Plataforma en Defensa de la Libertad de Información (2017), “2017, el año...”, op. cit.

²⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal: parte especial*, 20ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 697.

³⁰ CORCOY BIDASOLO, M., *Manual práctico de derecho penal parte especial: doctrina y jurisprudencia, con casos solucionados*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 183 y ss.

Un ejemplo aplicado de este delito lo encontramos en la STS 10717/1993, de 25 de marzo, en la que se absuelve a la acusada por no considerar que la conducta reuniese todos los elementos del escarnio, y por prevalecer el derecho a la libertad de expresión.

d) Delitos contra el honor

Entre los artículos 205 y 216 CP, se regula todo lo relativo a las injurias y calumnias. Definimos la calumnia como “la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” (art. 205) y la injuria como “la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación” (art. 208). Esta última solo constituye delito si se considera grave, teniendo en cuenta que aquellas “que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”.

Dada la cantidad de asuntos relativos a estos delitos, no podemos reparar mucho en ellos. Simplemente cabe precisar que el bien jurídico protegido es el honor (art. 18 CE), vinculado con la dignidad humana en su aspecto normativo, y con la autoestima y la reputación social en su aspecto fáctico³¹; que en ambos casos se castigan más si se hacen con publicidad, y que también en ambos casos opera la *exceptio veritatis*, es decir, la exención de la pena si se prueba la verdad de las imputaciones (en el caso de la injuria, solo si se refiere a funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo).

Respecto a la colisión de las injurias con la libertad de expresión, que puede operar como causa de justificación, es fundamental la doctrina del TC, que establece los límites entre lo amparado y no. Así, en estos casos, que comprenden injurias consistentes en juicios de valor, es necesario que la libertad de expresión se refiera a personas con relevancia pública, que esté al servicio de la opinión pública libre sobre asuntos de interés general, y que su ejercicio sea necesario y proporcionado (entre muchas, STC 11/2000, de 17 de enero).

e) Delitos de injurias y calumnias contra la Corona e Instituciones del Estado

En el título XXI del CP (delitos contra la Constitución), encontramos varios delitos que castigan las injurias y calumnias proferidas contra diversas instituciones: miembros

³¹ MAYO CALDERÓN, B., “Delitos contra el honor” en *Lecciones de Derecho Penal: parte especial*, Vizuela (Coord.), 2ª edic., Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2015, pp. 217 y ss.

de la Casa Real, en el ejercicio de sus funciones o con motivo de estas (art. 490.3) o fuera de ellas (art. 491.1); las Cortes Generales o una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, hallándose en sesión (art. 496); el Gobierno de la Nación, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, el Consejo de Gobierno o el Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma (art. 504.1); o los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad (art. 504.2).

f) Delito de ultrajes a España

Entre los delitos contra la Constitución, encontramos en el art. 543 CP el delito de ultrajes a España, que afirma lo siguiente: *“las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad, se castigarán con la pena de multa de siete a doce meses”*.

Este precepto es objeto de polémica, dado su evidente conflicto con la libertad de expresión. Por eso, se impone una interpretación restrictiva de la expresión “ofensas o ultrajes”, entendiendo como tal la ofensa grave, el menosprecio, la injuria llevada a cabo por palabras o actos, y no simplemente una falta de respeto³². Además, es importante que la injuria se haga públicamente y con ánimo de injuriar.

Un caso sonado de actualidad al respecto de este delito fue el sketch del humorista Dani Mateo en el que se sonó la nariz con la bandera española, por el que fue acusado de ultraje a la bandera y delito de odio. Finalmente, la causa fue archivada porque se consideraban amparados los hechos en la libertad de expresión, y por la falta de intención de fomentar el odio contra nadie.

IV.- EN CONCRETO, LOS DELITOS DE INCITACIÓN AL ODIO Y A LA DISCRIMINACIÓN

1.- Concepto de discurso del odio o *hatespeech*

En este punto, es fundamental distinguir entre el llamado “discurso del odio”, que no está amparado por la libertad de expresión, del discurso meramente ofensivo o impopular, que sí lo está. Así, encontramos al respecto diversas definiciones en el ámbito

³² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal: parte especial*, op. cit., p. 715.

internacional, así como una amplia discusión doctrinal debido a su conflicto con la libertad de expresión.

La definición más relevante del discurso del odio es la elaborada por el Consejo de Europa, en su Recomendación 20 del Comité de Ministros sobre el “discurso del odio” (1997), que lo entiende como aquellas “formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración”³³.

En este mismo sentido, tenemos la Recomendación número 7 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), que lo define como “aquellas expresiones que intencionadamente difundidas impliquen una incitación pública a la violencia, al odio a la discriminación, así como insultos, difamaciones públicas contra personas o grupos por razón de su raza, color, lengua, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico”.

Como vemos, estas concepciones del discurso del odio se centran en la discriminación racial o étnica, pero lo cierto es que a través de la cláusula “otras formas de odio basadas en la intolerancia”, se deja la puerta abierta para que los países miembros luchen contra otros discursos del odio, como aquellos basados en la orientación sexual, las creencias religiosas o la identidad de género³⁴. Así, se han incluido dentro del discurso del odio la apología y justificación del terrorismo y el genocidio, el discurso discriminatorio contra diversos colectivos, o la ofensa contra los sentimientos religiosos.

Esta definición del Consejo de Europa ha sido acogida, en mayor o menor medida, por los tribunales europeos y españoles, como puede verse en sentencias del TEDH (Ej.: caso Gündüz vs. Turquía, de 4 de diciembre de 2003: “todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa)”) o del TC (Ej.: STC 235/2007, de 7 de noviembre: “aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular”).

³³ Recomendación (1997) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre.

³⁴ GÜERRI FERNÁNDEZ, C., “La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación” en *Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1/2015, 2015, p. 16.

Más recientemente, en 2015, la ECRI³⁵ actualizó su definición de la siguiente manera: “el uso de una o más formas de expresión específicas –por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones- basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico, al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual”.

A partir de todas estas concepciones, podemos extraer los siguientes elementos caracterizadores del discurso del odio³⁶:

- a) Expresiones dirigidas contra un grupo social especialmente vulnerable, definido por determinadas características (raciales, étnicas, religiosas, de condición sexual, etc.).
- b) Elemento ofensivo de las expresiones: insultantes, vejatorias, humillantes, amenazantes, provocadoras a la comisión de actos de hostilidad, violencia o discriminación contra un grupo social o sus miembros.
- c) Intencionalidad directa, referida al elemento ofensivo (insultar, vejar, provocar...), así como una motivación concreta a actuar debido a la intolerancia.

Estas expresiones, por su contenido discriminatorio, atentan contra los valores esenciales del Estado democrático de Derecho: el valor de la dignidad humana y el principio de igualdad; trascendiendo de la mera dimensión personalista del derecho al honor³⁷.

Cabe decir en este sentido que dentro del discurso del odio no se incluyen las expresiones meramente despectivas, hirientes, irreverentes, burlescas o insensibles socialmente hablando³⁸, máxime cuando estas son admitidas, como ya hemos visto, por

³⁵ ECRI (2015), Recomendación General n. 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso del odio, adoptada el 8 de diciembre de 2015.

³⁶ TERUEL LOZANO, G.M., “El discurso del odio como límite...”, op. cit.

³⁷ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., “El peligro de las palabras. A propósito del delito de apología del genocidio”, en *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Cuerda Riezu/Jiménez García (dir.), Tecnos, Madrid, 2009, p. 292.

³⁸ TERUEL LOZANO, G.M., “El discurso del odio como límite...”, op. cit.

el TEDH y el TC como base del pluralismo requerido en una sociedad democrática, ni tampoco cualquier manifestación de intolerancia, pues deberá reunir otras características.

A lo largo de la historia, en especial la europea, discursos de este tipo han generado multitud de conflictos violentos, de modo que proteger a sus víctimas se torna esencial. Así, la restricción del discurso del odio se justifica por la protección de los derechos fundamentales, devolver la dignidad a sus víctimas, y el mantenimiento de la paz social³⁹. En este mismo sentido se ha pronunciado el TEDH en diversas ocasiones, afirmando que resulta “necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia”⁴⁰, las cuales no pueden beneficiarse de la protección del art. 10 CEDH. Otra posible motivación para restringir el discurso del odio es el efecto silenciador que este genera sobre sus víctimas, es decir, las minorías, ya que las “expresiones de odio tienden a disminuir el sentimiento de dignidad de las personas, impidiendo así su plena participación en muchas actividades de la sociedad civil, incluyendo el debate público”⁴¹.

Además, en la actualidad, estamos viviendo una mayor presencia de discursos que incitan al odio, debido al auge de partidos de extrema derecha en Europa y de Internet como medio de difundir estos discursos bajo un relativo anonimato, de modo que resulta aun más urgente hacer frente a este fenómeno⁴². Es por ello que, desde las instituciones europeas, se alienta a los países miembros a combatir los discursos de odio. En concreto, el Consejo de Europa, a través de la ECRI, promueve la sanción en los Estados miembros de “la incitación pública a la violencia, el odio o la discriminación; la expresión en público de una ideología que reivindique la superioridad de un grupo despreciando o denigrando a otro; o negación, banalización, justificación o aprobación en público de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra”⁴³, entre otros. Del mismo modo, la Unión Europea establece el deber de castigar conductas de incitación pública a

³⁹ BECERRIL BUSTAMANTE, S., “Prólogo” en *Libertad de expresión...*, op. cit., p. 13.

⁴⁰ STEDH de 16 de julio de 2009, caso Féret vs. Bélgica; STEDH de 4 de diciembre de 2003, caso Günduz vs. Turquía, entre otros.

⁴¹ FISS, O., *La ironía de la libertad de expresión*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1996, p. 28.

⁴² GÜERRI FERNÁNDEZ, C., “La especialización de la fiscalía...”, op. cit., p. 15.

⁴³ Recomendación nº7, Apartado IV sobre disposiciones de Derecho Penal, ECRI, 2017.

la violencia y el odio y la apología pública, la negación o trivialización de crímenes de genocidio, contra la humanidad o de guerra⁴⁴.

Así, en Europa, se ha extendido la tipificación penal de los discursos del odio y, en España, nuestro Derecho Penal, como veremos posteriormente, no solo lucha contra el discurso discriminatorio xenófobo, racista o antisemita, sino también contra el sexista, el homófobo, o en general todas las expresiones que inciten a la discriminación, el odio o la violencia por razones de desigualdad.

Para determinar si una expresión concreta puede enmarcarse dentro del discurso del odio, se requiere un análisis que atienda a tres aspectos⁴⁵. En primer lugar, a la posición preferente que el TC otorga a la expresión política, debido a su importancia para generar una opinión pública libre sobre asuntos de interés general y, por tanto, para el sistema democrático. En segundo lugar, a la distinción entre la difusión de ideologías y las expresiones lesivas de derechos e intereses ajenos. Dada la configuración de España como un modelo de democracia no militante, el TC admite la manifestación de opiniones contrarias a la Constitución, protegiendo el pluralismo ideológico y el libre intercambio de ideas, a no ser que estas “lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional”⁴⁶. Por último, y que veremos más adelante, a los límites que el TC ha establecido respecto al espacio protegido en el ámbito de la libertad de expresión y el discurso del odio.

2.- Concepto de delito de odio o “delito de incitación al odio y la discriminación”

Al margen del discurso del odio, cabe definir también los delitos de odio, pues a pesar de estar estrechamente relacionados, no se identifican a la perfección. Esta diferencia es fundamental de cara a este trabajo, pues nos vamos a centrar únicamente en los delitos de odio.

Según la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), los delitos de odio constan de dos elementos: a) tipificación penal como delito en la legislación nacional; b) comisión con motivación prejuiciosa, pues la víctima es escogida por su pertenencia (real o supuesta), conexión, relación o apoyo a un grupo, basado en la

⁴⁴ Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea.

⁴⁵ ALCÁCER GUIRAO, R., “Discurso del odio y discurso político...”, op. cit., p. 13.

⁴⁶ STC 235/2007, de 7 de noviembre.

raza, nacionalidad, etnia, idioma, religión, edad, orientación sexual, etc., que el autor desprecia, rechaza u odia⁴⁷. Además de estas notas características, cabe añadir que estos delitos atacan a la dignidad de la persona, repercutiendo no solo en la víctima, sino también a la comunidad a la que esta pertenece, pues al cometerlo, se envía un mensaje de rechazo y amenaza a sus integrantes, dificultando su integración en la sociedad⁴⁸.

De este modo, la figura de los delitos de odio o, mejor dicho, “delitos de incitación al odio y la discriminación”, no se corresponde con la de discurso del odio. Los delitos de odio son un concepto estrictamente jurídico-penal, que sanciona ciertas conductas tipificadas en el art. 510 del CP español, mientras que el discurso del odio se refiere a un género de discurso, ajeno a concepciones jurídicas, cuyo castigo por la vía penal da lugar a los llamados “delitos de discurso del odio”⁴⁹. Esta última figura incluye, como hemos dicho antes, no solo los “delitos de incitación al odio y la discriminación” del art. 510 CP, sino también los delitos de enaltecimiento del terrorismo y de escarnio de los sentimientos religiosos. Por tanto, el discurso del odio es un concepto mucho más amplio que el de delito de odio, pues abarca un mayor número de conductas, siendo el “delito de odio” un subgénero de los “delitos de discurso del odio”, plasmación jurídico-penal del discurso del odio.

La tipificación de los delitos de odio comenzó hace pocas décadas, a raíz del progreso internacional en materia de derechos humanos, y hoy en día, como decíamos antes respecto del discurso del odio, son cada vez más frecuentes, debido a la globalización y la proliferación de Internet, las redes sociales y los teléfonos móviles⁵⁰.

A continuación, vamos a comprobar cómo se plasma la tipificación de estos delitos en España, así como las reformas que han tenido lugar al respecto recientemente.

⁴⁷ OSCE. Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (2014), “ODIHR Hate Crime Reporting: What is a hate crime?”, <http://hatecrime.osce.org/what-hate-crime> [20-04-2019]

⁴⁸ GÜERRI FERNÁNDEZ, C., “La especialización de la fiscalía...”, op. cit., p. 5.

⁴⁹ REY MARTÍNEZ, F., “Discurso del odio y racismo líquido” en *Libertad de expresión y discursos de odio*, Revenga (dir.), Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, nº 12, Universidad de Alcalá, Madrid, 2015, pp. 55-56.

⁵⁰ Abogacía Española (2017), “El odio al diferente...”, op. cit.

3.- El artículo 510 del Código Penal: evolución y actual redacción

3.1.- Evolución y crítica

La figura de “delitos de odio” tal y como la hemos caracterizado previamente, tiene reflejo en nuestra legislación penal a través del actual artículo 510 CP. Este precepto, fruto de la modificación efectuada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, reúne las conductas sancionadas por los artículos 510.1 y 607.2 de la anterior versión del CP (1995), es decir, aquellas vinculadas con el discurso del odio (provocación a la discriminación, el odio y la violencia) y con el negacionismo (negación y justificación del genocidio), además de tipificar nuevas conductas sancionables⁵¹.

Para entender mejor la regulación actual y su evolución, es preciso echar la vista atrás y ver cómo se regulaban estas conductas en las anteriores versiones del Código Penal, así como la motivación de las sucesivas reformas en este ámbito.

En el Código Penal de 1973, el art. 165 ter castigaba la provocación o incitación, directamente o mediante la apología (la cual era definida en el segundo apartado del mismo artículo), a través de medios de comunicación o por cualquier otro sistema que facilitase la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por motivos referentes a su origen racial, étnico o nacional, o a su ideología, religión o creencias. Por otro lado, el art. 137.bis.b) castigaba la apología del genocidio, es decir, la exposición de ideas o doctrinas, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, que ensalzase el crimen, enaltecieran a su autor, negasen, banalizasen o justificaran el genocidio, o pretendieran la rehabilitación o constitución de regímenes o instituciones que amparasen prácticas generadoras del delito de genocidio siempre que tales conductas, por su naturaleza y circunstancias, pudieran constituir una incitación directa a cometer delito.

Posteriormente, el Código Penal de 1995 recogió en su artículo 510.1 lo siguiente: *“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, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses”*. Como vemos,

⁵¹ ALASTUEY DOBÓN, C., “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 18-14, 2016, p. 2.

no solo castiga la conducta recogida en el antiguo art. 165 ter, sino que añade la provocación al odio y la violencia, elimina el carácter directo y público de la provocación, e incorpora nuevos motivos de discriminación. Respecto a la antigua apología del genocidio, el art. 607.2 la modificó sustancialmente, estableciendo lo siguiente: *“la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que (nieguen o) justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años”*.

Esta regulación fue objeto de una amplia crítica por parte de la doctrina, debido a su evidente conflicto con la libertad de expresión, protegida constitucionalmente, y por su excesiva vaguedad, lo cual le podría hacer chocar con principios básicos del Derecho Penal, como el principio de intervención mínima, dado el adelantamiento excesivo de las barreras de intervención penal⁵². Además, esta excesiva amplitud en su redacción, podía generar un efecto de desaliento del ejercicio de libertades fundamentales⁵³. Todo ello generaba dudas en torno a la constitucionalidad de los preceptos señalados.

Así, respecto al art. 510.1, la doctrina mayoritaria elaboró diversas propuestas de interpretación restrictiva del tenor literal “provocación a la discriminación, odio o violencia”, más cercanas al art. 18 CP, defendiendo que la incitación había de dirigirse directamente a la comisión de actos antijurídicos concretos de violencia y discriminación⁵⁴. Estas propuestas lograron que el precepto se aplicase restrictivamente, de forma más acorde a los principios del Derecho Penal, y desviando en parte dichas dudas de constitucionalidad, pues, de hecho, el propio TC afirma que la libertad de expresión “encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquellas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables”⁵⁵.

En cuanto al art. 607.2, las dudas de su constitucionalidad eran aún más fuertes. En lo que respecta a la negación del genocidio, la doctrina mayoritaria la desvinculó del concepto de apología, ya fuera como acto de provocación (art. 18 CP) o no, puesto que la

⁵² ALASTUEY DOBÓN, C., “Discurso del odio y negacionismo en...”, op. cit., p. 7.

⁵³ ALCÁCER GUIRAO, R., “Discurso del odio y discurso político...”, op. cit., p. 18.

⁵⁴ ALASTUEY DOBÓN, C., “Discurso del odio y negacionismo en...”, op. cit., p. 12.

⁵⁵ STC 235/2007, de 7 de noviembre.

negación del genocidio no se consideraba idónea para incitar, aunque fuese indirectamente, a la realización de nuevos actos violentos o delitos de genocidio⁵⁶. Finalmente, el TC afirmó en la misma sentencia 235/2007, que dicho precepto solo respetaría la Constitución “si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos”⁵⁷, de modo que declaró inconstitucional el castigo a la negación del genocidio (desarrollaremos este punto más adelante). Esto nos permite comprobar que, para el TC, no todas las manifestaciones del discurso del odio quedan fuera del ámbito de protección de la libertad de expresión. Sin embargo, no ocurrió lo mismo con la modalidad de “justificación del genocidio”, cuya tipificación como delito sí fue declarada conforme a la CE, siempre y cuando operase como incitación indirecta a la comisión del delito.

A pesar de todo esto, en 2015 llegó de nuevo la polémica con la última reforma del Código Penal, que modificó estos dos preceptos, refundiéndolos en el actual art. 510 CP. Dicha reforma no tuvo en cuenta todas estas propuestas interpretativas, ni la crítica, ni la doctrina del TC, ampliando considerablemente las conductas tipificadas como delito y las posibilidades de interpretación, además de volver a castigar la negación del genocidio. El legislador justifica todo ello en el Preámbulo de la LO 1/2015, con base en la necesaria concordancia con la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, e interpreta la doctrina del TC de manera favorable a la criminalización de la negación del genocidio.

3.2.- Actual redacción

Así las cosas, el vigente artículo 510 CP consta de seis tipos básicos y varios tipos agravados.

En el primero de ellos, el art. 510.1, se castiga en el apartado a) con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses, las siguientes conductas: “a) *Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la*

⁵⁶ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., “El peligro de las palabras...”, op. cit., p. 322.

⁵⁷ STC 235/2007, de 7 de noviembre.

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.”

Como vemos, en este apartado se castigan se castigan conductas provocadoras con motivación discriminatoria de grupos y personas pertenecientes a esos grupos. Llama la atención que se ha sustituido el verbo “provocar” por “fomentar, promover e incitar”, se añade que ha de ser “públicamente”, tanto “directa como indirectamente”, y se añade la “hostilidad” como objeto de dicha incitación, diferente al concepto de “odio”.

Al incluir también la incitación “indirecta”, el precepto va más allá del concepto restrictivo de apología que da el art. 18.1 CP, que, como vimos anteriormente, eleva la apología a la categoría de delito solo como forma de provocación y siempre que suponga una “incitación directa a cometer un delito”. En cualquier caso, es acorde con la doctrina del TC, que en su sentencia STC 214/1991, de 11 de noviembre, consideró que era suficiente para justificar el castigo de estas conductas el que las mismas supongan una incitación indirecta o provoquen de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia⁵⁸.

Este precepto entraría dentro del concepto de los “delitos clima”, pues lo que se castiga es el promover la creación de un clima favorable a actos de hostilidad, violencia o discriminación hacia determinadas personas por razón de su pertenencia a ciertos grupos⁵⁹.

En segundo lugar, el art. 510.1.b) CP castiga con la misma pena a “*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...* (igual que el precepto anterior)”.

Este precepto supone una ampliación de las conductas de provocación contenidas en el apartado anterior, incluyendo acciones que son meros actos preparatorios y que sólo se refieren indirectamente a las anteriores (producción, elaboración, distribución o posesión

⁵⁸ MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal: parte especial, op. cit., p. 679.

⁵⁹ ALASTUEY DOBÓN, C., “Discurso del odio y negacionismo en...”, op. cit., p. 18.

de material idóneo para fomentar la discriminación, con intención de distribuirlo)⁶⁰. Esta conducta estaría relacionada con casos como el de la librería Europa o la librería Kalki, que veremos posteriormente. Cabe decir que no se exige que quien realiza estas conductas sea partícipe o esté de acuerdo con el mensaje expresado en los textos que distribuye.

En tercer lugar, el art. 510.1.c) castiga también con la misma pena a 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 promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos”*.

En este apartado se incluyen y se amplían las conductas que antes de la reforma de 2015 se tipificaban en el art. 607.2 CP respecto al genocidio, incluyendo también la de los delitos de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. Las conductas típicas consisten en negar, trivializar gravemente o enaltecer estos delitos, o enaltecer a sus autores, siempre que se cometan por motivos racistas o discriminatorios contra grupos o contra una persona determinada por su pertenencia a esos grupos⁶¹. Sin embargo, no es necesario que mediante el enaltecimiento de estos delitos o de sus autores se incite indirectamente a la comisión de los mismos (como indicaba la STC 235/2007), puesto que estamos de nuevo ante un “delito clima”, de modo que basta con que mediante estas conductas se promueva un clima favorable a la violencia, odio, hostilidad o discriminación contra estos grupos⁶². Además, el legislador vuelve a incluir en el tipo la negación del genocidio porque interpreta que, en la STC 235/2007 (en la que se declaró inconstitucional), se deja la puerta abierta a castigar

⁶⁰ MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal: parte especial, op. cit., p. 680.

⁶¹ Ibid., p. 681.

⁶² ALASTUEY DOBÓN, C., “Discurso del odio y negacionismo en...”, op. cit., p. 30.

el negacionismo siempre y cuando constituya un medio idóneo para promover o favorecer un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación, que es lo que aquí se castiga⁶³.

En el apartado 2 del art. 510 se castigan con pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses ciertas conductas que suponen delitos contra la integridad moral y el honor de las personas y grupos del art. 510.1. En el apartado a), se sancionan las lesiones de la dignidad de las personas mediante actos que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos, sus individuos, y por los motivos ya mencionados en el art. 510.1. También se sanciona en el mismo apartado la producción, elaboración, posesión o difusión de materiales idóneos para causar una lesión a la dignidad de dichas personas a través de los mismos actos. Por tanto, el elemento clave que se persigue en ambos tipos es castigar la humillación de las víctimas⁶⁴ por el hecho de pertenecer a grupos con ciertas características personales, étnicas o sociales. Como vemos, en estos casos sí se requiere la lesión de un bien jurídico (la dignidad de las víctimas), y no la mera promoción de un clima favorable a la realización de actos hostiles o violentos contra estas personas⁶⁵.

En el apartado b), se castigan los actos de enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión pública de los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo o miembros del grupo por los motivos discriminatorios ya mencionados, así como el enaltecimiento de quienes hubieran participado en la ejecución de esos delitos. Es decir, la apología de cualquier delito que se cometa por motivos discriminatorios.

Por último, en el resto del artículo 510 se recogen un conjunto de tipos agravados por determinadas circunstancias: favorecer un clima de violencia, odio, hostilidad o discriminación contra los grupos mencionados, en los delitos del art. 510.2 (510.2 in fine); la ejecución de todos estos actos a través de un medio de comunicación social, Internet o las tecnologías de la información, siendo accesible a un elevado número de personas (510.3); y la idoneidad de los hechos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo (510.4). Además, se impone también la pena accesoria de inhabilitación especial para profesión u oficio

⁶³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal: parte especial*, op. cit., p. 681.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 684.

⁶⁵ ROIG TORRES, M., “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)”, en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, González Cussac (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1249 y ss.

educativos (510.5), así como la destrucción de todos los soportes objeto de estos delitos y retirada de estos contenidos (510.6). Cabe decir que las personas jurídicas también pueden ser castigadas por todos estos delitos (art. 510 bis).

4.- Criterios jurisprudenciales para la delimitación del discurso protegido

En este punto, resulta necesario definir, a la luz de la jurisprudencia europea y nacional, los límites del discurso constitucionalmente protegido, es decir, en qué medida puede ser suprimida legítimamente la libertad de expresión. Si bien es imposible demarcarlos de forma precisa o definitiva, en la práctica se aplican ciertos mecanismos de control flexibles que valoran la proporcionalidad de la restricción de la libertad de expresión, ponderándola con el resto de derechos o intereses perjudicados.

4.1.- Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Como dijimos anteriormente, el TEDH se ha mostrado beligerante en contra el discurso del odio, no amparando determinadas expresiones con la protección que otorga el art. 10 CEDH. Al respecto, el Tribunal afirma que la incitación al odio “no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo” pues los ataques “contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación (...) son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población”⁶⁶. Aun así, dado que estas limitaciones son excepciones a la libertad de expresión, especialmente protegida, se interpretan de forma restrictiva.

Cabe decir que, partiendo del art. 17 del CEDH, que limita el abuso de derecho para proteger el sistema democrático, en Europa se sigue un modelo de democracia militante, derivado de los totalitarismos que tuvieron lugar en Europa a lo largo del siglo XX. Esto implica que el TEDH restringe el discurso antidemocrático y negacionista, combatiendo cualquier expresión contraria o que haga peligrar a la democracia en sí misma⁶⁷.

Teniendo en cuenta todo esto, el TEDH sigue un mecanismo de control de la legitimidad de cualquier limitación establecida por un Estado sobre la libertad de

⁶⁶ STEDH de 16 de julio de 2009, caso Féret vs. Bélgica.

⁶⁷ ALCÁCER GUIRAO, R., “Discurso del odio y discurso político...”, op. cit., p. 8.

expresión de un ciudadano, que consiste en verificar si se cumplen las siguientes exigencias, derivadas del art. 10.2 del CEDH⁶⁸:

- a) Previsión legal de la medida limitadora, es decir, si existe una ley formal en el Estado en cuestión que permita imponer dicha restricción, así como su compatibilidad con el Estado de Derecho.
- b) Que la injerencia responda a un fin legítimo, entre los que se señalan los dirigidos a proteger intereses generales (seguridad nacional, integridad territorial o seguridad pública); los dirigidos a proteger otros derechos individuales (salud, moral, reputación o intimidad), y los dirigidos a mantener la imparcialidad jurídica.
- c) Que sea necesaria para una sociedad democrática y proporcionada al objetivo legítimo perseguido. Esta necesidad ha de ser una “necesidad social imperiosa”, justificada por las autoridades nacionales mediante razones “pertinentes y suficientes”⁶⁹. Respecto al juicio de proporcionalidad, el Tribunal tiene en cuenta varios criterios relacionados con las circunstancias concretas del caso: contexto en el que tiene lugar la expresión o declaración, contenido del discurso (en el discurso político la libertad de expresión está más protegida), carácter público o privado del afectado o del emisor, intencionalidad del discurso (extender el discurso del odio o informar de un asunto de interés público), potencial para tener consecuencias perjudiciales (medio de difusión, trascendencia, impacto...), etc. Además, en cuanto a la limitación del discurso, se tiene en cuenta la naturaleza de la injerencia y de la sanción (severidad de la pena impuesta o el recurso al derecho penal), la existencia o no de medidas alternativas y la consistencia de la actitud del Estado.

De este modo, podemos comprobar esta doctrina y modo de proceder en dos sentencias del TEDH. En primer lugar, un caso que afectó a España fue el de Otegi Mondragón (STEDH de 15 de marzo de 2011), en el que se acudió al Tribunal por una condena en España a Arnaldo Otegi por unas declaraciones en las que calificó al Rey de España de “jefe de los torturadores”, conducta que finalmente el Tribunal Supremo consideró encajable en el tipo del art. 490.3 CP. Para valorar si esta sanción de los

⁶⁸ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso...*, op. cit., p. 246.

⁶⁹ STEDH de 15 de marzo de 2011, caso Otegi Mondragón vs. España.

tribunales españoles era legítima en relación con el art. 10.2 CEDH, el Tribunal siguió el esquema de comprobación de las exigencias vistas anteriormente. Así, el Tribunal verifica que la injerencia controvertida “estaba prevista por la ley”, en el art. 490.3 del CP, y que perseguía uno de los objetivos legítimos enumerados en dicho artículo (“protección de la reputación o los derechos de otros”, en este caso, del Rey de España). En cuanto a si la medida es “necesaria en una sociedad democrática” y proporcionada para alcanzar este objetivo, el Tribunal tiene en cuenta que “los límites de la crítica admisible son más amplios respecto a un hombre con carácter público” como el Rey, y que las declaraciones del Otegi “se inscribían en el marco de un debate sobre cuestiones de interés público, en calidad de cargo electo y como portavoz de un grupo parlamentario”. Por ello, estas declaraciones tuvieron lugar en “un contexto público y político, ajeno al núcleo íntimo de la dignidad de la persona”, que por tanto no atentaban contra el honor personal del Rey. Además, el Tribunal considera que, en el ámbito del discurso político, este tipo de condenas solo son posibles “cuando se hayan afectado seriamente otros derechos fundamentales, como en la hipótesis, por ejemplo, de la difusión de un discurso de odio o incitación a la violencia”, circunstancia que no se aprecia en el caso, de modo que no se considera necesaria, justificada y proporcionada la imposición de una pena de prisión, y se declara una violación del art. 10 del Convenio.

Otro caso muy relevante en esta materia, y cuyas ideas hemos mencionado previamente, es el Féret c. Bélgica, de 16 de julio de 2009, en el que se acude al Tribunal por una condena impuesta al presidente del partido político Front National por diversas publicaciones en las que promovía la expulsión de los inmigrantes irregulares de Bélgica, empleando un lenguaje que incitaba a la discriminación y el odio racial. Esta condena estaba prevista en la ley pertinente, y perseguía el fin legítimo de “defensa del orden” y “protección de la reputación y los derechos ajenos”. En cuanto a su necesidad social imperiosa, el Tribunal tiene en cuenta que estas publicaciones se dan en un contexto político, ya que tienen lugar durante un proceso electoral, de modo que recuerda “la mayor importancia a la libertad de expresión en el contexto del debate político”, sin que se pueda “restringir el discurso político sin la existencia de razones imperiosas”. Sin embargo, a pesar de esta especial protección, el TEDH afirma que “el lenguaje empleado por el demandante incitaba claramente a la discriminación y el odio racial, lo que no puede ser camuflado por el proceso electoral”. Refuerza además esta idea alegando que “los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o

culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos”, de modo que, finalmente, el TEDH concluye que la condena por incitación al odio y la discriminación era necesaria, proporcional al fin legítimo perseguido, y por tanto acorde con el art. 10 CEDH.

4.2.- Doctrina del Tribunal Constitucional español y del Tribunal Supremo

Como dijimos en apartados anteriores, el TC parte del valor esencial de la libertad de expresión, pero en aras de proteger otros intereses fundamentales para la democracia, acepta imponer límites al libre discurso, los cuales a su vez van definiendo el ámbito constitucionalmente protegido. De este modo, este conflicto se resuelve mediante un sistema flexible y caso por caso, aplicando la idea de proporcionalidad de la restricción, y el método de ponderación de los intereses en conflicto⁷⁰.

Además, el nivel de protección de la libertad de expresión es diferente respecto al europeo, que como ya hemos mencionado, se basa en la democracia militante. En España, como indica el TC, no tiene lugar un sistema de democracia militante (aquel “en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución”⁷¹), de manera que la Constitución permite las opiniones y expresiones que “ataquen al propio sistema democrático” o que van en su contra o incluso la niegan (STC 176/1995, de 11 de diciembre), generando una menor limitación de la libertad de expresión que en el ámbito europeo. De este modo, solo puede ser restringido un discurso de estas características si, además, “lesiona otros bienes de relevancia constitucional”.

Una de las primeras aproximaciones del TC hacia la definición del discurso protegido⁷² fue la STC 105/1990, de 6 de junio, que afirmó que “al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, la libertad de expresión dispone de un campo de acción que viene solo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas”. En este mismo sentido, la STC 6/2000, de 17 de enero, afirma que quedan excluidas de protección “las frases y expresiones indudablemente ultrajantes u ofensivas,

⁷⁰ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso...*, op. cit., p. 296.

⁷¹ STC 235/2007, de 7 de noviembre.

⁷² URÍAS, J., *Lecciones de Derecho de la Información*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 2009, p. 59.

sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto que sean innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1.a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la norma fundamental”. Por tanto, en el ámbito de las creencias y juicios de valor, estarán excluidas de protección aquellas expresiones objetivamente vejatorias y ofensivas, al margen de su veracidad o falsedad, que sean impertinentes o innecesarias para expresar dichas ideas.

Sin embargo, también afirma el TC que se deben analizar estas ofensas poniéndolas en relación con las circunstancias y el contexto en el que se desarrollan, y que no debemos proteger únicamente las expresiones imprescindibles, adecuadas o absolutamente pertinentes, o aquellas previsibles o usadas en situaciones de acuerdo o avenencia⁷³.

En lo que respecta al discurso del odio y discriminatorio, el TC afirma en su célebre sentencia 235/2007 que “el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia son incompatibles con el respeto a la dignidad humana”, por lo que “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”. Así, vemos que la dignidad humana, como fundamento del orden político y la paz social, y el principio de igualdad, constituyen los límites del discurso protegido⁷⁴, de modo que el Tribunal excluye de protección⁷⁵ “las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o aquéllas que incitan directamente a dichas actitudes”; “el comportamiento despectivo o degradante respecto a un grupo de personas”; las amenazas o intimidaciones; o la “apología de los verdugos, glorificando su imagen o justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas”; ni puede incluir un “deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social”⁷⁶. Esta actitud o intención de menosprecio es lo que “priva de protección constitucional a la expresión y difusión de un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo”.

⁷³ STC 151/2004, de 20 septiembre.

⁷⁴ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., “El peligro de las palabras...”, op. cit., p. 292.

⁷⁵ ALCÁCER GUIRAO, R., “Discurso del odio y discurso político...”, op. cit., p. 21.

⁷⁶ STC 235/2007, de 7 de noviembre.

Sin embargo, en esta misma sentencia encontramos una de las grandes diferencias entre la doctrina española y la del TEDH. La STC 235/2007 trata el caso de la "Librería Europa", librería barcelonesa en la que se vendían diversas publicaciones en las que se negaba el holocausto sufrido por el pueblo judío durante la Segunda Guerra Mundial y se incitaba a la discriminación y al odio contra ellos. Interpuesta una cuestión de inconstitucionalidad por la posible colisión con el art. 20.1 CE, el TC se pronunció acerca de la negación del genocidio, y, pese a ser radicalmente restringida en el ámbito del CEDH, determinó que ésta queda amparada dentro del discurso protegido por la libertad de expresión al tratarse de una mera transmisión de ideas u opiniones, siempre y cuando no constituya incitación al odio u hostilidad contra minorías, y declarando por tanto inconstitucional la parte del antiguo art. 607.2 CP que la condenaba. Argumenta esta postura afirmando que “la mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane”, y que no toda negación del genocidio “persigue objetivamente la creación de un clima de hostilidad” contra sus víctimas. Por ello, “la referida conducta permanece en un estado previo al que justifica la intervención del derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados de la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión”.

Así, vemos que, en España, no todos los denominados “discursos del odio” se encuentran excluidos del contenido esencial del derecho a la libertad de expresión⁷⁷, según la jurisprudencia. Por otro lado, sí mantuvo la constitucionalidad del resto de restricciones contenidas en el precepto (de la justificación del genocidio fundamentalmente), pero ofrece pautas para su interpretación acorde con los postulados constitucionales⁷⁸. De este modo, considera el Tribunal legítima la restricción de la justificación del genocidio si “entra en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente”. Esto ocurrirá cuando “suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración” o cuando “se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos (...), de tal manera que

⁷⁷ ALCÁCER GUIRAO, R., “Discurso del odio y discurso político...”, op. cit., p. 13.

⁷⁸ ALASTUEY DOBÓN, C., “Discurso del odio y negacionismo en...”, op. cit., p. 8.

represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación”.

En lo que concierne a la aplicación del tipo penal del antiguo art. 510.1 CP, a partir de esta sentencia y sus ideas en relación con la justificación del genocidio, podemos entender igualmente que se exija que la provocación directa a la discriminación, odio y violencia condenada en dicho artículo, suponga, para que sea punible, un “peligro cierto” para generar un clima de violencia y hostilidad⁷⁹. Aun así, y como ya dijimos anteriormente, se exige que la incitación a la comisión de actos violentos o discriminatorios sea directa, no bastando la mera incitación indirecta como en el art. 607.2.

Con anterioridad a la STC 235/2007, el TC ya se había pronunciado al respecto de las doctrinas revisionistas y del “discurso del odio” en dos ocasiones: la STC 214/1991, de 11 de noviembre, y la STC 176/1995, de 11 de diciembre⁸⁰. Vamos a comentar únicamente la primera de ellas. Esta sentencia trata el caso de Violeta Friedman, mujer judía que estuvo internada en Auschwitz, donde murió toda su familia gaseada. Esta mujer interpuso una demanda por unas declaraciones de León Degrelle, ex Jefe de las Waffen SS, publicadas en una revista, en las que negaba el holocausto nazi de la Segunda Guerra Mundial e incitaba al odio hacia los judíos, lesionando su derecho al honor y el de todos los judíos. Tras varias instancias, recurre en amparo ante el TC, el cual aplica el correspondiente juicio de ponderación entre la libertad de expresión y el derecho al honor. Por una parte, considera que las declaraciones basadas en dudas y opiniones acerca de la actuación nazi hacia los judíos quedan amparadas por la libertad de expresión⁸¹, ya que “solo pueden entenderse como opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos”. Sin embargo, realizó también “juicios ofensivos al pueblo judío, (...) que no pueden interpretarse más que como una incitación antijudía”, los cuales atentan contra el honor de los judíos, la dignidad humana y el principio de igualdad, y no pueden ser amparados por la libertad de expresión. Así, afirma el TC, como ya mencionamos en la anterior sentencia, que “la libertad de expresión no garantiza el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el

⁷⁹ ALCÁCER GUIRAO, R., “Discurso del odio y discurso político...”, op. cit., p. 25.

⁸⁰ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., “El peligro de las palabras...”, op. cit., p. 285.

⁸¹ Ibid., p. 287.

deliberado ánimo de menospreciar o discriminar a personas o grupos”. También se hace una referencia a la paz social como fundamento de la restricción, ya que “los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad”. Por todo esto, se dio la razón a Violeta Friedman y se reconoció la vulneración de su derecho al honor.

Toda esta doctrina del TC sobre el discurso del odio y la interpretación del art. 510 CP es la que han tenido como referencia las recientes consideraciones doctrinales y jurisprudenciales al respecto⁸². Entre los pocos pronunciamientos que encontramos en instancias inferiores y en el TS, destaca en primer lugar el mismo caso de la Librería Europa. El titular de esta librería fue condenado por los delitos de provocación al odio y la discriminación del art. 510.1 y por el de apología del genocidio del art. 607.2 CP, en primera instancia⁸³, pero fue absuelto en apelación por el primero de estos delitos⁸⁴ una vez resuelta la cuestión de inconstitucionalidad, dado que, como afirmaba la doctrina mayoritaria, para aplicar el art. 510.1 era necesaria una incitación directa a la comisión de actos violentos o discriminatorios, la cual no se apreciaba en el caso. Lo mismo ocurrió en un segundo proceso abierto respecto a este caso.

También destaca el caso de la Librería Kalki, cuyos titulares fueron condenados en primera instancia por estos mismos delitos⁸⁵, pero recurrió en casación ante el Tribunal Supremo, dando lugar a la STS 259/2011, de 12 de abril, de especial trascendencia por ser el primer pronunciamiento del TS respecto a estos delitos⁸⁶.

En esta sentencia, el TS asume los criterios restrictivos utilizados por la doctrina en la interpretación de estos preceptos⁸⁷, ya que afirma de la provocación a la que se refería el art. 510 CP debía entenderse en los mismos términos que la apología del art. 18.1, es decir, como “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

⁸² ALASTUEY DOBÓN, C., “Discurso del odio y negacionismo en...”, op. cit., p. 8.

⁸³ Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona 102/1998, de 16 de noviembre.

⁸⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 3/2008, de 5 de marzo.

⁸⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 9822/2009, de 7 de octubre.

⁸⁶ GÜERRI FERNÁNDEZ, C., “La especialización de la fiscalía...”, op. cit., p. 20.

⁸⁷ ALASTUEY DOBÓN, C., “Discurso del odio y negacionismo en...”, op. cit., p. 8.

grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo”, siendo solo punible en tales casos. Además, esta consideración justificaría la mayor pena impuesta a las conductas del art. 510.1 (incitación directa) que a las del 607.2 (incitación indirecta), de modo que no tendría sentido considerar el art. 510.1 como una incitación indirecta⁸⁸. Por otra parte, afirma el Tribunal que en el art. 510.1 se requiere la existencia de peligro cierto, que dependerá “tanto del contenido de lo difundido como de la forma en que se hace la difusión, sin que pueda dejar de valorarse la sociedad o el ámbito social al que se dirigen los actos cuestionados”, de manera que es necesario “examinar la potencialidad de la conducta para la creación del peligro”. De este modo, “sólo una seria amenaza para el bien jurídico protegido puede justificar una sanción penal privativa de libertad”, lo cual no se dará en todos los casos.

En este caso, en el que editores o libreros poseen material discriminatorio con finalidad de distribuirlo, no aprecia el Tribunal “una incitación directa al odio la discriminación o violencia contra esos grupos”, ni la creación de “un clima de hostilidad que suponga un peligro cierto de concreción en actos específicos de violencia contra aquellos”, pues no se considera un acto de difusión de ideas, doctrina que puede aplicarse al actual art. 510.1.b) CP⁸⁹. Por todo ello, se absolvió finalmente a los acusados por ambos delitos, al no concurrir las circunstancias exigidas para la intervención penal.

⁸⁸ GÜERRI FERNÁNDEZ, C., “La especialización de la fiscalía...”, op. cit., p. 18.

⁸⁹ ALASTUEY DOBÓN, C., “Discurso del odio y negacionismo en...”, op. cit., p. 23.

V.- CONCLUSIÓN

A través de este trabajo, hemos podido comprobar la especial protección que recibe el derecho a la libertad de expresión en nuestro ordenamiento jurídico, ya que representa el espíritu y la esencia de una sociedad democrática al garantizar una opinión pública libre, así como el punto de partida de muchos otros derechos, bienes y valores protegidos constitucionalmente.

Ahora bien, hoy en día vivimos en una sociedad cada vez más globalizada y diversa, en la que el respeto y la tolerancia entre sus diferentes integrantes se torna indispensable para lograr una buena convivencia. Esto, unido a la reciente historia europea, basada en los totalitarismos, ha generado una especial sensibilidad hacia la intolerancia y la discriminación. Así, la lucha contra diversas formas de discriminación y odio (racista, antisemita, xenófobo, religioso, sexista, etc.) debe convertirse en una de las prioridades de los Estados democráticos.

Son estos discursos del odio los que ponen al Estado de Derecho en una situación de conflicto de valores, debiendo elegir entre la especialmente protegida libertad de expresión y otros valores que, sobre todo actualmente, resultan esenciales y dignos de tutela, como la dignidad de los miembros de la sociedad, el honor, la paz social, el orden y seguridad públicos, la no discriminación, o los sentimientos religiosos. Para proteger estos últimos, se requiere una restricción de la libertad de expresión a través del Derecho Penal, lo cual justifica la tipificación de los llamados “delitos de discurso de odio”, que son fundamentalmente el de enaltecimiento del terrorismo, el de escarnio de los sentimientos religiosos y, sobre todo, el delito de incitación al odio y la discriminación del actual art. 510 CP.

Este artículo 510 CP ha sido extensamente modificado con la última reforma del CP de 2015, refundiendo los antiguos artículos 510.1 y 607.2 del CP de 1995, y ampliando notoriamente las conductas objeto de sanción penal. Sin embargo, esta reforma choca con la doctrina y la jurisprudencia elaborada hasta ese momento, que interpretaba los antiguos preceptos restrictivamente y limitaba su aplicación para no provocar una injerencia excesiva sobre la libertad de expresión, llegando incluso a declarar inconstitucional la tipificación de la negación del genocidio, en el art. 607.2 CP. Es por ello que la redacción actual del art. 510 es objeto de numerosas críticas y dudas de constitucionalidad, ya que se considera que restringe en exceso la libertad de expresión al ampliar tanto las conductas tipificadas.

Aun así, será el Juez el que, caso por caso y mediante un juicio de proporcionalidad, ponderará los intereses en conflicto y decidirá si la libertad de expresión debe ser restringida o no en favor de otros valores. De este modo, puede decirse que, pese a la tipificación de las conductas, la libertad de expresión puede actuar como causa de justificación según muchos factores del caso a tener en cuenta por el Juez (contexto, intención, contenido, destinatario, difusión, etc.).

Tanto el TEDH como el TC han establecido criterios para distinguir el discurso protegido del que no lo está, si bien se observa una mayor beligerancia a favor de la libertad de expresión en el caso español que en el europeo, que restringe en mayor medida ciertos discursos gracias a la cláusula de abuso del derecho del art. 17 CEDH. Esto es debido al sistema de democracia militante que impera en Europa, derivado de los totalitarismos sufridos a lo largo del siglo XX, de modo que no se permiten los discursos antidemocráticos y negacionistas, cosa que no ocurre en España.

Esta diferencia de posturas es lógica, pues el grado de protección requerido ante determinados discursos variará de un lugar a otro en función de las experiencias, la historia, y la situación de la sociedad. No obstante, cabe decir que la libertad de expresión ha de ser igualmente defendida en periodos tanto de crisis como de calma social, pues la restricción en tiempos de crisis de ciertos discursos, por muy críticos que sean, a veces no es legítima.

En cualquier caso, queda patente que es necesario combatir el discurso del odio, pues puede resultar extremadamente peligroso en una sociedad como la nuestra, y así nos lo muestra nuestra reciente, así como proteger el honor y la dignidad de sus víctimas, reparando en la medida de lo posible la lesión causada por estos discursos.

VI.- BIBLIOGRAFÍA

1.- Doctrina

ALASTUEY DOBÓN, C., *Derecho Penal Parte General*, Comares, Granada, 2013, p. 176.

ALASTUEY DOBÓN, C., “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 18-14, 2016.

ALCÁCER GUIRAO, R., “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 14-02, 2012.

BECERRIL BUSTAMANTE, S., “Prólogo” en *Libertad de expresión y discursos del odio*, Revenga (dir.), Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, nº 12, Universidad de Alcalá, Madrid, 2015, pp. 11-14.

CORCOY BIDASOLO, M., *Manual práctico de derecho penal parte especial: doctrina y jurisprudencia, con casos solucionados*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª edic., Civitas, Madrid, 2005, p. 328.

FISS, O., *La ironía de la libertad de expresión*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1996.

GÜERRI FERNÁNDEZ, C., “La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación” en *Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1/2015, 2015.

MARGENAT PERALTA, J.M. et al., “Los discursos del odio: una amenaza a la construcción democrática de la tolerancia”, en *Revista de Fomento Social*, nº 285, 2017, pp. 5-27.

MAYO CALDERÓN, B., “Delitos contra el honor” en *Lecciones de Derecho Penal: parte especial*, Vizueta (Coord.), 2ª edic., Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2015, pp. 217 y ss.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal: parte especial*, 20ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

REY MARTÍNEZ, F., “Discurso del odio y racismo líquido” en *Libertad de expresión y discursos del odio*, Revenga (dir.), Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, nº 12, Universidad de Alcalá, Madrid, 2015, pp. 51-88.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ROIG TORRES, M., “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)”, en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, González Cussac (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1249 y ss.

SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., “El peligro de las palabras. A propósito del delito de apología del genocidio”, en *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Cuerda Riezu/Jiménez García (dir.), Tecnos, Madrid, 2009, pp. 283 ss.

TERUEL LOZANO, G.M., “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 27, 2017.

URÍAS, J., *Lecciones de Derecho de la Información*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 2009.

VIVES ANTÓN, T.S., “Prólogo” en *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Rodríguez Montañés, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 11.

2. Otros recursos

Abogacía Española (2017), “El odio al diferente. Un delito tipificado en el Código Penal”, <https://www.abogacia.es/2017/10/11/el-odio-al-diferente-un-delito-tipificado-en-el-codigo-penal/> [2-3-2019]

Almacén de Derecho (2017), “La libertad de expresión y el Código Penal”, <https://almacendederecho.org/la-libertad-expresion-codigo-penal/> [2-3-2019]

Bufete Buades (2018), “Delito de odio y libertad de expresión”, <https://www.bufetebuades.com/delito-de-odio-y-libertad-de-expresion/> [2-3-2019]

OSCE. Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (2014), “ODIHR Hate Crime Reporting: What is a hate crime?”, <http://hatecrime.osce.org/what-hate-crime> [20-4-2019]

Plataforma en Defensa de la Libertad de Información (2017), “2017, el año de los delitos de opinión”, <http://libertadinformacion.cc/2017-el-ano-de-los-delitos-de-opinion/> [3-3-2019]

VII.- NORMATIVA APLICADA

Constitución Española de 1978.

Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea.

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Recomendación n. 20, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997.

Recomendación General n. 7, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial, adoptada el 13 de diciembre de 2002, y enmendada el 7 de diciembre de 2017.

Recomendación General n. 15, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), sobre líneas de actuación para combatir el discurso del odio, adoptada el 8 de diciembre de 2015.

VIII.- SENTENCIAS CITADAS

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 3/2008, de 5 de marzo.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 9822/2009, de 7 de octubre.

Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona 102/1998, de 16 de noviembre.

STC 6/1981, de 13 marzo.

STC 104/1986, de 13 de agosto.

STC 159/1986, de 16 de diciembre.

STC 105/1990, de 6 de junio.

STC 214/1991, de 11 de noviembre.

STC 176/1995, de 11 de diciembre.

STC 6/2000, de 17 de enero.

STC 11/2000, de 17 de enero.

STC 297/2000, de 11 de diciembre.

STC 151/2004, de 20 de septiembre.

STC 235/2007, de 7 de noviembre.

STC 9/2007, de 15 de enero.

STC 23/2010, de 27 de abril.

STC 112/2016, de 20 de junio.

STEDH de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside vs. Reino Unido.

STEDH de 26 de abril de 1979, caso Sunday Times vs. Reino Unido.

STEDH de 4 de diciembre de 2003, caso Gündüz vs. Turquía.

STEDH de 16 de julio de 2009, caso Féret vs. Bélgica.

STEDH de 15 de marzo de 2011, caso Otegi Mondragón vs. España.

STS 10717/1993, de 25 de marzo.

STS 259/2011, de 12 de abril.

STS 299/2011 de 25 de abril.

STS 4/2017, de 18 de enero.