

Jorge Lucía Morlans

El odio como límite a la libertad de expresión

Director/es
Sáenz Royo, Eva

<http://zaguan.unizar.es/collection/Tesis>



Universidad
Zaragoza

Tesis Doctoral

EL ODIO COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Autor

Jorge Lucía Morlans

Director/es

Sáenz Royo, Eva

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
Escuela de Doctorado

Programa de Doctorado en Derechos Humanos y Libertades
Fundamentales

2023

TESIS DOCTORAL EL ODIO COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

PROGRAMA DE DOCTORADO: DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES
FUNDAMENTALES

JORGE LUCÍA MORLANS
Dirigida por la Prof. Dra. EVA SÁENZ ROYO

1. INTRODUCCIÓN	14
2. EL ODIO COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA ONU 17	
2.1. INTRODUCCIÓN	17
2.2. RESOLUCIONES MÁS RELEVANTES RESPECTO AL ODIO COMO LÍMITE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.	21
2.2.1. Resoluciones marco	21
A. Recomendación general N° 15 relativa al artículo 4 de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial del CERD en 1993 ...	21
B. Comité de Derechos Humanos, Observación General 34, CCPR/C/GC/34, Ginebra, 11 a 29 de julio de 2011 en relación al PIDCP.	22
C. «Test de Rabat» recogido en el anexo del Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/22/17/Add.4 de 11 de enero de 2013 en relación a la DUDH.	29
D. La «Declaración de Beirut» del Consejo de Derechos Humanos A/HRC/40/58 de 5 de marzo de 2019	32
2.3. SÍNTESIS DE LA DOCTRINA DE LAS NACIONES UNIDAS RESPECTO AL ODIO COMO LÍMITE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	32
3. EL ODIO COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH)	37
3.1. JURISPRUDENCIA DEL TEDH.....	39
3.2.- SENTENCIAS CONTRA ESPAÑA.....	40
A. STEDH (Sección 3ª) Asunto de Gutiérrez Suárez c. España (Demanda n° 16023/07), de 1 de junio de 2010.....	41
B. STEDH (Sección 3ª) Asunto de Otegi Mondragon c. España (Solicitud n° 2034/07), de 15 de marzo de 2011.....	43

C.	STEDH (Sección 3ª) Asunto de Asunto Jiménez Losantos c. España (Demanda nº 53421/10), de 14 de junio de 2016.	46
D.	STEDH (Sección 3ª) Asunto de Stern Taulats y Roura Capellera c. España (Demandas nº 51168/15 y 51186/15), de 13 de marzo de 2018.	48
E.	STEDH (Sección 3ª) Asunto de Toranzo Gómez c. España (Demanda nº 26922/14) de 20 de noviembre de 2018.	51
3.3.-	SENTENCIAS-DECISIONES del TEDH CONTRA OTROS ESTADOS .	53
3.3.1.-	SENTENCIAS CONTRA ALEMANIA.....	53
A.	Decisión de la Comisión de Derechos Humanos, Partido Comunista de Alemania c. La República Federal Alemana (Solicitud nº 250/57) de 20 de julio 1957.	53
B.	Decisión del TEDH (Sección 5ª) Nix c. Alemania (Solicitud nº 35285/16) de 13 de marzo de 2018.	54
C.	Decisión del TEDH (Sección 5ª) Williamson c. Alemania (Solicitud nº 64496/17) de 8 de enero de 2019	56
D.	Decisión del TEDH (Sección 5ª) Pastörs c. Alemania (Solicitud nº 55225/14) de 3 de octubre 2019.	58
3.3.2.-	SENTENCIAS CONTRA AUSTRIA.....	59
A.	Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos B.H, M.W, H.P y G.K. c. Austria (Solicitud nº 12774/87), de 12 de octubre de 1989.....	59
B.	Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos (Sala 1ª) Gerd Honsik c. Austria (Solicitud nº 25062/94), de 18 de octubre de 1995.....	60
C.	Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos (Sala 1ª) Herwig Nachtmann c. Austria, (Solicitud nº 36773/97) de 9 de septiembre de 1998.	61
D.	Decisión del TEDH (Sección 5ª) Hans Jorg Schimanek c. Austria (Solicitud nº 32307/96) de 1 de febrero de 2000.....	62
3.3.3.-	SENTENCIAS CONTRA AZERBAIYÁN	62
A.	STEDH (Sección 5ª) Tagiyev and Huseynov c. Azerbaiyán (Solicitud nº 13274/08) de 5 de diciembre de 2019.	62
3.3.4.-	SENTENCIAS CONTRA BÉLGICA.....	65

A.	STEDH (Sección 2ª) Féret c. Bélgica (Solicitud nº15615/07) de 16 de julio de 2009.	65
B.	Decisión del TEDH (Sección 2ª) Fouad Belkacem c. Bélgica (Solicitud nº 34367/14) de 27 junio 2017.....	69
3.3.5.-	SENTENCIAS CONTRA BOSNIA y HERZEGOVINA:	71
A.	Decisión del TEDH (Sección 4ª) Abedin Smajić c. Bosnia y Herzegovina (Solicitud nº 48657/16) de 18 enero 2018.	71
3.3.6.-	SENTENCIAS CONTRA CROACIA:	72
A.	Decisión del TEDH (Sección 1ª) Josip Šimunić c. Croacia (Solicitud nº 20373/17) de 22 enero 2019.	72
3.3.7.-	SENTENCIAS CONTRA DINAMARCA:	73
A.	STEDH (Gran Sala) Jersild c. Dinamarca (Solicitud nº 15890/89) de 23 septiembre 1994.	73
B.	Decisión del TEDH (Sección 2ª) Roj TV A/S c. Dinamarca (Solicitud nº 24683/14) de 17 abril 2018.	75
3.3.8.-	SENTENCIAS CONTRA ESTONIA:	76
A.	STEDH (Gran Sala) Delfi AS c. Estonia (Solicitud nº 64569/09) de 16 junio 2015.	76
3.3.9.-	SENTENCIAS CONTRA FRANCIA:	78
A.	STEDH (Gran Sala) Lehideux y Isorni c. Francia (Solicitud nº 24662/94) de 23 septiembre 1998.	78
B.	Decisión del TEDH (Sección 4ª) Garaudy c. Francia (Solicitud nº 65831/01) de 24 junio 2003.	79
C.	STEDH (Sección 5ª) Leroy c. Francia (Solicitud nº 36109/03) de 2 octubre 2008.	81
D.	TEDH (Sección 5ª) Soulas y otros c. Francia (Solicitud nº 15948/03) de 10 julio 2008.	82
E.	Decisión del TEDH (Sección 5ª) Le Pen c. Francia (Solicitud nº 18788/09) de 20 abril 2010.....	84

F.	Decisión del TEDH (Sección 5ª) M'Bala c. Francia (Solicitud nº 25239/13) de 20 octubre 2015.	85
G.	STEDH (Sección 5º) Sanchez c. Francia (Solicitud nº 45581/15) de 2 de septiembre de 2021.....	86
3.3.10.-	SENTENCIAS CONTRA HOLANDA	87
A.	Decisión de la Comisión de Derechos Humanos Glimmerveen y Haagenbeek c. Holya (Solicitud nº 8348/78 - 8406/78) de 11 octubre 1979.....	87
3.3.11.-	SENTENCIAS CONTRA HUNGRÍA:	88
A.	STEDH (Sección 2ª) Fáber c. Hungría (Solicitud nº 40721/08) de 24 julio 2012. 88	
3.3.12.-	SENTENCIAS CONTRA ISLANDIA:.....	89
A.	Decisión del TEDH (Sección 2ª) Lilliendahl c. Islandia (Solicitud nº 29297/18) de 12 mayo 2020.....	89
3.3.13.-	SENTENCIAS CONTRA LITUANIA:	90
A.	STEDH (Sección 3ª) Balsyte-Lideikiene c. Lituania (Solicitud nº 72596/01) de 4 de noviembre 2008.	90
3.3.14.-	SENTENCIAS CONTRA POLONIA:.....	91
A.	Decisión del TEDH (Sección 4ª) Hösl-Daum y otros c. Polonia (Solicitud nº 10613/07) de 7 octubre 2014.....	91
3.3.15.-	SENTENCIAS CONTRA REINO UNIDO.....	93
A.	STEDH (Gran Sala) Handyside c. Reino Unido (Solicitud nº 5493/72) de 7 diciembre 1976.....	93
B.	Decisión del TEDH (Sección 2ª) Norwood c. Reino Unido (Solicitud nº 23131/03) de 16 noviembre 2004.	95
3.3.16.-	SENTENCIAS CONTRA RUSIA:.....	95
A.	Decisión del TEDH (Sección 1ª) Pavel Ivanov c. Rusia (Solicitud nº 35222/04) de 20 febrero 2007.	95
B.	STEDH (Sección 3ª) Stomakhin c. Rusia (Solicitud nº 52273/07) de 9 mayo 2018. 96	

C.	STEDH (Sección 3ª) Ibragim Ibragimov y otros c. Rusia (Solicitudes nº 1413/08 y 28621/11) de 28 de agosto de 2018.	99
D.	STEDH (Sección 3ª) Savva Terentyev c. Rusia (Solicitud nº 10692/09) de 28 de agosto de 2018.	102
E.	STEDH (Sección 3ª) Atamanchuk c. Rusia (Solicitud nº 4493/11) de 11 febrero 2020.	104
3.3.17.-	SENTENCIAS CONTRA SUECIA:.....	106
A.	STEDH (Sección 5ª) Vejdeland y otros c. Suecia (Solicitud nº 1813/07) de 9 febrero 2012.....	106
3.3.18.-	SENTENCIAS CONTRA SUIZA:.....	107
A.	STEDH (Gran Sala) Perinçek c. Suiza (Solicitud nº 27510/08) de 15 octubre 2015.	107
3.3.19.-	SENTENCIAS CONTRA TURQUÍA:	110
A.	STEDH (Gran Sala) Karataş c. Turquía (Solicitud nº 23168/94) de 8 de julio de 1999.	110
B.	STEDH (Gran Sala) Sürek c. Turquía (Solicitud nº 26682/95) de 8 julio 1999.	112
C.	STEDH (Sección 4ª) Özgür Gündem c. Turquía (Solicitud nº 23144/93) de 16 marzo 2000.	114
D.	STEDH (Sección 1ª) Gündüz c. Turquía (Solicitud nº 35071/97) de 4 de diciembre de 2003.	115
E.	STEDH (Sección 2ª) İ. A. c. Turquía (Solicitud nº 42571/98) de 13 septiembre 2005.	117
F.	STEDH (Sección 4ª) Dicle (no. 2) c. Turquía (Solicitud nº 46733/99) de 11 de abril de 2006.....	119
G.	STEDH (Sección 1ª) Erbakan c. Turquía (Solicitud nº 59405/00) de 6 julio 2006.	120
H.	Decisión del TEDH (Sección 2ª) Medya FM Reha Radyo ve İletişim Hizmetleri A. º. c. Turquía (Solicitud nº 32842/02) de 14 noviembre 2006.	121

I. STEDH (Sección 2ª) Erdal Taþ c. Turquía (Solicitud nº 77650/01) de 19 diciembre 2006.	121
J. STEDH (Sección 2ª) Dink c. Turquía (Solicitudes nº 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 y 7124/09) de 14 septiembre 2010.	122
K. STEDH (Sección 2ª) Faruk Temel c. Turquía (Solicitud nº 16853/05) de 1 febrero 2011.	124
L. STEDH (Sección 2ª) Altıntaş c. Turquía (Solicitud nº 50495/08) de 10 marzo 2020.	125
3.4.- SÍNTESIS DE LA DOCTRINA DEL TEDH EN RELACIÓN CON EL ODIO COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	126
4. EL ODIO COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA EN LA UNIÓN EUROPEA	139
4.1.- Los delitos de odio en la Unión Europea	141
A. 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.	141
B. Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012.	143
4.2.- Necesidad de ampliar el catálogo de delitos y medidas de protección/reacción en <i>Internet</i>	143
A. Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo y al Consejo en 2021	143
B. Código de conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en internet	145
C. Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital	149
D. Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/C (Reglamento de Servicios Digitales)	150
5. EL ODIO COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN ESTADOS UNIDOS	154

5.1. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO SEÑA DE IDENTIDAD DE LA DEMOCRACIA	154
5.2. LA DOCTRINA DEL «CLEAR AND PRESENT DANGER» EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA	157
5.2.1. Jurisprudencia en el período de la I Guerra Mundial:.....	157
A. La sentencia Schenck and Baer v. U.S. 249, U.S. 47 (1919):	158
B. Abrams v. U.S., 250, U.S. 616 (1919):	160
5.2.2. Jurisprudencia en el período de entreguerras:	162
A. Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927):	162
5.2.3. La jurisprudencia durante la II Guerra Mundial:	165
A. Taylor v. Mississippi, 319 U.S. 583 (1943).	165
B. Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296 (1940).	166
C. Sentencia Thornhill v. Alabama, 310 U.S. 88 (1940).	167
5.2.4. La jurisprudencia tras la II Guerra Mundial:	168
A. Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1 (1948).	168
B. Feiner v. New York, 340 U.S. 315 (1951).	171
5.2.5. La jurisprudencia durante la guerra fría:	173
A. Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951).	173
B. Yates v. United States, 354 U.S. 298 (1957).	178
C. Scales v. United States, 367 U.S. 203 (1961).	180
D. Noto v. United States, 367 U.S. 290 (1961).	182
5.2.6. Cambio de paradigma:	182
A. Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).	183
5.3. SÍNTESIS DE LA DOCTRINA DEL «CLEAR AND PRESENT DANGER» EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA	185
6. EL ODIO COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	189
6.1.- EL MARCO NORMATIVO	189

6.2.-	La dignidad humana como límite a la libertad de expresión	191
6.3.-	LA APLICACIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	193
A.	STC (Sala 1ª) 214/1991 de 11 de noviembre	193
B.	STC (Sala 2ª) 176/1995 de 11 de diciembre	196
C.	STC (Pleno) 235/2007, de 7 de noviembre.....	199
D.	STC (Pleno) 177/2015, de 22 de julio	205
E.	STC (Sala 1ª) 112/2016, de 20 de junio	210
6.4.-	ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS «DELITOS DE ODIO» EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	213
6.4.1-	Redacción original del Código Penal dada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.....	213
	Enmiendas introducidas en el Congreso de los Diputados	215
	Enmiendas presentadas en el Senado.....	218
	Síntesis de las ideas surgidas durante la tramitación parlamentaria	220
6.4.2-	Modificación del artículo 510 del Código Penal por el artículo único doscientos treinta y cinco de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.....	223
	Resultado de la discusión de las diferentes enmiendas	236
	Síntesis de las ideas surgidas durante la tramitación parlamentaria	238
6.4.3-	Modificación del artículo 510 del Código Penal por el artículo único Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	240
6.4.4-	Interpretación jurisprudencial de los delitos de odio del art. 510 Cp.	242
6.4.3.1-	Bien jurídico protegido	242
6.4.3.2-	Naturaleza jurídica	250
6.4.3.3-	Sujetos pasivos	257
6.4.3.4-	Motivos de odio/elemento subjetivos del tipo	263
6.4.3.5-	Conductas típicas/elementos de los tipos penales	280

• 510.1	281
• 510.2	289
• 510.3	295
• 510.4	296
• 510.5	296
• 510.6	296
6.4.3.6- Casos paradigmáticos de supuestos excluidos	297
A. Insultos entre aspirantes a elecciones	297
B. Mensajes de odio contra pensamientos políticos	297
C. Fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado	300
D. Colectivo taurino	301
E. Acciones feministas contra la religión cristiana	303
F. Por falta de prueba de los elementos del tipo	305
G. Otros supuestos	306
6.4.3.7- Síntesis de la interpretación jurisprudencial de los delitos de odio	307
6.4.5- Origen del delito de injurias a la Corona con la CE de 1978	309
6.4.6- Redacción del delito de injurias y calumnias a la Corona en el Código Penal dada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre	311
Enmiendas introducidas en el Congreso de los Diputados	312
Enmiendas propuestas en relación a los delitos de injurias y calumnias en general	313
Síntesis de las ideas surgidas durante la tramitación parlamentaria	314
6.4.7- Redacción dada al precepto por la 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.	315
6.4.8- Interpretación jurisprudencial del precepto	316
6.4.7.1- Bien jurídico protegido:	316
6.4.7.2- Elemento subjetivo del tipo	317
6.4.7.3- Elementos de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto	318

6.4.7.4-	Casos paradigmáticos	319
6.4.8.	Delitos contra los sentimientos religiosos	326
6.4.8.1-	Redacción de los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.	326
6.4.8.2-	Enmiendas introducidas en el Congreso de los Diputados	327
6.4.8.3-	Enmiendas presentadas en el Senado	329
6.4.8.3-	Interpretación jurisprudencial de los delitos contemplados en los arts. 524 y 525	332
6.4.8.3.1-	Bien jurídico protegido:	332
6.4.8.3.2-	Elementos del tipo	334
6.4.8.3.3-	Casos paradigmáticos	335
7.	CONCLUSIONES.....	342
7.1-	LA NECESARIA PRECISIÓN LEGAL EN LA LIMITACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	345
7.2-	¿EL ODIOS A INSTITUCIONES, GRUPOS O SENTIMIENTOS COLECTIVOS COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN? EL FIN DE INTERÉS GENERAL QUE PERSIGUEN LOS DELITOS DE ODIOS	348
7.3-	LA NECESARIA PRECISIÓN LEGAL DEL SUJETO PASIVO EN LOS DELITOS DE ODIOS	351
7.4-	LA NATURALEZA JURÍDICA. LA CONCRECIÓN DEL PELIGRO Y EL PROBLEMA DE PRUEBA	360
7.5-	LOS FACTORES A PONDERAR EN EL DELITO DE ODIOS POR LOS TRIBUNALES	366
7.5.1.-	El contexto	367
7.5.2.-	El medio de difusión del mensaje, extensión en el tiempo y alcance/número de personas a las que llega	370
7.5.3.-	La proyección/dimensión pública del orador	373
7.5.4.-	La forma de expresar las palabras y su contenido	374

8.	FUENTES DOCUMENTALES Y BIBLIOGRAFÍA.	377
8.1.-	FUENTES DOCUMENTALES ONLINE	377
8.1.1.-	Organización de Naciones Unidas:	377
8.1.2.-	Corte Internacional de Justicia:	377
8.1.3.-	Consejo de Europa:	377
8.1.4.-	Unión Europea:	377
8.1.5.-	OSCE.....	377
8.1.6.-	Tribunal Europeo de Derechos Humanos:	377
8.1.7.-	Tribunal Constitucional:	377
8.1.8.-	Tribunal Supremo:	378
8.1.9.-	Fiscalía General del Estado.....	378
8.1.10.-	Corte del Tribunal Supremo de Estados Unidos:	378
8.1.11.-	Librería del Congreso de Estados Unidos:	378
8.1.12.-	Congreso de Estados Unidos.....	378
8.1.13.-	Columbia University in the City of New York	378
8.1.14.-	European Judicial Network (Red Judicial Europea, EJNI)	378
8.1.15.-	Corte Internacional de Justicia	378
8.1.16.-	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	378
8.1.17.-	Congreso de los Diputados:.....	378
8.1.18.-	OBERAXE	378
8.1.19.-	Thomson Reuters Aranzadi.	379
8.2.-	BIBLIOGRAFÍA:	379

Evitemos encariñamientos excesivos con las propias ideas, que deben hallar en nosotros, no un
abogado, sino un fiscal

SANTIAGO RAMÓN Y CAJAL, *Los tónicos de la voluntad. Reglas y consejos sobre investigación científica.*

1. INTRODUCCIÓN

Vivimos en una época en la que el miedo y la inseguridad son el caldo de cultivo que permite germinar el sentimiento del odio. Parece que quien se siente en posesión de la verdad está legitimado para emplear la violencia, ya física, ya verbal, contra los que considera enemigos antes que seres humanos. En el «mejor» de los casos este sentimiento nos lleva a simplemente coexistir, en el «peor», a la agresión y a incrementar cada vez más el dolor, el rencor, el deseo de venganza, formando un ciclo difícil de romper. Tal y como señala De Pablo Serrano «(s)e ha entrado en una inmensa ola que lo arrasa todo, en la que la libertad de expresión todo lo puede, y esta tendencia es peligrosa porque tan importante es proteger la libertad de expresión como respetarla no pervirtiendo su contenido esencial»¹.

Con el objetivo precisamente de no pervertir la propia libertad de expresión el Tribunal Constitucional español reconoció en 1991 como límite a la libertad de expresión la dignidad humana y, con ello, el odio hacia instituciones, grupos o sentimientos colectivos. Este límite pasó a reconocerse en el Código Penal español cuando por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, se introdujeron por vez primera los delitos de odio o los más específicos delitos de injurias contra la Corona o los delitos contra los sentimientos religiosos. Tras más de veinticinco años de aplicación penal de estos límites a la libertad de expresión se ha puesto de manifiesto la necesidad de precisar sus contornos legales y su interpretación jurisprudencial. En un clima que algunos autores han denominado de «sentimentalismo identitario»², se corre el peligro de que se conviertan los sentimientos subjetivos en el bien jurídico a proteger en este tipo de delitos, y con ello la mutación del derecho a la libertad de expresión como condición necesaria de una sociedad democrática en un «deber de no ofender» poco compatible con el pluralismo como valor superior de nuestro ordenamiento constitucional.

El proyecto de investigación tiene como meta precisar lo máximo posible la aplicación del «delito de odio» **en España** como límite a la libertad de expresión. Para ello este trabajo ha realizado un análisis pormenorizado de la jurisprudencia, tanto nacional como internacional, incluyendo también la jurisprudencia de EEUU por su relevancia, sobre el odio como límite a la libertad de expresión. Se trataría, a partir del análisis de los delitos de odio tipificados en nuestro Código Penal,

¹ DE PABLO SERRANO, Alejandro: *Honor, injurias y calumnias, los delitos contra el honor en el derecho histórico y en el derecho vigente español*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 30.

² GALÁN, Edu, *El síndrome Woody Allen*, Debate, 2020.

de dar seguridad jurídica a la aplicación de un límite a un derecho fundamental que es basilar en toda sociedad democrática.

Respecto a la metodología seguida, se trata de un análisis fundamentalmente jurisprudencial sobre el odio como límite a la libertad de expresión, por lo que la principal fuente documental ha sido, obviamente, la jurisprudencia. En este sentido, la metodología de investigación que se ha seguido es el «estudio de casos», también denominado frecuentemente «análisis de casos», estudiando la respuesta jurisprudencial a los casos más relevantes. Al final de cada capítulo se ha tratado de hacer una síntesis de los criterios jurisprudenciales aplicados a la selección de casos a efectos de sistematizar y precisar los factores empleados por los tribunales en la aplicación del odio como límite a la libertad de expresión. No obstante, tal y como podrá comprobar el lector, aunque el trabajo es esencialmente un análisis de casos jurisprudenciales, complementariamente, y para una mejor comprensión, se hace referencia también a normativa y a otras fuentes como resoluciones, recomendaciones, informes o directivas. Además, como el objetivo de la tesis es precisar lo máximo posible la aplicación del «delito de odio» como límite a la libertad de expresión en España, resulta imprescindible, además de un análisis de la jurisprudencia constitucional, el estudio de la normativa penal española y las diferentes críticas doctrinales a la misma, ya que es a partir de la normativa vigente en España desde donde se harán las propuestas de *lege ferenda*, así como las sugerencias en cuanto a los factores a aplicar por los tribunales.

Respecto a la estructura, siguiendo la lógica desde lo más general a lo más concreto, en el primer capítulo trataremos de las resoluciones más relevantes que en el ámbito de la ONU se han aprobado respecto al odio como límite a la libertad de expresión para pasar a continuación a analizar en el segundo capítulo la jurisprudencia del TEDH tanto en España como respecto del resto de los Estados miembros. En el tercer capítulo, analizaremos los instrumentos diseñados en la UE para combatir el «discurso del odio». En el cuarto, nos remontaremos al origen del *clear and present danger* en EE.UU hasta el cambio de paradigma con el caso *Branderburg v. Ohio*. A continuación, en el quinto capítulo, nos adentraremos en nuestro ordenamiento jurídico para analizar: el marco normativo; la doctrina del TC —que toma como eje la dignidad humana como límite a la libertad de expresión—; el origen y evolución de los «delitos de odio» en sentido estricto, incluyendo también estudiaremos los delitos de injurias y calumnias a la Corona, y contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos. Finalmente, terminaremos con las conclusiones acerca de las necesidades de precisión legal en algunos aspectos, la naturaleza jurídica de los «delitos de odio»,

y los factores que han de ser considerados por los tribunales en su aplicación. Se concluye el trabajo con las referencias documentales y bibliográficas empleadas a lo largo del estudio.

2. EL ODIO COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA ONU

2.1. INTRODUCCIÓN

Las Naciones Unidas nacieron oficialmente el 24 de octubre de 1945, después de que la mayoría de los 51 Estados Miembros signatarios del documento fundacional de la Organización, la Carta de la ONU, la ratificaran. En la actualidad, 193 Estados son miembros de las Naciones Unidas, que están representados en el órgano deliberante, la Asamblea General³.

Dentro de los documentos elaborados en el seno de la ONU es absolutamente esencial la *Declaración Universal de Derechos Humanos*⁴ (en adelante DUDH) que fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III), como un ideal común para todos los pueblos y naciones.

La Declaración establece, por primera vez, los derechos humanos que deben protegerse en el mundo entero. En concreto, en cuanto al derecho a la dignidad y a la libertad de expresión establece:

Artículo 1:

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 19:

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.

Años más tarde se aprobó el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (en adelante PIDCP), hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966⁵, que fue ratificado por España en 1977⁶. En el mismo se reconoce que los «principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente

³ <http://www.un.org/es/sections/about-un/overview/index.html> (consultado el 22-4-2020).

⁴ <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html> (consultado el 22-4-2020).

⁵ https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en (consultado el 22-4-2020).

⁶ Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-10733 (consultado el 22-4-2020).

a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables». Estos derechos «se derivan de la dignidad inherente a la persona humana».

Los Estados firmantes reconocen, que,

con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales.

Por este motivo los Estados tienen «la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos».

Pero además recuerda que cada uno de nosotros, como individuos sociales, tenemos *deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece (mos), tiene (tenemos) la obligación de esforzarse (esforzarnos) por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto.*

Se establecen en definitiva las bases de los derechos humanos que giran en torno a dos premisas esenciales. La primera es que todos tenemos dignidad por el mero hecho de ser humanos, es algo inherente. La segunda consiste en que de esa dignidad nacen los demás derechos. Por tanto, la base fundamental, causa y origen de las demás construcciones, será la dignidad, núcleo esencial, que habremos de proteger. Concretamente en materia de libertad de expresión se establece en el PIDCP:

Artículo 19.

- 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 necesaria 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.*

Artículo 20.

- 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 ley⁷.*

⁷ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-10733 (consultado el 22-4-2020).

El órgano judicial con que cuenta la ONU es la Corte Internacional de Justicia. Ésta se creó en 1945 y tiene su sede en la Haya (Países Bajos). Entre sus cometidos *está encargada de decidir las controversias jurídicas entre Estados. También emite opiniones consultivas sobre cuestiones que pueden someterle órganos o instituciones especializadas de la ONU*⁸. Como quiera que sus pronunciamientos no descienden a los conflictos concretos que sufren las personas individuales como víctimas de delitos de odio nos centraremos más que en sus decisiones en las de otros organismos de Naciones Unidas.

Al respecto hay que tener en cuenta, en primer lugar, los organismos nacidos directamente de la Carta de las Naciones Unidas, y, en segundo lugar, los creados en virtud de tratados de derechos humanos, y en tercer lugar, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH)⁹. Así:

En primer lugar, contamos con el Consejo de Derechos Humanos¹⁰ que sustituyó a la Comisión de Derechos Humanos el 15 de marzo de 2006, en virtud de la resolución A/RES/60/251 de la Asamblea General.

En segundo lugar, existen 9 organismos creados por Tratados Internacionales con la finalidad de supervisar la aplicación de los mismos¹¹: Comité de Derechos Humanos (CCPR), Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Comité contra la Tortura (CAT), Comité de los Derechos del Niño (CRC), Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

⁸ <https://www.un.org/es/ictj/> (consultado el 29-4-2020).

⁹ <https://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/WhoWeAre.aspx> (consultado el 29-4-2020).

¹⁰ <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/Home.aspx> (consultado el 29-4-2020). Los informes anuales y documentos relacionados del Consejo de Derechos Humanos se encuentran en <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/Documents.aspx> (consultado el 29-4-2020).

¹¹ <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx> (consultado el 29-4-2020). El Comité de Derechos Humanos (CCPR) supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y sus protocolos facultativos; El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) supervisa la aplicación de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965); El Comité Para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) supervisa la aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) y de su protocolo facultativo (1999); El Comité contra la Tortura (CAT) supervisa la aplicación de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984); El Comité de los Derechos del Niño (CRC) supervisa la aplicación de la Convención sobre los derechos del niño (1989) y de sus protocolos facultativos (2000); El Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (CMW) supervisa la aplicación de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990); El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) supervisa la aplicación de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006); El Comité contra las Desapariciones Forzadas (CED) supervisa la aplicación de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006).

(CMW), y Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (CRPD) y Comité contra las Desapariciones Forzadas (CED).

Dentro de estos organismos destacaremos en especial el CCPR y el CERD¹². El CERD está íntimamente ligado con el presente trabajo habida cuenta de que en los «delitos de odio» uno de los objetivos de ataque y, en consecuencia, de protección es el «odio racial». En este sentido la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante ICERD)¹³ definió en su artículo 1 qué se entiende por «discriminación racial» y estableció en su artículo 4 las medidas que los Estados miembros deben de adoptar para combatirla:

Artículo 1

1. En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública [...]

Artículo 4

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.

En tercer lugar, es muy relevante la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) que fue creada en 1993 por la Asamblea General en la resolución A/RES/48/141¹⁴ y está dentro del organigrama de la Secretaría General de las Naciones Unidas. Su función consiste, por un lado, en ayudar a los gobiernos a cumplir sus responsabilidades en

¹² <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CERD/Pages/CERDIndex.aspx> (consultado el 9-5-2020)

¹³ <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx> (consultado el 9-5-2020)

¹⁴ <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/012/56/PDF/N9401256.pdf?OpenElement> (consultada el 1-5-2020).

relación a los derechos humanos. Por otro lado, conoce y denuncia las violaciones de derechos humanos.

2.2. RESOLUCIONES MÁS RELEVANTES RESPECTO AL ODIO COMO LÍMITE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

La búsqueda y estudio de documentación internacional de las Naciones Unidas viene facilitada por la *base de jurisprudencia*¹⁵ facilitada en las *webs* oficiales. En ella se aglutinan las observaciones, recomendaciones, informes y decisiones de los distintos organismos mencionados. De entre ellos los documentos más relevantes emanan del Comité de Derechos Humanos y del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

2.2.1. Resoluciones marco

Varios son los instrumentos básicos en materia de derechos humanos en relación con los delitos de odio. En primer lugar, la Recomendación n° 15 del CERD. En segundo lugar, la Observación General n° 34 del Comité de Derechos Humanos. En tercer lugar, el conocido a nivel mundial como «test de Rabat». Y, en cuarto lugar, la «Declaración de Beirut» del Consejo de Derechos Humanos. Podemos afirmar que establecen los elementos fundamentales a tener en cuenta en esta materia. A partir de los mismos, en cada caso concreto, se ponderará su concurrencia o no, y el nivel de afectación de los mismos. Así:

- A. Recomendación general N° 15 relativa al artículo 4 de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial¹⁶ del CERD en 1993.

En dicha recomendación el CERD puso el artículo 4 del Convenio en relación con los artículos 19 y 20 del PIDCP. Así, en primer lugar, recordó la obligación de los Estados miembros de castigar:

- [...] *cuatro categorías de comportamiento indebido:*
i) *la difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial;*
ii) *la incitación al odio racial;*
iii) *los actos de violencia contra cualquier raza o grupo de personas de otro color y origen étnico;*
y iv) *la incitación a cometer tales actos.*

¹⁵ <https://juris.ohchr.org/> (consultado el 29-4-2020).

¹⁶ https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/1_Global/INT_CERD_GEC_7487_S.doc (consultado el 10-5-2020).

En segundo lugar, el CERD indicó que dichas prohibiciones son compatibles con los artículos 19 y 20 del PIDCP:

[...] la prohibición de la difusión de todas las ideas basadas en la superioridad o el odio racial es compatible con el derecho a la libertad de opinión y de expresión. Este derecho está reconocido en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y aparece evocado en el inciso viii) del apartado d) del artículo 5 de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. En el propio artículo se hace observar su pertinencia respecto del artículo 4 [...]. El Comité desea, además, señalar a la atención de los Estados Partes el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual estará prohibida por la ley toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

B. Comité de Derechos Humanos¹⁷, Observación General 34¹⁸, CCPR/C/GC/34, Ginebra, 11 a 29 de julio de 2011 en relación al PIDCP.

En primer lugar, el Comité realizó unas consideraciones generales acerca de la naturaleza y función de la libertad de expresión. La libertad de expresión es esencial para desarrollarse como persona, tener una sociedad democrática y poder ejercitar otros derechos y libertades (*vide* § 2 a 4):

2. La libertad de opinión y la libertad de expresión son condiciones indispensables para el pleno desarrollo de la persona. Son fundamentales para toda sociedad y constituyen la piedra angular de todas las sociedades libres y democráticas. Ambas libertades están estrechamente relacionadas entre sí, dado que la libertad de expresión constituye el medio para intercambiar y formular opiniones.

3. La libertad de expresión es una condición necesaria para el logro de los principios de transparencia y rendición de cuentas que, a su vez, son esenciales para la promoción y la protección de los derechos humanos.

[...] Las libertades de opinión y expresión constituyen la base para el pleno goce de una amplia gama de otros derechos humanos. Por ejemplo, la libertad de expresión es fundamental para el disfrute de los derechos a la libertad de reunión y de asociación, y para el ejercicio del derecho de voto.

En segundo lugar, las observaciones recogen cuál es el contenido esencial de la libertad de expresión que consiste tanto en buscar y recibir como en difundir ideas de todo tipo (*vide* § 11):

[...] el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin limitación de fronteras. Este derecho incluye la expresión y recepción de comunicaciones sobre toda clase de ideas y opiniones que puedan transmitirse a otros [...]. Abarca el pensamiento político, los comentarios sobre los asuntos propios y los públicos, las campañas puerta a puerta, la discusión sobre derechos humanos, el periodismo, la expresión cultural y artística, la enseñanza y el pensamiento religioso. Puede incluir también la publicidad comercial. El alcance del párrafo 2 llega incluso a expresiones que puedan considerarse

¹⁷ <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx> (consultado el 22-4-2020).

¹⁸ <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d/PPRiCAqhKb7yhsrdB0H115979OVGG B%2BWPAXiks7ivEzdmLQdosDnCG8FaQoW3y/rwBqQ1hhVz2z2lpRr6MpU%2B/xEikw9fDbYE4QPfIdFW1VIM IVkoM%2B312r7R> (consultado el 22-4-2020).

profundamente ofensivas, aunque esta expresión solo puede limitarse de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 19 y en el artículo 20.

En tercer lugar, se definieron todas las posibles manifestaciones que puede tener la plasmación del ejercicio de la libertad de expresión, tanto por escrito, como oralmente y de cualquier otra forma, incluyendo también la expresión artística (*vide* § 12):

[...] comprenden la palabra oral y escrita y el lenguaje de signos, y expresiones no verbales tales como las imágenes y los objetos artísticos. Los medios de expresión comprenden los libros, los periódicos, los folletos, los carteles, las pancartas, las prendas de vestir y los alegatos judiciales, así como modos de expresión audiovisuales, electrónicos o de Internet, en todas sus formas.

En cuarto lugar, se ocupó de los medios de difusión de las concretas expresiones recalcando la necesidad de que sean libres, independientes y no sean censurados. Se abarcan tanto los medios de comunicación «tradicionales» como los basados en las nuevas tecnologías de la comunicación característicos de la sociedad de información y del «Internet de las cosas» (*vide* § 13-17):

13. La existencia de medios de prensa y otros medios de comunicación libres y exentos de censura y de trabas es esencial en cualquier sociedad para asegurar la libertad de opinión y expresión y el goce de otros derechos reconocidos por el Pacto. Es una de las piedras angulares de toda sociedad democrática. Uno de los derechos consagrados en el Pacto es el que permite a los medios de comunicación recibir información que les sirva de base para cumplir su cometido. La libre comunicación de información e ideas acerca de las cuestiones públicas y políticas entre los ciudadanos, los candidatos y los representantes elegidos es indispensable. Ello comporta la existencia de una prensa y otros medios de comunicación libres y capaces de comentar cuestiones públicas sin censura ni limitaciones, así como de informar a la opinión pública. El público tiene también el correspondiente derecho a que los medios de comunicación les proporcionen los resultados de su actividad [...]

15. Los Estados partes deberían tener en cuenta la medida en que la evolución de las tecnologías de la información y la comunicación, como Internet y los sistemas de difusión electrónica de la información en tecnología móvil, han cambiado sustancialmente las prácticas de la comunicación en todo el mundo. Ahora existe una red mundial en la que intercambiar ideas y opiniones, que no se basa necesariamente en la intermediación de los medios de comunicación de masas. Los Estados partes deberían tomar todas las medidas necesarias para fomentar la independencia de esos nuevos medios y asegurar el acceso a los mismos de los particulares.

16. Los Estados partes deberían garantizar que los servicios públicos de radiodifusión funcionen con independencia. A este respecto, los Estados partes deberían garantizar la independencia y la libertad editorial de esos servicios, y proporcionarles financiación de un modo que no menoscabe su independencia [...].

En quinto lugar se ocupó de las restricciones a la libertad de expresión recogidas en el artículo 19 del PIDCP y que se refieren bien a los derechos o reputación de otras personas, o bien a la seguridad nacional, orden público o salud y moral públicas. Lo relevante es que en ningún caso una limitación de la libertad de expresión puede llegar a suprimirla; es decir, una limitación-restricción nunca puede suponer una «eliminación-destrucción» (*vide* § 21):

[...] el ejercicio del derecho a la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales. Por este motivo, se prevén dos tipos de restricciones que pueden referirse al respeto de los derechos o la reputación de otras personas o a la protección de la seguridad nacional y el orden público, o de la salud y la moral públicas. Sin embargo, cuando un Estado parte impone restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, estas no pueden poner en peligro el derecho propiamente dicho. El Comité recuerda que la relación entre el derecho y la restricción, o entre la norma y la excepción, no debe invertirse. El Comité recuerda también las disposiciones del párrafo 1 del artículo 5 del Pacto, según el cual, "ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él".

Además el CCPR remarcó que cualquier restricción debe sujetarse a una serie de requisitos (vide § 22) como son el principio de legalidad, finalidad legítima, necesidad y proporcionalidad. Y antes de proceder a comentarlos subrayó la obligación de los Estados de proteger a quienes ejercen el derecho a la libertad de expresión (vide § 23):

[...] las restricciones deben estar "fijadas por la ley"; solo pueden imponerse para uno de los propósitos indicados en los apartados a) y b) del párrafo 3 y deben cumplir pruebas estrictas de necesidad y proporcionalidad. No se permiten restricciones por motivos que no estén especificados en el párrafo 3, aunque esos motivos justificasen restricciones de otros derechos protegidos por el Pacto. Las restricciones solamente se podrán aplicar para los fines con que fueron prescritas y deberán estar relacionadas directamente con la necesidad específica de la que dependen.

23. Los Estados partes deberían adoptar medidas eficaces de protección contra los ataques destinados a acallar a quienes ejerzan su derecho a la libertad de expresión. No se puede hacer valer el párrafo 3 como justificación para silenciar a los defensores de la democracia pluripartidista, los principios democráticos y los derechos humanos. Tampoco pueden ser compatibles con el artículo 19, en circunstancia alguna, los atentados contra una persona, con inclusión de formas tales como la detención arbitraria, la tortura, las amenazas de muerte y el asesinato. [...] Todos esos atentados deben ser objeto de una activa y puntual investigación, sus autores deben ser sometidos a juicio y debe ofrecerse una reparación adecuada a las víctimas o, cuando estas hayan perdido la vida, a sus representantes.

En cuanto al principio de legalidad explicó que no se refiere únicamente al rango de la norma necesario para poder establecer límites a la libertad de expresión, sino que también abarca cómo debe de ser redactada. La ley ha de ser clara y precisa para que todos podamos conocer *ex ante* qué comportamientos son «correctos» y cuales no (vide § 24 a 26):

24. Las restricciones deben estar previstas en la ley. Por "ley" se puede entender las normas relativas a la inmunidad parlamentaria y al desacato a los tribunales. Habida cuenta de que cualquier restricción a la libertad de expresión constituye una grave vulneración de los derechos humanos, no es compatible con el Pacto que una restricción esté consagrada en el derecho tradicional, religioso u otras normas consuetudinarias análogas.

25. A efectos del párrafo 3, para ser calificada de "ley", la norma debe estar formulada con precisión suficiente para que una persona pueda regular su comportamiento de conformidad con ella, y

hacerse accesible al público. Las leyes no pueden conferir a los encargados de su aplicación una discrecionalidad sin trabas para restringir la libertad de expresión. Las leyes deben proporcionar suficientes orientaciones a los encargados de su ejecución para que puedan distinguir cuáles expresiones pueden restringirse correctamente y cuáles no.

[...] Las leyes no deben vulnerar las disposiciones del Pacto relativas a la no discriminación ni establecer penas que sean incompatibles con el Pacto, como los castigos corporales.[...]

La finalidad de las restricciones debe de ser legítima. Para ello la ley únicamente puede establecer limitaciones en los supuestos previstos en el artículo 19 del PIDCP. El CCPR analizó pormenorizadamente qué ha de entenderse en cada uno de ellos (*vide* § 28 a 32). En primer lugar, estudió el límite al respeto de los derechos o la reputación de los demás. El CCPR especificó que por «derechos» habrán de entenderse los reconocidos en el propio PIDCP y «los demás» comprende tanto a personas individuales como a colectivos.

28.La primera de las razones legítimas para introducir una restricción que se enumeran en el párrafo 3 se refiere al respeto de los derechos o la reputación de los demás. El término "derechos" comprende los derechos humanos reconocidos en el Pacto y, más en general, en la normativa internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, puede ser legítimo restringir la libertad de expresión para proteger el derecho de voto amparado por el artículo 25, así como los derechos enunciados en el artículo 17 (véase el párrafo 37). Estas restricciones deben interpretarse con cuidado: si bien puede ser permisible proteger a los votantes de formas de expresión que constituyan intimidación o coerción, estas restricciones no deben obstaculizar el debate político, incluidos, por ejemplo, los llamamientos a boicotear una elección en que el voto no es obligatorio. La expresión "los demás" puede referirse a otras personas a título individual o como miembros de una comunidad, por ejemplo a una comunidad definida por su fe religiosa o a un grupo étnico.

En segundo lugar, en cuanto a la «seguridad nacional» el CCPR se ha pronunciado en el sentido de advertir que no puede servir como excusa para eliminar información de interés público que no la perjudica, ni para perseguir penalmente a periodistas o defensores de derechos humanos. El motivo de la seguridad nacional no puede servir para censurar con amplitud informaciones que afectan a otros sectores de la sociedad sin menoscabar la seguridad nacional.

30.Los Estados partes deben procurar con el mayor cuidado que las leyes sobre traición y las disposiciones similares que se refieren a la seguridad nacional, tanto si se califican de leyes sobre secretos de Estado o sobre sedición, o de otra manera, estén redactadas y se apliquen de conformidad con las condiciones estrictas del párrafo 3. No es compatible con el párrafo 3, por ejemplo, hacer valer esas leyes para suprimir información de interés público legítimo que no perjudica a la seguridad nacional, o impedir al público el acceso a esta información, o para procesar a periodistas, investigadores, ecologistas, defensores de los derechos humanos u otros por haber difundido esa información. Tampoco procede, en general, incluir en el ámbito de estas leyes categorías de información tales como las que se refieren al sector comercial, la banca y el progreso científico. El Comité ha determinado en un caso que una declaración en apoyo de una disputa laboral, aunque fuera para convocar una huelga nacional, no estaba autorizada por razones de seguridad nacional.

En tercer lugar, en lo que se refiere al «orden público» puede tener sentido una limitación en determinadas circunstancias cuando se trata de emplear un espacio público para expresarse.

31. Por razones de mantenimiento del orden público, en ciertas circunstancias podría ser permisible, por ejemplo, regular el derecho a pronunciar un discurso en un determinado lugar público. Las razones de orden público pueden ser los criterios de referencia para determinar si las formas de expresión son constitutivas de desacato al tribunal. Para cumplir lo dispuesto en el párrafo 3, estos procedimientos y la sanción que se imponga deberán estar justificados por el ejercicio de las facultades del tribunal para mantener el orden del procedimiento. El procedimiento no debe servir de ningún modo para restringir el ejercicio legítimo de los derechos de la defensa.

En cuarto lugar, por «moral» debe englobarse un sentido universal, sin que se discriminen unas tradiciones respecto de otras.

32. Como señaló el Comité en su Observación general N° 22, "el concepto de moral se deriva de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas; por consiguiente, las limitaciones impuestas con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición". Estas limitaciones han de entenderse en el contexto de la universalidad de los derechos humanos y el principio de no discriminación.

Respecto del principio de necesidad está íntimamente relacionado con el principio de proporcionalidad. El CCPR estableció que cuando sea preciso establecer una limitación ésta no debe de ser excesivamente amplia. He ahí el *quid* de la cuestión de la proporcionalidad, podrá establecerse una restricción cuando proceda conforme lo expuesto *supra*, pero la limitación deberá ser mínima, la estrictamente imprescindible para estar justificada.

En cuanto al principio de proporcionalidad *stricto sensu* el CCPR estableció que debe de existir una ponderación entre la amenaza a la libertad de expresión y la medida escogida para protegerla. Asimismo el CCPR explicitó que el principio de proporcionalidad debe aplicarse tanto en ley que fije las limitaciones como en la aplicación de la misma. Para ello habrá de valorarse por un lado la naturaleza de la amenaza, que sea directa e inmediata, su forma de divulgación y a quién se dirige; y, de otro lado, que la medida sea equilibrada (*vide* § 33-34 y 35-36, respectivamente):

[...] Las restricciones no deben ser excesivamente amplias. En su Observación general N° 27, el Comité señaló que "las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse... El principio de proporcionalidad debe respetarse no solo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen". El principio de proporcionalidad también debe tener en cuenta la forma de expresión de que se trate así como los medios por los que se difunda. Por ejemplo, el Pacto atribuye una gran importancia a la expresión sin inhibiciones en el debate público sobre figuras del ámbito público y político en una sociedad democrática.

[...] Cuando un Estado parte haga valer una razón legítima para restringir la libertad de expresión, deberá demostrar en forma concreta e individualizada la naturaleza precisa de la amenaza y la necesidad y la proporcionalidad de la medida concreta que se haya adoptado, en particular estableciendo una conexión directa e inmediata entre la expresión y la amenaza [...]

En sexto lugar, la CCPR profundizó sus consideraciones y descendió a los casos concretos en los que pueden generarse más dudas y conflictos a la hora de resolverlos en atención a sus particulares circunstancias (*vide* § 37 a 49). En lo que se refiere al delito de odio como límite a la libertad de expresión, resulta de interés destacar sus consideraciones sobre las críticas a instituciones o las leyes de difamación.

Respecto de los «destinatarios» del mensaje emanado del ejercicio de la libertad de expresión el CCPR ha subrayado que debe prevalecer la libertad de expresión en el caso de críticas políticas a personajes de relevancia pública o instituciones del Estado. Ello por cuanto el CCPR entendió que en dichos supuestos no concurre el principio de necesidad para justificar una limitación.

[...] todas las figuras públicas, incluso las que ejercen los cargos políticos de mayor importancia, como los Jefes de Estado o de Gobierno, pueden ser objeto legítimo de críticas y oposición política. En consecuencia, el Comité ha expresado su preocupación en relación con leyes sobre cuestiones tales como la lèse majesté, el desacato, la falta de respeto por la autoridad, la falta de respeto por las banderas y los símbolos, la difamación del Jefe de Estado y la protección del honor de los funcionarios públicos. Las leyes no deben establecer penas más severas según cual sea la persona criticada. Los Estados partes no deben prohibir la crítica de las instituciones, como el ejército o la administración [...]

42. Sancionar a un medio de difusión, a un propietario de un medio o a un periodista por el solo hecho de criticar al gobierno o al sistema sociopolítico al que este se adhiere no puede considerarse nunca una restricción necesaria de la libertad de expresión.

43. Toda limitación al funcionamiento de los sitios web, los blogs u otros sistemas de difusión de información en Internet, electrónicos o similares, incluidos los sistemas de apoyo a estas comunicaciones, como los proveedores de servicios de Internet o los motores de búsqueda, solo serán admisibles en la medida en que sean compatibles con el párrafo 3. Las restricciones permisibles se deben referir en general a un contenido concreto; las prohibiciones genéricas del funcionamiento de ciertos sitios y sistemas no son compatibles con el párrafo 3. Tampoco es compatible con el párrafo 3 prohibir que un sitio o un sistema de difusión de la información publique material por el mero hecho de que ese material pueda contener críticas al gobierno o al sistema político al que este se adhiere.

Respecto a las leyes de difamación, el CCPR pone especial cuidado que se ha de tener para no utilizarlas como mecanismo de ataque a la libertad de expresión. Para ello contempló dos medidas, en primer lugar, la necesidad de incluir la *exceptio veritatis* en el caso de que se refirieran a hechos susceptibles de verificarse. En segundo lugar, cuando no fueran contenidos contrastables, pero afectaran al interés público, no se deberían castigar si fueron emitidos por error y sin mala

intención. Pese a lo cual el CCPR se mostró más proclive a la despenalización de este tipo de conductas.

47. Las leyes sobre difamación deben redactarse con cuidado para asegurarse de que cumplan lo dispuesto en el párrafo 3 y no sirvan en la práctica para atentar contra la libertad de expresión. Todas las leyes de esta índole, y en particular las leyes penales relativas a la difamación, deberían incluir medios de defensa tales como la prueba de la verdad y no aplicarse a las formas de expresión que, por su naturaleza, no estén sujetas a verificación. Al menos en lo que atañe a los comentarios sobre figuras públicas, habría que considerar la posibilidad de no sancionar las declaraciones que no fueran verídicas pero se hubieran publicado por error y no con mala intención. Sea como fuere, un interés público en el objeto de las críticas debería poder alegarse como defensa. Los Estados partes deberían tener cuidado de no imponer sanciones excesivamente punitivas. [...] Los Estados partes deberían considerar la posibilidad de despenalizar la difamación y, en todo caso, la normativa penal solo debería aplicarse en los casos más graves, y la pena de prisión no es nunca adecuada. No es permisible que un Estado parte acuse a alguien por el delito de difamación, pero no lo someta luego a juicio en forma expedita; esa práctica tiene un efecto disuasivo que puede restringir indebidamente el ejercicio de la libertad de expresión.

En cuanto a las críticas contra la religión o sistemas de creencia el CCPR consideró que su prohibición no era compatible con el PIDCP. El razonamiento de base descansa en que cualquier penalización de los ataques contra una religión o sistema de creencias concreto supone discriminar a unas por encima de otras.

48. La prohibición de las demostraciones de falta de respeto por una religión u otro sistema de creencias, incluidas las leyes sobre la blasfemia, es incompatible con el Pacto, excepto en las circunstancias previstas explícitamente en el párrafo 2 de su artículo 20. Estas prohibiciones deben ajustarse además a las condiciones estrictas del párrafo 3 del artículo 19, así como a los artículos 2, 5, 17, 18 y 26. Por ejemplo, no sería admisible que esas leyes discriminasen en favor o en contra de uno o varias religiones o sistemas de creencias, o en favor o en contra de sus seguidores, o bien en favor de los creyentes de una determinada religión con respecto a los no creyentes. Tampoco sería admisible que estas prohibiciones se utilizaran para impedir o sancionar las críticas contra dirigentes religiosos o los comentarios sobre la doctrina religiosa o el dogma.

Finalmente, en lo que afecta a la libertad de expresión en relación a hechos históricos el CCPR valoró que no deben imponerse sanciones respecto de opiniones erróneas en relación a acontecimientos del pasado.

49. Las leyes que penalizan la expresión de opiniones sobre hechos históricos son incompatibles con las obligaciones que el Pacto impone a los Estados partes en lo tocante al respeto de las libertades de opinión y expresión. El Pacto no autoriza las prohibiciones penales de la expresión de opiniones erróneas o interpretaciones incorrectas de acontecimientos pasados. No deben imponerse nunca restricciones al derecho a la libertad de opinión y, en cuanto a la libertad de expresión, las restricciones no deberían exceder de lo autorizado en el párrafo 3, o de lo prescrito en el artículo 20.

Por último, el CCPR fijó la relación entre los artículos 19 y 20 del PIDCP (vide § 37 a 49). Ambos son compatibles entre sí, el artículo 20 contempla los supuestos más graves y debe

cumplir los requisitos del artículo 19 (que acabamos de exponer *supra*). Pero la medida a establecer en los supuestos del artículo 20 es meridianamente clara, la prohibición.

50. *Los artículos 19 y 20 son compatibles entre sí y se complementan. Los actos a que se refiere el artículo 20 son de naturaleza tan extrema que quedarían todos sujetos a restricción con arreglo al párrafo 3 del artículo 19. Así pues, las limitaciones que se justifiquen por el artículo 20 tendrían también que cumplir el párrafo 3 del artículo 19.*

51. *El elemento que distingue los actos a que se refiere el artículo 20 de otros que también podrían ser objeto de restricción con arreglo al párrafo 3 del artículo 19 es que respecto de los primeros el Pacto indica la medida concreta que debe tomar el Estado, o sea, prohibirlos por ley. Solo en esta medida puede el artículo 20 ser considerado *lex specialis* con respecto al artículo 19.*

52. *Los Estados partes solo están obligados a promulgar prohibiciones legales con respecto a las formas concretas de expresión que indica el artículo 20. En todos los casos en que el Estado restringe la libertad de expresión, es necesario justificar las prohibiciones y poner sus disposiciones en estricta conformidad con el artículo 19.*

C. «Test de Rabat¹⁹» recogido en el anexo del Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/22/17/Add.4 de 11 de enero de 2013 en relación a la DUDH.

El informe parte de la dificultad de conciliar la libertad de expresión con la prohibición de incitación al odio (*vide* § 9). Se reconoció que el artículo 19 del PIDCP contiene una serie de orientaciones para la evaluación de la legitimidad de las restricciones a la libertad de expresión. Sin embargo, se consideró que éstas no eran suficientes para adaptarlas al «mundo real». El principal problema es que es esencial el contexto donde nace y se difunde el mensaje, «deben tenerse en cuenta las circunstancias individuales de cada caso, como las condiciones locales, la historia, las tensiones culturales y políticas (*Ibidem* § 10)».

Sentadas las anteriores dificultades el informe subrayó que se trata de proteger a las personas tanto individualmente como a las comunidades que formen. No se protegen sistemas de creencias o de religiones, que pueden ser legítimamente criticados. El único propósito de las restricciones a la libertad de expresión

es proteger a las personas y comunidades pertenecientes a grupos étnicos, nacionales o religiosos, que posean creencias u opiniones específicas, ya sean de naturaleza religiosa o de otro tipo, de la hostilidad, la discriminación o la violencia, en lugar de proteger los sistemas de creencias, religiones o instituciones

¹⁹ https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/SeminarRabat/Rabat_draft_outcome.pdf (consultado el 7-5-2020). En octubre de 2012, el ACNUDH convocó una reunión de expertos en Rabat (Marruecos) que dio lugar a la adopción del Plan de Acción de Rabat en el que se estudiaron los patrones legislativos, las prácticas judiciales y las políticas sobre la prohibición de la incitación al odio racial o religioso.

como tales de la crítica. El derecho a la libertad de expresión implica que debe ser posible examinar, debatir abiertamente y criticar los sistemas de creencias, las opiniones y las instituciones, incluidas las religiosas, siempre que esto no defienda el odio que incite a la violencia, la hostilidad o la discriminación contra un individuo o grupo de individuos (Ibidem § 11).

A partir de esa introducción el anexo propiamente dicho abordó el trabajo desarrollado. El eje del mismo giró en torno a la relación entre la libertad de expresión y el discurso del odio, especialmente respecto a las cuestiones religiosas.

En primer lugar, recordó que la incitación al odio está prohibida tanto en los artículos 19 y 20 del PIDCP como en el artículo 4 del ICERD. Ahora bien, las limitaciones a la libertad de expresión reconocidas en el PIDCP deben de cumplir los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad (*Ibidem* § 18).

Por legalidad se entiende no sólo que la restricción se establezca por ley, sino que además ha de hacerse de forma clara y precisa, sin ser excesivamente abierta. Además deben de perseguir una finalidad legítima como hemos explicado *supra* al analizar la Observación General 34 del Comité de Derechos Humanos. También ha de ser necesaria en el sentido de que no existan medidas menos restrictivas y, finalmente, proporcionada, el daño a la libertad de expresión causado por su limitación debe de ser menor al beneficio del interés protegido.

Como apoyo a su argumentación el anexo se remitió a los principios de Camden²⁰ en concreto al n° 11, a saber:

[...] *Los Estados no deberán imponer restricciones a la libertad de expresión que no se conformen con las normas expuestas en el Principio 2.2 y, en particular, las restricciones deberán estar previstas por la ley, servir para proteger los derechos o las reputaciones de otras personas, la seguridad nacional o el orden público, o la salud o la moralidad pública, y ser necesarias en una sociedad democrática para proteger estos intereses. Esto significa, entre otras cosas, que las restricciones:*

- i. Sean clara y estrechamente definidas y que respondan a una necesidad social apremiante.*
- ii. Sean la medida disponible menos intrusiva, en el sentido que no hay otra medida que fuera efectiva pero al mismo tiempo la menos restrictiva de la libertad de expresión.*
- iii. No sean demasiado amplias, en el sentido que no restrinjan el discurso de una manera extensa o sin límites, ni vayan más allá de lo que constituye el discurso dañino para excluir el discurso legítimo.*
- iv. Sean proporcionadas en el sentido que el beneficio para el interés protegido supera el daño a la libertad de expresión, incluso respecto a las sanciones que autorizan [...].*

²⁰ VV.AA: “Los Principios de Camden Sobre La Libertad de Expresión y la Igualdad”, *Article 19*, Londres, 2009. <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2009/04/Camden-Principles-SPANISH-web.pdf> (consultado el 10-5-2020). El artículo se basó en la consulta a diferentes expertos miembros de varias organizaciones internacionales cuyos datos constan en el apéndice A (*vide* el artículo *in fine*).

En segundo lugar, en lo que se refiere a la libertad de religión o de creencia recordó que conforme a los estándares internacionales no se incluye el derecho a que la religión o creencia propios no sea objeto de crítica o de burla. En este sentido, considera que las leyes contra la blasfemia son contraproducentes porque censuran el diálogo y, en ocasiones, son utilizadas para perseguir las religiones o creencias minoritarias o disidentes (*vide* § 19 del apéndice del «Test de Rabat»).

En tercer lugar, se estableció un «test» compuesto por seis factores para determinar cuándo nos encontramos ante un «discurso de odio» del artículo 20 del PIDCP constitutivo de infracción penal (lo que será el único recurso y sólo cuando esté debidamente justificado, *ibidem* § 34). Se tratará de los supuestos más graves que buscan causar daño. Constituyen una guía muy importante para llevar al «mundo real» las limitaciones a la libertad de expresión en los «delitos de odio».

Dichos factores son el contexto, el orador, la intención, el contenido y forma del mensaje, la extensión del acto del habla, y la probabilidad de lograr la incitación a la violencia (*Ibidem* § 29):

[...] (a) Contexto: El contexto es de gran importancia a la hora de evaluar si es probable que determinadas declaraciones inciten a la discriminación, la hostilidad o la violencia contra el grupo objetivo, y puede tener una incidencia directa tanto en la intención como en la causalidad. El análisis del contexto debe colocar el acto del habla dentro del contexto social y político prevalente en el momento en que se hizo y difundió el discurso;

(b) Orador: Debe considerarse la posición o el estatus del orador en la sociedad, específicamente la posición de la persona u organización en el contexto de la audiencia a la que se dirige el discurso;

(c) Intención: El artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos anticipa la intención. La negligencia y la imprudencia no son suficientes para que un acto sea un delito en virtud del artículo 20 del Pacto, ya que este artículo prevé la "promoción" y la "incitación" en lugar de la mera distribución o circulación de material. En este sentido, requiere la activación de una relación triangular entre el objeto y el sujeto del acto del habla, así como la audiencia.

(d) Contenido y forma: El contenido del discurso constituye uno de los focos clave de las deliberaciones del tribunal y es un elemento crítico de la incitación. El análisis del contenido puede incluir el grado en que el discurso fue provocativo y directo, así como la forma, el estilo, la naturaleza de los argumentos desplegados en el discurso o el equilibrio entre los argumentos desplegados;

(e) Extensión del acto del habla: La extensión incluye elementos tales como el alcance del acto del habla, su naturaleza pública, su magnitud y tamaño de su audiencia. Otros elementos a considerar incluyen si el discurso es público, qué medios de difusión se utilizan, por ejemplo, por un solo folleto o difusión en los medios de comunicación convencionales o a través de Internet, la frecuencia, la cantidad y el alcance de las comunicaciones, si el público tenía los medios para actuar sobre la incitación, si la declaración (o el trabajo) se distribuye en un entorno restringido o es ampliamente accesible al público en general;

(f) Probabilidad, incluida la inminencia: La incitación, por definición, es un delito incipiente. La acción propugnada a través del discurso de incitación no tiene que ser cometida para que dicho discurso sea un delito. No obstante, debe identificarse cierto grado de riesgo de daño. Esto significa que los tribunales

tendrán que determinar que existía una probabilidad razonable de que el discurso lograra incitar a la acción real contra el grupo objetivo, reconociendo que esa causalidad debería ser bastante directa.

D. La «Declaración de Beirut» del Consejo de Derechos Humanos A/HRC/40/58 de 5 de marzo de 2019²¹

2.3. SÍNTESIS DE LA DOCTRINA DE LAS NACIONES UNIDAS RESPECTO AL ODIO COMO LÍMITE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Todos los seres humanos nacemos libres e iguales. La dignidad como seres humanos debe de ser respetada por todos nosotros conforme al artículo 1 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*. De igual modo todos los seres humanos tenemos el derecho a la libertad de expresión conforme al artículo 19.

La libertad de expresión es esencial para desarrollarse como persona, tener una sociedad democrática y poder ejercitar otros derechos y libertades. La libertad de expresión consiste tanto en buscar y recibir como en difundir ideas de todo tipo. La libertad de expresión puede manifestarse de todas las maneras posibles, tanto por escrito, como oralmente, de manera artística, y a través de los medios de difusión, ya sean convencionales, ya estén basados en las nuevas tecnologías²².

Ahora bien, la libertad de expresión tiene unos límites igualmente universales que están recogidos en los artículos 19 y 20 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*:

[...] (la libertad de expresión) puede estar sujet(a) a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesaria 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.*

Artículo 20.

- 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.*

²¹ <https://undocs.org/A/HRC/40/58> (consultado el 9-5-2020)

²² Comité de Derechos Humanos, Observación General 34, CCPR/C/GC/34, Ginebra, 11 a 29 de julio de 2011 en relación al PIDCP.

Dichos límites, tanto los del artículo 19 como los del 20, deben de cumplir los mismos requisitos para su imposición, como son respetar los principios de legalidad, finalidad legítima, necesidad y proporcionalidad²³. Así, en primer lugar, el principio de legalidad, no se refiere únicamente al rango de la norma necesario para poder establecer límites a la libertad de expresión, sino que también abarca cómo debe de ser redactada. La ley ha de ser clara y precisa, sin ser excesivamente abierta, para que todos podamos conocer *ex ante* qué comportamientos son «correctos» y cuáles no.

En segundo lugar, la finalidad de las restricciones debe de ser legítima. Para ello la ley únicamente puede establecer limitaciones en los supuestos expresa y taxativamente previstos en los artículos 19 y 20 del PIDCP. Así dichos objetivos justificados en relación al artículo 19 son:

a) El «respeto a los derechos o la reputación de los demás» comprende tanto a personas individuales como a colectivos. Por «derechos» habrán de entenderse todos los derechos humanos comprendidos en la normativa internacional.

b) En cuanto a la «seguridad nacional» como objetivo legítimo no puede servir como excusa para eliminar o censurar información de interés público que no la perjudica, ni para perseguir penalmente a periodistas o defensores de derechos humanos.

c) En lo que se refiere al «orden público» o «la salud» puede tener sentido una limitación en determinadas circunstancias cuando se trata de emplear un espacio público para expresarse.

d) En cuarto lugar, por «moral» debe englobarse un sentido universal, sin que se discriminen unas tradiciones respecto de otras.

En tercer lugar, respecto de los principios de necesidad y de proporcionalidad es claro que están íntimamente relacionados. En atención al principio de proporcionalidad el daño a la libertad de expresión causado por su limitación debe de ser menor al beneficio del interés protegido. Podrá establecerse una restricción cuando proceda conforme lo expuesto *supra*, pero la limitación deberá ser mínima, la estrictamente imprescindible para estar justificada. El principio de proporcionalidad debe aplicarse tanto en ley que fije las limitaciones como en la aplicación de la

²³ *Ibidem*. También se hace referencia a estos principios en el «Test de Rabat», A/HRC/22/17/Add.4 de 11 de enero de 2013 en relación a la DUDH y en «Los Principios de Camden Sobre La Libertad de Expresión y la Igualdad».

misma. Para ello habrá de valorarse por un lado la naturaleza de la amenaza, que sea directa e inmediata, su forma de divulgación y a quién se dirige; y, de otro lado, que la medida sea equilibrada.

Por su parte el artículo 20 del PIDCP contempla los supuestos más graves, lo que no le exonera de cumplir los principios que acabamos de exponer *supra*. La diferencia sustancial entre las restricciones del artículo 19 y las del 20 es que en los supuestos del 19 en ningún caso una limitación de la libertad de expresión puede llegar a suprimirla; es decir, una limitación-restricción nunca puede suponer una «eliminación-destrucción». Sin embargo, para los casos del artículo 20 la medida a establecer es meridianamente clara, su prohibición por ley.

Por tanto los límites más «duros» o si se quiere estrictos están previstos para los casos recogidos en el artículo 20 del PIDCP. Dentro de los cuales la prohibición de la apología del «odio racial» es muy relevante. De hecho, goza de una protección especial en la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* la cual engloba «cuatro categorías de comportamiento indebido»:

- i) *la difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial;*
- ii) *la incitación al odio racial;*
- iii) *los actos de violencia contra cualquier raza o grupo de personas de otro color y origen étnico;*
- y iv) *la incitación a cometer tales actos.*

Dichas prohibiciones son compatibles con los artículos 19 y 20 del PIDCP²⁴.

Junto a ese «núcleo duro» tenemos materias, temáticas, sobre las que puede versar la libertad de expresión, que son más «blandas», menos estrictas y, por tanto, menos susceptibles de verse restringidas o limitadas²⁵. En relación al discurso del odio, es importante destacar que:

Se deben de evitar las «leyes de difamación» para que no sean empleadas como mecanismo de ataque a la libertad de expresión. Para el caso de

a) Respecto de los «destinatarios» del mensaje emanado del ejercicio de la libertad de expresión debe prevalecer ésta en el caso de críticas políticas a personajes de relevancia pública o instituciones del Estado.

²⁴ Recomendación general N° 15 relativa al artículo 4 de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial del CERD en 1993.

²⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación General 34, CCPR/C/GC/34, Ginebra, 11 a 29 de julio de 2011 en relación al PIDCP.

b) que tales leyes existan deben de contar con dos mecanismos de protección de la libertad de expresión. En primer lugar, la necesidad de incluir la *exceptio veritatis* en el caso de que se refirieran a hechos susceptibles de verificarse. En segundo lugar, cuando no fueran contenidos contrastables, pero afectaran al interés público, no se deberían castigar si fueron emitidos por error y sin mala intención. En ningún caso deberían tener carácter penal y si lo tienen debería reservarse para los casos más graves y no llevar aparejada la pena de prisión.

c) En cuanto a la prohibición de hacer críticas contra la religión o sistemas de creencias, incluidas las «leyes sobre la blasfemia», no es compatible con el PIDCP²⁶. El razonamiento de base descansa en que cualquier penalización de los ataques contra una religión o sistema de creencias concreto supone discriminar a unas por encima de otras. No existe un derecho a que la religión o creencia propios no sea objeto de crítica o de burla. En este sentido, las «leyes contra la blasfemia» son contraproducentes porque censuran el diálogo, y, en ocasiones, son utilizadas para perseguir las religiones o creencias minoritarias o disidentes. Se trata de proteger a las personas tanto individualmente como a las comunidades que formen. No se protegen sistemas de creencias o de religiones, que pueden ser legítimamente criticados²⁷.

d) Finalmente, en lo que afecta a la libertad de expresión en relación a hechos históricos no deben imponerse sanciones respecto de opiniones erróneas o incorrectas en relación a acontecimientos del pasado.

Para concluir, cuando en el «mundo real» se produzca una colisión entre la libertad de expresión y el discurso del odio, habremos de hacer una ponderación para determinar qué bien jurídico debe de prevalecer. Para ello contamos con unos «factores de evaluación²⁸» que son:

a) Contexto, que comprenderá las circunstancias sociales y políticas del momento en que se ejerció la libertad de expresión.

b) Orador, es importante conocer su posición en la sociedad y en particular en relación a los destinatarios de su mensaje.

²⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación General 34, CCPR/C/GC/34, Ginebra, 11 a 29 de julio de 2011 en relación al PIDCP.

²⁷ «Test de Rabat» recogido en el anexo del Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/22/17/Add.4 de 11 de enero de 2013 en relación a la DUDH.

²⁸ *Ibidem*.

c) Intencionalidad por parte del emisor de, a través de su mensaje, provocar una reacción en la audiencia a la que se dirige.

d) Contenido y forma del mensaje (estilo del discurso), debe de ser directo, provocador.

e) Extensión del acto tanto en el tiempo como en el espacio, y número de personas a las que llega el mensaje. No será lo mismo si se hace ante un público determinado que si se utilizan canales de comunicación tradicionales o de la sociedad de la información, con mayor alcance e indeterminación de todas las personas a las que pueda llegar.

f) Probabilidad de que provoque una reacción en el público. Tiene que existir una relación causal directa de riesgo de daño.

3. EL ODIO COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH)

El Consejo de Europa²⁹ fue creado por el Tratado de Londres, el 5 de mayo de 1949, y está formado por 47 Estados. España es parte desde el 24 de noviembre de 1977³⁰. En el seno del Consejo de Europa se firmó el *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en adelante CEDH).

Dicho convenio, piedra angular de la defensa de los derechos humanos en Europa, fue ratificado por España mediante el *Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los *Protocolos adicionales* números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente³¹.

En el preámbulo establece el pleno reconocimiento de la dignidad inherente a todos los seres humanos y en su articulado establece el derecho a la libertad de expresión y la prohibición del abuso de derecho:

Artículo 10.

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*

Artículo 17.

Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique 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.

²⁹ La web oficial es: <https://www.coe.int/en/web/portal/home/> (consultado el 9-11-19).

³⁰ <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/ConsejoDeEuropa/Paginas/HistoriaActividadConsejoEuropa.aspx> (consultado el 9-11-19).

³¹ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010> (consultado el 9-11-19).

El Consejo de Europa nació tras la Segunda Guerra Mundial. El Holocausto marcó la andadura para consolidar los Derechos Humanos y evitar que las atrocidades vividas puedan volver a suceder. Este hecho histórico es el que marca la diferencia con los Estados Unidos en materia de libertad de expresión. De hecho, la libertad había permitido en el período de entreguerras el acceso al poder de fuerzas antidemocráticas y Europa se plantea la necesidad de restringir esa libertad a los «enemigos de la democracia» como mecanismos de autodefensa de la propia democracia.

Es esta la razón histórica por la que en este continente se adopta una mirada más proteccionista, más vigilante y desconfiada de la «bondad humana». No es aceptable que semejantes hechos se nieguen y mucho menos que se pueda preparar un caldo de cultivo tal que permita reproducir las condiciones que favorecieron la fatalidad.

Por este motivo y desde esta perspectiva histórica, el modelo europeo es «una democracia en combate con los enemigos de la democracia y que, tomando decidida postura, priva de las garantías que ofrecen los derechos fundamentales a quienes se sirven de ellas para negarlas a los demás y, por ende, para subvertir el propio sistema democrático»³².

En el seno del Consejo de Europa, como máximo garante de los derechos humanos, contamos con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³³ (en adelante TEDH).

El TEDH se constituyó en enero de 1959 y su primera sesión se celebró en el mes de febrero del mismo año. El tribunal tiene su sede en Estrasburgo y vela por el respeto de los derechos humanos. Su jurisdicción abarca a unos 800 millones de europeos pertenecientes a los 47 Estados que han ratificado la Convención de Derechos Humanos³⁴.

Tal y como advierte VALERO HEREDIA, el TEDH, a diferencia de la Corte Suprema de EE.UU, entiende que «el criterio de la incitación es irrelevante. Y rechaza la doctrina del *clear and present danger* norteamericana para defender que las expresiones contrarias a la igualdad y a la dignidad de los grupos minoritarios tradicionalmente discriminados son, en sí mismas, constitutivas del discurso del odio sin que sea necesaria una incitación directa a la violencia contra estos³⁵».

³² ALCÁZER GUIRAO, Rafael: “Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE. UU. y Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 103, 2015, 48. Como indica este autor, *la cláusula de abuso de derecho establecida el artículo 17 CEDH, [...] ha sido empleada con profusión por el TEDH para excluir de la protección de la libertad de expresión a distintas manifestaciones del discurso del odio.*

³³ <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home> (consultado el 30-11-19).

³⁴ https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/doc_info&c (consultado el 30-11-19).

³⁵ VALERO HEREDIA, Ana: “Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 2017, p. 331.

En la misma línea se pronuncia PRESNO LINERA:

*a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos, en Europa, con carácter general, no hace falta que concurra incitación a la violencia en las expresiones de odio hacia grupos vulnerables. En estos casos o bien se entiende que ha habido abuso del derecho ex artículo 17 CEDH o que, directamente, se trata de conductas expresivas no amparadas por el artículo 10 CEDH. Fuera de estas expresiones de hostilidad hacia los grupos vulnerables, la represión de discurso del odio exigiría una incitación, directa o indirecta, a la violencia motivada por la aversión hacia las personas contra las que se dirige.*³⁶.

3.1. JURISPRUDENCIA DEL TEDH

El TEDH está compuesto por 47 jueces nacionales de cada estado miembro, que son elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa entre 3 aspirantes propuestos por cada Estado miembro. Son nombrados por un período de nueve años y no pueden ser reelegidos³⁷. Su composición y funcionamiento está recogida en los arts. 19 y ss. del CEDH³⁸.

El TEDH actúa conforme al sistema del «case-law», o sistema del precedente que recuerda al sistema del «common-law», seguido en el mundo anglosajón, y en EEUU. De hecho, es una manera de aglutinar y facilitar la convivencia de los estados miembros: La gran diversidad social, cultural, y de los ordenamientos jurídicos internos, que integran el CE, hace necesaria una interpretación uniforme que garantice la seguridad jurídica, lo que se logra en base a los precedentes que se van resolviendo. Ello sin perjuicio de las adaptaciones que se deban de hacer para amoldarse a las nuevas situaciones.

El procedimiento establecido para resolver las demandas está recogido en los arts. 26 y ss. del CEDH³⁹.

La estructura de las sentencias es siempre la misma: se recogen los antecedentes del caso, las alegaciones del demandante, las del Estado miembro, se expone el derecho interno y a partir de ahí comienza la valoración⁴⁰.

³⁶ PRESNO LINERA, Miguel Ángel: “El discurso del odio contra las minorías sexuales: respuestas penales y administrativas”. *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*. MATIA PORTILLA, Francisco Javier (dir.), ELVIRA PERALES, ASCENSIÓN (dir.) y, ARROYO GIL, Antonio (dir.), Tirant lo Blanch: Ministerio de Economía, Industria y Competitividad : Universidad de Valladolid, Instituto de Estudios Europeos, 2019, p. 287.

³⁷ <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/judges&c=> (consultado el 10-11-19).

³⁸ https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf (consultado el 10-11-19).

³⁹ https://www.echr.coe.int/Documents/Case_processing_SPA.pdf (consultado el 10-11-19). La propia web recoge un esquema de la «vida» del procedimiento en diferentes idiomas.

⁴⁰ Como apunta PRESNO LINERA, el TEDH no está vinculado por las alegaciones de los tribunales nacionales, sino que su valoración es en conjunto —lo que significa que puede considerar hechos que no fueron tenidos en cuenta por el Estado miembro—:

En concreto, para realizar la valoración respecto a si hay o no una vulneración de la libertad de expresión, el TEDH aprecia si hay razones para una injerencia, si son relevantes y suficientes para justificar la injerencia, las circunstancias del caso concreto y la proporcionalidad de las medidas adoptadas⁴¹.

Ese «triple test» también es conocido por la doctrina como «el test de Estrasburgo». El mismo se puede desglosar en las siguientes fases de análisis: la «Necesidad de la injerencia»⁴², la «Proporcionalidad» y «La doctrina del margen de apreciación»⁴³.

Como veremos, no es una tarea fácil, puesto que el contexto es muy importante⁴⁴. Se debe analizar el «status» del demandante, el del «ofendido» por sus expresiones, qué se dijo, cómo se dijo, con qué intención, y qué difusión tuvo. De suerte que «(e)stablecer los límites entre el terrorismo de la palabra y la libertad de expresión no resulta fácil, ni jurídica, ni éticamente»⁴⁵.

Analizaremos en primer lugar las sentencias relativas a España y, en segundo lugar, otras que afectan a diferentes países. Estudiaremos brevemente las circunstancias del caso y las bases de la decisión del TEDH, conforme a los parámetros que acabamos de citar.

3.2.- SENTENCIAS CONTRA ESPAÑA⁴⁶

[...] le corresponde al TEDH enjuiciar si la restricción impuesta por parte del Estado es compatible con el Convenio; esto es, si está prevista por la ley, si persigue alguno de los fines enunciados por el apartado segundo y si, finalmente, es una medida "necesaria en una sociedad democrática. Al efectuar ese control, el Tribunal no se limita a los razonamientos empleados por las resoluciones judiciales nacionales sino que valora el conjunto del caso, pudiendo apreciar como relevantes hechos o circunstancias no tenidas en cuenta en la vía jurisdiccional nacional.

Vide PRESNO LINERA, Miguel Ángel: "La libertad de expresión según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos" *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. 70, n° 276, 2, 2020, p. 464.

⁴¹ BRIONES MARTÍNEZ, Irene María: *El delito de odio por razón de religión y de creencias, la educación en la religión contra el terrorismo de la palabra y de la violencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 182.

⁴² SERRANO MAÍLLO, Isabel: "El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: dos casos españoles", *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n° 28, 2011, p. 583.

⁴³ *Ibidem*, p. 584.

⁴⁴ "(L)a similitud de supuestos se da en territorios con una cultura jurídica y unas tradiciones que no son uniformes". *Vid.* BRIONES MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 268.

⁴⁵ BRIONES MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 72.

⁴⁶ La web del Ministerio de Justicia recoge el enlace a la base de datos oficial del TEDH ([https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\]}\)](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\) y además ordena, resume y facilita el acceso a las sentencias en las que España ha sido demandada: <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/tribunal-europeo-derechos/jurisprudencia-tedh/asuntos-espana-sido-parte> (consultado el 10-11-19).

A. STEDH (Sección 3ª) Asunto de Gutiérrez Suárez c. España (Demanda n° 16023/07), de 1 de junio de 2010⁴⁷.

El TEDH condenó a España (con un voto particular), pero consideró que, como el demandante no presentó solicitud de satisfacción equitativa en los plazos definitivos requeridos, no había motivo para concederle suma alguna por este concepto.

Los hechos consistieron en:

El 18 de diciembre de 1995 el periódico de tirada nacional “Diario 16”, del que el demandante era director en el momento de los hechos, publicó, en primera página, una información relativa a la introducción en Algeciras de 4638 kilogramos de hachís, ocultos en el doble fondo de un camión de la sociedad “Domaines Royaux” que pertenece a la familia real alaouí, dedicado a la exportación de cítricos y frutas tropicales. El camión salido de Tánger tenía por destino el mercado central de Madrid. El artículo aparecía en primera página bajo el título “Una sociedad familiar de Hassan II implicada en tráfico de estupefacientes”. En la página 12 se publicaba un artículo más desarrollado bajo el título: “Cinco toneladas de hachís descubiertas en una carga de la empresa Hassan II”. En el texto del artículo se mencionaban los artículos publicados en “EL Mundo”, “Le Monde” y “Herald Tribune” que hacían referencia al tráfico de estupefacientes como principal fuente de divisas de Marruecos e implicaba a algunas personalidades políticas marroquíes próximas al monarca⁴⁸.

A nivel interno, tanto en primera instancia, como la AP de Madrid, así como el TS confirmaron que se produjo una injerencia ilegítima en el derecho fundamental al honor del rey Hassan II. Ello en base al art. 18 CE y a la Ley Orgánica n° 1/1982 del 5 de mayo de 1982, sobre la protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El *quid* del asunto giró en torno a la veracidad de la información facilitada por el medio de comunicación.

En primera instancia se consideró que la misma no era veraz, y que silenció que fueron ciudadanos españoles quienes habían organizado la operación de tráfico de estupefacientes en cuestión, sin que ninguno tuviera un vínculo con la sociedad «Domaines Royaux». Además el órgano a *quo* destacó que la noticia se divulgó meses después del hecho objeto de la misma, lo que hacía que no tuviese interés público.

⁴⁷https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427041882?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DSentencia_Guti%C3%A9rez_Su%C3%A9rez.pdf&blobheadervalue2=Docs_TEDH (consultado el 11-11-19).

⁴⁸ *Ibidem*.

La AP de Madrid, en la misma línea confirmó la condena ya que el recurrente no había contrastado con el resultado de las investigaciones realizadas por la Guardia Civil y el expediente del procedimiento penal.

Por su parte, el TS, consideró que el ataque al honor no estaba en la información dada sino en los titulares que «causaban en el lector medio la creencia que la familia real marroquí era cómplice en el tráfico ilegal de hachís»⁴⁹.

Finalmente, el TC inadmitió el recurso de amparo al entender que el recurrente no comprobó de manera adecuada el contenido de la información, que no puede darse por veraz. Y consideró que la protección constitucional de la información «no podía extenderse a titulares que, debido a su brevedad, tenían por objeto sembrar dudas en el público sobre la honorabilidad de las personas a las cuales se había hecho referencia en la información».

El TEDH antes de comenzar su razonamiento expuso una serie de principios generales en relación a la libertad de prensa.

En primer lugar, recordó que ésta desempeña un papel esencial en una sociedad democrática, actúa como un «perro guardián». Su función es la de difundir información e ideas de interés público, lo que se corresponde con el derecho que todos tenemos de recibirla. Ahora bien, recalcó que existen unos límites «que se encuentran, en particular, en la protección de la reputación y los derechos de terceros, así como en la necesidad de impedir la revelación de información confidencial».

En segundo lugar, analizó al sujeto de la noticia. Distinguió según se trate de un personaje público o particular, para trazar «los límites de la crítica admisible». El primero, el «hombre político», está sujeto a un mayor control periodístico, y, por tanto, debe ser más permisivo con las críticas que se le puedan hacer cuando se trate de cuestiones políticas, fuera de su vida privada. Por este motivo el TEDH argumentó que si bien la libertad de expresión tiene excepciones, éstas, en estos supuestos deben de interpretarse restrictivamente.

A partir de ahí, el TEDH verificó que la condena al periodista tuvo sustento legal, y entró a realizar el «triple test» o «test de Estrasburgo»⁵⁰:

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ «Necesidad de la injerencia», la «Proporcionalidad» y «La doctrina del margen de apreciación».

«Necesidad de la injerencia»: El TEDH distinguió entre difundir hechos (que pueden probarse) y juicios de valor (que cuanto menos deben apoyarse en una «base fáctica suficiente»). Recogió que, tanto el TS como el TC, centraron el contenido injurioso, constitutivo del ataque al honor, en el titular de la noticia, más que en el cuerpo que la desarrolla. Es a partir de este matiz donde empezó el fundamento de la condena a España por violación del art.10 CEDH.

En efecto, el TEDH, consideró que los titulares no dejan de ser un elemento de «técnica periodística» que busca el efecto de captar la atención del lector. Como tal, el TEDH estimó que no corresponde a los tribunales juzgar qué «táctica» deben emplear los periodistas, que pueden incluso acudir a la «exageración» e incluso a la «provocación». Ello por cuanto considera que se debe de leer conjuntamente tanto el titular como el contenido de la noticia.

En base a ello, concluyó que la injerencia en la libertad de expresión no era necesaria. Y a mayor abundamiento estimó que los hechos examinados no podían causar a la reputación de la persona un daño de importancia tal que justificase la injerencia.

B. STEDH (Sección 3ª) Asunto de Otegi Mondragon c. España (Solicitud nº 2034/07), de 15 de marzo de 2011⁵¹.

El TEDH condenó a España (por unanimidad) al pago de 20.000 € por daño moral.

Los hechos se remontan al año 2003:

[...] El 26 de febrero de 2003, el Presidente de la Comunidad autónoma del País Vasco recibió al Rey de España para participar en la inauguración de una central eléctrica en la provincia de Vizcaya. Durante una rueda de prensa celebrada el mismo día en San Sebastián, el demandante, como portavoz del grupo parlamentario Sozialista Abertzaleak, expuso la evaluación política hecha por su grupo de la situación del Diario Egunkaria. En respuesta a una cuestión planteada por un periodista, afirmó, refiriéndose a la visita del rey al País Vasco, que “esto [era] patético” y que era una “verdadera vergüenza política” que el Presidente del Gobierno vasco inaugurara el proyecto (...) con Juan Carlos de Borbón, indicando que “esta imagen valía más que mil de palabras”. Añadió que inaugurar un proyecto con el Rey de los Españoles, que era el jefe supremo último de la Guardia civil y el jefe supremo de las Fuerzas armadas españolas, era absolutamente lamentable. Con respecto a lo acontecido durante la operación policial contra el Diario Egunkaria, añadió que el Rey era el jefe de los que habían torturado a las personas detenidas en el marco de dicha operación. Se expresó en estos términos: “¿Cómo es posible que se fotografien hoy en día en Bilbao con el Rey español, cuando el Rey español es el jefe máximo del Ejército español, es decir, el responsable de los torturadores y que ampara la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia?”⁵²

⁵¹https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427042036?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DSentencia_Otegi_Mondrag%C3%B3n.pdf&blobheadervalue2=Docs_TEDH (consultado el 12-11-19).

⁵² *Ibidem*.

A nivel interno, el TSJ del País Vasco le absolvió, pese a considerar que dichas manifestaciones “son claramente ofensivas, impropias, injustas, oprobiosas y ajenas a la realidad”. Ello por cuanto entendió que las mismas no afectaban a la vida privada del Rey y que, por tanto, no tuvieron injerencia en su dignidad, sino que se trató de una crítica política a una institución constitucional.

El TS, sin embargo, le condenó, por un delito de injurias graves al Rey, a la pena de un año de prisión. Consideró que no se trataban de declaraciones de hecho, sino de juicios de valor que habían rebasado el principio de proporcionalidad del derecho a la libertad de expresión. Y, en consecuencia, eran manifestaciones innecesarias, ofensivas e hirientes.

El TC coincidió con el TS y denegó el amparo por considerar que el TS realizó una ponderación adecuada del conflicto entre los diferentes derechos. No existe un derecho al insulto y no se puede menoscabar «gratuitamente» la dignidad ni la estima pública.

El TEDH verificó que la condena tenía sustento legal en España, pero añadió como elementos a tener en cuenta no sólo el derecho interno de España sino también textos del Consejo de Europa⁵³. Aquí está una de las bases de la condena a España.

En efecto, el TEDH pasó las sentencias condenatorias precedentes por el tamiz del «triple test». Al hacerlo consideró en primer lugar, que la injerencia no era necesaria en una sociedad democrática.

El tribunal parte de una premisa esencial, y es que, aun cuando la libertad de expresión no es absoluta, cualquier limitación de la misma, ha de hacerse con «carácter restrictivo»⁵⁴.

Pero es más, el TEDH añade a esa premisa un «doble plus de restricción»: En primer lugar, en atención al contexto donde se ejerce el derecho. De modo que la injerencia estará menos justificada

⁵³ *Ibidem*: La Declaración sobre la libertad del discurso político en los medios de comunicación, adoptada por el Comité de los Ministros el 12 de febrero de 2004 y La Resolución n° 1577 (2007) de la Asamblea parlamentaria, titulada “hacia una despenalización de la difamación”.

⁵⁴ *Ibidem*: [...] 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 individuo [...], ampara no sólo para la “información” o las “ideas” recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también las que ofenden, chocan o perturban: así lo demanda el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin las cuales no existe una “sociedad democrática” (*Handyside c. el Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976, § 49, serie A n 24, *Lindon, Otchakovsky-Laurens y July c. Francia* [GC], Nos. 21279/02 y 36448/02, § 45, CEDDH 2007 - XI, y *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suiza* (n 2) [GC], n 32772/02, § 96, CEDDH 2009 - ...). Tal como consagra el artículo 10, esa libertad se combina con excepciones que requieren no obstante una interpretación restrictiva, y la necesidad de limitarla debe encontrarse establecida de manera convincente [...].

si es en el ámbito de la discusión y debate político⁵⁵. Y, en segundo lugar, valora quién es el destinatario del mensaje. De suerte que si es un personaje público o político gozará de menor protección⁵⁶. El TEDH lo denomina «los límites de la crítica admisible».

Sentado lo anterior, el TEDH, consideró que las declaraciones se hicieron en un debate sobre cuestiones de interés público. Así mismo valoró en relación a la figura del Rey que «una mayor protección otorgada por una ley especial respecto de las ofensas no se ajusta, en principio, al espíritu del Convenio»⁵⁷ y que como representante del Estado que simboliza no puede ser protegido «de toda crítica en el ejercicio de sus funciones oficiales o - como en el caso- como representante del Estado que simboliza, en particular para los que rechazan legítimamente las estructuras constitucionales de este Estado, incluido su régimen monárquico»⁵⁸.

El tribunal ponderó que no se afectó a la esfera privada del monarca. Y en cuanto a las concretas expresiones el tribunal las consideró como provocativas. Pero el «quid» de la cuestión en relación a estas es que, a juicio del tribunal, no incitan a la violencia, y no se trata de un discurso de odio. Además, en esa línea de descargo, también ponderó que eran expresiones orales pronunciadas en una rueda de prensa, con lo que el demandante no tuvo «la posibilidad de reformularlas, de perfeccionarlas o retirarlas antes de que se hicieran públicas»⁵⁹.

⁵⁵ *Ibidem*: [...] Preciosa para todos, la libertad de expresión lo es muy especialmente para un cargo electo del pueblo; representa a sus electores, manifiesta sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por consiguiente, las injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario obligan al Tribunal a realizar un control más estricto (*Castells c. España*, 23 de abril de 1992, § 42, serie A n° 236)[...].

⁵⁶ *Ibidem*: [...] los límites de la crítica admisible son más amplios respecto a un hombre político, contemplado en este carácter, que los de un particular: a diferencia del segundo, el primero se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus hechos y gestos tanto por los periodistas como por el conjunto de los ciudadanos; debe, por lo tanto, mostrar una mayor tolerancia (*Lingens*, antes citado, § 42, *Vacio AizsardzĪbas Klubs c. Letonia*, n° 57829/00, § 40, 27 de mayo de 2004, y *Lopes Gomas DA Silva c. Portugal*, n° 37698/97, § 30, CEDDH 2000 - X). Tiene ciertamente derecho a ver protegida su reputación, incluso fuera del marco de su vida privada, pero los imperativos de esta protección deben ponderarse con los intereses del libre debate de las cuestiones políticas, las excepciones a la libertad de expresión requieren una interpretación restrictiva (véase, en particular, *Pakdemirli*, antes citado, § 45, y *Artun y Güvener c. Turquía*, n° 75510/01, § 26, 26 y de junio de 2007) [...].

⁵⁷ *Ibidem*: El TEDH [...] En su sentencia *Colombani y otros* [...] examinó el artículo 36 de la ley francesa del 29 de julio de 1881, derogada después, referente a los delitos contra los Jefes de Estado y agentes diplomáticos extranjeros. Consideró que la aplicación del artículo 36 de la ley de 1881 confería a los Jefes de Estado extranjeros un privilegio exorbitante, sustrayéndolos de la crítica en función únicamente de su función o estatuto, lo que no es compatible con la práctica y las concepciones políticas de hoy en día. Concluyó que era el régimen especial de protección previsto por el artículo 36 de la ley para los Jefes de Estado extranjeros lo que atentaba contra la libertad de expresión, y no el derecho de estos últimos de hacer sancionar los ataques a su honor en las condiciones de derecho reconocidas a cualquier persona (*Colombani y otros*, antes citado, § 69). En su sentencia *Artun y Güvener*, antes citada, el Tribunal consideró que lo que se había enunciado en la sentencia *Colombani y otros*, con respecto a los Jefes de Estado extranjeros, valía con mayor razón en relación con el interés de un Estado en proteger la reputación de su propio Jefe de Estado: similar interés no podía justificar el conferir a este último un privilegio o una protección especial frente al derecho a informar y expresar opiniones (*Artun y Güvener*, antes citados, § 31; ver también, por lo que se refiere a la protección excesiva del estatuto de Presidente de la República en materia civil, *Pakdemirli*, antes citado, § 52).

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

En segundo lugar, el TEDH también consideró que la pena de prisión impuesta era desproporcionada⁶⁰ ⁶¹ por el tipo de pena en sí. Razonó que una pena de esta naturaleza ha de ser excepcional y como tal sólo cabe en supuestos graves, de discurso del odio y de incitación a la violencia, lo que no se da en el caso analizado.

C. STEDH (Sección 3ª) Asunto de Asunto Jiménez Losantos c. España (Demanda nº 53421/10), de 14 de junio de 2016⁶².

El TEDH condenó a España (con un voto particular) por violación del CEDH, pero no se impuso una satisfacción equitativa por cuanto no fue solicitada.

Los argumentos del TEDH fueron similares a los que acabamos de exponer, ya que incluso se refirieron a dicho precedente, Otegi Mondragon c. España.

Los hechos consistieron en la presunta comisión de un delito de injurias denunciadas en junio de 2006 por el entonces alcalde de Madrid, dº Alberto Ruiz Gallardón:

[...] en el marco del programa radiofónico “La mañana”, cuyo director era el demandante, difundido por la cadena de radio “Cadena de ondas populares (COPE)”. Las injurias en cuestión habrían sido proferidas por el demandante los días 8, 9, 10 y 12 de junio de 2006 y habrían versado sobre unas declaraciones efectuadas por R.G. el 7 de junio de 2006 y sobre las actividades políticas de éste en relación con los atentados terroristas que habían ocurrido en Madrid el 11 de marzo de 2004 (atentados denominados como “11-M”), tres días antes de las elecciones legislativas del 14 de marzo de 2004, ganadas por el Partido Socialista (PSOE) ante el Partido Popular (PP), hasta entonces en el poder. Los días 18 y 29 septiembre, 20 de octubre y 1 de diciembre de 2006, R.G. amplió su denuncia a unas injurias que habrían sido proferidas por el demandante los días 13, 15 y 21 de septiembre, 9 de octubre y 28 y 29 de noviembre 2006⁶³.

⁶⁰ Ibidem. [...] El Tribunal ya consideró que si la fijación de las penas es en principio competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el ámbito del discurso político sólo es compatible con la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 del Convenio en circunstancias excepcionales, en particular, 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 (Bingöl c. Turquía, n.º 36141/04, § 41, 22 de junio de 2010 [...]).

⁶¹ Coincido con Isabel Serrano Maíllo en que, en este caso, ante la complejidad del contexto en que se desarrollaron los hechos, el TEDH debió de respetar el margen de apreciación de los Tribunales españoles. Vide SERRANO MAÍLLO, ob. cit., p. 593.

⁶² <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428062044?blobheader=application%2Fpdf&blobheadernamel=Content->

[Disposition&blobheadernamel=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DSentencia_JIMENEZ_LO_SANTOS_c_Espana.pdf&blobheadervalue2=Docs_TEDH">Disposition&blobheadernamel=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DSentencia_JIMENEZ_LO_SANTOS_c_Espana.pdf&blobheadervalue2=Docs_TEDH](#) (consultado el 15-11-19).

⁶³ Ibidem. Las expresiones concretas fueron múltiples y prolongadas en el tiempo. A título de ejemplo: [...] El 8 de junio de 2006: “Tú lo que estás diciendo, tú Alcalde, tú Gallardón, es que te da igual que haya 200 muertos, 1.500 heridos y un golpe brutal para echar a tu partido del gobierno, te da igual con tal de llegar tú al poder. (...) te conocemos hace tanto tiempo, has sido tan redomadamente traidor al fondo y a las formas de tu partido (...) Y como llevaba ya dos meses sin demostrar que quiere llegar a la Moncloa como sea, como Zapatero, como sea, pues está dispuesto a llegar como sea también por encima de los 192 muertos. Vamos a ver, el primer argumento, Gallardón, el primer argumento que tiene que tener el partido de la oposición es ser decente, ser honrado, respetar a los ciudadanos, no ser un lacayo de la oposición o del gobierno, en tu caso da igual... de Polanco. Lo primero que tiene que demostrar el PP es que es capaz de pedir y conseguir que se haga justicia a 200 muertos y 1500 heridos en tu pueblo, Alcalde, que te debería dar vergüenza, en tu pueblo, que es el nuestro, que es la capital de España. Je, je, este [R.G.] no miente más porque no tiene tiempo, va siempre muy acelerado [...].

A nivel interno, en primera instancia, el Juzgado de lo Penal le impuso una pena de doce meses de multa a razón de 100 euros diarios. Consideró que «[...] las expresiones proferidas, por su propio sentido gramatical son tan claramente insultantes o hirientes (...); no existe duda alguna de que pretendían, vejar la imagen y dignidad del querellante en forma innecesaria y gratuita y desacreditarle públicamente [...]»⁶⁴. Dicho de otra manera, la base de la condena se sustentó en que las expresiones eran innecesarias para dar la información y claramente hirientes.

La AP de Madrid confirmó la condena y el TC inadmitió a trámite el recurso de amparo.

El TEDH comprobó que la condena impuesta a dº Jiménez Losantos estaba prevista en la Ley y persiguió uno de los fines que el art. 10 CEDH establece como límite, como es la protección de la reputación o de los derechos ajenos.

Sentado lo anterior, el TEDH comenzó a razonar acerca de si dicha injerencia fue necesaria en una sociedad democrática. Para ello acotó los derechos en conflicto. Por un lado, el derecho a la libertad de expresión del art. 10 y por otro el art. 8 que protege la vida privada.

Fijados en estos términos el objeto de ponderación el TEDH comenzó a introducir parámetros para llevarla a cabo:

Así, de un lado, reiteró que hay que atender a la persona objeto de las expresiones. Si es una persona «notoria» deberá ser capaz de soportar más críticas. El «hombre político» tiene unos «límites de crítica admisible» más amplios. Ello es así por cuanto por su oficio se expone «inevitablemente y conscientemente a un control más atento a sus hechos y gestos, tanto por parte de los periodistas como por la masa de los ciudadanos; (y) debe, por tanto, mostrar una mayor tolerancia»⁶⁴.

De otro, hay que distinguir si las manifestaciones examinadas eran sobre hechos o, si, por el contrario, se trataban de juicios de valor. Esta diferenciación enlaza con la obligación que todos tenemos, también los medios de comunicación, de ser responsables en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Esta responsabilidad se anuda, en el caso de declaraciones de hechos, con la obligación de verificarlos. Cosa que no se puede hacer cuando se trata de juicios de valor, en los que dicha exigencia se reduce a constatar que tienen una base fáctica, ya que si no la tuviere podría considerarse como excesivo.

⁶⁴ *Ibidem*.

Para discernir si estamos ante un tipo u otro de manifestación «hay que tener en cuenta las circunstancias del caso y el tono general de las palabras»⁶⁵.

En tercer lugar, el TEDH atendió a la «proporcionalidad», para lo cual prestó atención a la naturaleza de la sanción y a su extensión. Lo hizo porque en función de las mismas se puede medir el «efecto disuasivo», esto es, el miedo al ejercicio de la libertad de expresión.

Como resultado, del análisis, el TEDH concluyó que las declaraciones fueron dirigidas a un «hombre político». Se trataran bien de «declaraciones de hecho», bien de «juicios de valor», no estaban carentes de base fáctica. Fueron críticas graves, que forman parte del estilo periodístico y por tanto, pueden ser provocativas para captar la atención de los lectores. A ello se une que consideró desproporcionada la pena por su naturaleza y su extensión. Ello por cuanto se acudió a la vía penal que, al generar antecedentes penales, podría disuadir y limitar la libertad de prensa, lo que sólo puede hacerse en situaciones excepcionales.

D. STEDH (Sección 3ª) Asunto de Stern Taulats y Roura Capellera c. España
(Demandas nº 51168/15 y 51186/15), de 13 de marzo de 2018⁶⁶.

El TEDH condenó a España (por unanimidad) por violación del art. 10 CEDH. Pero no condenó por daños morales al considerar que la declaración de vulneración supuso ya una satisfacción equitativa. Sí que condenó por daño material al pago a cada demandante de 2.700 € (correspondiente a la pena de multa a que fueron condenados), y a 9.000 € conjuntamente por gastos y costas.

Las circunstancias del caso fueron:

Sobre las 20:00 horas del día 13 de septiembre de 2007, con motivo de la visita institucional de SM. el Rey, a la ciudad de Girona, Pedro Miguel y Cosme, mayores de edad y sin antecedentes penales, quemaron previa colocación boca abajo una fotografía de SSMM., los Reyes de España, en el curso de una concentración en la Plaza de Vino de esa capital. A dicha concentración le había precedido una manifestación encabezada por una pancarta que decía "300 años de Borbones, 100 años combatiendo la ocupación española". Los citados iban con el rostro tapado para no ser identificados, y tras colocar la citada fotografía de gran tamaño de SSMM. los Reyes, en la forma expuesta, en el centro de la plaza se procedió por Cosme a rociarla con un líquido inflamable y por Pedro Miguel a prenderle fuego con una antorcha procediendo a

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428748246?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DSentencia_Stern_Taulats_y_Roura_Capellera._c_Espa%C3%B1a.pdf&blobheadervalue2=Docs_TEDH (consultado el 16-11-19).

su quema, mientras eran jaleados con diferentes gritos por las varias decenas de personas que se habían reunido en la citada plaza.”

El Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional (en adelante AN) condenó a cada uno de ellos por un delito de injurias contra la Corona a una pena de quince meses de prisión, que substituyó por una multa de 2.700 €. En síntesis, entendió que « (p)ara manifestar el rechazo a la monarquía no es necesario vilipendiar a los Reyes hasta el punto de quemar su fotografía»⁶⁷.

La Sala de lo Penal de la AN (en pleno) confirmó la condena por considerar que se habían rebasado los límites de la libertad de expresión⁶⁸.

Finalmente, en idéntico sentido, el TC denegó el amparo solicitado⁶⁹ al entender que los recurrentes llegaron con sus actos a incitar al odio contra el Monarca.

El *quid* del asunto giró en torno a qué se entiende por «discurso del odio». Para ello el TEDH tomo en consideración el Anexo a la *Recomendación No R (97) 20 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el “discurso del odio”*⁷⁰, que lo define así:

todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, que se manifiestan a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes o personas de origen inmigrante.

Este punto es muy interesante y decisivo. Ello por cuanto el Gobierno de España solicitó la inadmisión de la demanda por entender precisamente que incurría en un abuso de derecho prohibido por el art. 17 CEDH⁷¹ al entender que los hechos formaban parte del «discurso del odio».

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*. Los asistentes al acto de protesta estaban ejerciendo su derecho con total libertad, sus proclamas e ideas estaban siendo difundidas sin cortapisa alguna y, sin embargo, escenifican lo que gráficamente podemos definir como un “aquellarre” o “un juicio inquisitorial” en el que colocando la representación gráfica del Jefe del Estado en posición claudicante -bocabajo- lo embadurnan con aceite u otra sustancia inflamable y le prenden fuego como expresión simbólica del desprecio y destrucción de la Institución, pues el fuego, en el contexto en que se usa, tiene una carga negativa evidente.

⁶⁹ La escenificación de este acto simbólico traslada a quien visiona la grabación videográfica la idea de que los Monarcas merecen ser ajusticiados, (...) el lóbrego acto provoca un mayor impacto en una sociedad democrática, como la española, que de forma expresa excluye en su Constitución la pena de muerte (art. 15 CE).

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

En definitiva, quemar públicamente el retrato de los Monarcas es un acto no sólo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio. (STC (en pleno), nº 177/2015, de 22 de julio, FJ IV).

⁷⁰ <https://rm.coe.int/1680505d5b> (consultado el 17-11-19).

⁷¹ El artículo 17 del Convenio pone en marcha lo que se conoce como el efecto guillotina [...] se pretende aplicar el lema de «no hay libertad para los enemigos de la libertad» [...] Vide: BRIONES MARTÍNEZ, ob. cit., p. 187.

El TEDH antes de llegar al «meollo» recordó que la libertad de expresión también ampara las informaciones o ideas que “hieren, ofenden o importunan”, al ser necesario para proteger el “pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura”, pilares imprescindibles para que exista una «sociedad democrática».

Sobre esta premisa, nuevamente, puso de relieve, que las restricciones a la libertad de expresión deben ser, a su vez, valga la redundancia, restrictivas. Tanto más restrictivas cuando se dan en el ámbito del debate político y si el sujeto a quien se dirigen es una persona pública, porque debe de tener mayor tolerancia a la crítica.

Llegados a este punto el TEDH fija taxativamente los límites al derecho a la libertad de expresión. Dice, a las claras, que no es un derecho ilimitado cuando se trata del discurso del odio o incite al uso de la violencia. Sólo en estos casos, de manera excepcional, será admisible la pena de prisión.

Pero, en los casos de insultos contra Jefes de Estado, el TEDH considera que no es conforme al CEDH su sanción. Ello por cuanto considera que no se puede justificar ningún privilegio o protección especial en relación al derecho a expresar opiniones o a informar en relación al mismo.

En el caso concreto, el TEDH entendió que no se trató de atacar personalmente al Rey, sino que fue una crítica a la institución de la monarquía en general, una disidencia política. Y en cuanto al desarrollo de los hechos, consideró que fue una puesta en escena provocadora, para llamar la atención de los medios de comunicación, sin que hubiera una intención de incitar al uso de la violencia contra el Rey.

A título de ejemplo consideró casos de «discurso del odio»:

- a) declaraciones que negaban el holocausto, que justificaban una política pro nazi o que asociaban a todos los musulmanes con un acto grave de terrorismo.*
- b) a todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia.*

Con lo cual el TEDH consideró que el caso analizado no cabía encuadrarlo dentro del «discurso del odio». Y no solo eso, sino que, a mayor abundamiento, consideró que en el caso de hacerlo, en el supuesto de ampliar la protección al ofendido en detrimento de la libertad de expresión, se conseguiría un resultado perverso: “probablemente perjudicaría al pluralismo, a la tolerancia y al espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna sociedad democrática”.

E. STEDH (Sección 3ª) Asunto de Toranzo Gómez c. España (Demanda nº 26922/14) de 20 de noviembre de 2018⁷².

Condenó a España (por unanimidad) al pago de 1.200 € en concepto de daños materiales 4.000 € en concepto de daños morales y 3.025 € en concepto de costas y gastos.

Los hechos consistieron en que el demandante y otras personas trataron de evitar el desalojo acordado judicialmente de un inmueble en noviembre de 2007. A raíz del mismo fue detenido el demandante. Tras la detención participó en una rueda de prensa en la que, en relación a la actuación de los policías y bomberos dijo:

Las torturas han sido físicas y psicológicas. Las torturas físicas han sido realizadas exclusivamente por policías nacionales y han sido observadas también por los bomberos insanamente. Es decir, los bomberos, que en concreto sus nombres los voy a dar porque se han portado asquerosamente con nosotros, el bombero de más graduación se llamaba L., y el bombero M. y J. han llegado a fotografiarse mientras nos estaban torturando, han llegado a fotografiarse al lado nuestro como si fuéramos sus trofeos en plan sorna. Las torturas físicas que voy a describir (...) han sido bastante refinadas en el sentido de que no han dejado huellas físicas y han producido un dolor bastante fuerte (...) y la otra tortura, bueno, ha sido sí que ha dejado huellas (...) sobre todo en mi compañero la primera (...). La primera tortura ha sido realizada por policía nacional, como digo nada más entrar en el habitáculo (...) cogen el brazo de mi compañero, el brazo que tenía libre y le atan una cuerda a la muñeca bastante fuerte y se llevan la cuerda fuera del túnel y entre tres policías nacionales empiezan a tirar con fuerza con la idea de sacarlo (...) con la idea de hacerle daño, de amedrentarlo, no. La muñeca que estaba dentro del tubo empieza a hincharse (...) estuvo un día entero sin poder abrir el candado (...) A mí, en vez de atarme la cuerda en la muñeca libre me ataron la cuerda en la cintura e hicieron lo mismo que a R.D.P., sacaron la cuerda fuera del túnel y entre tres empezaron a tirar con la misma intención (...) las segundas torturas fueron ya físicas realizadas por la policía nacional, fueron justo en el final de la acción, es decir, esas torturas físicas son las que nos obligan a soltarnos de los tubos (...) la circulación estaba cortada por encima, los dedos no se podían mover con lo cual el dolor era intensísimo, estuvimos una hora así, aquí es cuando se hacen la fotografía los bomberos porque a nosotros nada más. Esta tortura la realizan además dos policías nacionales que aparecen en las fotografías de prensa con los monos blancos de Emasesa; no se si os habéis fijado que aparecen estos dos policías con esos monos de Emasesa pues esas dos personas son las que realizan esa tortura. Entonces ellos acaban su trabajo de atarnos y sale del habitáculo y enseguida llegan los bomberos y es ahí cuando los bomberos J., M. y L. se hacen la fotografía de trofeo (...) en ese momento R.D.P (...) decide abandonar la acción y soltarse (...). Yo les propuse: "Mira, no voy a soltarme pero colaboraré en todo lo necesario para apuntalar la estructura (...) me vuelven a precintar otra vez y a atar en la misma postura, y bueno, ahí es cuando decido acabar la acción. Bueno esto son torturas físicas (...) Las torturas psicológicas han sido muy repetidas, eh, o sea, han sido incesantes (...) las torturas psicológicas han sido muy repetidas y han sido realizadas sobre todo por bomberos y consistía en breve maltrato psicológico (...) nos dijeron que era imposible sacarnos con vida (...), que moriríamos por los escombros porque había una excavadora trabajando justo encima nuestro, y escuchábamos la excavadora (...) Utilizaron el famoso "dispositivo de medición del oxígeno" que indicaba que estábamos a punto de morir (...) Nos dijeron que la policía iba a inyectarnos el suero del sueño (...) Nos dijeron que la

⁷²https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429259698?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DSentencia_Toranzo_G%C3%B3mez_v_Espa%C3%B1a.pdf&blobheadervalue2=Docs_TEDH (consultado el 21-11-19).

*policía iba a introducir gas a través del sistema de ventilación, pero no especificaron qué tipo de gas (...) También nos dijeron que meterían ratas en el túnel (...)*⁷³.

A nivel interno, el Juzgado de lo Penal, le condenó por un delito de calumnias a una multa de 20 meses con una cuota diaria de 10 €, a indemnizar por daños a los dos policías con una cantidad de 1.200 €, y publicar a su costa la sentencia en los mismos medios de comunicación que habían difundido sus declaraciones.

El fundamento de la condena estuvo en que atribuyó directamente a la policía la comisión de un delito de tortura. Al respecto el Juzgado recordó que la libertad de expresión no es un derecho ilimitado y que en el caso concreto se «extralimitó».

Por su parte la AP confirmó la condena y el TC inadmitió el recurso de amparo por considerar que carecía de «especial relevancia constitucional».

El enfoque que utilizó el TEDH para acercarse al asunto fue considerar que, mientras en un plato de la balanza estaba el derecho a la libertad de expresión, en el otro reposaba el derecho a la vida privada. Ello por cuanto las declaraciones imputando un delito de tortura inevitablemente afectan a la esfera de la reputación.

A partir de ahí, la balanza poco a poco se fue inclinando en favor de la libertad de expresión. La primera inclinación comienza cuando el TEDH quita peso a la afectación de la reputación de los policías. Ello por cuanto en primer lugar, en atención al contexto, consideró que no afectó a la vida privada de los policías, sino que las manifestaciones se refirieron a su actuación profesional. Al hacerlo deben de considerarse como de «interés público».

La segunda pérdida de peso del plato de la afectación de la reputación vino cuando el TEDH acotó la controversia a la concreta expresión «tortura». El TEDH consideró que su función no era la de determinar si la hubo o no. Sino si el empleo de dicho término estaba o no amparado por la libertad de expresión.

El Tribunal consideró que se trató de una expresión coloquial y que lo que realmente quiso hacer fue criticar los métodos policiales concretamente empleados, y no, imputarles la comisión de un delito.

⁷³ *Ibidem*.

Finalmente, ya inclinada totalmente la balanza en favor de la libertad de expresión, el TEDH consideró que no se analizó si dichas declaraciones fomentaron el uso de la fuerza, ni si había otras vías a las que acudir, alternativas a la jurisdicción penal.

En definitiva, entendió que dicha injerencia no era necesaria en una sociedad democrática. Y además que la misma fue desproporcionada por cuanto las penas impuestas pudieran generar un «efecto paralizante en el ejercicio de la libertad de expresión del demandante ya que puede haberle disuadido de criticar la actuación de la policía».

3.3.- SENTENCIAS-DECISIONES del TEDH CONTRA OTROS ESTADOS

El TEDH cada vez que afronta la decisión de un asunto pone en un lado de la balanza la ley del país demandado y en el otro el CEDH. El desafío que aborda en cada caso radica en que cada país tiene su propia normativa acorde con sus circunstancias, con su territorio y su historia. En palabras de Briones Martínez «lo moral y lo inmoral no son conceptos absolutos, no hay una noción europea uniforme de moral, todo está en función a las circunstancias del caso⁷⁴».

A la hora de exponer la jurisprudencia del TEDH en relación a los otros Estados miembros atenderemos a un orden alfabético y dentro del análisis de cada Estado haremos un jalonamiento temporal. Como criterios de selección de sentencias partiremos del resumen de la unidad de prensa del TEDH actualizado a marzo de 2020⁷⁵.

3.3.1.- SENTENCIAS CONTRA ALEMANIA

Las decisiones que el TEDH ha tomado en relación a Alemania siempre tienen en cuenta su pasado histórico. El haber sido la cuna del nazismo de la que nacieron los horrores de la Segunda Guerra Mundial pesa mucho a la hora de interpretar las sanciones penales que Alemania impone a aquellos que ensalzan el nazismo, niegan el Holocausto y usan simbología nazi.

A. Decisión de la Comisión de Derechos Humanos, Partido Comunista de Alemania c. La República Federal Alemana (Solicitud nº 250/57) de 20 de julio 1957⁷⁶.

⁷⁴ BRIONES MARTÍNEZ, Irene María: *El delito de odio por razón de religión y de creencias, la educación en la religión contra el terrorismo de la palabra y de la violencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 182.

⁷⁵ https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf (consultado el 17-3-2020).

⁷⁶ [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-110191\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\) (consultado el 17-3-2020).

La República Federal Alemana disolvió y prohibió el Partido Comunista de Alemania.

El Partido Comunista de Alemania acudió a la Comisión Europea de Derechos Humanos que analizó si era o no aplicable el artículo 17 del CEDH.

La Comisión para tomar la decisión acudió en primer lugar a los trabajos preparatorios de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en 1949 para la elaboración de dicho precepto. La Comisión remarcó que dicha disposición fue diseñada para salvaguardar los derechos de la CEDH y las instituciones democráticas frente a los regímenes totalitarios.

En segundo lugar, la comisión consideró, en base a las propias declaraciones que había ido realizando dicho partido, que su objetivo era establecer un sistema socialista-comunista por medio de la revolución y de la dictadura del proletariado. El partido no habría renunciado a dicho objetivo, pese a seguir la vía constitucional alemana.

La Comisión consideró que el Partido Comunista de Alemania violaba el CEDH, ya que necesariamente para alcanzar dicho objetivo habría de devenir la dictadura del proletariado, «incompatible con la Convención, en la medida en que incluye la destrucción de muchos de los derechos o libertades consagrados en ella».

Por ello la Comisión inadmitió la solicitud al amparo del artículo 17 CEDH.

B. Decisión del TEDH (Sección 5ª) Nix c. Alemania (Solicitud nº 35285/16) de 13 de marzo de 2018⁷⁷.

Hans Burkhard Nix fue condenado por delitos de difamación y por utilizar símbolos de organizaciones inconstitucionales. Inicialmente la condena fue de penas de prisión y de multa, aunque finalmente fue reducida a una pena de multa.

El objeto de la condena fue un *post* que Nix subió a su *blog* en internet (en el que normalmente escribía sobre cuestiones políticas, económicas y sociales). En dicho *post* aparecía una fotografía del ex jefe de las SS Heinrich Himmler con uniforme de las SS, con la insignia del partido nazi y una esvástica en el bolsillo delantero, así como con un brazalete con la cruz gamada. Junto a la fotografía publicó una cita de Himmler sobre la escolarización de los niños en Europa del Este

⁷⁷ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-182241> (consultado el 17-3-2020).

durante la ocupación por la Alemania nazi en el sentido de que los padres que querían ofrecer a sus hijos una buena educación tuvieron que presentar una solicitud a las SS.

Nix explicó que dicha imagen formaba parte de los mensajes (de un total de seis) que subió a su *blog* en internet en los que fue criticando las gestiones-conversaciones que tuvo su hija con un funcionario de la oficina de empleo.

Para él las preguntas y la petición de información que éste realizó a su hija (de origen alemán-nepalés) eran discriminatorias, «la oficina de empleo tenía la intención de empujar a su hija, de manera racista y discriminatoria, a convertirse en parte de la mano de obra barata».

Por esta razón, explicó que ejerció su derecho a la libertad de expresión siendo la imagen por la que le condenaron parte de su crítica en el sentido de que trataron mal a su hija, como si fueran nazis.

Nix negó que tuviera ningún tipo de afinidad con el nazismo, ni que pretendiera alentarlo. Argumentó que todos los medios de comunicación muestran símbolos nazis sin distanciarse expresamente de la ideología nazi y que por el contexto en que él la utilizó se desprendía que fue para fomentar un debate de interés público acerca de la relación entre los niños con antecedentes migratorios y la discriminación administrativa para impulsar que fueran empleados como mano de obra barata.

Sin embargo, los tribunales alemanes consideraron que para el castigo penal era suficiente el mero uso de simbología nazi, con independencia del discurso o contexto que lo rodee.

Entendieron que la finalidad del precepto es impedir que resurjan organizaciones prohibidas o ideas inconstitucionales, de esta manera se mantiene la paz política.

En el caso concreto, la fotografía de Himmler con uniforme de las SS equivalía al uso de símbolos de organizaciones inconstitucionales.

El TEDH desestimó las pretensiones de Nix. Consideró que la sanción que le fue impuesta estaba prevista en la ley y que perseguía un fin legítimo. El eje de la decisión giró en torno a la necesidad de la injerencia en una sociedad democrática.

En primer lugar, el TEDH tomó como base para su decisión la experiencia histórica por la que pasó Alemania. Consideró que «los Estados que han experimentado los horrores nazis tienen una responsabilidad moral especial de distanciarse de las atrocidades masivas perpetradas por los

nazis». Este es el contexto en el que hay que interpretar la aplicación de la legislación alemana en esta materia. Esa necesidad social de evitar el resurgimiento del nazismo y de mantener la paz política constituyen el marco dentro del cual Alemania tiene un margen de apreciación para sancionar penalmente las conductas tal y como recoge su Código Penal.

En segundo lugar, el TEDH coincidió con Alemania en que Nix hizo un «uso gratuito» de la simbología nazi representada en la imagen que subió a internet. Ello por cuanto ese *post*, mensaje en concreto, estaba desconectado de los anteriores, no había referencias ni aparecía ningún *link* visible a los mismos, de modo que una persona que lo viera no era consciente del contexto a que se refería Nix.

En tercer lugar, frente al argumento del solicitante Nix, de que otros usos estaban permitidos, el TEDH se alineó con Alemania al entender que sólo se permiten cuando se acompaña la información con una oposición clara y obvia a la ideología nazi. Y además se exige que se tenga por finalidad «servir a la educación civil, a combatir los movimientos inconstitucionales, promover el arte o la ciencia, la investigación o la enseñanza, informar sobre acontecimientos actuales o históricos, o servir con fines similares ».

La imagen empleada por Nix no era ambivalente, sino inequívocamente nazi.

Finalmente, y como circunstancia particular del caso, pesó en contra del argumentario desplegado por Nix que previamente a estos hechos (unas seis semanas antes de subir el meritado *post*) ya había sido condenado por el mismo delito por haber publicado una imagen de Angela Merkel con un bigote como el de Hitler, con uniforme nazi y un brazalete con la cruz gamada.

Por ello el TDH inadmitió la solicitud al considerar que era manifiestamente infundada.

C. Decisión del TEDH (Sección 5ª) Williamson c. Alemania (Solicitud nº 64496/17) de 8 de enero de 2019⁷⁸.

Richard Williamson era un obispo miembro de la Sociedad de San Pío X que fue condenado por un delito de incitación al odio a una pena de multa.

En el año 2008 en Alemania (donde no vivía en aquella época), con ocasión de un seminario de dicha sociedad concedió una entrevista para un programa de investigación de una cadena de televisión Sueca.

⁷⁸ [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-189777\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\) (consultada el 19-3-2020).

Durante los primeros cuarenta y cinco minutos se habló de temas exclusivamente religiosos. Pero a partir de ese momento el periodista dio un giro y le preguntó por unas palabras que había pronunciado en Canadá.

Richard Williamson reconoció haber dicho en Canadá hacía años y en relación al Holocausto que «(n)o hubo un solo judío muerto por las cámaras de gas. Todo eran mentiras, mentiras, mentiras».

Para él no era cierto que se asesinaran a millones de judíos en cámaras de gas. Explicó que creía las teorías de los revisionistas y que conforme al informe elaborado por Fred Leuchter (experto en cámaras de gas) era imposible que las cámaras que verificó en los campos de concentración pudieran haber servido para el gaseo de un gran número de personas. Y añadió que:

(l)a verdad histórica va por la evidencia y no por la emoción. Ciertamente ha habido una gran explotación. Alemania ha pagado billones y billones de marcos alemanes y ahora euros porque los alemanes tienen un complejo de culpa por haber gaseado a seis millones de judíos. Pero no creo que seis millones de judíos fueran gaseados.

Al término de la entrevista Richard Williamson rogó al periodista que tuviera cuidado porque sabía que lo que acababa de decir era contrario a la ley en Alemania y podría terminar en prisión.

La entrevista se difundió tanto por la cadena de televisión vía satélite, por su propia *web* se propagó por internet, se llegó a subir a la plataforma *YouTube* e incluso revistas alemanas como *Der Spiegel* la compraron.

Los tribunales alemanes le condenaron porque entendieron que Richard Williamson cuando hizo la entrevista era consciente y aceptó que podía ser vista por un grupo amplio de personas incluso en Alemania.

Richard Williamson alegó ante el TEDH que en realidad no debió de ser condenado por los tribunales alemanes, por tres motivos. En primer lugar, porque el delito no se había cometido en Alemania ya que la posible comisión de un delito de incitación al odio solamente puede tener lugar cuando adquiere una dimensión pública, y eso ocurrió desde Suecia, cuando se retransmitió la entrevista.

En segundo lugar, porque nunca había tenido la intención de que su declaración fuera transmitida en Alemania.

Y en tercer lugar, porque había intentado todo lo que estaba en su poder para impedir su emisión en Alemania, ya que acudió ante los Tribunales de Alemania para, a través de la vía civil, evitar la divulgación de la entrevista en Alemania.

El TEDH razonó que Richard Williamson durante la entrevista no pidió que no se transmitiera en Alemania, ni aclaró con el periodista cómo se publicaría la misma. Lo único que le pidió fue que tuviera cuidado puesto que sabía que sus declaraciones estaban sujetas a la responsabilidad penal en Alemania y podía ser sancionado antes de abandonar el territorio nacional. Por ello considero que Richard Williamson tenía conocimiento de que sus palabras podrían llegar a Alemania.

El TEDH consideró que la condena impuesta a Richard Williamson se sustentaba en una previsión legal, cuya finalidad era legítima. Valoró que dicha condena era necesaria en una sociedad democrática porque lo que hizo Richard Williamson fue usar su derecho a la libertad de expresión para negar el Holocausto, el asesinato de millones de judíos en las cámaras de gas de los campos de concentración. Y fue de este modo como Richard Williamson promovió ideas contrarias al texto y al espíritu de la CEDH.

Por ello el TEDH de forma unánime decidió inadmitir su solicitud.

D. Decisión del TEDH (Sección 5ª) Pastörs c. Alemania (Solicitud nº 55225/14) de 3 de octubre 2019⁷⁹.

Udo Pastörs fue presidente del Partido Democrático Nacional de Alemania (NPD) y miembro del Parlamento del *Land* de Mecklemburgo-Pomerania Occidental. Los hechos consistieron en que al día siguiente del *Día Internacional de Conmemoración anual en memoria de las víctimas del Holocausto*⁸⁰ pronunció en el Parlamento un discurso del que cabe destacar:

Con la excepción de los grupos cuya cooperación han comprado, casi nadie participa verdaderamente, emocionalmente, en su muestra teatral de preocupación. ¿Y por qué es eso? Porque la gente puede sentir que el llamado Holocausto se está utilizando con fines políticos y comerciales... Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, los alemanes han estado expuestos a un aluvión interminable de críticas y mentiras propagandísticas, cultivadas de manera deshonesta principalmente por representantes de los llamados partidos democráticos, Señorías. Además, el evento que organizasteis ayer aquí en el castillo no fue

⁷⁹ [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-196148\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\) (consultado el 20-3-2020).

⁸⁰ Por la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1 de noviembre de 2005 (A/RES/60/7) se acordó designar el 27 de enero Día Internacional de Conmemoración anual en memoria de las víctimas del Holocausto, así como rechazar toda negación, ya sea parcial o total, del Holocausto como hecho histórico. *Vide* <https://undocs.org/es/A/RES/60/7> (consultado el 20-3-2020).

más que imponer vuestras representaciones de Auschwitz al pueblo alemán de una manera astuta y brutal. Ustedes están esperando, damas y caballeros, el triunfo de las mentiras sobre la verdad.

El Parlamento de Mecklemburgo-Pomerania Occidental permitió la acción de los tribunales alemanes al acordar levantar la inmunidad parlamentaria de Udo Pastörs.

Udo Pastörs fue condenado por los tribunales alemanes por un delito de difamación a una pena de prisión que fue suspendida.

Los tribunales alemanes consideraron que la negación de lo que sucedió en los campos de exterminio como el de Auschwitz eran constitutivos de un delito de difamación. Valoraron que las palabras contenidas en su discurso fueron medidas, consistieron en «insertar veneno en un vaso de agua, con la esperanza de que no se detectaría inmediatamente», de hecho cuestionó la verdadera naturaleza de Auschwitz y habría «colado⁸¹» este mensaje en el Parlamento.

El TEDH por un lado ponderó fundamentalmente que la finalidad de Udo Pastörs con su discurso fue promover ideas contrarias al texto y al espíritu del CEDH: «declaró intencionadamente falsedades para difamar a los judíos y la persecución que habían sufrido durante la Segunda Guerra Mundial».

Por otro lado el TEDH no esquivó el hecho de que Udo Pastörs fuera parlamentario. Al contrario lo tomó muy en cuenta, ya que como representante electo recalcó que está sujeto a «deberes y responsabilidades». El TEDH dispuso que las declaraciones de los parlamentarios «merecen poca, si la hubiera, protección si su contenido está en contradicción con los valores democráticos del sistema de la Convención». Una cosa es que tengan una protección mejorada por ser parlamentarios y otra que ésta sea ilimitada.

Por estos motivos el TEDH desestimó las pretensiones de Udo Pastörs⁸².

3.3.2.- SENTENCIAS CONTRA AUSTRIA

A. Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos B.H, M.W, H.P y G.K. c. Austria (Solicitud nº 12774/87), de 12 de octubre de 1989⁸³.

⁸¹ Traducido de la cita literal en inglés de la decisión del TEDH «sneaked».

⁸² La decisión contó con unos votos particulares que coincidieron con la mayoría en que no hubo una violación del artículo 10 CEDH: «Estamos totalmente de acuerdo en que las declaraciones de la demandante, aunque se hicieran en el Parlamento, afectaban a la dignidad del pueblo judío hasta el punto de que, teniendo en cuenta las particularidades del contexto alemán, en este caso se justificaba una respuesta del Derecho penal».

⁸³ [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"dmdocnumber\":\"665201\",\"itemid\":\"001-1039\"}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\) (consultado el 20-3-2020).

B.H, M.W, H.P y G.K. fueron condenados a penas de prisión condicionada por realizar actos inspirados en el nacional socialismo y relacionados con los líderes y miembros de organizaciones políticas de derecha denominadas «Acción Nuevos Derechos» (ANR) y «Confederación Nacionalista Nordland» (NBN).

La decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos recogió en los antecedentes que B.H, M.W, H.P and G.K. llevaron a cabo actividades tales como:

(P)reparación y promoción de determinadas publicaciones (como folletos sugiriendo que el asesinato de seis millones de judíos por los nazis fue una mentira; el programa del partido ANR basado en diferencias biológicas entre los individuos, los pueblos y las razas, el principio del elitismo, la unidad nacional de la nación alemana en su "Lebensraum" en su conjunto, incluyendo "territorios ocupados extranjeros", rechazo del concepto de una "nación austriaca" y el reconocimiento del carácter alemán de este territorio; publicaciones que piden un boicot al día nacional Austriaco que fue descrito como un ejercicio hipócrita, mientras que el Tratado Estatal se conoce como el "Diktat" de Viena y el prohibición de Anschluss por ser nulo y contrario a la derecho de autodeterminación; publicaciones que piden la celebración del día de la unidad alemana en Austria y describiendo el concepto de la nación austriaca como mentira; propuestas para introducir canciones típicas nazis y títulos nazis en la ANR, etc.). Incluyeron además la participación en ciertas manifestaciones (entre otras cosas, la celebración de la 90 cumpleaños de Hitler en Braunau, organización de una manifestación contra el Tratado de Estado austriaco, la celebración de ejercicios paramilitares, uso de uniformes que recuerdan a los trajes nazis y gritos de nazis como "Sieg Heil", "Rotfront verrecke".

La Comisión Europea de Derechos Humanos consideró que la condena impuesta por los tribunales austriacos estaba prevista en la ley y tenía una finalidad legítima. Valoró el pasado histórico de Austria para concluir que dicha condena era necesaria en una sociedad democrática con la finalidad de proteger la seguridad nacional y la integridad territorial, así como para la prevención del delito.

Es más, atendió al artículo 17 del CEDH para observar que el Nacional Socialismo es una doctrina totalitaria incompatible con la democracia y con los derechos humanos y, por tanto contraria al propio CEDH. Por ello inadmitió la solicitud de B.H, M.W, H.P y G.K.

B. Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos (Sala 1ª) Gerd Honsik c. Austria (Solicitud nº 25062/94), de 18 de octubre de 1995⁸⁴.

⁸⁴[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"dmdocnumber\":\"666524\"},\"itemid\":\"001-2362\"}\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\) (consultado el 21-3-2020).

Gerd Honsik era escritor y editor de varias publicaciones periódicas como el *Halt*. Gerd Honsik fue condenado a penas de prisión por editar, publicar y distribuir artículos que se consideraron constitutivos de actividades de Nacional Socialismo castigadas en el Código Penal.

En concreto los tribunales austriacos consideraron como delictivas aquellas publicaciones en las que se negó la existencia de cámaras de gas en los campos de concentración y el exterminio en masa del régimen del Nacional Socialismo. Así como aquellas que había desacreditado tales afirmaciones como propaganda falsa⁸⁵.

La Comisión Europea de Derechos Humanos consideró que la condena estaba prevista en la ley y tenía una finalidad legítima. Así mismo valoró que las publicaciones realizadas por Gerd Honsik se alejaban de cualquier objetividad científica para negar el asesinato de judíos en los campos de concentración mediante el uso de gas tóxico⁸⁶.

La Comisión inadmitió la solicitud por entender que dichas publicaciones eran contrarias a los pilares básicos del CEDH, a la justicia, la paz, y a la discriminación racial y religiosa. En definitiva, concluyó que lo que hizo Gerd Honsik fue tratar de utilizar la libertad de información para llevar a cabo publicaciones contrarias al texto y al espíritu del CEDH, lo que contribuiría a la destrucción de los derechos y libertades establecidos en la misma.

C. Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos (Sala 1ª) Herwig Nachtmann c. Austria, (Solicitud nº 36773/97) de 9 de septiembre de 1998⁸⁷.

Herwig Nachtmann era jefe de personal de la editorial de la revista *Aula, Das freiheitliche Magazin*. Fue condenado a penas de prisión y de multa por la comisión de actividades de Nacional Socialismo castigadas en el Código Penal.

La condena recayó por un artículo titulado «Las leyes naturales se aplican a los nazis y antifascistas⁸⁸». En dicho artículo se minimizó y negó el genocidio ya que vino a afirmar que el asesinato de los judíos en las cámaras de gas era altamente exagerado y técnicamente imposible.

⁸⁵ Las publicó en el periódico *Halt* y en el libro titulado *La absolución de Hitler (Freispruch für Hitler)*, Burgenland Cultural Association Vienna, 1988.

⁸⁶ El gas empleado fue el conocido como Cyclone B.

⁸⁷ [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-4399"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (consultado el 21-3-2020).

⁸⁸ La traducción al inglés que consta en la resolución de la Comisión Europea de Derechos Humanos fue «Natural laws apply to Nazis and anti-fascists».

La Comisión Europea de Derechos Humanos recordó que ya se había pronunciado acerca del Nacional Socialismo como una doctrina totalitaria incompatible con la democracia y con los derechos humanos, lo que supuso que la solicitud fuera inadmitida al considerarse que la condena impuesta por los tribunales austriacos era necesaria en una sociedad democrática.

D. Decisión del TEDH (Sección 5ª) Hans Jorg Schimanek c. Austria (Solicitud n° 32307/96) de 1 de febrero de 2000⁸⁹.

Hans Jorg Schimanek era líder de la asociación *Kameradschaft*. Fue condenado a penas de prisión por llevar a cabo actividades que organizó como líder de dicha organización.

En concreto los tribunales austriacos consideraron probado que Hans Jorg Schimanek se ocupó de reclutar nuevos miembros, organizar eventos especiales en los que se glorificaba al Tercer Reich, las SA, las SS, así como distribuyó panfletos de ideología del Nacional Socialismo, negando el asesinato sistemático de judíos en las cámaras de gas. También organizó campamentos de entrenamiento paramilitares para fortalecer la sensación de solidaridad entre los participantes, su preparación táctica para conflictos violentos y la creación de un grupo militar que podría imponerse si fuera necesario para tomar el poder por la fuerza en Austria e incorporarla simultáneamente en una Alemania ampliada.

El TEDH consideró que la condena estaba legalmente prevista y que perseguía una finalidad legítima como es proteger el orden público, la autonomía e independencia de la República de Austria. Asimismo recordó nuevamente que el Nacional Socialismo es una doctrina totalitaria incompatible con la democracia y los derechos humanos de la CEDH.

Por ello el TEDH consideró que la solicitud era inadmisibile y que la condena impuesta fue necesaria en una sociedad democrática.

3.3.3.- SENTENCIAS CONTRA AZERBAIYÁN

A. STEDH (Sección 5ª) Tagiyev and Huseynov c. Azerbaiyán (Solicitud n° 13274/08) de 5 de diciembre de 2019⁹⁰.

⁸⁹ [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-24075\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\) (consultado el 21-3-2020).

⁹⁰ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-198705> (consultado el 21-3-2020).

Rafig Nazir y Samir Sadagat eran respectivamente escritor y columnista, y redactor jefe de un periódico, el *Sanat Gazeti*.

Los tribunales de Azerbaiyán les condenaron a penas de prisión por la publicación de un artículo titulado «Europa y nosotros» escrito por Rafig Nazir y publicado por Samir Sadagat⁹¹.

Durante la investigación se encargó una evaluación forense lingüística e islámica de dicho artículo para acotar las expresiones del mismo que pudieran incitar al odio religioso y al hostigamiento. En el mismo se concluyó que sí existían frases capaces provocarlo:

[...] Europa siempre ha rechazado y rechaza las ideas humanistas engañosas de otras religiones, incluido el Islam. La moralidad en el Islam es un acto de malabarismo; su humanismo no es convincente [...] en comparación con Jesucristo, el padre de la guerra fatwa el profeta Mahoma es simplemente una criatura espantosa [...] En el mejor de los casos, el Islam avanzaría en Europa con pequeños pasos demográficos. Y tal vez habría un país en el que el Islam estaría representado por unos pocos individuos o terroristas que vivirían de incógnito [...] el filósofo europeo no actúa como un payaso como el filósofo oriental, no se inclina hacia el sufismo, o la locura, la estupidez. Sí, el filósofo oriental es un actor puro; todas sus actividades están decoradas con imaginación de adornos en miniatura por el bien de la ideología. El filósofo oriental dice algo por decir algo. El objetivo, el camino es desconocido, o bastante abstracto [...].

Los tribunales de Azerbaiyán condenaron a Rafig Nazir y a Samir Sadagat en base a dicho informe forense.

Los demandantes consideraron que la condena vulneró su libertad de expresión. En primer lugar, defendieron que con dicho artículo sólo habían tratado de hacer una comparación entre el islam y el cristianismo en el contexto de los valores humanistas europeos y orientales, y los conceptos de derechos humanos.

En segundo lugar, apelaron a que se tuvieran en cuenta los antecedentes jurisprudenciales del TEDH en atención a valorar el contexto. Afirmaron que se podía comprobar que ni con anterioridad ni con posterioridad a dicha publicación constaba ningún artículo que se pudiese valorar como incitador al odio religioso o al hostigamiento. Ninguno de ellos eran afiliados políticos de ningún tipo. Y los efectos, la tirada de la publicación, no fueron muy grandes (el artículo se publicó en un periódico con una difusión de unos 800 ejemplares).

⁹¹ A nivel social dicha publicación les supuso críticas por grupos y líderes religiosos. Entre ellos el ayatolá Muhammad Fazel Lankarani, emitió una *fatwa* religiosa pidiendo su muerte. De hecho Rafig Nazir murió apuñalado y el TEDH permitió a su mujer continuar con la demanda de su marido.

En tercer lugar, consideraron que las penas de prisión que les impusieron por estos hechos fueron desproporcionadas.

Por su parte el Gobierno de Azerbaiyán alegó que la condena fue por hechos legalmente previstos y con una finalidad legítima consistente en proteger los derechos de los demás, así como prevenir desórdenes públicos. Asimismo consideró que la injerencia fue proporcional en atención a la presión social existente, que consideró la publicación como un ataque abusivo a la religión, en particular contra el islam, que ofendió los sentimientos religiosos. El Gobierno hizo hincapié en que el artículo provocó una fuerte reacción social y religiosa de condena del mismo.

Finalmente el Gobierno argumentó que era de aplicación el margen de discrecionalidad de que gozan los Estados miembros. Ello por cuanto en Europa no existe una concepción uniforme acerca de la significación de la religión en la sociedad.

El TEDH comenzó su análisis recordando los principios del CEDH. En primer lugar, la libertad de expresión comprende el derecho a la información y a la transmisión de ideas, no sólo de carácter inofensivo o indiferente, sino también las que ofenden o perturban. El pluralismo y la tolerancia son necesarios en una sociedad democrática. En segundo lugar, el margen de apreciación de los Estados miembros queda reducido cuando lo que se promueve son cuestiones de interés público. En un contexto de creencias religiosas lo que se debe de evitar, en la medida de lo posible, son las expresiones que ofenden «de manera gratuita» a los demás. En tercer lugar, se precisa que la sanción que se imponga sea necesaria en una sociedad democrática. Y en último lugar, en el caso de que proceda aplicar una sanción ésta debe de ser proporcionada.

El TEDH seguidamente acotó el objeto de la demanda a la resolución de un conflicto de intereses entre dos derechos fundamentales. Por un lado, el derecho de los demandantes a compartir de forma pública su visión de la religión y, de otro lado, el derecho de los demás respecto a su libertad de pensamiento, conciencia y religión. El límite de lo tolerable se encuentra en que esa difusión de creencias religiosas no suponga la difusión de doctrinas hostiles a la fe de los demás, ni incite al odio o a la intolerancia religiosa.

En el caso concreto el TEDH consideró que los tribunales de Azerbaiyán se limitaron a reiterar las conclusiones del informe forense, pero no añadieron ninguna explicación jurídica, no exteriorizaron por qué dichas expresiones constituyeron una incitación al odio o a la hostilidad.

El TEDH analizó el artículo en su totalidad, y no de forma sesgada. Con este tamiz llegó a la conclusión de que con la publicación se trató de buscar un debate en un asunto de interés público acerca del rol de la religión en la sociedad y su papel para desarrollarla. Por lo que la injerencia de los tribunales de Azerbaiyán no era necesaria en una sociedad democrática.

A mayor abundamiento, la condena impuesta fue considerada como desproporcionada por su severidad⁹². Las penas de prisión impuestas son capaces de producir el efecto de disuadir la libertad de prensa para fomentar la discusión pública en relación a la religión, su papel en la sociedad o cualesquiera otros asuntos de interés público.

El TEDH concluyó que se produjo una vulneración de la libertad de expresión de los solicitantes por cuanto la condena penal de los demandantes fue desproporcionada con respecto a los objetivos perseguidos y, en consecuencia, no era necesaria en una sociedad democrática.

3.3.4.- SENTENCIAS CONTRA BÉLGICA

A. STEDH (Sección 2ª) Féret c. Bélgica (Solicitud n°15615/07) de 16 de julio de 2009⁹³.

Daniel Féret por un lado era presidente del partido político «Front National-Nationaal Front», así como editor y responsable de los escritos del mismo y propietario del sitio *web* del partido. Por otro lado, Daniel Féret fue miembro de la Cámara de Representantes belga.

Los tribunales belgas condenaron a Daniel Féret por un delito de opinión por incitar a la discriminación, la segregación y el odio a la pena de 250 horas de trabajos que se llevaría a cabo en el ámbito de la integración de personas de nacionalidad extranjera, con una pena de prisión subsidiaria de diez meses y con la prohibición de presentarse a elecciones para cargos parlamentarios por un período de diez años⁹⁴.

⁹² Se les impusieron tres y cuatro años de prisión, respectivamente y pasaron un año y un mes en prisión.

⁹³ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93626> (consultado el 24-3-2020).

⁹⁴ Simbólicamente fue condenado a pagar un euro al Centro para la igualdad de oportunidades y la lucha contra el racismo, a la Liga de los Derechos Humanos y al Movimiento contra el racismo, el antisemitismo y la xenofobia que participaron en el proceso como partes civiles.

Los hechos se cometieron durante la campaña propagandista del partido político «Front National-Nationaal Front» que tuvo lugar entre julio de 1999 y octubre de 2001. Durante la misma se difundieron diferentes panfletos⁹⁵.

Los folletos tenían en cuanto al fondo el mismo mensaje en contra de la inmigración: restablecer la prioridad de empleo para los belgas y los europeos, repatriar a los inmigrantes, aplicar el principio de preferencia nacional y europea, convertir los hogares de refugiados políticos en hogares para belgas sin hogar y crear fondos de seguridad social separados para los inmigrantes. También se criticó a centros de refugiados por causar muchas molestias como daños a la propiedad, ruido, residuos y a veces altercados violentos.

En cuanto a las expresiones y consignas que se utilizaron fueron, entre otras, del siguiente tenor:

oponerse a la islamización de Bélgica [...] interrumpir la política de pseudo integración [...] dejar de engordar las asociaciones socioculturales para ayudar a los inmigrantes a integrarse [...] reservar el derecho de asilo (..) a personas de origen europeo en realidad procesadas por razones políticas [...] entender la expulsión de inmigrantes irregulares como una mera aplicación de la ley [...] salvar nuestro pueblo del riesgo que constituye el Islam conquistador [...] ¡Belgas y europeos primero! [...] Pensionista: el gobierno no se preocupa por ti [...] Prisioneros de la extrema izquierda, los liberales son mentirosos! [...] La extrema izquierda-ECOLO impone su política de inmigración. De todos los países del mundo, Bélgica es la naturalización más fácil y rápida que se concede. Los inmigrantes indocumentados-ilegales, por lo tanto delincuentes- tienen una regularización masiva. Nuestros gobernantes son ladrones [...] Reservar la prioridad de la asistencia social a los belgas y europeos [...] La concesión de la nacionalidad belga a través del matrimonio ya no será posible.

Asimismo se difundieron folletos en los que en el anverso se representaba una caricatura del ministro belga distribuyendo en Marruecos el dinero destinado a los pensionistas, mientras que en el reverso, para incitar a la discriminación contra los no europeos, aparecería una amalgama compuesta de indocumentados, delincuentes, generadores de inseguridad y refugiados políticos.

En la misma línea se difundieron carteles con textos como «The Black International» en el que aparecían un hombre y una mujer vestidos con un taparrabos negro y un hueso en la nariz.

Daniel Féret defendió que las opiniones que vertió durante la campaña electoral estaban amparadas por la inmunidad parlamentaria, ya que trataban cuestiones políticas.

⁹⁵ Los panfletos difundidos tenían los siguientes títulos: «¡Participa en lo que es tu negocio!», «Programa de Frente Nacional», «Rue des Palmiers: un centro de refugiados envenena la vida de los habitantes» y «Laurette en Marruecos, Papy en Bélgica».

Sin embargo, los tribunales belgas consideraron en primer lugar que los hechos enjuiciados no estaban comprendidos en el ejercicio de su actividad parlamentaria anterior o presente.

En segundo lugar, consideraron conforme a la *Recomendación No R (97) 20 del Comité de Ministros a los Estados miembros* que el odio comprende, entre otras cosas la intolerancia. Y esta intolerancia venía recogida en los hechos analizados por los tribunales belgas «en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante».

El TEDH consideró que no se produjo una violación de la libertad de expresión de Daniel Féret. Pero la decisión estuvo lejos de alcanzar la unanimidad⁹⁶. El TEDH consideró que la condena tenía una previsión legal y unos objetivos legítimos, por lo que centró su análisis en valorar si la sanción fue necesaria en una sociedad democrática. Es decir, si la condena respondió a una necesidad social imperiosa y si la pena impuesta fue proporcional a los fines perseguidos. El *quid* del asunto fue delimitar los límites de la libertad de expresión en el ámbito de la libertad política. En un lado de la balanza estaba el discurso político, que «no puede restringirse sin razones imperiosas» ya que el parlamentario representa a los electores, muestra sus preocupaciones y defiende sus intereses. En el otro lado de la balanza estaba la tolerancia y el respeto por la igualdad de dignidad de todos los seres humanos, lo que constituye la base de una sociedad democrática y pluralista.

El TEDH recordó que en las sociedades democráticas se puede considerar necesario sancionar, o incluso prevenir, todas las formas de expresión que propagan, promueven o justifican el odio basado en la intolerancia siempre que las «condiciones», las «restricciones» o las «sanciones» impuestas sean proporcionadas a un propósito legítimo que se persigue. En el caso concreto el TEDH a la hora de decidir puso de relieve una serie de factores.

En primer lugar, en cuanto al contenido del mensaje, destacó que los folletos difundidos por Daniel Féret además de basarse en la diferencia cultural entre los nacionales belgas y las comunidades afectadas, dio una visión criminógena de las mismas. Con ello era inevitable despertar en el público, en especial en el menos informado, sentimientos de desprecio, rechazo e incluso odio hacia los extranjeros. El TEDH remarcó que la incitación al odio no requiere necesariamente llamar a la comisión de un acto concreto de violencia o delincuencia. Es suficiente, como ocurrió en el

⁹⁶ El TEDH estaba compuesto por siete magistrados y el asunto se resolvió con cuatro votos a favor de considerar que no hubo violación de la libertad de expresión frente a tres votos particulares.

caso, que se insulte, ridiculice o difame o incite a la discriminación de manera que se debilite la dignidad e incluso la seguridad de una parte de la población.

En segundo lugar, en cuanto a la condición de parlamentario de Daniel Féret, el TEDH afirmó que no puede considerarse una circunstancia atenuante. El TEDH recordó que es de vital importancia que «los políticos, en sus discursos públicos, eviten difundir comentarios que puedan alimentar la intolerancia».

En tercer lugar, en relación al medio utilizado para la difusión del mensaje y al contexto en el que se produjo, el TEDH consideró que los panfletos se difundieron en campaña electoral, y, por tanto, alcanzaron a toda la población, con lo que el impacto del mensaje tuvo mayor difusión y fue más dañino.

En cuarto lugar, el TEDH coincidió con la decisión de los tribunales belgas en cuanto al lenguaje utilizado por Daniel Féret en el sentido de que era claro que incitaba a la discriminación y al odio racial.

El TEDH a la vista de los anteriores elementos ratificó que la condena impuesta a Daniel Féret respetaba los principios de legalidad, finalidad legítima y necesidad en una sociedad democrática.

Mención aparte merecen los votos particulares disidentes de la mayoría del TEDH.

En primer lugar, consideraron que la posibilidad de regular un discurso por su contenido puede abrir la puerta al abuso. Ello por cuanto «(l)os seres humanos, incluidos los jueces, tienden a caracterizar las opiniones que no les conviene como inadmisibles y, por lo tanto, excluirlas del ámbito de la expresión protegida».

En segundo lugar, en cuanto al análisis del proceso concreto de comunicación del mensaje difundido por Daniel Féret, se apartaron de la opinión mayoritaria al valorar que no se tuvieron en cuenta elementos que pueden neutralizar el contenido del mismo, sino que en su opinión se hizo una ponderación aislada.

En tercer lugar, a diferencia del sentir general del TEDH, valoraron que la incitación al odio requiere un acicate a la acción, a la comisión directa de una acción punible o que sea probable

que se cometa una infracción penal: «la mera intolerancia, el sentimiento sin acción, o al menos sin una tendencia clara a actuar, no pueden constituir un crimen⁹⁷».

En cuarto lugar, pensaron que la decisión mayoritaria se basó en un concepto de «democracia militante». Así mientras que para los jueces disidentes debió de primar la libertad de expresión para proteger el intercambio de ideas, que acerca a la verdad, para la mayoría pesó más el argumento de que a corto plazo la emoción supera a la razón. Y como apoyo de este razonamiento y de su credibilidad se recordaron los efectos y las repercusiones de la propaganda de Hitler. Sin embargo, para los jueces disconformes, la situación no era la misma en el caso concreto. Ello por cuanto la propaganda de Hitler «consistió en un esfuerzo sostenido, metódico y bien organizado que formaba parte de la realidad muy particular de una Alemania traumatizada».

Finalmente, los votos disidentes concluyeron que la pena impuesta de ilegitimidad durante 10 años fue desproporcionada en atención al delito y la jurisprudencia del TEDH.

B. Decisión del TEDH (Sección 2ª) Fouad Belkacem c. Bélgica (Solicitud nº 34367/14) de 27 junio 2017⁹⁸.

Fouad Belkacem fue condenado a dos años de prisión y al pago de una multa de 500 euros. En el momento de los hechos el demandante era el líder y portavoz de la organización *Sharia4Belgium* y los hechos por los que fue enjuiciado consistieron en la difusión por la plataforma de *YouTube* de vídeos cuyo contenido era del siguiente tenor:

"Hoy tenemos los mismos delincuentes, este [P.D.C.], que Alá lo humille en esto (incomprensible), le dé todas las enfermedades en la Tierra, lo paralice, se rompa la espalda, al dejar huérfanos a nuestros hijos, haga huérfanos a sus hijos, al hacer viudas a nuestras esposas, que Alá haga viuda a su esposa".

"Y [P.D.C.], llegará el día en que estarás en manos de los muyahidines y luego rogarás, como todos los no creyentes rogaron por sus vidas."

"Los musulmanes están aquí para dominar, Alá es el que proclamó su mensaje con la verdad, y la verdadera religión está aquí para dominar el mundo, para gobernar sobre todos los sistemas."

"No estoy llamando a los musulmanes a luchar, pero todavía va a ser la consecuencia. Alá legitima toda forma de defensa. No somos cristianos, no presentamos nuestra otra mejilla cuando alguien nos golpea. Buscamos la confrontación. Bélgica está advertida. Nuestro honor vale más que nuestras vidas.»

"Eres aún más sucio que los animales. Al menos no beben alcohol y luego vomitan.»

"Le pido a Alá que lleve a los muyahidines lo antes posible a las puertas de Bruselas para enseñar una lección a estos no creyentes porque realmente necesitan aprender una lección.»

"Ummah, querida gente, eso es suficiente [después de lo cual el sonido de una toma se escucha en el fondo del video]. El diálogo de 'sentémonos en una mesa, paz, blablabla...' (...), es cosa del pasado. Es

⁹⁷ Los votos disidentes consideraron que las observaciones de Daniel Féret sobre la política gubernamental no exigían actos de discriminación accesibles al público en general; no pidió boicots, negativas a servir o evitar a los migrantes, etc.

⁹⁸ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175941> (consultado el 23-2-2021).

cosa del pasado. Hoy tenemos que hablar de la Yihad (...). Hoy debemos hablar de la sharia (...). Cómo debemos dominar.»

"Debemos luchar contra estos no creyentes. Alá, identifica a los no creyentes para la lucha. Luchemos entonces contra estos no creyentes.»

Además, Fouad Belkacem fue condenado por la difusión de otros vídeos, con alguno de los cuales incitó al odio, la discriminación y la violencia, llamando a unirse a la agrupación *Salafiyya jihadiyya* (que considera que los no creyentes o se arrepienten o deben de ser eliminados). Para Fouad Belkacem sólo a través de medios militares se puede crear un Estado islámico.

El demandante sostuvo que no tuvo ninguna intención de incitar al odio, la discriminación o la violencia. Por el contrario, afirmó que se limitó a expresar sus ideas y opiniones, pese a que éstas fueran ofensivas. En definitiva, consideró que se vulneró su derecho a la libertad de expresión y de religión y, por tanto, no hubo intencionalidad⁹⁹ de cometer los delitos por los que a fin de cuentas fue condenado.

El TEDH señaló como elementos internacionales a tener en cuenta los siguientes: *La Recomendación 97/20 del Comité de Ministros sobre el "discurso del odio"; El Protocolo Adicional del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, relativo a la criminalización de actos de carácter racista y xenófobo cometidos a través de sistemas informáticos; Recomendación e informe de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia ("ECRI") del Consejo de Europa n° 7 sobre legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial; y la Decisión marco 2008/913/JAI relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia a través del Derecho penal.* No obstante, en este caso el tribunal no aplicó el triple test¹⁰⁰, no entró a valorar a fondo el asunto, sino que inadmitió la demanda *ad limine* por el artículo 17.

El propio tribunal señaló que esta vía es muy excepcional¹⁰¹. Sin embargo, consideró que el contenido de dichos vídeos subidos a la plataforma de *YouTube* tuvo como finalidad fomentar el odio, la discriminación hacia todas las personas que no son musulmanas. Por ello el TEDH consideró que

⁹⁹ Defendió que no se acreditó el elemento subjetivo del delito.

¹⁰⁰ Pese a que cita la STEDH (Gran Sala) *Perinçek c. Suiza* (Solicitud n° 27510/08) de 15 octubre 2015, que como veremos *infra* sí que entró a analizar el fondo del asunto y a valorar el triple test.

¹⁰¹ De hecho, la sentencia cita los contados casos en los que se acudió a esta solución. *Vide* §32:

asuntos relativos a las declaraciones de negación del Holocausto o de su organización por Hitler (Garaudy c. Francia [...] y Witzsch c. Alemania [...]), a una asociación alegando que los polacos eran perseguidos por la minoría judía (W.P. y otros c. Polonia [...]), a un cartel que asociaba a todos los musulmanes con un grave acto de terrorismo (Norwood c. Reino Unido) [...] o en casos relacionados con publicaciones o espectáculos considerados antisemitas y negadores (Pavel Ivanov c. Rusia [...], y M'Bala v. France [...])

«un ataque tan generalizado y vehemente está en contradicción con los valores de tolerancia, paz social y no discriminación que subyacen a la Convención».

3.3.5.- SENTENCIAS CONTRA BOSNIA y HERZEGOVINA:

A. Decisión del TEDH (Sección 4ª) Abedin Smajić c. Bosnia y Herzegovina (Solicitud nº 48657/16) de 18 enero 2018¹⁰².

El solicitante era un abogado que fue condenado a un año de prisión (cuyo cumplimiento fue suspendido por un período de tres años) por la comisión de un delito de incitación al odio, la discordia y la intolerancia nacional, racial y religiosa. Los hechos consistieron en que utilizó un seudónimo para escribir comentarios en un foro de internet, de acceso público, cuyo nombre era *Bosnahistorija*. Con dichos comentarios alentó a que los ciudadanos bosnios actuaran en caso de guerra. Las declaraciones que fueron enjuiciadas fueron del siguiente tenor literal:

" ... También creo que Ivići es clave para los bosnios, porque es una elevación natural en la llanura de Brčko y [desde allí] toda la ciudad [es visible] como si [estuviera] sobre la palma de una mano; tener a Ivići en guerra es una ventaja ... porque a partir de ahí es posible bombardear la ciudad con cualquier cosa. (Pronto tomaré algunas fotos de la vista de la ciudad desde Ivići.) ...

Voy a publicar fotos pronto; ahora estoy ocupado trabajando ... habrá esta apesadumada Navidad pronto y es un día festivo en Brčko así que [tendré tiempo] para tomar fotos ... si nos organizamos no tienen ninguna posibilidad de hacerse cargo de Brčko. ... El asentamiento de Ilićka, que tiene alrededor de 3.500 a 5.000 serbios, es problemático ... Ilićka y Grčica deberían ser golpeados al principio, ya que se trata de dos asentamientos serbios clave. Es fácil atacar Grčica porque hay algunos bosnios allí, mientras que Ilićka es problemático, ya que no tiene contacto físico con ningún asentamiento bosnio. En cualquier escenario militar deberíamos atacar primero a Bukvik, Gajevo y Cerik y deshacernos del peligro a nuestras espaldas, el mismo que hicimos en 1992... una vez que hayamos tratado con esas aldeas serbias tendremos un corredor libre hacia Gradačac y Srebrenik. Entonces, en mi opinión, deberíamos atacar a Grčica y Srpska Varoš ... el centro de la ciudad debe ser limpiado lentamente porque hay muchos edificios y existe el riesgo de grandes pérdidas ...

... Los serbios que vinieron de diferentes agujeros de mierda viven allí; hay [sólo una población nativa muy pequeña] ... Ilićka es un asentamiento [que consiste principalmente] en serbios de pensamiento radical que serían los primeros en confeccionar [una lucha] con bosnios de Brčko y que, en caso de cualquier escenario [que implique la secesión] de [La República Srpska] debería ser atacado y neutralizado primero ..."

Abedin Smajić sostuvo su defensa en base a dos argumentos. En primer lugar, afirmó que sólo vertió su opinión, sin pretender en ningún momento incitar al odio y, por tanto, se vulneró su derecho a la libertad de expresión. En segundo lugar, argumentó que no lo hizo públicamente sino en el ámbito reducido de ese concreto foro de internet. Esgrimió que si alcanzó mayor difusión fue a raíz del escrito del fiscal y de la repercusión que éste tuvo en la prensa.

¹⁰² <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-180956> (consultado el 26-2-2021).

En este caso el TEDH consideró que la sanción estaba prevista en la ley y que la injerencia era necesaria en una sociedad democrática y proporcional. El TEDH tuvo especialmente en cuenta que las declaraciones afectaban a las relaciones étnicas en la sociedad, tras el conflicto vivido. En este caso el TEDH concluyó que las autoridades nacionales gozaban de mejor posición para examinar e interpretar los hechos concretos y aplicar su legislación de forma razonada.

3.3.6.- SENTENCIAS CONTRA CROACIA:

A. Decisión del TEDH (Sección 1ª) Josip Šimunić c. Croacia (Solicitud nº 20373/17) de 22 enero 2019¹⁰³.

El solicitante (jugador de fútbol) fue condenado al pago de una multa de 25.000 kunas croatas (HRK)¹⁰⁴. El motivo de la condena se basó en que tras el encuentro disputado en el estadio *Maksimir* entre la selección nacional de Croacia (a la que pertenecía el solicitante) y la selección nacional de Islandia, el solicitante se dirigió al público y gritó «Para casa» a lo que los espectadores (a cada exclamación) le respondieron «listos»¹⁰⁵. Para los tribunales nacionales esa forma de saludar se correspondía con el saludo oficial del régimen totalitario del Estado Independiente de Croacia (*Nezavisna država Hrvatska*). Por ello la sentencia condenatoria razonó que dicho saludo estaba vinculado a una ideología racista, que desprecia a las personas por motivos religiosos y de origen étnico, así como resta importancia a las víctimas de crímenes contra la humanidad.

Sin embargo, el recurrente afirmó *inter alia* que se vulneró su derecho a la libertad de expresión por varios motivos. En primer lugar, porque la expresión que usó no estaba prohibida por ley. En segundo lugar, porque otras personas habían sido absueltas por utilizar la misma frase. Y en tercer lugar que durante el procedimiento intervino un historiador que dictaminó que esa expresión se había usado a lo largo de la historia en diferentes contextos.

Por su parte el TEDH confirmó las decisiones de los tribunales nacionales e inadmitió la solicitud. Para ello razonó que la condena se fundamentó en una ley y que la sanción económica impuesta era necesaria y fue proporcional. El TEDH entendió que los tribunales analizaron y explicaron el razonamiento acerca de por qué la frase utilizada por el solicitante era delictiva, al suponer una incitación al odio por motivos racistas, nacionalidad y de religión. El TEDH destacó

¹⁰³ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-189769> (consultado el 28-2-2021).

¹⁰⁴ Según la sentencia del TEDH equivaldría a unos 3.000 euros, v. § 47.

¹⁰⁵ En la sentencia redactada en inglés se hizo constar que las expresiones fueron «For Home» y la respuesta del público «Ready!», v. § 3 y 5.

por un lado que el solicitante era un futbolista famoso, con muchos seguidores, y, por tanto, un referente que debió de haber medido las consecuencias de su acción. Por otro lado, el TEDH subrayó que el contexto en el que se produjo fue con motivo de un partido de fútbol entre dos selecciones nacionales y con mucho público. Asimismo, se ponderó que no se dijo la frase una sola vez, sino hasta en cuatro ocasiones, buscando la reacción del público. Finalmente consideró que la naturaleza económica de la pena y de su cuantía fue proporcional para proteger el objetivo legítimo protegido por la ley nacional aplicada: «promover la tolerancia y el respeto mutuo en los eventos deportivos, así como la lucha contra la discriminación a través del deporte». Por todo ello el TEDH consideró que la condena impuesta estaba dentro del margen de apreciación con que cuentan los estados miembros.

3.3.7.- SENTENCIAS CONTRA DINAMARCA:

A. STEDH (Gran Sala) Jersild c. Dinamarca (Solicitud nº 15890/89) de 23 septiembre 1994¹⁰⁶.

El solicitante, Jens Olaf Jersild, era periodista y trabajaba en una radio de Dinamarca (*Danish Broadcasting Corporation*), y dentro de la misma participaba en el programa *Sunday News Magazine* (*Søndagsavisen*) que trataba de múltiples cuestiones política y sociales (p. ej. temas relativos a los refugiados, xenofobia e inmigración). Jens Olaf Jersild fue condenado al pago de 1.000 coronas danesas, o, alternativamente, a cinco días de prisión por ayudar/apoyar a los entrevistados a difundir sus declaraciones en relación a los hechos que expondremos a continuación.

Los hechos por los que Jens Olaf Jersild fue condenado tuvieron origen en una entrevista que hizo a tres miembros de los *Greenjackets* (*grønjakkerne*). La entrevista duró entre cinco y seis horas (fueron grabadas en video unas dos horas y media) y Jens Olaf Jersild la editó y acotó a unos minutos¹⁰⁷. De toda la entrevista los tribunales tomaron en cuenta para fundamentar su condena las siguientes expresiones que hicieron los tres entrevistados:

"... los Estados del Norte querían que los negros fueran seres humanos libres, hombre, no son seres humanos, son animales".

"Sólo toma una foto de un gorila, hombre, y luego mira a un negro, es la misma estructura corporal y todo, hombre, frente plana y todo tipo de cosas."

"Un negro no es un ser humano, es un animal, eso va para todos los otros trabajadores extranjeros también, turcos, yugoslavos y como se les llame."

¹⁰⁶ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57891> (consultado el 4-3-2021).

¹⁰⁷ La transcripción literal puede consultarse en el § 11.

"Es el hecho de que son 'Perkere'¹⁰⁸, eso es lo que no nos gusta, cierto, y no nos gusta su mentalidad... lo que no nos gusta es cuando caminan con esa ropa de Zimbabue y luego hablan este idioma hula-hula en la calle ..."

"Son las drogas que están vendiendo, hombre, la mitad de la población carcelaria en 'Vestre' están allí por drogas... son las personas que están cumpliendo condena por traficar drogas..."

"Están ahí, todos los 'Perkere', debido a las drogas..."

El solicitante consideró que los tribunales nacionales no valoraron que él no estaba de acuerdo con las opiniones de los entrevistados. Jens Olaf Jersild defendió que su intención fue dar una imagen real de un problema social, informar al público en un contexto de debate. Consideró que lo que el programa provocó fue que los entrevistados quedasen en ridículo. Para él se vulneró su libertad de expresión, estimó que una cosa son las expresiones de las personas entrevistadas y otra la responsabilidad del entrevistador y editor.

Por su parte los tribunales nacionales en primer lugar dieron relevancia a que la entrevista no fue algo casual, sino que la iniciativa partió del solicitante, quien debió prever de antemano que se hicieran este tipo de manifestaciones discriminatorias. En segundo lugar, ponderaron que pese a haber editado la entrevista no se incluyeron otros comentarios como contrapeso al vertido por los miembros de *Greenjackets*. Por ello se consideró que en definitiva ayudó a difundir sus declaraciones delictivas.

El TEDH valoró que lo que se debía analizar en el caso concreto era si de forma objetiva se podía concluir que el solicitante tenía la intención de difundir un mensaje racista. Para ello el TEDH señaló que se debe atender a todas las características de la entrevista difundida. En primer lugar, antes de comenzar la entrevista se pudo escuchar al presentador haciendo una introducción a la misma en la que hizo referencia a la actualidad del momento, en que aparecían comentarios en prensa y debates públicos acerca del racismo en Dinamarca. También explicó que el objetivo del programa era identificar a ciertas personas racistas, para conocer su mentalidad y antecedentes sociales como un aspecto del problema del racismo. En segundo lugar, el medio de difusión fue un programa de un medio de comunicación serio y destinado a un público informado. En tercer lugar, pese a lo sostenido por los tribunales nacionales el TEDH consideró que el entrevistador sí refutó y cuestionó a lo largo de la entrevista las declaraciones de los *Greenjackets* apartándose de las mismas.

Sentado lo anterior el TEDH remarcó que uno de los medios que tiene la prensa para el ejercicio de la función de *perro guardián* es precisamente a través de las entrevistas (editadas o no).

¹⁰⁸El propio TEDH explicó que era una palabra danesa muy despectiva para referirse a los trabajadores inmigrantes.

Por ello la mayoría del TEDH (doce votos a siete) dieron la razón al solicitante y consideraron que la injerencia punitiva no era necesaria en una sociedad democrática.

Sin embargo, los votos disidentes consideraron que la mayoría priorizó la libertad del periodista frente a quienes tienen que sufrir el odio racial. Estimaron que al haberse editado la entrevista y haber dejado las expresiones más crudas debió de incluirse para contrarrestarlas una declaración clara de desaprobación¹⁰⁹. Por ello concluyeron que la decisión de los tribunales nacionales fue adecuada dentro del margen de apreciación que debe dejarse a los Estados parte.

B. Decisión del TEDH (Sección 2ª) Roj TV A/S c. Dinamarca (Solicitud n° 24683/14) de 17 abril 2018¹¹⁰.

El solicitante era una empresa danesa que retransmitía programas principalmente en kurdo a toda Europa y en Oriente Medio. Roj TV A/S fue condenada en atención al volumen de negocios neto durante el período al que se refirieron los hechos (2006-2010) al pago de 5.000.000 de coronas danesas (DKK)¹¹¹. El proceso se inició por la queja de las autoridades gubernamentales de Turquía por entender que a través de dichos programas apoyaban al Partido de los Trabajadores del Kurdistan (PKK), que fue clasificado como organización terrorista por la Unión Europea entre otros. Los hechos se basaron en primer lugar en extractos de los programas en base a los cuales los tribunales nacionales constataron por el contenido y la presentación que participaban líderes del PKK (que explicaban sus opiniones e incitaban a la revuelta), sin contar con otras fuentes de información que permitiesen el contraste, y sin hacerles preguntas críticas. En dichos programas se idealizó la muerte de los guerrilleros, como si fueran héroes y mártires. En segundo lugar se consideró probado que el solicitante fue financiado por el PKK. Por todo ello se consideró que fue promotor de una organización terrorista.

Para Roj TV A/S se infringió su derecho a la libertad de expresión.

El TEDH analizó su propia jurisprudencia y citó la STEDH (Gran Sala) Sürek c. Turquía (Solicitud n° 26682/95) de 8 julio 1999 que ya consideró al PKK como organización terrorista. Partiendo de lo cual el TEDH por unanimidad consideró que en este caso procedía aplicar el artículo 17 para inadmitir la solicitud. Ello por tres motivos: en primer lugar, por la naturaleza de los

¹⁰⁹ Los jueces F. Gölcüklü, C. Russo y Valticos llegaron a considerar que la opinión mayoritaria confió en que las reacciones a la entrevista serían de rechazo, sin embargo, estimaron que era una muestra de optimismo que se desmiente por la experiencia: «That is to display an optimism, which to say the least, is belied by experience».

¹¹⁰ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-183289> (consultado el 4-3-2021).

¹¹¹ Según el TEDH equivalentes a aproximadamente 671.141 euros, *vide* § 14.

programas que incluían el apoyo a la actividad del terrorismo e incitaban a la violencia. En segundo lugar, en atención a la amplia difusión de los mismos. Y en tercer y último lugar porque para la sociedad europea actual una cuestión primordial es la del terrorismo y su prevención.

3.3.8.- SENTENCIAS CONTRA ESTONIA:

A. STEDH (Gran Sala) *Delfi AS c. Estonia* (Solicitud nº 64569/09) de 16 junio 2015¹¹².

El solicitante era una empresa pública de responsabilidad limitada (*aktsiaselts*), registrada en Estonia, dueña de un portal de noticias en internet llamado *Delfi AS*. En enero de 2006 publicaron un artículo con el título *SLK Destroyed Planned Ice Road* a raíz del cual se subieron en el mismo portal comentarios ofensivos/*hate speech*¹¹³ dirigidos contra *L*, un miembro del consejo de supervisión de *SLK* (compañía que ofrecía un servicio público de transporte en ferry entre el continente y algunas islas), entre otros¹¹⁴:

[...] el agua abierta está más cerca de los lugares a los que se refiere, y el hielo es más delgado. Propuesta – vamos a hacer lo mismo que en 1905, vamos a [K]uressaare con palos y poner [L.] y [Le.] en una bolsa [...] malditos imbéciles malditos imbéciles...están cargados de todos modos gracias a ese monopolio y subsidios estatales y ahora han comenzado a preocuparse de que los coches puedan conducir a las islas durante un par de días sin que nada llene sus bolsos. (A)rde en tu propio barco, judío enfermo! [...] bribón!!! [...] tiene toda la razón. Linchamiento, para advertir a los otros [isleños] y aspirantes a hombres. ¡Entonces nada de eso se hará de nuevo! En cualquier caso, [L.] se merece mucho eso, ¿no es así? [...] "un buen hombre vive mucho tiempo, un hombre de mierda un día o dos"[...] Este [V.] algún día será golpeado con un pastel por mí. [...] bastardos!!!! [...]

Los abogados del perjudicado solicitaron la retirada del contenido ofensivo y una indemnización. La empresa tardó seis semanas en eliminar dichos mensajes. Los tribunales nacionales finalmente condenaron civilmente a la empresa a pagar a *L* una indemnización de 5.000 coronas estonias (*EEK*)¹¹⁵. La razón de ello fue que valoraron que si bien no se le podían imputar directamente dichas expresiones sí que tenía responsabilidad en la medida en que los filtros y medidas de bloqueo instaurados no fueron suficientes. La condena se basó en que la empresa estableció un sistema en el que no se controlaban los contenidos con carácter previo a su subida, por lo que pudo instaurar unos sistemas más eficaces y rápidos para la eliminación de contenidos ilegales, y pudiendo haberlo hecho, eligió no hacerlo.

¹¹² <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155105> (consultado el 7-3-2021).

¹¹³ El TEDH se refirió a ellas como manifestaciones de odio y de amenazas, y trató de la «obligación de tomar medidas efectivas para limitar la difusión de discursos de odio y discursos que inciten a la violencia» que tienen los portales de noticias v. § 156 y ss.

¹¹⁴ Los comentarios se acotaron a veinte, v. § 18.

¹¹⁵ Unos 320 euros v. § 27.

El solicitante consideró que los tribunales nacionales vulneraron su libertad de expresión en cuanto a la libertad de difundir información, al entender que no tenía responsabilidad por los comentarios vertidos en su portal. En primer lugar, argumentó que en el mundo actual son los usuarios quienes generan el contenido. En segundo lugar, el solicitante consideró que su actuación fue suficiente, al entender que el sistema que tenían permitía eliminar a posteriori los comentarios tan rápido como tuviera conocimiento de su ilícito contenido. En este sentido explicó que la mayor parte de los comentarios son anónimos; y que, si se entendía que debían filtrarlos antes de publicarlos para evitar responsabilidades, lo que provocaría sería bien que no se publicasen comentarios anónimos, bien que fueran censurados arbitrariamente limitando la libertad de comunicación de usuarios anónimos. En tercer lugar, pidió al TEDH que tuviese en cuenta que debía distinguirse entre los editores tradicionales y los intermediarios. Para el solicitante un editor sí que tiene responsabilidad por el contenido de lo que publica, con independencia de su autoría, pero no así un intermediario como él. Como refuerzo de este argumento hizo hincapié en que es la víctima la única que puede valorar los perjuicios que se le causan a su reputación.

Cuando conoció en primera instancia el TEDH (Sección 1ª) dictaminó por unanimidad que no se vulneró la libertad de expresión del solicitante. Y del mismo modo lo confirmó la Gran Sala, cuando a instancia del solicitante se elevó la cuestión. La Gran Sala consideró (por quince votos a dos) que no hubo vulneración del artículo 10 ya que la medida impuesta por los tribunales nacionales estaba prevista en la ley y tenía una finalidad legítima, cual era proteger la reputación de los demás. Sentado lo anterior pasó a analizar si la medida cumplió con el principio de proporcionalidad. Para ello examinó el caso desde cuatro perspectivas. En primer lugar, el contexto en el que se produjeron los comentarios. Todo surgió a partir de la publicación de un artículo de interés público. Por ello siendo la empresa la que decidió publicarlo también debió de prever que el mismo generaría múltiples reacciones, siendo previsible que generaría comentarios ofensivos. En segundo lugar, las medidas aplicadas por el solicitante para impedir o eliminar los contenidos ilícitos ligado a lo anterior resultaron ser insuficientes para proteger la reputación de terceros afectados por los mismos. En tercer lugar, ante la ausencia de posibilidad real de que los perjudicados pudieran actuar contra los autores materiales de los comentarios (ya que lo hicieron de forma anónima), la única posibilidad de resarcimiento fue actuar contra la empresa. En cuarto lugar, las consecuencias de la condena impuesta a la sociedad fueron económicas y para el TEDH el importe de las mismas fue moderado. Por todo ello se consideró que no se vulneró la libertad de expresión del solicitante.

Los votos disidentes los emitieron los jueces András Sajó y Nona Tsotsoria. El primer motivo de su discrepancia pasó por contemplar que, con dicha condena por responsabilidad civil, de forma

colateral, se fomentaría la autocensura de los operadores para evitar responsabilidades. De este modo lo prioritario sería evitar la propia responsabilidad, en lugar de proteger la libertad de expresión. Otros motivos fueron que no era previsible para el solicitante que pudiera llegar a ser condenado civilmente. Los jueces razonaron que la sanción debe de estar prevista por ley y ésta debe de ser clara, previsible. En el caso concreto llegaron a la conclusión de que no lo era porque de hecho en las diferentes instancias judiciales ante los tribunales nacionales se aplicaron diferentes teorías acerca de la responsabilidad. Por otro lado, los jueces András Sajó y Nona Tsotsoria pusieron de relieve que el solicitante era un intermediario y no un editor, con lo que la posibilidad de controlar el contenido era distinta. El editor, la prensa, los periodistas conocen el contenido antes de publicarlo y por ello tiene más posibilidades de control y, por tanto, mayor responsabilidad.

3.3.9.- SENTENCIAS CONTRA FRANCIA:

- A. STEDH (Gran Sala) Lehideux y Isorni c. Francia (Solicitud nº 24662/94) de 23 septiembre 1998¹¹⁶.

Marie-François Lehideux y Jacques Isorni eran respectivamente el presidente de la Asociación para la Defensa de la Memoria del Mariscal Pétain y el abogado que defendió al mariscal Pétain en su juicio ante el Tribunal Superior de Justicia en 1945. Los hechos por los que fueron enjuiciados se refirieron a parte del contenido de la publicación que se hizo en julio de 1984 en el periódico *Le Monde*. En concreto se trató de un anuncio de una página en el que con el título «Gente de Francia, tenéis poca memoria» y en alusión a la figura de *Philippe Pétain* en diversas secciones se hicieron una serie de afirmaciones en relación a su vida entre 1916 y 1945. Todos los comentarios fueron positivos. Las afirmaciones que fueron objeto de enjuiciamiento fueron las relativas al período comprendido entre 1940 y 1945¹¹⁷. La Asociación Nacional de Antiguos Miembros de la Resistencia presentó una denuncia penal, sin embargo, la fiscalía consideró que no estaba acreditada la comisión de hechos delictivos consistentes en la defensa pública de delitos de colaboración con el enemigo. Por dichos comentarios los tribunales nacionales les absolvieron de responsabilidad penal, pero les condenaron civilmente a pagar un franco a los denunciantes y a costear la publicación de extractos de la sentencia que les condenó en el periódico *Le Monde*.

Los solicitantes consideraron que con dicha condena se infringió su derecho a la libertad de expresión. Defendieron que era un asunto de interés público, que era deseable que existan debates

¹¹⁶ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58245> (consultado el 14-3-2021).

¹¹⁷ Vide § 11.

acerca de controversias históricas, y que lo que trataron fue hacer campaña en favor del mariscal para posibilitar la celebración de un nuevo juicio. Afirmaron que en ningún momento negaron las atrocidades del régimen Nazi ni del Holocausto y que *Philippe Pétain* deseó la victoria de los aliados.

Por su parte el Gobierno consideró inaceptable para las víctimas y para quienes lucharon, que para ensalzar la figura de *Philippe Pétain* no se hicieran críticas, y se omitieran, no se mencionasen datos objetivos como las leyes antisemitas aprobadas por el gobierno de Vichy (que supusieron una política de colaboración con el Tercer Reich). Ello, aunque los solicitantes no fueran negacionistas. Asimismo, el Gobierno defendió que en este caso se debía de respetar el margen de apreciación de los estados nacionales para apreciar la necesidad de la injerencia. El motivo para ello era que se hacía referencia a una página de la historia de Francia que era dolorosa y respecto de la que resulta complicado atribuir la responsabilidad de la política colaboracionista. Finalmente, el Gobierno razonó que la pena impuesta fue simbólica.

El TEDH consideró (por quince votos a seis) que se infringió la libertad de expresión de los solicitantes. Como punto de partida el TEDH señaló que no le corresponde revisar la historia entrando en un debate entre historiadores. El caso no trataba de asuntos históricos claramente establecidos como sucede con el Holocausto. A continuación, el TEDH explicó que los solicitantes no habían negado el Holocausto ni las atrocidades cometidas. Lo que hicieron fue una descripción favorable de *Philippe Pétain* y defender la teoría del «doble juego». Seguidamente el TEDH valoró que la publicación se refirió a hechos sucedidos cuarenta años antes y que los solicitantes no actuaron a título personal sino en nombre de unas asociaciones que fueron legalmente constituidas y que con dicha publicación cumplía sus objetivos, sin que se hubiera dirigido ningún procedimiento contra la mismas. Por todo ello el TEDH consideró que la injerencia fue innecesaria y desproporcionada.

Los votos disidentes se centraron en considerar en primer lugar que para apreciar la necesidad de la injerencia en una sociedad democrática debió de respetarse la decisión de los tribunales nacionales por aplicación del margen de apreciación. Ello por cuanto son los mejor posicionados para poder interpretar hechos que afectan a una parte sombría de la historia de Francia. En segundo lugar y en atención a la condena impuesta no se consideró desproporcionada al ser algo simbólico.

B. Decisión del TEDH (Sección 4ª) Garaudy c. Francia (Solicitud nº 65831/01) de 24 junio 2003¹¹⁸.

¹¹⁸ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-44357> (consultado el 14-3-2021).

Roger Garaudy fue condenado en cinco procesos. El primero a raíz de la publicación en 1995 por la editorial «La vieille taupe» de un libro con el título *Los mitos fundacionales de la política israelí* (dentro del mismo se incluyeron los capítulos 2 y 3 cuyos epígrafes eran «El mito de la justicia de Núremberg» y «El mito del Holocausto»). Los otros procesos fueron seguidos por diversos pasajes contenidos en la publicación que realizó en 1996 en su propio nombre con la rúbrica *Samizdat Roger Garaudy*.

Respecto del primer proceso los tribunales nacionales entendieron que la finalidad del libro fue negar el exterminio y el plan de «solución final». Los tribunales valoraron no solo el texto sino las declaraciones dadas por Roger Garaudy, quien por un lado afirmó que lo que pretendió con el libro fue combatir los riesgos que comporta el sionismo. Por otro lado, Roger Garaudy consideró que no había pruebas de que la finalidad fuera el exterminio de los judíos, y finalmente cuestionó la existencia de cámaras de gas en Auschwitz.

Los tribunales le condenaron por haber negado delitos contra la humanidad a la pena de seis meses de prisión (que fue suspendida) y al pago de una multa de 50.000 francos franceses (FRF), así como al pago de un franco a modo de indemnización a las partes civiles por daños y perjuicios.

En cuanto a los otros procesos Roger Garaudy fue condenado por delitos de difamación racial e incitación al odio racial al pago de unas multas (por un total de 170.000 FRF), así como a indemnizar a las partes civiles (por un total de 220.021 FRF).

En todas las condenas los tribunales nacionales tuvieron en cuenta que el solicitante era académico reconocido tanto en Francia como en el extranjero, así como antiguo profesor y político con interés en tener influencia internacional, en particular en Oriente Medio.

El solicitante consideró infringido su derecho a la libertad de expresión por cuanto según su parecer los tribunales nacionales malinterpretaron el sentido de sus escritos. Explicó en primer lugar que nunca negó los crímenes nazis ni que estos fueran crímenes contra la humanidad, por lo que no podía ser considerado un negacionista. En segundo lugar, argumentó que trató de hacer una crítica política del sionismo, pero sin pensamientos racistas ni antisemitas. En tercer lugar, en cuanto a la «solución final» expuso que seguía siendo objeto de debate entre los historiadores por lo que tenía derecho a expresar su opinión al respecto. En cuarto lugar, siguió defendiendo que el número de víctimas (seis millones de judíos) fue exagerado para dar a los crímenes nazis la

característica de ser el mayor genocidio de la historia. Finalmente, en cuanto a la existencia de cámaras de gas supuso que no podía ser considerado negacionista por citar entre otros el informe del ingeniero Leuchter.

El TEDH en relación al primer proceso relativo a la publicación del libro en 1995 decidió inadmitir la solicitud en aplicación del artículo 17. Ello por cuanto del contenido y tono del libro consideró que el solicitante negó la realidad del Holocausto con la finalidad de rehabilitar el régimen nacionalsocialista acusando a las víctimas de falsear la realidad. Lo que es incompatible tanto para la democracia como para los derechos humanos.

Respecto del resto de procesos el TEDH valoró que la injerencia en la libertad de expresión fue necesaria en una sociedad democrática, ya que no solo contenían críticas al Estado de Israel y a las acciones de la comunidad judía, sino que también, como el resto del libro, tenían un objetivo marcadamente racista.

C. STEDH (Sección 5ª) Leroy c. Francia (Solicitud nº 36109/03) de 2 octubre 2008¹¹⁹.

Denis Leroy fue condenado por complicidad en la defensa del terrorismo al pago de 1.500 euros y a publicar la sentencia condenatoria en dos diarios y en el semanario *Ekaitza*. El solicitante era historiador y en dicho semanario, tras los ataques a las torres gemelas del *World Trade Center* del 11 de septiembre de 2001, publicó un dibujo que representaba dicho ataque con una leyenda asociada a un eslogan publicitario de una marca conocida: «TODOS LO SOÑAMOS ... HAMAS LO HIZO».

Los tribunales nacionales consideraron por un lado que dicha leyenda era un «laudatorio inequívoco» que dio un sentido maravilloso a un acto de muerte. Por otro lado, valoraron que las motivaciones personales antiamericanas del solicitante no justificaban el dolor causado a la memoria de las víctimas y de sus familias.

Denis Leroy mantuvo que se había infringido su derecho a la libertad de expresión. En primer lugar, afirmó que lo que trató de hacer fue una crítica al capitalismo e imperialismo estadounidense. En segundo lugar, explicó que realizó el dibujo poco después del ataque terrorista por lo que no se pudo representar las repercusiones que el mismo tendría. En tercer lugar, señaló

¹¹⁹ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-88657> (consultado el 21-3-2021).

que un programa de televisión también hizo una parodia similar y, sin embargo, no se abrió ningún procedimiento respecto de sus responsables.

El TEDH inició el estudio de la queja presentada por Denis Leroy valorando que la sanción estaba prevista por ley y que ésta tenía unos objetivos legítimos, consistentes en la lucha contra el terrorismo para evitar el aumento de la violencia, y mantener así la seguridad pública, el orden y la prevención de la comisión de delitos.

Sentado lo anterior el TEDH fijó los elementos a valorar en el caso concreto, tales como: el contexto en el que se publicaron (las dificultades en la lucha contra el terrorismo); el lenguaje empleado en la caricatura; y la naturaleza de ésta como forma de expresión que por definición es provocadora.

El TEDH consideró que no se infringió la libertad de expresión del solicitante. Así, en primer lugar, el TEDH confirmó que la intención del mismo, más allá de ser una crítica al imperialismo estadounidense, supuso un apoyo y una glorificación a su destrucción a través de la violencia, que afectó a miles de civiles y socavó la dignidad de las víctimas. El hecho de que una sátira sea provocadora, que exagere y distorsione la realidad no la exime de poder ser restringida y de que se deban asumir deberes y responsabilidades. El solicitante a juicio del TEDH debió de ser consciente del *shock* que existía a nivel mundial y que la publicación, el mensaje de la misma, tendría un impacto en la región en que se difundió, ya que era políticamente sensible, con lo que podía avivar la violencia y afectar al orden público en la región. Finalmente, el TEDH consideró que la multa impuesta al solicitante fue proporcional en atención a las circunstancias concretas y la finalidad de la condena acorde con los objetivos de la norma.

D. TEDH (Sección 5ª) Soulas y otros c. Francia (Solicitud nº 15948/03) de 10 julio 2008¹²⁰.

Los solicitantes Gilles Soulas (editor y gerente) y Guillaume Faye (doctor en ciencias políticas, periodista y escritor) y la Sociedad Europea de Radiodifusión y Publicaciones publicaron en el año 2000 un libro con el título *La colonización de Europa* y con el subtítulo *Discurso verdadero sobre la inmigración y el islam*. El libro tenía los siguientes capítulos:

Capítulo I: Los mecanismos de colonización e inmersión demográfica
Capítulo II: Europa inconsciente

¹²⁰ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87370> (consultado el 21-3-2021).

Capítulo III: La utopía comunitaria y multiétnica
Capítulo IV: El Islam conquista Europa
Capítulo V: De la delincuencia a la guerra civil étnica
Capítulo VI: La inmigración destruye la escuela pública
Capítulo VII: La nueva cuestión racial y étnica
Capítulo VIII: Tabúes y mentiras
Capítulo IX: Qué soluciones
El principio de reconquista
Soluciones inviables y demasiado tardías
La necesidad de una crisis importante
Posibles escenarios
El escenario de la Reconquista
Conclusión: Exhortaciones a la juventud europea

¹El escritor y el gerente de la editorial fueron condenados como autor y cómplice de un delito de incitación al odio y la violencia contra un grupo específico de personas a una pena de multa de 7.500 euros a cada uno, y a indemnizar con un euro a las partes civiles por daños y perjuicios.

Los solicitantes consideraron que se infringió su libertad de expresión. Defendieron que su intención era enfatizar la incompatibilidad de la civilización europea con la islámica en una zona geográfica determinara. Argumentaron que el libro contenía una previa advertencia del autor en la que se expresaba en solitario y que no pretendía insultar a nadie, ni caer en delirios de odio, ni en racismo de bajo nivel, sino que lo que quería era defender derecho de los europeos a seguir siendo ellos mismos. Los solicitantes expusieron al TEDH que no reclamaban «el derecho al racismo», sino el derecho a combatir las supersticiones y el fanatismo. Y en este sentido consideraron que los tribunales nacionales no se pronunciaron acerca de si los laicos, ateos, agnósticos o los librepensadores ²tienen la misma dignidad y derechos que los creyentes.

El TEDH falló que no hubo violación de la libertad de expresión. La injerencia estaba prevista por ley tenía una finalidad legítima. Asimismo, dicha injerencia era necesaria en una sociedad democrática por varios motivos. En primer lugar, el libro fue diseñado siguiendo un esquema clásico de análisis de la situación, propuestas, efectos y previsión de futuro. Con esta estructura el autor trató de demostrar que el Islam trataba de conquistar Francia y Europa a través de la delincuencia juvenil, como manifestación de una guerra civil étnica. En segundo lugar, el TEDH consideró que con el libro se presentó una imagen negativa de las comunidades afectadas con un uso de un lenguaje militar. En concreto el TEDH destacó y dio relevancia a determinados pasajes en los que se afirmó: «sólo si estalla una guerra civil étnica se podrá encontrar una solución». Asimismo, tuvo en cuenta otros fragmentos en los que directamente se aseveró, a partir de determinados hechos recogidos a lo largo del libro, que los jóvenes magrebíes o musulmanes de los

suburbios cometían «violaciones rituales» de jóvenes blancas, por racismo antieuropeo. Finalmente, el TEDH encontró que la sanción impuesta era proporcionada ya que era de carácter económico e inicialmente los solicitantes se enfrentaron a penas de prisión.

E. Decisión del TEDH (Sección 5ª) *Le Pen c. Francia* (Solicitud nº 18788/09) de 20 abril 2010¹²¹.

El solicitante Jean-Marie Le Pen era presidente del partido político *Frente Nacional* y en el año 2003 en una entrevista en el diario *Le Monde* hizo los siguientes comentarios:

El día que tengamos, en Francia, ya no 5 millones, sino 25 millones de musulmanes, estarán al mando. Y los franceses arrasarán los muros, caminarán por las aceras mirando hacia abajo. Cuando no lo hacen, les dicen: "¿Qué pasa con que me mires así?" ¿Estás buscando una pelea? Y todo lo que tienes que hacer es huir o te darás un chapuzón.

Al año siguiente en 2004 realizó otra entrevista en el semanario *Rivarol* e hizo la siguiente observación:

Especialmente cuando digo que con 25 millones de musulmanes en nuestro país, los franceses arrasarán los muros, la gente en la sala me dice no sin razón: "¡Pero señor Le Pen, ese ya es el caso ahora!"

Tanto por los primeros como por los segundos comentarios fue condenado por la comisión de un delito por incitar a la discriminación, el odio, la violencia contra un grupo de personas sobre la base de su origen o pertenencia o no a una etnia, nación, raza o religión particulares a la pena de multa de 10.000 euros. Las condenas de los tribunales nacionales se basaron en que las expresiones utilizadas suponían la comisión de delitos de provocación a la discriminación, el odio o la violencia contra un grupo de personas. Los tribunales consideraron que dichas expresiones enfrentaban a los franceses y transmitían un sentimiento de rechazo y hostilidad hacia la comunidad musulmana.

Jean-Marie Le Pen consideró que se infringió su derecho a la libertad de expresión por cuanto sus opiniones fueron vertidas en un contexto de debate político sobre inmigración, sin que se hubiera dirigido a la comunidad musulmana por su religión o fe en el Islam.

El TEDH consideró que no se vulneró la libertad de expresión del solicitante por cuanto con sus comentarios dio una imagen negativa de la comunidad musulmana. En este sentido

¹²¹ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98489> (consultado el 21-3-2021).

consideró que los tribunales nacionales infirieron correctamente que lo que trató de inculcar en la opinión pública era que la seguridad de los franceses, la ansiedad y el miedo cesarían si el número de musulmanes se redujera y si desaparecieran. Es decir, les identificó como una amenaza y las declaraciones probablemente generarían rechazo y hostilidad hacia la comunidad musulmana. Por todo lo cual el TEDH consideró que la injerencia era necesaria en una sociedad democrática y que la multa impuesta fue proporcional a las circunstancias del caso.

F. Decisión del TEDH (Sección 5ª) M'Bala c. Francia (Solicitud nº 25239/13) de 20 octubre 2015¹²².

El solicitante Dieudonné M'Bala era un cómico que en 2008 actuó en el local *Zénith* en París con su espectáculo *He sido un niño travieso*. Al final del mismo invitó a subir al escenario a Robert Faurisson (condenado en Francia por opiniones negacionistas o revisionistas) y pidió a un actor que llevaba un de pijama a rayas con una estrella de David con el nombre *judío* cosido que otorgara Robert Faurisson un *Premio a la infrecuencia y la insolencia*¹²³.

Los tribunales nacionales le condenaron por un delito de un insulto público dirigido a una persona o grupo de personas por su origen o pertenencia a una determinada comunidad étnica, nación, raza o religión. En el caso concreto por referirse a personas de fe u origen judío. La condena impuesta consistió en el pago de una multa de 10.000 euros (EUR) y, simbólicamente, al pago de un euro a las partes civiles, así como a publicar la condena en los diarios *Le Monde* y *Le Parisien-Aujourd'hui*.

Dieudonné M'Bala consideró que su libertad de expresión fue vulnerada. En primer lugar, la condena no era previsible para él porque se basó en la puesta en escena del espectáculo, no en base a los diálogos o comentarios vertidos. En segundo lugar, explicó que trató de poner de manifiesto dos ideas, por un lado, que Robert Faurisson estaba en el ostracismo y, por otro lado, que para la prensa y la política la libertad de expresión no se aplicaba respecto del «absoluto estatus sagrado del mártir judío». Dieudonné M'Bala afirmó que lo que hizo fue tratar de probar que cualquier alusión al Holocausto en Francia se consideraba como una agresión, pero no así en relación a otros genocidios.

¹²² <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160358> (consultado el 21-3-2021).

¹²³ Las transcripciones del diálogo que mantuvieron están recogidas en el § 8.

El TEDH inadmitió la solicitud en base al artículo 17 y confirmó la decisión de los tribunales nacionales por entender que la puesta en escena tanto en su contenido como por el tono empleado tuvo un carácter negacionista y antisemita. En sus razonamientos el TEDH destacó que el solicitante tenía un fuerte compromiso político que le llevó a presentarse en varias elecciones y que, con carácter previo a la función, ya había sido condenado por proferir insultos raciales. También ponderó la reacción de parte del público que fue gritar «Faurisson tiene razón». El TEDH estableció que si bien es cierto que el artículo 17 se ha aplicado siempre a comentarios explícitos y directos «la exhibición flagrante de una posición odiosa y antisemita disfrazada de producción artística es tan peligrosa como un ataque total y agudo».

G. STEDH (Sección 5ª) Sanchez c. Francia (Solicitud nº 45581/15) de 2 de septiembre de 2021¹²⁴.

Art 10 • Libertad de expresión - Condena penal de un cargo electo por no haber retirado con prontitud los comentarios ilícitos de terceros en el muro de su cuenta de Facebook, de acceso público, utilizada durante su campaña electoral - Incitación al odio o a la violencia contra las personas de confesión musulmana - Responsabilidad del demandante como titular de la cuenta, a diferencia de terceros autores de comentarios que también fueron condenados - Motivos pertinentes y suficientes — Sanción proporcionada

86. El Tribunal ha examinado los mensajes en cuestión publicados por S.B. y L.R., quienes no eran políticos ni miembros activos de un partido político que hablaran en nombre de dicho partido, afirmando que las conclusiones alcanzadas por los tribunales nacionales sobre dichas publicaciones estaban plenamente justificadas. El lenguaje utilizado incitaba claramente al odio y a la violencia contra una persona por razón de su religión, lo que no puede disfrazarse o minimizarse por el contexto electoral (véase, *mutatis mutandis*, Féret, citada anteriormente, § 76) o por la voluntad de invocar los problemas locales. El Tribunal recuerda, a todos los efectos, que la incitación al odio no requiere necesariamente una llamada un acto de violencia concreto o a otro tipo de acto delictivo. Los ataques personales mediante el insulto, la ridiculización o la difamación de determinados colectivos y de grupos específicos de población, o la incitación al odio y a la violencia contra una persona por razón de su religión, como en el presente caso, son suficientes para que las autoridades den prioridad a la lucha contra estas conductas frente a la libertad de expresión irresponsable que atenta contra la dignidad e incluso la seguridad de estos sectores o grupos de población (Féret, citada anteriormente, § 73, y *Atamanchuk c. Rusia*, nº 4493/11, § 52, de 11 de febrero de 2020). El Tribunal hace asimismo referencia a la exposición de motivos de la Recomendación General nº 15 de la ECRI, de 8 de diciembre de 2015 (párrafo 39 *supra*), según la cual, en determinados casos, un rasgo característico del uso del discurso de odio es que puede tener la intención de incitar a otros a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a quienes van dirigidas, o cabe razonablemente esperar que tenga tal efecto; el elemento de incitación requiere una clara intención de cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, o bien existe un riesgo inminente de que tales hechos ocurran como consecuencia de haber utilizado el discurso de odio. Se puede considerar que existe intención de incitar cuando la persona

¹²⁴

<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-215828&filename=CASE%20OF%20SANCHEZ%20v.%20FRANCE%20-%20%205BSpanish%20Translation%20by%20the%20Spanish%20Ministry%20of%20Justice.pdf> (consultado el 29-12-2022).

que utiliza el discurso de odio, de forma inequívoca, hace un llamamiento a los demás para que cometan los actos pertinentes o se puede deducir por la contundencia del lenguaje utilizado y otras circunstancias destacables, como la conducta previa del orador. Sin embargo, la intencionalidad no siempre es fácil de demostrar, especialmente cuando las observaciones tienen que ver de forma ostensible con hechos pretendidos o cuando se utiliza un lenguaje codificado (véase, asimismo, Kilin c. Rusia, n° 10271/12, § 73, de 11 de mayo de 2021).

3.3.10.- SENTENCIAS CONTRA HOLANDA

A. Decisión de la Comisión de Derechos Humanos *Glimmerveen y Haagenbeek c. Holya* (Solicitud n° 8348/78 - 8406/78) de 11 octubre 1979¹²⁵.

El solicitante *Glimmerveen* fue nombrado presidente del partido político «Nederlandse Volks Unie» entre cuyos principios tenían la concepción de que un estado sirve mejor al interés general por medio de una población étnica homogénea, sin mezcla. *Glimmerveen* fue condenado a dos semanas de prisión por la posesión para distribuir de folletos que incitaban a la discriminación racial. El título de los impresos era «holandeses blancos, blancos conciudadanos, nuestra gente blanca». Respecto del contenido los tribunales nacionales resaltaron el siguiente tenor literal:

La verdad es que la mayor parte de nuestra población desde hace mucho tiempo ha tenido suficiente presencia en nuestro país de cientos de miles de Surinameses, turcos y otros llamados trabajadores invitados, quienes, además, no son nada necesarios aquí, y que las autoridades como servidores de nuestro pueblo sólo tienen que velar porque estos extranjeros indeseados abandonen nuestro país tan pronto como sea posible.

Tan pronto como el Nederlandse Volks Unie haya ganado el poder político en nuestro país, pondrá orden y, para empezar eliminará a todos los surinameses, turcos y otros supuestos trabajadores invitados de Holanda [...].

Glimmerveen sostuvo que la condena impuesta por los tribunales nacionales menoscabó su libertad de pensamiento y de expresión.

Sin embargo, la Comisión de Derechos Humanos inadmitió sus quejas, pese a que la libertad de expresión como exigencia del pluralismo, de la tolerancia y de una «sociedad democrática» abarca no sólo las ideas o informaciones favorables, sino también las ofensivas o perturbadoras. El motivo principal fue la aplicación del artículo 17 que tiene como finalidad evitar la existencia de grupos totalitarios. En este sentido la Comisión apreció que las expresiones utilizadas reflejaron que el solicitante defendió una política para eliminar/expulsar de Holanda a todas las personas que no fueran blancas, sin importar su nacionalidad, tiempo de residencia lazos familiares y otras consideraciones. En definitiva propugnaba una discriminación racial prohibida tanto en el Convenio como en los acuerdos internacionales.

¹²⁵ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-74187> (consultado el 13-4-2021).

3.3.11.- SENTENCIAS CONTRA HUNGRÍA:

A. STEDH (Sección 2ª) Fáber c. Hungría (Solicitud nº 40721/08) de 24 julio 2012¹²⁶.

El solicitante Károly Fáber fue sancionado administrativamente al pago de una multa de 50.000 forintos húngaros (unos 200 euros) por haber desobedecido las órdenes de la policía. Los hechos por los que fue condenado consistieron en que paralelamente a una manifestación del partido socialista húngaro (*MSZP*) el solicitante junto con otros miembros del partido político de derechas *Jobbik* se contramanifestaron cerca de ellos. Károly Fáber portaba una bandera *Árpád* y se situaron cerca de un lugar donde entre 1944-1945 un gran número de judíos fue exterminado. La policía requirió al solicitante para que bien retirase la bandera, bien que abandonase el lugar. Como quiera que no hizo ninguna de las dos cosas Károly Fáber fue arrestado y posteriormente condenado. Los tribunales nacionales consideraron que la actitud de Károly Fáber fue provocadora en el contexto en el que exhibió la bandera, y pudo afectar al orden público.

El solicitante consideró que el uso de dicha bandera no estaba prohibido por la legislación nacional, que era un símbolo histórico, y que no representaba a ningún estado totalitario. Por ello argumentó que se había vulnerado su derecho a la libertad de expresión de su opinión política.

El TEDH por seis votos a uno dio la razón al solicitante al considerar que la injerencia no era necesaria en una sociedad democrática. En su argumentación el TEDH tuvo en cuenta diferentes factores. En primer lugar la actitud de Károly Fáber, que durante la manifestación, fue pasiva y permaneció alejado de la otra concentración; esto es, no dio motivos para la intervención policial, no tuvo un comportamiento provocador. En segundo lugar el contexto en el que se produjo la contramanifestación, que tenía el carácter de discurso político, lo que supone un mayor margen de la libertad de expresión. En tercer lugar el símbolo empleado por el solicitante, que fue una bandera que no tenía un significado unívoco, sino múltiple. El TEDH subrayó que

los sentimientos o incluso la indignación, en ausencia de intimidación, no pueden representar una necesidad social apremiante a los efectos del artículo 10 § 2, especialmente teniendo en cuenta que la bandera en cuestión nunca ha sido prohibida.

En cuarto lugar el TEDH analizó si existió una amenaza seria, clara y presente de violencia. Para el TEDH no la hubo en la medida en la que no se acreditó que la exhibición de la bandera por parte de Károly Fáber supusiera un incremento del riesgo de perturbación del orden público. En este

¹²⁶ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112446> (consultado el 13-4-2021).

sentido el TEDH valoró que la intervención de la policía se dirigió contra el solicitante, pero no consta que tuvieran más intervenciones respecto de otros contra manifestantes¹²⁷.

El Juez Keller emitió un voto particular en el que consideró que la decisión de los tribunales nacionales fue correcta. Para él los tribunales nacionales estaban en mejor posición para valorar la ubicación, el tiempo y el contexto histórico en que se desarrollaron los hechos. Razonó que la decisión adoptada fue acertada, ya que el uso de la bandera dado por el solicitante en las inmediaciones de una manifestación previsiblemente hubiera provocado desórdenes públicos.

3.3.12.- SENTENCIAS CONTRA ISLANDIA:

A. Decisión del TEDH (Sección 2ª) Lilliendahl c. Islandia (Solicitud nº 29297/18) de 12 mayo 2020¹²⁸.

El solicitante Carl Jóhann Lilliendahl fue condenado al pago de una multa de 100.000 coronas islandesas ISK (unos 800 euros) por los comentarios vertidos durante un debate. El origen de la discusión tuvo lugar a raíz de que en abril de 2015 un consejo municipal propuso la colaboración de *Samtökin '78* (asociación nacional LGTB) para fortalecer la educación y asesorar en las escuelas de primaria y de secundaria en relación a quienes se identifican como lesbianas, gays, bisexuales o transgénero. La noticia se difundió por la emisora de radio *Ú.S* y uno de los promotores de la medida (*Ó.S.Ó*) al hilo de un artículo de noticias *on line* criticó el programa por entender que se permitió que las personas que llamaron expresasen «un claro prejuicio y un discurso de odio». Asimismo dicho promotor (*Ó.S.Ó*) se ofreció a participar en el programa para responder las críticas. El solicitante insertó un comentario al hilo del anterior comentario y en relación a dicha iniciativa escribió:

Los oyentes de [Ú.S.] no tenemos ningún interés en ninguna explicación [expletive] de esta kynvilla [palabra despectiva para la homosexualidad, literalmente 'desviación sexual'] de [Ó.S.Ó.]. Esto es repugnante. Adoctrinar a los niños cómo kynvillingar [literalmente 'desviados sexuales'] eðla sig ['copulado', utilizado principalmente para animales] en la cama. [Ó.S.Ó.] por lo tanto, puede quedarse en casa, en lugar de inmiscuirse en [Ú.S.]. Qué asqueroso.

Carl Jóhann Lilliendahl consideró que los tribunales nacionales vulneraron su libertad de expresión.

¹²⁷ §40. El Tribunal destacó que al analizar el contexto no se argumentó acerca de si hubo una mayor probabilidad de violencia ni si hubo una clara amenaza o peligro inminente de violencia (*resulted in a clear threat or present danger of violence*).

¹²⁸ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-203199> (consultado el 13-4-2021).

El TEDH comenzó su análisis distinguiendo dos categorías de «incitación al odio», la primera comprendería las formas más graves y la segunda las menos graves. La primera categoría supondría los casos de inadmisión de la solicitud por aplicación del artículo 17. La segunda categoría daría lugar al estudio de los requisitos del artículo 10. El TEDH descartó inadmitirla de plano por aplicación del artículo 17, por razón de la materia, ya que esta vía debe de aplicarse de forma excepcional, y en casos extremos. El TEDH consideró que para aplicar dicho artículo lo decisivo era verificar si con sus declaraciones el solicitante pretendió fomentar el odio y la violencia, y, de ser así, si pretendió invocar el Convenio para participar en una actividad o realizar actos destinados a la destrucción de los derechos y libertades recogidos en ella. El TEDH no consideró que las declaraciones tuvieran una finalidad clara e inmediata de incitar a la violencia y el odio o destruir los derechos y libertades de la convención. Por esta razón el TEDH analizó los requisitos para otorgar la protección prevista en el artículo 10. Para ello comenzó por estudiar si los comentarios del solicitante equivalían a una «incitación al odio». En esta segunda categoría se comprenden los discursos que, aunque no llamen de forma explícita a la violencia o a la comisión de actos delictivos, sí que suponen ataques mediante el insulto, la ridiculización o difamación. Es en estos casos donde el contexto es relevante. En este sentido el TEDH atendió no sólo a lo que se dijo, sino también a la manera en que se expresó. De este modo el TEDH consideró que los comentarios fueron «serios, gravemente hirientes y perjudiciales». En sus palabras:

[...] el uso de los términos kynvilla (desviación sexual) y kynvillingar (desviaciones sexuales) para describir a las personas homosexuales, especialmente cuando se combina con la clara expresión de disgusto, hace que los comentarios de la demandante promuevan la intolerancia y el odio hacia las personas homosexuales.

Asimismo el TEDH consideró que dichos comentarios no eran necesarios para criticar la decisión del consejo municipal. Y también destacó que la discriminación por orientación sexual es tan grave como la discriminación por «raza, origen o color». Por todo ello el TEDH por unanimidad consideró que la sanción estaba prevista por ley, perseguía una finalidad legítima, la condena era necesaria en una sociedad democrática y la pena económica fue proporcional a la naturaleza del hecho y sus circunstancias.

3.3.13.- SENTENCIAS CONTRA LITUANIA:

A. STEDH (Sección 3ª) Balsyte-Lideikiene c. Lituania (Solicitud nº 72596/01) de 4 de noviembre 2008¹²⁹.

¹²⁹ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89307> (consultado el 24-4-2021).

Danutė Balsytė-Lideikienė era la dueña y fundadora de la editorial *Metskaitliai* y fue condenada administrativamente con una amonestación (en lugar de ser condenada al pago de una multa), así como a la confiscación de los ejemplares no vendidos del calendario del año 2.000 (de una tirada de unos 3.000 había vendido 588). Los hechos se iniciaron a raíz de una queja de un parlamentario en la que consideró que los textos del mismo insultaban a las personas de origen ruso, judío y polaco¹³⁰.

La solicitante consideró que se vulneró su derecho a la libertad de expresión y que con la injerencia de los tribunales nacionales se había quedado sin ingresos para continuar con su actividad.

El TEDH analizó las frases concretas del calendario que dieron lugar a la condena de la solicitante. Entre todas ellas destacó, a modo de ejemplo, las siguientes:

La nación lituana sólo sobrevivirá siendo una nación nacionalista — ¡no existe otra manera! [...], La potencia ocupante soviética, con la ayuda de [...] muchos judíos [...] llevó a cabo el genocidio y la colonización de la nación lituana [...]. A través de la sangre de nuestros antepasados hacia la comunidad mundial de los judíos [...] ejecuciones contra los lituanos y la nación lituana, llevando a cabo la política pro-judía [...] En 1944 [...] el ejército polaco de Krajova mató a 12 lituanos por la única razón de que eran lituanos", "En 1944 [...] el ejército polaco krajova mató brutalmente a más de un centenar de lituanos [...] los polacos, en condiciones de guerra, llevaron a cabo la limpieza étnica. En todo el territorio de Lituania [los miembros del ejército de Krajova] mataron a unas 1.000 personas, y en las tierras de etnia lituana a unas 3.000 personas inocentes por la única razón de que eran lituanos. Los acontecimientos deben considerarse como el genocidio de la nación lituana [...].

El TEDH consideró por unanimidad que dichas expresiones revelaron un nacionalismo etnocéntrico y agresivo, que fomentaba el odio hacia los polacos y los judíos. Para el TEDH los tribunales nacionales aplicaron correctamente el margen de apreciación. Igualmente consideraron que la sanción impuesta fue proporcional en atención a que la conducta de la solicitante fue negligente, y que si bien el embargo de los ejemplares supuso una sanción grave, también se ponderó que pudiéndole imponer una multa conforme a la legislación nacional, no se hizo.

3.3.14.- SENTENCIAS CONTRA POLONIA:

A. Decisión del TEDH (Sección 4ª) Hösl-Daum y otros c. Polonia (Solicitud n° 10613/07) de 7 octubre 2014¹³¹.

¹³⁰ Vide § 9 y ss.

¹³¹ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147817> (consultado el 24-4-2021).

Jürgen Hösl-Daum, Stephan Roth y Robert Göpfert fueron condenados a penas de prisión (que fueron suspendidas) por la comisión de delitos de incitación al odio entre las naciones polaca y alemana, así como por insultar a la nación polaca. Los hechos consistieron en que los solicitantes en una noche de julio de 2014 colocaron carteles en paradas de autobús y en pilares en la ciudad de Bolesławiec (cercana a la frontera entre Polonia y Alemania), y fueron detenidos por la policía cuando fotografiaron los sitios donde los habían colocado. Los carteles estaban escritos en alemán y contenían fotografías de fosas comunes y cuerpos masacrados. Entre otras frases¹³² contenían las siguientes:

Documentos [relativos] a las atrocidades polacas y checas contra los alemanes

"De la tierra de los muertos"

[...] *"Quien abandona la zona polaca y llega al territorio ocupado por los rusos puede volver a respirar inmediatamente. Deja atrás pueblos totalmente saqueados, aldeas asoladas por la peste, campos de concentración, campos estériles, calles llenas de cadáveres, en las que acechan ladrones, y roban a los expulsados sus últimas pertenencias ... Es cierto que en una plaza pública de la ciudad G. niñas, mujeres y ancianas fueron violadas por familiares de la milicia polaca. Es cierto que en la estación de ferrocarril de S. todos los trenes que transportaban refugiados fueron sistemáticamente saqueados hasta tal punto que la gente que había en ellos tuvo que viajar al oeste desnudos. Es cierto que en el corazón de Silesia ni un niño menor de un año sigue vivo, porque todos han muerto de hambre o han sido asesinados. Es cierto que en la Alta Silesia las mujeres que padecían sífilis [...] recibieron como "terapia" un tiro en la cabeza [...] Es cierto que en los llamados campos de trabajo de C. y S. se hace pasar la noche a los presos en agua helada hasta el cuello y se les golpea hasta perder el conocimiento".*

¿Fue el año 1945 una liberación?

Muertes masivas en los campos de exterminio extranjeros

Después del final de la guerra, 7 millones de alemanes fueron robados, expulsados, violados, atacados y asesinados.[...] Más alemanes murieron en Polonia y en los territorios ocupados por los polacos en 1.255 campos que los que murieron en tránsito tras la expulsión. En el campo de Lamsdorf en la Alta Silesia, de las 8.000 [personas] allí detenidas, 6.048 murieron. En los otros campos de trabajo de la Alta Silesia reinó también una crueldad indescriptible. Era una práctica común en los diferentes campamentos disparar, como estaba previsto de antemano, a los que eran demasiado mayores, no podían trabajar o estaban enfermos [...] El trabajo forzoso y el sufrimiento en un campo no se pueden compensar con dinero, independientemente de la cantidad. Lo que se necesita es conciencia de esos crímenes en los países donde ocurrieron las atrocidades. Lo que también es necesario es que se juzgue a los responsables supervivientes. En cuanto a eso, hay un silencio total en torno al tema de las víctimas alemanas".

"Documentos sobre las atrocidades polacas y checas ... ¿Están nuestros amigos de la UE evitando una nueva evaluación de su historia? 15.000.000 de alemanes fueron robados y expropiados, cientos de miles fueron enviados a campos de concentración y a trabajos forzados ... 3.500.000 de alemanes fueron asesinados ... Donde no hay acusador, no hay juez ... solo había alemanes ... ¿de segunda clase? [...] En total, murieron 11 millones de alemanes, incluidos 7 millones después del final de la guerra. Una Europa pacífica sólo puede existir sobre la base del derecho y la verdad. La restitución de casas y parcelas de tierra expropiadas contra el derecho internacional debería ser un hecho en la ahora democrática Polonia y la República Checa".

Los tribunales nacionales se apoyaron en un dictamen elaborado por tres profesores para concluir que dichas informaciones eran falsas.

¹³² Vide § 4 y ss.

Los solicitantes argumentaron que se vulneró su derecho a la libertad de expresión en la medida en que lo que hicieron fue exponer hechos, aunque alguno de los comentarios no fuese adecuado. Consideraron que no se puede prohibir un debate acerca de hechos históricos por razones políticas.

El TEDH inadmitió por unanimidad la queja por razones procedimentales —por aplicación del artículo 35 del Convenio—. En este caso tal y como señalaron los tribunales nacionales no se agotaron con carácter previo todos los recursos. En concreto no se acudió al tribunal constitucional para cuestionar la constitucionalidad de los preceptos penales por los que fueron condenados.

3.3.15.- SENTENCIAS CONTRA REINO UNIDO

A. STEDH (Gran Sala) Handyside c. Reino Unido (Solicitud nº 5493/72) de 7 diciembre 1976¹³³.

Richard Handyside, propietario de la editorial *Stage 1* fue condenado por la publicación de la traducción del libro escolar *The Little Red Schoolbook* ¹³⁴ por la comisión de delitos de posesión para distribución de libros obscenos, a una pena de multa, y al decomiso y destrucción de los ejemplares de la edición original¹³⁵. La edición original tenía 208 páginas, estaba destinada a alumnos de 12 años de edad en adelante; y tenía un capítulo dedicado a los alumnos, con una sección dedicada al sexo, que a su vez se subdividía en las siguientes subsecciones:

Masturbación, Orgasmo, Relaciones sexuales y caricias, Anticonceptivos, Sueños húmedos, Menstruación, Abusadores de niños o "viejos sucios", Pornografía, Impotencia, Homosexualidad, Normal y anormal, Más información, Enfermedades venéreas, Aborto, Aborto legal e ilegal, Recordad, Métodos de aborto, Direcciones de ayuda y asesoramiento en asuntos sexuales.

Dentro del libro los tribunales nacionales resaltaron entre otros los siguientes pasajes:

"Tal vez fumas marihuana o te vas a la cama con tu novio o novia - y no se lo digas a tus padres o maestros, ya sea porque no te atreves o simplemente porque quieres mantenerlo en secreto.

No te sientas avergonzado o culpable por hacer cosas que realmente quieres hacer y piensas que son correctas sólo porque tus padres o maestros podrían desaprobarte. Muchas de estas cosas serán más importantes para ti más adelante en la vida que las cosas que están 'aprobadas'".

¹³³ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499> (consultado el 24-4-2021).

¹³⁴ El texto original fue obra de dos escritores daneses, Søren Hansen y Jesper Jensen, a los que el solicitante había pagado por los derechos.

¹³⁵ Las posteriores ediciones revisadas no fueron objeto de procedimientos penales.

[...] *"La pornografía es un placer inofensivo si no se toma en serio y se cree que es la vida real. Cualquiera que la confunda con la realidad se sentirá muy decepcionada.*

Pero es muy posible que obtengas algunas buenas ideas de él y encuentres algo que parezca interesante y que no haya probado antes ".

Los tribunales nacionales tomaron en cuenta la edad de los niños a quienes iba destinado, así como el contenido del libro en su conjunto. Consideraron que los niños podrían buscar y practicar cosas que vieran en la pornografía, y también podrían llegar a fumar marihuana. En definitiva consideraron que podrían *depravar* y *corromper* a los menores.

El solicitante consideró que se vulneró su derecho a la libertad de expresión.

El TEDH consideró que la norma aplicada por los tribunales nacionales tenía una finalidad legítima consistente en la protección de la moral en una sociedad democrática evitando la depravación y la corrupción de los menores con publicaciones obscenas.

En esta sentencia el TEDH¹³⁶ estableció el principio de que la libertad de expresión es aplicable

no sólo a la "información" o a las "ideas" que se reciben favorablemente o se consideran inofensivas o como una cuestión de indiferencia, sino también a aquellas que ofenden, conmocionan o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las exigencias de ese pluralismo, tolerancia y amplitud sin la cual no hay "sociedad democrática".

A partir de ahí el TEDH estudió la necesidad de la injerencia en una sociedad democrática. El TEDH razonó que los estados miembros cuentan con un margen de apreciación que afecta al legislador nacional y a los órganos judiciales para interpretar y aplicar la ley. En asuntos como el examinado, la ausencia de un concepto uniforme en Europa de moral hace que cada país esté en mejor posición para conocer la evolución de opiniones sobre el tema «debido a su contacto directo y continuo con las fuerzas vitales de sus países».

De este modo, en el caso concreto respetó la decisión de los tribunales nacionales y no consideró infringida la libertad de expresión de Richard Handyside. Para ello el TEDH puso de relieve los siguientes factores: En primer lugar ponderó que el libro estaba dirigido principalmente a niños y adolescentes entre doce y dieciocho años. En segundo lugar valoró el contenido del libro. En términos generales era correcto, pero el apartado «sé tú mismo» dentro de la sección dedicada al *sexo* contenía frases que los jóvenes (que se encontraban en una etapa crítica de su desarrollo) podían interpretar como un estímulo para llevar a cabo actividades perjudiciales para ellos o incluso delictivas. Y esa posibilidad de interpretación correspondía hacerla a los tribunales nacionales conforme al margen de apreciación.

¹³⁶ Vide § 49.

- B. Decisión del TEDH (Sección 2ª) Norwood c. Reino Unido (Solicitud nº 23131/03) de 16 noviembre 2004¹³⁷.

Mark Anthony Norwood era miembro y organizador del partido Nacional Británico (*BNP*, de extrema derecha) y fue condenado, por un delito de exhibición de representaciones hostiles hacia un grupo religioso, al pago de una multa de 300 GBP (libras esterlinas). Los hechos ocurrieron entre noviembre de 2001 y enero de 2002, y consistieron en que expuso en la ventana de su apartamento un cartel (60 cm x 38 cm) que le había proporcionado el partido. En dicho cartel se veía una fotografía de las Torres Gemelas en llamas, y podían leerse las palabras «Islam fuera de Gran Bretaña - Proteger al pueblo británico», también había un símbolo de una media luna y una estrella en un letrero de prohibición.

El solicitante defendió que la libertad de expresión abarca no sólo expresiones inofensivas, sino también irritantes y provocadoras. Asimismo consideró que lo que hizo fue una crítica a la religión, lo que no podía equipararse con un ataque a sus fieles.

Sin embargo el TEDH por unanimidad inadmitió la demanda por aplicación del artículo 17 al entender que los tribunales nacionales en aplicación del margen de apreciación habían interpretado correctamente los hechos. Para el TEDH fue claro que se trató de un ataque general y vehemente contra un grupo religioso, contrario a los valores de tolerancia, paz social y no discriminación garantizados por el Convenio.

3.3.16.- SENTENCIAS CONTRA RUSIA:

- A. Decisión del TEDH (Sección 1ª) Pavel Ivanov c. Rusia (Solicitud nº 35222/04) de 20 febrero 2007¹³⁸.

Pavel Petrovich Ivanov fue condenado por la comisión de un delito de incitación pública al odio étnico, racial y religioso al pago de una multa de 10.000 rublos rusos (aproximadamente 300 euros). El solicitante era único fundador, propietario y editor del periódico *Russkoye Veche*. Los hechos objeto del procedimiento consistieron en una serie de publicaciones en las que se pedía la exclusión de los judíos de la vida social. Además les atribuía el malestar económico, social y político. Durante el juicio el solicitante, sostuvo que el «"liderazgo Siono-Fascista de los judíos" era la fuente

¹³⁷ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67632> (consultado el 24-4-2021).

¹³⁸ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79619> (consultado el 25-4-2021).

de todos los males en Rusia», y que lo que pretendió fue «[educar] a los rusos y judíos que [habían] sufrido de la ideología Siono-Fascista». Asimismo preguntó a los tribunales si los judíos eran una raza y si tenían una nación; para argumentar que no lo eran, y, por tanto, no podían condenarle por incitar al odio contra ellos.

El solicitante sostuvo que se infringió su derecho a la libertad de expresión, ya que no se había justificado su condena, y se le discriminó por sus creencias religiosas.

El TEDH por unanimidad declaró inadmisibile la demanda. El TEDH explicó que dentro de los discursos incompatibles con los valores del Convenio y, por tanto, inadmisibles conforme al artículo 17 se encuentran:

(las) declaraciones negando el Holocausto, justificando una política pro-nazi, alegando el enjuiciamiento de polacos por la minoría judía y la existencia de desigualdad entre ellos, o vinculando a todos los musulmanes con un acto de terrorismo grave.

El TEDH examinó las publicaciones por las que fue condenado Pavel Petrovich Ivanov y concluyó, sin dudas, que las mismas tenían un carácter marcadamente antisemita: negó sistemáticamente la dignidad nacional de los judíos; les atribuyó una ideología fascista, y que conspiraron contra todo el pueblo ruso. Por ello el TEDH falló que constituían un ataque general y vehemente contra un grupo étnico contrario a la tolerancia, la paz social y la no discriminación recogidos como valores en el Convenio.

B. STEDH (Sección 3ª) Stomakhin c. Rusia (Solicitud nº 52273/07) de 9 mayo 2018¹³⁹.

Boris Vladimirovich Stomakhin fue condenado, a la pena de cinco años de prisión con la prohibición de ejercer el periodismo durante tres años, por haber cometido delitos de incitación al odio y humillación a través de medios de comunicación, por motivos étnicos, origen, actitud hacia la religión y pertenencia a un grupo social. Los hechos por los que fue enjuiciado abarcaron dos planos distintos. En primer lugar por los boletines que mensualmente publicó y distribuyó como propietario y editor de *Radikalnaya Politika* (Política radical). En segundo lugar por su comportamiento en el desarrollo de manifestaciones que tuvieron lugar en 2004.

Respecto de las publicaciones¹⁴⁰ se destacaron diferentes pasajes. Entre otros muchos:

¹³⁹ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-182731> (consultado el 25-4-2021).

¹⁴⁰ Vide § 8 y ss.

"Rusia ha demostrado claramente que está en guerra y permanentemente en peligro de ser golpeada por golpes de represalia, porque sus gobernantes han perpetrado un ataque despreciable contra un Estado soberano y están matando a civiles inocentes allí. Incluso la comunidad occidental se ve obligada a admitir que la Rusia de Putin está librando una guerra dirigida al exterminio físico de los chechenos como grupo étnico".

"... Toda Chechenia está ahora llena de los mismos Budanovs: maníacos, sádicos sedientos de sangre, asesinos y degenerados [...]. Todo el ejército de ocupación de Rusia está formado por esos Budanovs."

"¡Que decenas de francotiradores chechenos tomen sus posiciones en las colinas y las ruinas de la ciudad y que cientos y miles de agresores perezcan a causa de sus sagradas balas! ¡Sin piedad! ¡Muerte a los invasores rusos! "

"... Maskhadov, Basayev, Khattab y otros héroes de la resistencia chechena se interpusieron valiente y firmemente en el camino de la agresión de Rusia y, de hecho, salvaron no solo la independencia de Chechenia sino también su propia existencia, así como la existencia de otros Estados del Cáucaso ... "

En relación a las manifestaciones no autorizadas se consideró que Boris Vladimirovich Stomakhin le aprovechó para distribuir folletos y que llevó pancartas con lemas condenando el régimen político, tales como:

"Zakayev no es un terrorista, a diferencia de Putin y Co"

"Europa! ¡No traiciones a la resistencia chechena!"

"Invasores rusos — salid de Chechenia

"¿Cuándo se liberará y rehabilitará el pueblo checheno?"

El solicitante consideró que se infringió su derecho a la libertad de expresión, ya que opinó sobre acontecimiento políticos, y no hizo un llamamiento a actividades extremistas, ni al derrocamiento del gobierno. Por otro lado, argumentó que los boletines que distribuyó lo fueron en un pequeño número, con lo que no supusieron un peligro público. Finalmente, consideró que la pena que se le impuso fue excesiva, ya que no tenía antecedentes penales y sí referencias positivas.

El TEDH antes de comenzar el análisis de la demanda remarcó el carácter sensible de las cuestiones relativas al conflicto en la República de Chechenia en relación con la insurgencia armada. Por este motivo consideró que los tribunales nacionales rusos impusieron una condena prevista por la ley y que la finalidad de ésta era legítima ya que trataba de proteger los derechos de los demás, así como proteger la seguridad nacional, la integridad territorial y la seguridad pública y prevenir el desorden y la delincuencia. Seguidamente el TEDH recordó que en los casos en los que se incita, promueve, propaga o justifica la violencia, odio o la intolerancia es legítimo imponer condiciones, restricciones o sanciones, siempre que sean proporcionales.

El TEDH se apoyó en la STEDH (Gran Sala) Perinçek c. Suiza (Solicitud n° 27510/08) de 15 octubre 2015 para resaltar los factores a analizar en el caso concreto:

contexto en el que se publicaron las declaraciones impugnadas, su naturaleza y redacción, su potencial para dar lugar a consecuencias perjudiciales y las razones aportadas por los órganos jurisdiccionales rusos para justificar la injerencia de que se trata.

El TEDH analizó en primer lugar la existencia de una «necesidad social apremiante» y seguidamente si hubo «proporcionalidad». Al analizar la «necesidad social apremiante» agrupó las declaraciones en tres bloques¹⁴¹. Del primer bloque consideró que fueron mucho más allá de los límites de la crítica y glorificaron el terrorismo y la violencia. Por ello la injerencia en la libertad de expresión respondió a una «necesidad social apremiante» y las razones dadas por los tribunales nacionales fueron «relevantes y suficientes». Del segundo bloque en atención al contexto en el que se hizo una crítica a la actuación de las autoridades a raíz de una noticia el TEDH consideró que los tribunales nacionales no dieron unas razones «relevantes y suficientes» y que las mismas fueron una crítica al Gobierno, instituciones del Estado y sus políticas y prácticas. Del tercer bloque también se consideró que no se expusieron razones «relevantes y suficientes» porque no se indicaron en la sentencia «los concretos textos que constituyeron el ataque ni siquiera se refirieron a ningún texto concreto que, según ellos, hubiera tenido connotaciones discriminatorias o humillantes, y mucho menos a evaluar esos textos a la luz de las normas pertinentes del Tribunal de Justicia».

A continuación el TEDH estudió la «proporcionalidad» en cuanto a las penas en relación con el objetivo perseguido por la norma, y la relevancia/suficiencia de la decisión. El TEDH dejó abierta la cuestión de si la prohibición del ejercicio del periodismo como pena era o no compatible con el artículo 10 y abordó la cuestión relativa a la pena de prisión. El TEDH consideró que los argumentos de los tribunales nacionales tales como la «personalidad» y el «peligro social» de Boris Vladimirovich Stomakhinle fueron insuficientes en atención a una pena tan grave. El TEDH destacó en su favor que no tenía antecedentes penales; que no era una figura pública, conocida o influyente; y que los boletines los autoeditó y distribuyó a personas que tenían interés, en un número muy bajo. El TEDH valoró que el impactó potencial de sus declaraciones sobre los derechos de los demás, la seguridad nacional, la seguridad pública o el orden público quedaba significativamente reducido. Por todo ello el TEDH por unanimidad consideró que la libertad de expresión del solicitante fue vulnerada.

El Juez Keller emitió un voto concurrente en el que expuso que si bien estaba de acuerdo con la conclusión, no lo estaba con los razonamientos. Para el Juez Keller no debió de separarse las declaraciones en categorías independientes ya que, por un lado, podría convertir al TEDH en una

¹⁴¹ El primer bloque del §§ 98 a 109, el segundo del §§ 110 al 118 y el tercero del §§ 119 al 123.

cuarta instancia —al volver a valorar los hechos para poder clasificarlos—. Y por otro lado, podría generar confusión doctrinal al asentar el caso concreto como un precedente; lo que podría generar consecuencias imprevisibles de cara al futuro, porque más países miembros tienen tensiones separatistas.

Respecto de la pena de prohibición del ejercicio del periodismo el Juez Keller consideró que en el caso concreto no estaba prevista en la legislación rusa. En este sentido recordó que el TEDH exige no sólo una previsión legal, sino que además la ley ha de tener una mínima calidad, «requiriendo que sea accesible para el interesado y previsible en cuanto a sus efectos». Para el Juez Keller la redacción del artículo aplicado era vaga y amplia, lo que en sus palabras significaba que: «Esta ley es en última instancia poco más que un cheque en blanco que permite a las autoridades nacionales imponer una amplia gama de sanciones, sin proporcionar mucha claridad o previsibilidad a los posibles acusados».

C. STEDH (Sección 3ª) Ibragim Ibragimov y otros c. Rusia (Solicitudes nº 1413/08 y 28621/11) de 28 de agosto de 2018¹⁴².

El TEDH estudió dos solicitudes, por un lado, la presentada por Ibragim Ibragimov y el Fondo Educativo Cultural «Nuru Badi» (del que Ibragim Ibragimov era fundador y director ejecutivo) y, de otro lado, la formulada por la Junta Religiosa Unida de Musulmanes de la Región de Krasnoyarsk como editora de la colección «Risale-I Nur». Todos ellos fueron condenados por un delito de incitación al odio o la discordia religiosa por la distribución de libros catalogados como extremistas. Las condenas consistieron en la prohibición de la publicación y distribución de dichos libros.

En el primer caso el procedimiento penal fue iniciado por el fiscal ruso en relación a una colección de libros basada en una exégesis del Corán escrita por Said Nursi. Dichos libros se utilizaron con fines religiosos y educativos en las mezquitas. La base de la acusación se centró en dictámenes periciales emitidos por cuatro psicólogos y un psiquiatra, que consideraron que los textos trataban de influir en el subconsciente. Para dichos expertos dichas lecturas alentaban al odio, ira, aversión y enemistad hacia las personas no creyentes. Los solicitantes para contrarrestar dicha prueba aportaron la opinión de un teólogo y de un filósofo que consideraron que los textos eran acordes con los fundamentos de la doctrina islámica y que no incitaban ni a la violencia ni a la

¹⁴² <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-185293> (consultado el 25-4-2021).

enemistad —no contenían declaraciones extremistas—. Asimismo remitieron diferente documentación consistente en cartas de expertos de distintos ámbitos (representantes religiosos, profesores universitarios, etc.). Por su parte los tribunales nacionales acordaron recabar un dictamen pericial entre expertos en diferentes ramas del conocimiento: «un filólogo, un psicólogo lingüista, un psicólogo social y un psicólogo de los Departamentos de Lingüística y Psicología de la Academia Rusa de Ciencias». Dichos expertos concluyeron que los textos estudiados «fomentaban la discordia religiosa entre creyentes y no creyentes, contenían declaraciones negativas y humillantes sobre los no creyentes y promovían la noción de que los creyentes tenían superioridad sobre los no creyentes». La condena impuesta a los solicitantes se fundamentó en dicha valoración, ya que para los tribunales nacionales eran estos expertos los que tenían la competencia y la experiencia necesarias para establecer el significado de los textos analizados.

En el segundo caso el proceso giró en torno al libro *La Décima Palabra: La Resurrección y el Más Allá* de la colección «Risale-I Nur» de Said Nursi. Las vicisitudes procesales fueron análogas a las que acabamos de exponer; y la decisión de los tribunales nacionales, al igual que en el caso anterior, se fundamentó en el dictamen pericial de los expertos.

Los solicitantes consideraron que se infringió su derecho a la libertad de expresión en el ámbito de la libertad religiosa. Por un lado, criticaron que se cumpliera con el principio de legalidad, ya que la redacción era vaga y, por tanto, imprevisible. Por otro lado, se tomaron en cuenta la opinión de peritos que interpretaron los textos según su propia disciplina académica, pero no hubo una interpretación jurídica. También pusieron el acento en que todas las religiones (incluyendo al cristianismo y judaísmo) ponen en preeminencia la religión propia. Y finalmente consideraron que los tribunales nacionales no acreditaron que a consecuencia de los libros se hubieran producido altercados graves, ni que se hubiera alterado el orden público.

El TEDH en primer lugar desestimó la pretensión del Gobierno ruso de inadmitir las demandas por aplicación del artículo 17, ya que su aplicación es excepcional y está reservada para casos extremos.

A continuación el TEDH antes de comenzar sus razonamientos reseñó el acervo internacional a tomar en consideración cuando la libertad de expresión hace referencia a la religión¹⁴³, entre otros: la *Observación General n° 34* del Comité de Derechos Humanos; diferentes informes de Relatores

¹⁴³ Vide §§ 51 y ss

Especiales sobre la libertad de religión o de creencias, sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia e intolerancia , y sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión; los dictámenes de la Comisión de Venecia *sobre la relación entre la libertad de expresión y la libertad de religión: la cuestión de la regulación y el enjuiciamiento de la blasfemia, el insulto religioso y la incitación al odio religioso, sobre la Ley Federal de Lucha contra la Actividad Extremista;* y los *Principios de Camden*.

El TEDH dejó abierta la cuestión planteada por los demandantes acerca de si la sanción impuesta estaba claramente prevista por la ley. En su lugar el eje de la argumentación giró en torno a si dicha sanción fue proporcional atendiendo al caso concreto.

El TEDH recordó que la libertad religiosa comprende también la libertad de no creer; protege tanto a los creyentes, como a los no creyentes, como a los agnósticos. Asimismo subrayó que la libertad religiosa implica también soportar las críticas y otras doctrinas religiosas, incluyendo las hostiles hacia la propia fe. Corresponde a los estados actuar de manera neutral e imparcial y proteger el pluralismo para garantizar el orden público. Los estados no pueden intervenir eliminando una forma de tensión, sino que deben de garantizar la tolerancia. Son los estados miembros quienes se encuentran en una mejor posición para valorar la situación, ya que no existe en Europa una concepción uniforme acerca de cómo actuar frente a los ataques hacia las convicciones religiosas. Sin embargo el margen de apreciación de los tribunales nacionales no es ilimitado y debe de ser supervisado, más si cabe en esta materia, ya que existen riesgos de que las injerencias en la libertad de expresión sean excesivas.

El TEDH consideró que se infringió la libertad de expresión de los solicitantes. Para llegar a esta conclusión el TEDH siguió los pasos señalados en la sentencia de *Perinçek* y valoró los textos en su conjunto y en el contexto. En primer lugar el TEDH resaltó que la legislación nacional rusa no exigía para la condena la existencia de violencia o incitación a la misma. Tampoco el Gobierno ruso acreditó que los libros prohibidos hubieran generado violencia. En segundo lugar el TEDH destacó que las sentencias se basaron en dictámenes periciales de académicos, sin que los tribunales nacionales hubieran analizado por sí solos los libros (indicando pasajes concretos que según su parecer pudieran incitar a la violencia o al odio). Para el TEDH esta omisión equivalía a una prohibición absoluta de publicar y distribuir tales libros.

Finalmente el TEDH recordó en esta materia los límites entre la libertad de expresión y la libertad religiosa conforme a los siguientes principios¹⁴⁴:

[...] los grupos religiosos no pueden esperar razonablemente estar exentos de todas las críticas; deben tolerar y aceptar que otros nieguen sus creencias religiosas e incluso que otros propaguen doctrinas hostiles a su fe [...]. El mismo principio se aplica a las ideologías no religiosas, incluidos el ateísmo y el agnosticismo. Aunque las declaraciones impugnadas promovieron claramente la idea de que era mejor ser musulmán que no musulmán, es significativo que no insulten, ridiculicen o calumnien a los no musulmanes; tampoco utilizaron términos abusivos con respecto a ellos o de asuntos considerados sagrados por ellos [...].

D. STEDH (Sección 3ª) Savva Terentyev c. Rusia (Solicitud nº 10692/09) de 28 de agosto de 2018¹⁴⁵.

El solicitante Savva Sergeyevich Terentyev fue condenado por la comisión de un delito de incitación al odio contra la policía a la pena de un año de prisión (que le fue suspendida). Los hechos por los que fue condenado consistieron en la publicación en un *blog* de *livejournal.com* de comentarios relativos a una actuación policial llevada a cabo durante una campaña electoral. En concreto bajo el título «Odio a la policía, por el amor de Dios» las frases empleadas fueron:

"No estoy de acuerdo con la idea de que 'los agentes de policía todavía tienen la mentalidad de un garrote represivo en manos de los que tienen el poder'. En primer lugar, no son oficiales de policía sino policías; en segundo lugar, su mentalidad es incurable. Un cerdo siempre sigue siendo un cerdo. ¿Quién se convierte en policía? Solo vulgares y matones: los representantes más tontos y menos educados del mundo animal. Sería genial si en el centro de cada ciudad rusa, en la plaza principal ... hubiera un horno, como en Auschwitz, en el que ceremonialmente todos los días, y mejor aún, dos veces al día (digamos, al mediodía y a la medianoche) los policías infieles fueran quemados. La gente los estaría quemando. Este sería el primer paso para limpiar la sociedad de esta inmundicia de policías y matones ".

Los tribunales nacionales basaron la condena en un informe pericial encargado a expertos en humanidades sociales. Del mismo se desprendió que los comentarios incitaron al odio y buscaban poner a la comunidad en contra de los agentes de policía. Además para los tribunales nacionales el texto era claro y no admitía interpretaciones ambiguas en cuanto al contenido y significado. También se valoró que el solicitante no trató de fomentar ningún debate.

Savva Sergeyevich Terentyev consideró que se infringió su derecho a la libertad de expresión en la medida en que no se acogieron sus argumentos. En primer lugar en su defensa argumentó que sus comentarios fueron fruto de una reacción emocional y espontánea. En segundo lugar adujo que lo quiso hacer fue distinguir dos conceptos de policía: por un lado los agentes

¹⁴⁴ Vide § 117.

¹⁴⁵ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-185307> (consultado el 25-4-2021).

honrados/«oficiales de policía», y por otro los que no lo eran/policías (*cops*, que actúan de manera ilegal y abusiva). En tercer lugar explicó que no pretendía que sus declaraciones tuvieran difusión, sino que las mismas se vertieron como respuesta a un comentario anterior de otra persona y al hilo de la noticia en prensa de la actuación policial —sólo le leyeron unos veinticinco usuarios—. En cuarto lugar pidió perdón a las víctimas de los campos de concentración, y a los oficiales de policía que hubieran podido sentirse ofendidos. El solicitante se justificó diciendo que la alusión a *Auschwitz* fue provocadora, pero que sólo pretendió exagerar, fue una metáfora. Lo que quiso decir es que debería castigarse a los malos policías. Finalmente consideró que la ley por la que fue condenado fue aplicada en sentido amplio al incluir en el concepto de grupo social a la policía.

El TEDH no acogió la argumentación dada por el solicitante de que la policía no era un grupo social protegido por el tipo penal. En este sentido el TEDH recordó que el principio de legalidad significa que el precepto debe de ser claro, y que una persona pueda prever que su comportamiento pudiera ser penado. En el caso concreto el TEDH entendió que dicho precepto no había sido todavía interpretado jurídicamente por los tribunales nacionales. Y que la interpretación que estos dieron no fue contradictoria con el precepto penal aplicado. No obstante, el TEDH sostuvo que la policía:

[...] difícilmente puede describirse como una minoría o grupo desprotegido que tiene antecedentes de opresión o desigualdad, o que se enfrenta a prejuicios profundamente arraigados, hostilidad y discriminación, o que es vulnerable por alguna otra razón, y por lo tanto puede, en principio, necesitar una mayor protección contra los ataques cometidos por el insulto, resistiendo el ridículo o la calumnia [...]

[...] al ser parte de las fuerzas de seguridad del Estado, la policía debería mostrar un grado particularmente alto de tolerancia al discurso ofensivo, a menos que ese discurso inflamatorio pueda provocar acciones ilegales inminentes con respecto a su personal y exponerlos a un riesgo real de violencia física. Sólo ha sido en un contexto muy delicado de tensión, conflicto armado y lucha contra el terrorismo o disturbios carcelario mortales que el Tribunal de Justicia ha constatado que las declaraciones pertinentes podrían alentar la violencia capaz de poner en riesgo a los miembros de las fuerzas de seguridad y, por lo tanto, ha aceptado que la injerencia en tales declaraciones estaba justificada [...].

A partir de ahí el TEDH estudió los factores concurrentes en el caso. En primer lugar respecto del comentario por el que fue condenado el solicitante y del lenguaje empleado el TEDH recordó¹⁴⁶ que:

[...] el lenguaje ofensivo puede quedar fuera de la protección de la libertad de expresión si equivale a una denigración sin sentido; pero el uso de frases vulgares en sí mismo no es decisivo en la evaluación de una expresión ofensiva, ya que bien puede servir a propósitos meramente estilísticos. [...] el estilo forma parte de la comunicación como forma de expresión y, como tal, está protegido junto con la sustancia de las ideas y la información expresada.

¹⁴⁶ Vide § 68.

En segundo lugar el TEDH destacó que lo relevante en el caso concreto era valorar si los comentarios vertidos pudieron incitar a la violencia, odio o intolerancia. En este sentido el TEDH destacó que las frases fueron emitidas en relación a un asunto de interés general y público —ya que se hicieron al hilo de una noticia respecto a una actuación policial desarrollada durante una campaña electoral—. El TEDH también ponderó que el solicitante no se refirió a ninguna persona en concreto, sino hacia una institución pública en general —que difícilmente puede considerarse como un grupo desprotegido o vulnerable—. Igualmente valoró que fue una crítica mordaz, pero no consideró que el solicitante incitase a la violencia. Ello por cuanto no se publicó en un contexto de tensión o conflicto que afectase a la seguridad en la región, no se acreditó que se produjeran enfrentamientos o disturbios contra la policía. Finalmente también se sospesó que el comentario no tuvo difusión, y que el solicitante no era un *bloguero* conocido en las redes sociales. Por todo ello el TEDH consideró que la injerencia no era necesaria en una sociedad democrática.

E. STEDH (Sección 3ª) Atamanchuk c. Rusia (Solicitud nº 4493/11) de 11 febrero 2020¹⁴⁷.

Vladimir Leonidovich Atamanchuk fue condenado, por un delito de incitación al odio y degradar la dignidad humana de un grupo de personas por razón de su etnia, al pago de una multa de 200.000 rublos por cada artículo publicado (unos 5.086 euros) —que no pagó por lo que tuvo que cumplir doscientas horas de trabajo en beneficio de la comunidad—. El solicitante era dirigente local del Partido Democrático de Rusia y fundador del periódico local *Sochi-Drugoy Vzglyad*. Con motivo de unas elecciones publicó un artículo en el periódico *Lazarevskaya Panorama* en el que expuso las razones por las que no iba a votar. Dicho artículo tiempo después fue también publicado en el *Sochi-Drugoy Vzglyad*. Entre otras expresiones contenía las siguientes:

[...] ¿Qué pasó? ¿Dónde estamos hoy? Aquellos que, debido a sus características étnicas [...] habían participado en actividades delictivas o habían cuidado a sus ovejas o cabras o adorado a su dios abandonaron su patria y vinieron aquí. Ahora se llaman a sí mismos constructores, empresarios, trabajadores culturales o lo que sea necesario para meter sus manos en los bolsillos de los demás.

Basta con mirar a tu alrededor y verás multitudes de ellos mirándote con avidez en cada esquina ...

"Saldremos victoriosos sobre todos vosotros [...], dicen durante sus reuniones a puerta cerrada en su propio idioma que el 99% de los rusos no entienden.

Pero hablarán ruso más tarde, cuando hayan paralizado totalmente nuestra voluntad. Es entonces cuando comenzarán a quemar, masacrar, violar, robar y esclavizar, en línea con sus ideas bárbaras, como lo fue en Chechenia.

¹⁴⁷ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-200839> (consultado el 25-4-2021).

Pero por el momento, todo es "amistad y solidaridad entre naciones". Por el momento eso es. ¡Y el Presidente de Rusia está repartiendo condecoraciones de Héroe de Rusia a los traficantes de esclavos! ...

Participan en la destrucción del país... Diversos procesos de destrucción dominan nuestra sociedad hoy en día. Por eso no participaré en las elecciones...

Sin embargo, expreso mi esperanza de que, al tomar sus decisiones, el nuevo Presidente tenga en cuenta las opiniones que he expresado por mí mismo y por los que no van a votar el 2 de marzo de 2008."

El solicitante consideró que se infringió su derecho a la libertad de expresión.

El TEDH no aceptó la petición del Gobierno de inadmitir la demanda por aplicación del artículo 17. El TEDH entró a valorar si la injerencia (que estaba prevista en la ley y persiguió un objetivo legítimo) era necesaria en una sociedad democrática. Para ello el TEDH expuso la pluralidad de factores que componen el contexto a valorar en cada caso concreto. En sus palabras¹⁴⁸:

Al evaluar un caso específico de "injerencia" en la libertad de expresión en este tipo de casos, deben tenerse en cuenta varios factores, entre ellos: el contexto en el que se formularon las declaraciones impugnadas, su naturaleza y redacción, su potencial para conducir a consecuencias perjudiciales y las razones aportadas por los tribunales nacionales para justificar la injerencia en cuestión; si las declaraciones se hicieron en un contexto político o social tenso; si las declaraciones, interpretadas y vistas justamente en su contexto inmediato o más amplio, podrían considerarse como un llamado directo o indirecto a la violencia o como una justificación de la violencia, el odio o la intolerancia; la forma en que se hicieron las declaraciones, y su capacidad -directa o indirecta- para conducir a consecuencias perjudiciales. Es la interacción entre los diversos factores y no cualquiera de ellos tomados de forma aislada lo que determina el resultado de un caso en particular.

Sentado lo anterior, y antes de analizar los factores del caso concreto, el TEDH recordó que la incitación al odio no requiere un llamamiento expreso al uso de la violencia¹⁴⁹:

Incitar al odio no implica necesariamente un llamado explícito a un acto de violencia u otros actos criminales. Los ataques contra personas cometidos insultando, ridiculizando o calumniando a grupos específicos de la población pueden ser suficientes para que las autoridades favorezcan la lucha contra el discurso xenófobo o discriminatorio frente a la libertad de expresión ejercida de manera irresponsable.

El TEDH en primer lugar consideró que el texto era ofensivo, conmocionaba o perturbaba. En segundo lugar, en relación al contexto, el mismo se emitió durante una campaña electoral, pero no se refirió a una política concreta del gobierno, como pudiera ser en relación a la inmigración. Por ese motivo el TEDH consideró que lo que hizo el solicitante fue dar su opinión, sin una base fáctica, con lo que pudiera valorarse como excesiva. En ese contexto el TEDH consideró cuestionable que el solicitante tratase de fomentar un debate público. En tercer lugar la difusión de los periódicos se situó en una «región multiétnica» por lo que los tribunales

¹⁴⁸ Vide §50.

¹⁴⁹ Vide § 52.

nacionales, dentro del margen de apreciación, pudieron valorar el aumento de los prejuicios en la población local respecto de la población de etnia no rusa. Por todo ello el TEDH consideró que la condena era necesaria en una sociedad democrática.

El TEDH también valoró que la pena fue proporcionada puesto que fue de naturaleza económica y no de prisión. Y respecto de la pena de prohibición del ejercicio de la actividad periodística impuesta recalcó que fue proporcional en la medida en que el solicitante no era un periodista. Por lo que no tendría un efecto disuasorio para tratar de asuntos de interés público conservando la prensa su papel de «perro guardián» en una sociedad democrática.

3.3.17.- SENTENCIAS CONTRA SUECIA:

A. STEDH (Sección 5ª) Vejdeland y otros c. Suecia (Solicitud nº 1813/07) de 9 febrero 2012¹⁵⁰.

Tor Fredrik Vejdeland, el Sr. Mattias Harlin, el Sr. Björn Täng y el Sr. Niklas Lundström fueron condenados por un delito de agitación contra un grupo nacional o étnico a penas de prisión (que fueron suspendidas) y al pago de multas de entre 200 y 2000 euros. Los hechos por los que fueron condenados consistieron en que entraron en un instituto y distribuyeron folletos dejándolos dentro y fuera de las taquillas. Algunos de los textos que contenían eran:

"Propaganda homosexual (Homosexpropaganda)

En el transcurso de unas décadas, la sociedad ha pasado del rechazo a la homosexualidad y otras desviaciones sexuales (avarter) a abrazar esta proclividad sexual desviada (böjelse). Sus profesores anti-suecos saben muy bien que la homosexualidad tiene un efecto moralmente destructivo en la sustancia de la sociedad (folkkroppen) y tratarán de buen grado de presentarla como algo normal y bueno.

-- Diles que el VIH y el SIDA aparecieron temprano con los homosexuales y que su estilo de vida promiscuo era una de las principales razones por las que esta plaga moderna se afianzaba.

-- Diles que las organizaciones de presión homosexuales también están tratando de restar importancia a la pedofilia (avdramatisera), y preguntenles si esta desviación sexual (sexuella avart) debe ser legalizada."

Los solicitantes consideraron que la condena impuesta por los tribunales nacionales infringió su derecho a la libertad de expresión. En primer lugar, afirmaron que la ley no era clara, no permitía conocer si la realización de un acto era o no delictivo. En segundo lugar, aseveraron que el contenido de los textos no era ni ofensivo ni insultante para los homosexuales, ni se animaba a cometer delitos contra ellos. En tercer lugar, argumentaron que lo que trataron de hacer fue que los alumnos fomentaran debates con sus profesores en relación a ciertos temas.

¹⁵⁰ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109046> (consultado el 17-5-2021).

El TEDH consideró admisible la solicitud y pasó a estudiar los argumentos dados por los solicitantes. En primer lugar, en cuanto al principio de legalidad, consideraron que la ley nacional contemplaba ese delito de forma clara y previsible, ya que castigaba las amenazas y desprecios por razón de la orientación sexual. En segundo lugar, razonaron que la injerencia era necesaria en una sociedad democrática. El TEDH atendió por un lado al tenor del texto de los panfletos que calificó la homosexualidad de desviación sexual, con un efecto moralmente destructivo. El TEDH recordó que la incitación al odio no implica necesariamente el llamamiento a realizar actos violentos. Los insultos, calumnias y la ridiculización también constituyen ataques que favorecen el discurso. Asimismo, el TEDH equiparó en gravedad la discriminación por «orientación sexual» con la que se basa en la «raza, origen o color». Por otro lado, el TEDH valoró que los solicitantes no eran del colegio —no tenían acceso libre al mismo—, que los destinatarios eran menores de edad (impresionables y sensibles), y que no se les dio posibilidad de aceptar o rechazar los panfletos —ya que incluso los dejaron dentro de las taquillas—. En tercer lugar, el TEDH consideró que las penas impuestas fueron proporcionadas. Por todo ello el TEDH por unanimidad concluyó que no se vulneró la libertad de expresión de los demandantes.

3.3.18.- SENTENCIAS CONTRA SUIZA:

A. STEDH (Gran Sala) *Perinçek c. Suiza* (Solicitud nº 27510/08) de 15 octubre 2015¹⁵¹.

Doğu Perinçek, presidente del partido político de los trabajadores turcos, fue condenado por la comisión de un delito de discriminación racial al pago de noventa días de multas de 100 francos suizos (CHF) por día (62 €), suspendida por dos años, y una multa de 3.000 francos suizos (1.859 €), que podría ser reemplazado por treinta días de prisión y la suma de 1.000 francos suizos (620 €) en compensación a la Asociación Suiza-Armenia por daño moral. Los hechos se remontan al año 2005 cuando con motivo de una visita a Suiza hizo declaraciones públicas con ocasión de tres eventos. En las mismas negó el genocidio armenio entre los años 1915 y 1917. En concreto las declaraciones fueron:

“Permítanme decirle a la opinión pública europea desde Berna y Lausana: las acusaciones del 'genocidio armenio' son una mentira internacional. ¿Puede existir una mentira internacional? Sí, una vez Hitler fue el maestro de tales mentiras; ¡ahora son los imperialistas de Estados Unidos y la UE! Documentos de archivos no solo turcos sino también rusos refutan a estos mentirosos internacionales. Los documentos muestran que los imperialistas de Occidente y de la Rusia zarista fueron los responsables de la coyuntura

¹⁵¹ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158235> (consultado el 26-2-2021).

entre musulmanes y armenios. Las Grandes Potencias, que querían dividir el Imperio Otomano, provocaron a una parte de los armenios, con quienes habíamos convivido en paz durante siglos, y los incitaron a la violencia. Los turcos y kurdos defendieron su patria de estos ataques. No se debe olvidar que Hitler utilizó los mismos métodos, es decir, explotando a grupos étnicos y comunidades, para dividir países por sus propios designios imperialistas, con pueblos matándose unos a otros. La mentira del "genocidio armenio" fue inventada por primera vez en 1915 por los imperialistas de Inglaterra, Francia y la Rusia zarista, que querían dividir el Imperio Otomano durante la Primera Guerra Mundial. Como admitió más tarde Chamberlain, se trataba de propaganda de guerra. ... Estados Unidos ocupó y dividió Irak con las Guerras del Golfo entre 1991 y 2003, creando un Estado títere en el norte. Luego agregaron los campos petrolíferos de Kirkuk a este Estado. En la actualidad, Turquía debe actuar como guardián de este Estado títere. Estamos ante un cerco imperialista. Las mentiras sobre el 'genocidio armenio' y la presión ligada al Egeo y Chipre son interdependientes y están diseñadas para dividirnos y tomarnos como rehenes ... El hecho de que se hayan tomado sucesivas decisiones que incluso se refieren a nuestra guerra de liberación como un 'crimen contra la humanidad' muestra que EE.UU. y la UE han incluido la cuestión armenia entre sus estrategias para Asia y Oriente Medio ... Para su campaña de mentiras sobre el 'genocidio armenio', EE.UU. y la UE han manipulado a personas con cédulas de identidad turcas. En particular, ciertos historiadores han sido comprados y periodistas contratados por los servicios secretos estadounidenses y alemanes para ser transportados de una conferencia a otra ... No crean las mentiras al estilo de Hitler como la del "genocidio armenio". Busca la verdad como Galileo y defiéndela".

"Por lo tanto, el problema kurdo y el problema armenio no eran, sobre todo, un problema y, sobre todo, ni siquiera existían ..."

"... incluso Lenin, Stalin y otros líderes de la revolución soviética escribieron sobre la cuestión armenia. Dijeron en sus informes que las autoridades turcas no habían llevado a cabo ningún genocidio del pueblo armenio. Esta declaración no fue pensada como propaganda en ese momento. En informes secretos, los líderes soviéticos dijeron - esto es muy importante - y los archivos soviéticos confirman que en ese momento hubo casos de conflictos étnicos, matanzas y masacres entre armenios y musulmanes. Pero Turquía estaba del lado de quienes defendían su patria y los armenios estaban del lado de las potencias imperialistas y sus instrumentos ... y hacemos un llamado a Berna, al Consejo Nacional Suizo y a todos los partidos de Suiza: Por favor, tomen interés por la verdad y dejen atrás estos prejuicios. Esa es mi observación, y he leído todos los artículos sobre la cuestión armenia y estos son simplemente prejuicios. Por favor deje atrás estos prejuicios y únase (??), lo que dijo sobre estos prejuicios, y esta es la verdad: no hubo genocidio de los armenios en 1915. Fue una batalla entre pueblos y sufrimos muchas bajas ... Los oficiales rusos en ese momento estaban muy decepcionados porque las tropas armenias llevaron a cabo masacres de turcos y musulmanes. Estas verdades fueron contadas por un comandante ruso ... "

El solicitante consideró que se infringió su derecho a la libertad de expresión por cuanto sus declaraciones se refirieron a hechos históricamente controvertidos y de interés público. El demandante razonó que no negó los hechos como tales, sino su calificación como «genocidio» según el derecho internacional (por faltar en su opinión una intención específica por parte del gobierno Otomano de destruir a los armenios como grupo). La condena suponía instaurar una historia oficial de lo ocurrido, sin posibilidad de un debate abierto, contrario a la libertad de investigación —esencial en una sociedad democrática—. En esta línea argumentó que existía una diferencia clara con la existencia del «Holocausto» por cuanto éste fue claramente establecido por un tribunal internacional —con normas jurídicas claras—. Y además la negación del «Holocausto» puede hacer

resurgir el odio racial, mientras que en relación a los acontecimientos de 1915 no había precedentes de persecución de armenios en Europa.

El TEDH aclaró desde el primer momento que a diferencia del Tribunal Penal Internacional no tiene jurisdicción penal sobre cuestiones relativas al genocidio. Por ese motivo consideró que no le correspondía determinar si efectivamente en 1915 se produjeron masacres y deportaciones masivas de armenios por parte del Imperio Otomano, que pudieran calificarse como genocidio desde el punto de vista del derecho internacional.

A continuación, el TEDH procedió a realizar el «triple test». En primer lugar, valoró que la sanción estaba prevista por la ley y que el solicitante pudo conocerla. En segundo lugar, consideró que la condena tenía un objetivo legítimo consistente en proteger el honor de los familiares de las víctimas. En tercer lugar, el TEDH ponderó si la injerencia fue necesaria, para ello tuvo en cuenta diversos factores¹⁵². Por un lado, las declaraciones del solicitante tenían una «naturaleza histórica, jurídica y política», y fomentaron un debate de interés público. Esta naturaleza de las declaraciones supuso que el margen de apreciación de los tribunales nacionales fuera más reducido. Por otro lado, no se acreditó que las expresiones del demandante hubieran podido incitar al odio o la violencia. El TEDH también valoró el contexto en que se produjeron las manifestaciones, tanto el factor geográfico —tuvieron lugar en Suiza— (sin que existieran pruebas de que hubieran provocado por sí mismas odio hacia los armenios en Turquía) como el factor temporal —noventa años después de los hechos—. Ambos factores, geográfico y temporal, hicieron considerar al TEDH que no pudiera considerarse que pudieran reabrir la controversia y revivir recuerdos de sufrimientos pasados. En este sentido el TEDH citó casos en los que fijó una línea temporal de cuarenta años para entender

¹⁵² Como señaló María Elósegui la importancia de esta sentencia no está tanto en el resultado (ajustado en la votación) sino en la fijación de criterios para realizar una ponderación. En sus palabras:

[...] No se trata de estar de acuerdo o no con el resultado concreto del caso Perinçek, sino de utilizar ciertos criterios para realizar la ponderación entre los derechos en conflicto. En suma, a la hora de valorar si un discurso está protegido por el artículo 10 del Convenio o bien queda excluido de esta protección. Incluso en este caso podría ser merecedor de un reproche civil, administrativo o penal, en el caso de que sean expresiones que supuestamente agiten o justifiquen la violencia, el odio o la intolerancia. Para discernir este punto, el Tribunal hace un análisis que tiene en cuenta varios factores, a saber:

- 1. El contexto en el que esas frases fueron publicadas o dichas declaraciones impugnadas. Su finalidad.*
- 2. La naturaleza y redacción de las palabras concretas. El tono y la forma.*
- 3. Su potencial para tener consecuencias perjudiciales. El estatuto de quien emite ese discurso o escribe ese artículo. A quién está dirigido y en qué formato.*
- 4. Las razones aducidas por los tribunales rusos para justificar la injerencia en cuestión.*

Vide ELÓSEGUI ITXASO, María: “El principio de proporcionalidad, la incitación al odio y la libertad de expresión en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: los casos Stomakhin c. Rusia, Williamson c. Alemania y Pastörs c. Alemania”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 51, 2020, p.16.

que no se podía ser igual de severo que si hubieran transcurrido diez o veinte años. Asimismo, valoró que las declaraciones tuvieron lugar en tres actos públicos, con lo que su impacto iba a ser bastante limitado. El TEDH también analizó el método empleado por los tribunales nacionales para justificar la condena del solicitante. Al respecto consideró que no quedaba claro si la condena fue por no compartir la calificación jurídica de los acontecimientos de 1915, o por disentir de la opinión predominante en Suiza —lo que sería contrario a una sociedad democrática, que debe permitir expresar opiniones divergentes—. Finalmente, el TEDH conforme al derecho comparado y la posición del *Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas* consideró que había dudas acerca de la necesidad social de la condena para proteger el honor y los sentimientos de los familiares de las víctimas. Ello por cuanto la tipificación en Suiza requería únicamente la negación del genocidio sin exigir además la incitación al odio o a la violencia. Por todo ello el TEDH consideró con diez votos a favor y siete en contra que se infringió la libertad de expresión del solicitante.

Los votos particulares disidentes consideraron que la masacre armenia era un hecho histórico claramente establecido. A partir de ahí, entre otros argumentos, valoraron de forma distinta los factores que acabamos de exponer. En primer lugar, consideraron que las declaraciones de Doğu Perinçek tenían una intención de ofender y eran claramente menospreciativas. En segundo lugar, no compartieron los argumentos en cuanto a los factores geográficos y temporales. Respecto del factor geográfico consideraron que la protección de los derechos humanos tiene efectos *erga omnes*. A modo de ejemplo razonaron que negar los genocidios cometidos en otro continente —como el sucedido en Ruanda— no debería estar amparado por la libertad de expresión en Europa. En relación al factor temporal lo conectaron con la negación del Holocausto para retóricamente preguntarse qué pasaría tras el transcurso de veinte o treinta años, y cómo se conectaría el paso del tiempo con el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

3.3.19.- SENTENCIAS CONTRA TURQUÍA:

A. STEDH (Gran Sala) Karataş c. Turquía (Solicitud n° 23168/94) de 8 de julio de 1999¹⁵³.

Hüseyin Karataş fue condenado a la pena de un año de prisión y al pago de una multa por la comisión de un delito consistente en llevar a cabo propaganda separatista —contraria a la unidad

¹⁵³ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58274> (consultado el 27-4-2021).

nacional e integridad territorial—. Los hechos por los que fue condenado consistieron en la publicación de una antología de poemas titulada «La canción de una rebelión – Dersim» («Dersim – Bir İsyanın Türküsü»). Entre los poemas que se tuvieron en cuenta para la condena se recogió el siguiente¹⁵⁴:

[En soledad, engrasaron pistolas y rifles]

*... Déjanos ir
hijos de los inflexibles
hemos oído
hay una rebelión en las montañas
¿Podemos escuchar y no hacer nada?
que empiecen las fiestas y celebraciones
Deja que las llamas tan altas como los tejados alcancen el cielo
para que antes de que acabe el día los cañones callen
venerable Kurdistán
hermoso Kurdistán
Kurdistán nuestro amigo [...]*

El demandante consideró que se infringió su derecho a la libertad de expresión. Explicó que según su parecer le condenaron por su obra literaria, y la referencia que en la misma hizo a los *kurdos* y a *Kurdistán*. En su opinión los tribunales nacionales le condenaron por adoptar un punto de vista diferente del oficial. Sin embargo, Hüseyin Karataş se justificó explicando que lo que pretendió fue reflejar sus pensamientos y sentimientos ya de ira, ya de alegría; y que el lenguaje que empleó fue colorido e hiperbólico.

El TEDH consideró que la sanción estaba prevista por ley y que tenía una finalidad legítima, consistente en prevenir desórdenes y combatir el terrorismo. Sin embargo, por doce votos a cinco, el TEDH observó que la injerencia fue innecesaria en una sociedad democrática. Para llegar a esta conclusión el TEDH analizó el contexto. Como primer factor analizó el medio empleado para expresarse —la poesía—. El TEDH valoró que siguiendo un tenor literal de las palabras empleadas en los poemas pudieron incitar a los lectores al odio, al uso de la violencia y a la revuelta. Sin embargo, a renglón seguido, el TEDH subrayó que la poesía es una forma de expresión artística que sólo atrae a una minoría de lectores. La libertad de expresión comprende también la expresión artística. Por ello el TEDH concluyó que el impacto que los poemas pudieron tener fue limitado. Más bien se consideró que fueron una expresión de angustia ante una situación política complicada. Junto a estos factores el TEDH también valoró que la condena fue desproporcionada por su

¹⁵⁴ *In extenso vide* § 10.

naturaleza (prisión) y duración; y, por tanto, en consuno no era necesaria en una sociedad democrática.

Los votos particulares y concurrentes con la mayoría de los jueces Palm, Tulkens, Fischbach, Casadevall y Greve coincidieron en que hubo una vulneración de la libertad de expresión, si bien pusieron el acento en el contexto no analizado por la sentencia. En su opinión hubo de preguntarse si realmente hubo una intención y un riesgo evidente de provocar violencia, el medio empleado, la posición de influencia del demandante en la sociedad para ampliar el impacto de sus palabras, etc. Por su parte el Juez Bonello coincidió con la mayoría, pero apoyándose en la doctrina estadounidense del *clear and present danger*. En su opinión se infringió la libertad de expresión del denunciante porque en el caso no hubo un peligro claro, real e inminente de violencia.

Por su parte los jueces Wildhaber, Pastor Ridruejo, Costa y Baka consideraron que los tribunales nacionales no infringieron la libertad de expresión de Hüseyin Karataş. En el mismo sentido emitió un voto particular el Juez Gölcüklü. Los votos disidentes consideraron que no se prestó suficiente atención al contenido de los poemas, al tono empleado en los mismos, a su lenguaje directo y significado claro. Para ellos la mayoría debió de tener más cuidado al realizar la valoración y no tomar una perspectiva (para decidir) desde una «torre de marfil». En este sentido recordaron que solo hay que pensar en la *Marsellesa* como un ejemplo de llamada poética a las armas.

B. STEDH (Gran Sala) Sürek c. Turquía (Solicitud nº 26682/95) de 8 julio 1999.

El demandante fue condenado (como principal accionista de la revista *Haberde Yorumda Gerçek*¹⁵⁵) por difundir propaganda contra la indivisibilidad del Estado y provocar enemistad y odio entre la población, al pago de una multa (al editor además de a una pena de multa se le condenó a cinco meses de prisión). Los hechos consistieron en la difusión de dos cartas tituladas *Silahlar Özgürlüğü Engellemez* («Las armas no pueden ganar contra la libertad») y *Suç Bizim* («Es nuestra culpa»). Entre las frases que se tuvieron en cuenta para la condena se recogieron las siguientes¹⁵⁶:

a) "Las armas no pueden ganar contra la libertad

Ante la escalada de la guerra de liberación nacional en el Kurdistan, el ejército fascista turco sigue llevando a cabo bombardeos. La «masacre de Şırnak», que los periodistas de Gerçek revelaron a costa de un gran sacrificio personal, ha sido otro ejemplo concreto esta semana.

Las brutalidades en kurdistan son, de hecho, las peores que se han experimentado allí en los últimos años. La masacre llevada a cabo en Halepçe, en el sur del Kurdistan, por la administración reaccionaria

¹⁵⁵ «La verdad de las noticias y los comentarios».

¹⁵⁶ *In extenso vide* § 11.

BAAS, se está produciendo ahora en el norte del Kurdistan. Şirnak es una prueba concreta de ello [...]. Muchas personas fueron asesinadas. En un ataque de tres días con tanques, proyectiles y bombas, Şirnak fue arrasado.

Y la prensa burguesa, en masa, escribió sobre la matanza. Y como ha dicho la prensa burguesa, sí hay decenas de preguntas «sin respuesta». En cuanto a Şirnak, el ataque a Şirnak es la forma más eficaz de la campaña que se está llevando a cabo en toda Turquía para erradicar a los kurdos. El fascismo le seguirá con muchos más Şirnaks.

Pero la lucha de nuestro pueblo por la libertad nacional en el Kurdistan ha llegado a un punto en el que ya no puede ser frustrado por el derramamiento de sangre, los tanques y los proyectiles. Cada ataque lanzado por la República turca para acabar con los kurdos intensifica la lucha por la libertad. La burguesía y su prensa agonizante, que todos los días llaman la atención sobre las brutalidades en Bosnia-Herzegovina, no ven las brutalidades cometidas en el Kurdistan. Por supuesto, no se puede esperar que los fascistas reaccionarios que piden que se ponga fin a las brutalidades en Bosnia-Herzegovina pidan que se ponga fin a las brutalidades en el Kurdistan.

El pueblo kurdo, que está siendo arrancado de sus casas de herederos y de su patria, no tiene nada que perder. Pero tienen mucho que ganar".

b) "Es culpa nuestra

La banda asesina del TC¹⁵⁷ continúa sus asesinatos ... por motivos de «protección de la República de Turquía». Pero a medida que las personas se despiertan a lo que está sucediendo y se vuelven más conscientes, a medida que aprenden gradualmente a defender sus derechos y la idea de que "si no dan, entonces tomaremos por la fuerza" germina gradualmente en las mentes de las personas y se fortalecen día a día, mientras esto continúe, los asesinatos obviamente también continuarán ... Comenzando, por supuesto, con aquellos que plantaron la semilla en la mente de la gente, según los generales, los asesinos a sueldo del imperialismo, y de acuerdo con los Turguts, Süleymans y Bülents [...] De ahí las personas asesinadas en las salas de tortura «para proteger a la República de Turquía». [...]

Es a través de la experiencia de carne y hueso que la gente está empezando a verlo y darse cuenta de ello. Pero qué pasa con la culpa de los charlatanes, los que están frustrando la lucha por la democracia y la libertad... Sí, ¿qué pasa con su culpa ... Ellos tienen su parte en los asesinatos por la banda de asesinos ... ¡Que su 'unión' sea feliz!".

El demandante consideró que fue condenado por mantener puntos de vista diferentes de la posición oficial; que la condena fue para amordazar a la prensa de la oposición. El solicitante defendió que el contenido de las cartas no supuso una amenaza, ni para la seguridad nacional, ni para la integridad territorial, ni incitó a la violencia, ni al terrorismo. Además, alegó que era propietario, pero no tenía responsabilidad editorial del contenido de la revista.

El TEDH al aplicar el «triple test» valoró que la condena estaba prevista por la ley, y que los objetivos que perseguía eran legítimos — en atención a la situación de seguridad que se vivía en aquel momento en que los movimientos separatistas utilizaban la violencia—. Para valorar el contexto el TEDH partió de la base del medio empleado/la revista y del rol que juega la prensa en

¹⁵⁷ Se refiere a la República de Turquía (*Türkiye Cumhuriyeti*).

una sociedad democrática. Ésta permite un control del Gobierno (de sus acciones y omisiones) por parte de la opinión pública. A continuación, el TEDH analizó las palabras concretas que se utilizaron en las cartas publicadas, tales como «el ejército fascista turco», «la banda asesina del TC», y «los asesinos a sueldo del imperialismo» que se asociaron a «masacres», «brutalidades» y «matanzas». El TEDH consideró que lo que se pretendió fue estigmatizar a una de las partes del conflicto, al Gobierno turco. Y que las cartas persiguieron transmitir que el uso de la violencia era una medida legítima frente a éste; siendo capaces de incrementar la violencia en la región al causar odio contra ellos.

Sentado lo anterior el TEDH consideró que el solicitante era responsable. Como propietario tenía el poder de controlar la dirección editorial de la revista, y, por tanto, qué información se recopilaba y se difundía —máxime en situaciones de conflicto—. Asimismo, el TEDH concluyó que la multa impuesta fue proporcional a los hechos.

C. STEDH (Sección 4ª) Özgür Gündem c. Turquía (Solicitud nº 23144/93) de 16 marzo 2000¹⁵⁸.

Özgür Gündem era un diario, y los hechos por los que se interpuso la demanda ante el TEDH fueron por vulneración de la libertad de expresión, por cuanto según defendieron, las autoridades turcas provocaron directa o indirectamente el cese de su actividad. En primer lugar, denunciaron a las autoridades turcas que estaban siendo objeto de ataques violentos y de amenazas, y, sin embargo, no obtuvieron protección. En segundo lugar, explicaron que a raíz de una operación de las autoridades se practicaron registros en la sede del periódico y se detuvo a todas las personas que allí se encontraban. En tercer lugar, se quejaron de fueron objeto de investigaciones y finalmente condenados por los artículos que publicaron a multas millonarias y a 147 años de prisión (sumadas las penas impuestas a los periodistas y editores).

El TEDH consideró (por unanimidad) que se infringió la libertad de expresión del demandante. En primer lugar, el TEDH estableció que dentro de la libertad de expresión los gobiernos deben adoptar las medidas de protección necesarias para poder ejercerla. Es decir, la libertad de expresión comprende no solo que los Estados no deban de interferir en su ejercicio; sino que también supone que tienen una obligación de que pueda ejercerse realmente. Si bien en cada caso habrá de ponderarse entre el interés general y el individual, sin que pueda imponerse a las autoridades cargas imposibles o desproporcionadas. En el caso concreto el TEDH consideró que las

¹⁵⁸ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58508> (consultado el 11-6-2021).

autoridades eran conscientes de dichos ataques, pese a lo cual no reaccionaron, sólo tomaron medidas de protección relativas a la distribución del periódico.

En segundo lugar, el TEDH entendió que el registro y detención de todas las personas¹⁵⁹ que se encontraron en la sede del periódico fue desproporcionado, no era necesario en una sociedad democrática, ni persiguió ningún objetivo legítimo.

En tercer lugar, el TEDH en base a los precedentes en los que se examinaron las normas por las que fueron condenados recordaron que las mismas estaban previstas por la ley y perseguían objetivos legítimos. Por esta razón el TEDH entró a examinar si las condenas fueron necesarias en una sociedad democrática y proporcionales. Para ello compartimentó en 5 bloques los delitos aplicados en las condenas por los tribunales nacionales. De dicho examen concluyó que las condenas no eran necesarias en una sociedad democrática y que las penas fueron desproporcionadas a los fines perseguidos, —fueron demasiado severas—.

D. STEDH (Sección 1ª) Gündüz c. Turquía (Solicitud nº 35071/97) de 4 de diciembre de 2003¹⁶⁰.

El solicitante fue condenado a dos años de prisión y a una multa por incitar al odio y a la hostilidad religiosa. Los hechos por los que fue condenado se basaron en unas declaraciones que hizo en directo en un programa de televisión como líder de una comunidad religiosa denominada *Tarikat Aczmendi*. Entre otras manifestaciones¹⁶¹ cabe destacar las siguientes:

[...] M.G.: "*Hermano mío, digo que laicismo significa no tener religión. Un demócrata es un hombre sin religión. Un kemalista se adhiere a la religión kemalista ...*" [...]

M.G.: "*Sí. Pero lo que estoy diciendo es que una persona que no tiene ninguna conexión con la religión no tiene religión. ¿No es así? ... No estoy insultando a nadie. Solo estoy diciendo que cualquiera que se llame a sí mismo demócrata, secular o kemalista no tiene religión ... La democracia en Turquía es despótica, despiadada e impía [dinsiz] ... Porque hace dos días, se llevaron a seis o siete de nuestros amigos mientras estaban en las instalaciones de la secta [dergah] ...*" [...]

M.G.: "*Este sistema democrático secular es hipócrita [ikiyüzlü ve münafık]...; trata a algunas personas de una manera y a otras de otra manera. En otras palabras, no compartimos valores democráticos. Juro que no nos estamos apropiando de la democracia para nosotros mismos. No me refugio en su sombra. No seas un hipócrita*".

H.C.: "*Pero es gracias a la democracia que se puede decir todo eso*".

M.G.: "*No, para nada. No es gracias a la democracia. Garantizaremos nuestros derechos pase lo que pase. ¿Qué es la democracia? No tiene nada que ver con eso*".

H.C.: "*Repito que si la democracia no existiera, no habrías podido decir todo eso*".

¹⁵⁹ El TEDH destacó que se detuvo a todo el que estaba allí, incluyendo «al cocinero, el limpiador y el ingeniero de calefacción» vide §§ 49-50.

¹⁶⁰ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61522> (consultado el 11-6-2021).

¹⁶¹ In extenso vide § 11. H.C era el presentador, M.G el demandante y B.B otro de los interlocutores.

M.G.: "¿Por qué no lo habría dicho? Digo estas palabras siendo plenamente consciente de que constituyen un crimen bajo las leyes de la tiranía. ¿Por qué dejaría de hablar? ¿Hay alguna otra manera que no sea la muerte?" [...]

M.G.: "Según el Islam, no se puede hacer ninguna distinción entre la administración de un Estado y las creencias de un individuo. Por ejemplo, la gestión de una provincia por un gobernador de conformidad con las normas del Corán equivale a una oración. En otras palabras, manifestar su religión no sólo significa unirse en oración u observar el Ramadán. .. Cualquier ayuda de un musulmán a otro también equivale a una oración. De acuerdo, podemos separar el Estado y la religión, pero si [una] persona tiene su noche de bodas después de haber sido casada por un funcionario del consejo autorizado por la República de Turquía, el niño nacido de la unión será un piç [bastardo]". [...]

M.G.: "Así es como lo ve el Islam. No estoy hablando de las reglas de la democracia ..."

B.B. : "... En Turquía las personas son asesinadas por no observar el Ramadán. La gente es golpeada en la universidad. [El señor Gündüz] afirma que es inocente, pero personas como esa oprimen a la sociedad porque interfieren con el modo de vida de los demás. En Turquía las personas que dicen que apoyan la sharia lo hacen indebidamente con fines demagógicos. Como ha dicho el señor Gündüz, quieren destruir la democracia y establecer un régimen basado en la sharia."

M.G.: "Por supuesto, eso pasará, eso sucederá ..."

El solicitante consideró que se infringió su libertad de expresión porque no se analizó el contexto en el que realizó las declaraciones. Explicó que no quiso insultar con la expresión de hijo «bastardo», sino que quiso poner de manifiesto que el matrimonio civil era contrario a la concepción islámica del matrimonio. Argumentó también que la condena no era necesaria y en este sentido apuntó que ningún particular se había ofendido, no le habían denunciado por difamación.

El TEDH en primer lugar consideró que las sanciones impuestas por los tribunales nacionales estaban previstas en la ley y que perseguían objetivos legítimos como prevenir la delincuencia y proteger la moral. Por esta razón el TEDH entró a valorar si la injerencia era necesaria en una sociedad democrática. La primera consideración que hizo el TEDH fue que en el contexto de creencias religiosas y opiniones se deben de evitar expresiones que de manera innecesaria ofendan, sin contribuir a un debate público. En estas materias los Estados miembros tienen un cierto margen de apreciación. A partir de aquí el TEDH analizó si las declaraciones prestadas por el demandante incitaron al odio como así lo valoraron los tribunales nacionales. Para ello el TEDH analizó el contexto en que se produjeron. En primer lugar, el solicitante acudió al programa puesto que le invitaron como líder para explicar su punto de vista. En segundo lugar, el tema tratado era de interés público —lo que supone que las restricciones a la libertad de expresión deban interpretarse estrictamente— y el formato del programa permitió un intercambio plural de opiniones en las que se cuestionaron los puntos de vista del entrevistado. En tercer lugar, en atención al formato en directo del programa se valoró que no tuvo posibilidad de «reformularlas, refinarlas o retractarse antes de que se hicieran públicas». En cuarto lugar, se ponderó que si bien la ley *sharia* es contraria a los valores del Convenio, su defensa no implica necesariamente la

consideración de promover la defensa del odio religioso siempre que (como en el caso) no se apele al uso de la violencia para instaurarla. El TEDH concluyó (por seis votos a uno) que se infringió la libertad de expresión del demandante por cuanto la injerencia no era necesaria en una sociedad democrática (sin entrar a valorar la proporcionalidad de las penas impuestas).

El voto disidente lo emitió el Juez Türmen quien consideró que la expresión de hijo «bastardo» era constitutiva de delito de odio, ya que afectó a los sentimientos de la mayoría de la población turca por el hecho de tener una vida secular (y no tanto a los sentimientos religiosos de los creyentes). En este aspecto manifestó su preocupación de que pudiera interpretarse que el TEDH no concede la misma protección a los valores seculares que a los valores religiosos. Y finalmente apuntó que no le convenció el argumento de que al tratarse de un programa en directo el demandante no pudo matizar sus declaraciones, ya que el entrevistador le dio la oportunidad de corregir sus manifestaciones y no lo hizo, sino que se reforzó en ellas calificándolas como hechas en términos religiosos.

E. STEDH (Sección 2ª) Í. A. c. Turquía (Solicitud nº 42571/98) de 13 septiembre 2005¹⁶².

El solicitante fue condenado por la comisión de un delito de blasfemia a una pena de dos años de prisión y al pago de una multa. La pena de prisión se conmutó por una pena de multa que ascendió a una cantidad equivalente a 16 dólares de EEUU. Los hechos por los que fue condenado consistieron en que era propietario y director de la editorial *Berfin*, que publicó una novela de Abdullah Rıza Ergüven: *Yasak Tümceler* («Las frases prohibidas»). La condena se basó en el informe de varios profesores expertos que consideraron que determinadas frases supusieron «humillación, desprecio y descrédito frente a la religión, el Profeta y la creencia en Dios según el Islam». Entre otros pasajes los expertos destacaron:

[...] piénsenlo, ... todas las creencias y todas las religiones no son esencialmente más que actuaciones. Los actores interpretaban sus papeles sin saber de qué se trataba. Todo el mundo ha sido guiado ciegamente por ese camino. El dios imaginario, al que la gente se ha unido simbólicamente, nunca ha aparecido en el escenario. Siempre se le ha hecho hablar a través de la cortina. Las personas han sido tomadas por proyecciones imaginarias patológicas. Se les ha lavado el cerebro con historias fantasiosas...

... esto despoja a los imanes de todo pensamiento y capacidad de pensar y los reduce al estado de un montón de hierba ... [con respecto a la historia del sacrificio del profeta Abraham] está claro que estamos siendo engañados aquí ... ¿Dios es un sádico? ... así que el Dios de Abraham es tan asesino como el Dios de Mahoma [...]

¹⁶² <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70113> (consultado el 20-6-2021).

[...] *"Fijense en el triángulo del miedo, la desigualdad y la incoherencia en el Corán; me recuerda a una lombriz de tierra. Dios dice que todas las palabras son las de su mensajero. Algunas de estas palabras, además, fueron inspiradas en una oleada de exultación, en los brazos de Aisha....El mensajero de Dios rompió su ayuno a través de las relaciones sexuales, después de la cena y antes de la oración. Mahoma no prohibió las relaciones sexuales con una persona muerta o un animal vivo". [...]*

El solicitante defendió que se infringió su libertad de expresión y que los expertos, en base a cuyos informes fue condenado, no eran imparciales.

El TEDH consideró que no hubo violación de la libertad de expresión por cuatro votos a tres. El TEDH partió de que la condena estaba prevista por la ley y persiguió un objetivo. La cuestión se centró en determinar si la injerencia fue necesaria en una sociedad democrática y si la pena impuesta fue proporcional. El TEDH en primer lugar recordó que cuando se trata de cuestiones sobre creencias religiosas los estados tienen un mayor margen de apreciación en la medida en que no existe una concepción europea uniforme. En segundo lugar, el TEDH fijó el objeto de ponderación del caso concreto, por un lado el derecho del demandante a expresar su opinión sobre una doctrina religiosa, y por otro lado, el derecho de los demás a que se respetase su libertad de religión y de conciencia. En el caso concreto el TEDH (por una mayoría ajustada) consideró que los comentarios empleados por el demandante no sólo fueron ofensivos o provocadores, sino que fueron más allá y constituyeron un ataque abusivo contra el Profeta del Islam. Por esta razón valoraron que la injerencia fue necesaria en una sociedad democrática. A continuación, el TEDH, a la vista de que el libro no fue decomisado y que la multa fue pequeña, concluyó que la pena impuesta fue proporcional.

Los jueces Costa, Cabral Barreto y Jungwiert disintieron del voto mayoritario ya que consideraron que sí se infringió la libertad de expresión del solicitante por las siguientes razones. En primer lugar, por el escaso impacto que dichos comentarios pudieron tener, por varios factores: Por un lado la tirada (2.000 ejemplares) no fue muy elevada; por otro lado, el estilo empleado en el libro fue novelístico; por otra parte, se tomaron en cuenta pasajes aislados y no el libro en su conjunto; finalmente, el impacto de un libro es menor que el de una película o el de un video. En segundo lugar, porque siendo expresiones evidentemente insultante una cosa es que los lectores que lo comprenden se quejen y ejerciten acciones judiciales, y otra que de oficio sean las autoridades las que inicien un procedimiento penal contra el editor — «una sociedad democrática no es una sociedad teocrática»—. En tercer lugar, porque aunque la condena fuera mínima, no evita que se produzca un efecto de autocensura, o que implícitamente se fomenten «listas negras» o «fatwas» (fetuas).

F. STEDH (Sección 4ª) Dicle (no. 2) c. Turquía (Solicitud nº 46733/99) de 11 de abril de 2006¹⁶³.

El solicitante fue condenado por la comisión de un delito de propaganda separatista, por incitación al odio y a la hostilidad de la población en base a la pertenencia a una clase social, raza y religión a la pena de un año de prisión (cuya ejecución fue suspendida) y al pago de una multa a raíz de la publicación de un libro que recogió pasajes de un escrito que presentó¹⁶⁴ con motivo de un simposio bajo el nombre «El Panorama de los Derechos Humanos en Turquía». En concreto los comentarios objeto de enjuiciamiento fueron:

(...) Quiero señalar con gran tristeza que la posición de la República de Turquía en materia de derechos humanos es muy preocupante, podría compararse con dictaduras conocidas por sus violaciones de los derechos humanos. Es cierto que, por mucho que esta situación sea una vergüenza para los líderes del Estado, debería ser motivo de preocupación para los defensores de los derechos humanos. Se han quemado aldeas hasta el suelo hasta el ganado en los establos, casi 3 000 personas han sido ejecutadas sumariamente, personas murieron como resultado de la tortura bajo custodia policial, el número de personas desaparecidas aumenta cada día; se encierra a intelectuales, periodistas y políticos por expresar sus opiniones; existe un desconocimiento de la identidad del pueblo kurdo y de sus derechos. En este país, donde incluso la defensa de la paz se considera un delito, si no se pueden organizar protestas colectivas ante estas vergonzosas violaciones, si estas violaciones pueden continuar y si las personas se ven reducidas, frente a ellas, a espectadores silenciosos, todos debemos reflexionar, en la medida en que tenemos responsabilidades, debemos cuestionarnos a nosotros mismos, debemos ser capaces de juzgarnos a nosotros mismos. Debemos ser conscientes de que no se ha ganado ninguna libertad sin hacer enormes esfuerzos y sin pagar un precio determinado (...)

El demandante consideró que se infringió su libertad de expresión y derecho de opinión. Explicó que el texto lo redactó como hombre de la política y que con él no pretendió incitar al odio. El objeto del texto fue denunciar violaciones de derechos humanos en una parte concreta del territorio.

El TEDH valoró que la pena impuesta por los tribunales nacionales estaba prevista en la ley y perseguía una finalidad legítima. Sin embargo, el TEDH concluyó (por unanimidad) que la injerencia no era necesaria en una sociedad democrática. En este sentido apreció que las razones dadas por los tribunales nacionales no fueron suficientes para justificar la injerencia. El TEDH reconoció que los pasajes fueron duros y dieron una visión negativa del Estado, pero no incitaron al uso de la violencia, a la resistencia armada o al levantamiento, que es lo que en definitiva constituiría un discurso de odio —«elemento esencial a tomar en consideración»—.

¹⁶³ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-73301> (consultado el 20-6-2021).

¹⁶⁴ Como quiera que en esas fechas estaba detenido lo que hizo fue enviar el escrito que preparó desde la prisión.

G. STEDH (Sección 1ª) Erbakan c. Turquía (Solicitud nº 59405/00) de 6 julio 2006¹⁶⁵.

El solicitante fue condenado por un delito de incitación al odio y a la hostilidad por razón de la religión a una pena de un año de prisión (que fue suspendida) y al pago de una multa. Los hechos por los que fue condenado consistieron en un discurso que dio durante una campaña política en la ciudad de Bingöl (donde tenía su base una organización islamista y extremista, responsable de varios ataques terroristas). De ese discurso entre otras manifestaciones¹⁶⁶ los tribunales nacionales destacaron las siguientes:

[...] A partir de ahora, ya no hay doce partidos políticos en ese país. Hay dos: [el de los] el justos (hak) y [el de los] injustos (batıl). El partido que representa a los justos, también representa la fe de mi hermano en Bingöl. Es su propio partido, llamado Refah. ¿Quién forma parte del otro partido? Los otros, ¿quiénes son los otros? Todos menos Refah son injustos. Pueden ser considerados como un solo partido. Porque están enamorados del infiel. No son independientes. Obtienen el poder bajo la égida de Occidente, reciben sus instrucciones, aplastan a nuestro pueblo. Todos son usureros, todos explotadores, todos opresores y, además, abandonaremos el mundo islámico, estaremos junto a los cristianos, y los infieles harán nuestras leyes y nos gobernarán [...]

"Dije que los niños de este país durante siglos comenzaron la escuela pronunciando la fórmula sacramental. Entraste y borraste esta fórmula. ¿Con qué la has sustituido? Soy turco, justo, trabajador. Cuando dices esto, un niño musulmán de origen kurdo ha adquirido el derecho a decir " soy kurdo, soy más justo, más trabajador " (...) »

El demandante defendió que se infringió su libertad de expresión. Por un lado, negó que las grabaciones del discurso fueran auténticas, consideró que fueron manipuladas. Por otro lado, argumentó que aunque fueran verídicas no incitó al odio. Lo que hizo fue exponer su visión de la sociedad durante una campaña electoral, siendo su posición contraria a la del gobierno de aquel momento. Finalmente puso de relieve que si con su discurso se puso en peligro inminente la seguridad nacional y pública las autoridades debieron actuar antes y no cinco años después de haberlo pronunciado.

El TEDH en primer lugar valoró que la condena estaba prevista por la ley y tenía una finalidad legítima. En segundo lugar, el TEDH pasó a analizar si la injerencia fue necesaria en una sociedad democrática de derecho. Para ello consideró que las declaraciones fueron dadas por un político conocido en una reunión pública y reflejaron una visión de la sociedad basada en valores religiosos; esto es se produjeron en un contexto de debate político. A partir de ahí el TEDH¹⁶⁷ consideró que no había elementos de prueba suficientes para imputar al demandante los pasajes por los que fue condenado. En sus palabras:

¹⁶⁵ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76232> (consultado el 20-6-2021).

¹⁶⁶ Vide § 11.

¹⁶⁷ Vide § 67.

a pesar de que no tiene la tarea de pronunciarse sobre los criterios de admisibilidad de las pruebas de derecho turco adoptados por los tribunales nacionales, el Tribunal considera que en el presente caso es particularmente difícil responsabilizar al demandante de todas las declaraciones formuladas.

Partiendo de lo anterior el TEDH para resolver se centró por un lado en que los tribunales nacionales no razonaron que hubiera un peligro claro e inminente para la sociedad en el momento de iniciar el procedimiento penal (cuatro años y cinco meses después de ocurrir los hechos). Por otro lado, en que las penas impuestas fueron muy severas, e inevitablemente producen un efecto disuasorio. Por todo ello el TEDH por seis votos a uno concluyó que la injerencia no era necesaria en una sociedad democrática.

H. Decisión del TEDH (Sección 2ª) Medya FM Reha Radyo ve İletişim Hizmetleri A. Ş. c. Turquía (Solicitud n° 32842/02) de 14 noviembre 2006¹⁶⁸.

El solicitante era una emisora de radio que fue condenada a suspender sus emisiones durante 365 días. Los motivos que dieron lugar a la condena fueron los contenidos de una serie de programas y canciones, entre otros:

[...] es cierto que esto fue un ultimátum de guerra (...) los que callan ante la injusticia, los que aceptan la injusticia pierden su honor [...]

[...] en esta lucha de sangre por sangre, diente por diente, los oprimidos exigirán responsabilidad; en cada lágrima derramada, lo cruel se ahogará [...]

[...] Eres hermosa (Kurdistan) con tus fieles adolescentes que escalan las montañas y que tienen en la mano un Kalashnikov [...]

[...] Por esta causa (la causa superior del Islam), que miles de vidas, cabezas sean sacrificadas (...) Esta lucha es una lucha de sangre por sangre. Los oprimidos exigirán rendición de cuentas [...]

Para el TEDH la condena estaba prevista por la ley y tenía una finalidad legítima. Por ello pasó a analizar si la injerencia fue necesaria en una sociedad democrática. Así, en primer lugar, el TEDH en atención al contenido y tono de dichas expresiones, consideró que no había dudas del carácter hostil y de la apelación al uso de la violencia. En segundo lugar, el TEDH razonó que la medida impuesta fue proporcionada. Por todo ello el TEDH consideró que la petición del demandante debía ser inadmitida por ser manifiestamente infundada conforme al art. 35.

I. STEDH (Sección 2ª) Erdal Taş c. Turquía (Solicitud n° 77650/01) de 19 diciembre 2006¹⁶⁹.

¹⁶⁸ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78182> (consultado el 20-6-2021).

¹⁶⁹ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78610> (consultado el 25-6-2021).

El solicitante fue condenado por un delito de propaganda contra la indivisibilidad del Estado a una pena de 5 meses de prisión y una multa (de unos 400 euros)¹⁷⁰. El demandante fue condenado por su condición de redactor jefe del diario *2000 de Yeni Gündem* por publicar un artículo titulado *Kürtlerin Devrimi* («La revolución de los kurdos»). En concreto los tribunales nacionales reseñaron el siguiente pasaje:

Aquellos que, con el entusiasmo creado por el desarrollo del Movimiento Nacional Kurdo, se descubrieron a sí mismos antepasados kurdos, o incluso aprendieron de nuevo a hablar kurdo, esta vez, para ir a la rica Turquía, como ahora millones de personas en Europa del Este, buscarían antepasados turcos (...) Un movimiento kurdo derrotado y perdedor significaría no sólo la derrota de los kurdos, sino también la de los turcos. Esto significaría el fin del sueño de occidentalización de Turquía.

El demandante consideró que se infringió su libertad de expresión por un lado porque con dicho artículo se dio información sobre la actualidad. Por otro lado, porque no podía considerársele responsable del artículo publicado.

El TEDH consideró por unanimidad que se vulneró la libertad de expresión de Erdal Taþ. El TEDH apreció que el artículo analizó el problema turco, y que, si bien era cierto que abogaba por el separatismo, también lo era que no se apeló ni al uso de la violencia, ni a la resistencia armada ni se incitó al levantamiento —no alentó al odio—. Este análisis junto con la severidad de las penas impuestas llevó al TEDH a considerar que las mismas fueron desproporcionadas a la finalidad legítima prevista en la ley aplicada, y, en consecuencia, dicha injerencia no fue necesaria en una sociedad democrática.

J. STEDH (Sección 2ª) Dink c. Turquía (Solicitudes nº 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 y 7124/09) de 14 septiembre 2010¹⁷¹.

Fueron varios los demandantes¹⁷², de entre ellos, Firat Dink, fue condenado por denigrar la identidad turca a la pena de seis meses de prisión. Los hechos por los que fue condenado consistieron en que se le consideró responsable —como editor y redactor jefe del semanario *Aþos*— de la publicación de ocho artículos en los que expuso sus opiniones sobre la identidad de los ciudadanos turcos de origen armenio. De entre todo ellos en el proceso penal se destacó una frase recogida en el artículo «Conociendo Armenia»: *la sangre limpia que reemplazará a la envenenada por el "turco" está en la vena noble que une al armenio con Armenia.*

¹⁷⁰ Las penas no llegaron a cumplirse ya que el solicitante abandonó el país, vide § 14.

¹⁷¹ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-100383> (consultado el 20-6-2021).

¹⁷² Firat Dink, que fue asesinado en 2007, Rahil Dink (su viuda), Delal Dink, Arat Dink (sus hijos), Sera Dink y Hasrof Dink (hermano de Firat).

Dicha frase, así como la totalidad de los artículos, fueron objeto de análisis en el proceso judicial por tres expertos en derecho penal. Los mismos llegaron a la conclusión de que cuando se utilizó la palabra «veneno» en relación con la sangre turca, de lo que se trató fue de reflejar la «obsesión» de los armenios en reconocer que lo sucedido en 1915 fue un genocidio —lo que a su vez era un elemento principal de la identidad armenia—. Sin embargo, los expertos concluyeron que, siendo criticables, dichos comentarios ni insultaron, ni denigraron, y que formaban parte de la libertad de expresión —al tratarse de valoración de hechos históricos—.

No obstante, para los tribunales nacionales la interpretación correcta era otra. En primer lugar, cuando se utilizó la expresión «veneno» en relación con la sangre turca lo que se pretendió fue, por un lado, evocar el recuerdo de derramamiento de sangre de los mártires para salvar la patria; y, por otro lado, considerar la sangre turca como algo «sucio», y, por tanto, como un insulto. En segundo lugar, se consideró que los artículos pretendieron fomentar que los jóvenes fueran a conocer Armenia y que los armenios de Turquía terminasen integrados en Armenia.

Para los demandantes se vulneró la libertad de expresión ya que los artículos trataron de cuestiones de interés público. Firat Dink trató de problemas cotidianos, y su condena supuso que fuera objetivo de grupos ultranacionalistas, que finalmente le asesinaron.

El TEDH consideró que la cuestión de fondo era si la injerencia en la libertad de expresión era necesaria en una sociedad democrática, por lo que valoró que la condena estuvo prevista por la ley y la finalidad de ésta era legítima. A la hora de analizar la necesidad de la injerencia el TEDH puso de relieve que la libertad de prensa comprende la posibilidad de utilizar una cierta exageración y provocación. A continuación, el TEDH analizó los motivos por los cuales los tribunales nacionales condenaron a Firat Dink y llegó a la conclusión que en el fondo (indirectamente) fue condenado por mantener una opinión contraria a la «versión oficial» acerca de lo ocurrido en 1915 —por haber criticado que el Estado negase la tesis del genocidio en cuanto a los incidentes de 1915—. El TEDH consideró que los artículos no incitaron ni al odio, ni a la violencia. Lo que Firat Dink pretendió fue fomentar un debate sobre hechos históricos. Por todo ello el TEDH por unanimidad concluyó que no existió una necesidad social apremiante para condenar al demandante.

La Juez Tsotsoria emitió un voto particular concurrente con la decisión final. Para ella el *quid* del asunto debió de resolverse considerando que la finalidad de la ley turca no era legítima —no debe contemplarse como sanción penal la denigración de la identidad turca—. Ello por cuanto

razonó que no tendrían encaje en las restricciones a la libertad de expresión recogidas en el art. 10 CE, tales como la protección del orden público o la reputación de los demás.

K. STEDH (Sección 2ª) Faruk Temel c. Turquía (Solicitud nº 16853/05) de 1 febrero 2011¹⁷³.

Faruk Temel fue condenado por ensalzar a una organización terrorista a un año de prisión y al pago de una multa. Los hechos por los que fue condenado consistieron en unas declaraciones que hizo como presidente de la juventud departamental de Haddep de Hakkari, tituladas «A la prensa y a la opinión pública» (*Basına ve Kamuoyuna*) ante un grupo de unas ciento cincuenta personas. En la mismas el demandante se refirió respetuosamente a Abdullah Öcalan como Presidente General de KADEK¹⁷⁴, y habría lanzado, entre otras, las siguientes consignas: «No a la guerra», «Que se encuentre a los desaparecidos», «No al aislamiento», «Que se vacíen las mazmorras, libertad para los hombres».

Los tribunales nacionales consideraron que el demandante al ensalzar la figura de Abdullah Öcalan, cuestionar sus condenas, y pedir su amnistía, hizo propaganda de un líder terrorista responsable de innumerables masacres.

Faruk Temel consideró que se infringió su libertad de expresión por cuanto la condena se basó en declaraciones aisladas, sin valorar el resto. Defendió que no incitó ni al uso de la violencia ni al terror; y que lo que pretendió fue criticar la política de Estados Unidos en Oriente Medio. Asimismo, argumentó que trató de denunciar la situación de los reclusos en Turquía, y negó haber transmitido ideas de organizaciones terroristas.

El TEDH consideró que la condena estaba prevista por ley y que perseguía una finalidad legítima como proteger el orden público y la seguridad nacional. No obstante, el TEDH valoró que la condena impuesta por los tribunales nacionales se basó en una parte del texto, pero sin valorar el contexto, las otras declaraciones, el lugar, la calidad o personalidad de Faruk Temel, ni la intención del mensaje. De este modo el TEDH por unanimidad consideró en primer lugar que de la totalidad del texto no se incitó al uso de la violencia, la resistencia armada o al levantamiento, ni al odio. Por ello la injerencia no respondió a una necesidad social apremiante. En segundo lugar, las penas impuestas fueron excesivamente severas.

¹⁷³ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103141> (consultado el 25-6-2021).

¹⁷⁴ Abdullah Öcalan era considerado líder del grupo terrorista KADEK.

L. STEDH (Sección 2ª) Altıntaş c. Turquía (Solicitud nº 50495/08) de 10 marzo 2020¹⁷⁵.

El solicitante era editor jefe del periódico *Tokat Demokrat* fue condenado por un delito de glorificación del delito al pago de una multa a consecuencia de la publicación del artículo «M. y sus amigos todavía viven como los ídolos de la juventud¹⁷⁶», cuyo tenor literal era:

El 30 de marzo de 1972, un grupo de jóvenes revolucionarios fueron [atacados] en el pueblo de Kızılder en Tokat. M.Ç. y sus amigos, que querían evitar la ejecución de D.G. y sus amigos, secuestraron a los técnicos que se encontraban en una base inglesa en Ünye. Querían detener la ejecución de sus amigos D.G., H.İ. y Y.A., pero fueron masacrados sin lograr [su objetivo]. El Sr. y sus amigos todavía viven como ídolos de la juventud.

Los tribunales nacionales consideraron que las expresiones de que fueron «masacrados» e «ídolos de la juventud» elogiaron los crímenes de M. Ç.

El demandante consideró que se infringió su libertad de expresión. Altıntaş defendió que no quiso elogiar los delitos cometidos por M. Ç. sino a su persona al considerar que fue relevante su actuación en el movimiento socialista turco.

El TEDH valoró que la condena estaba prevista por la ley y que la misma persiguió objetivos legítimos. Por ello el TEDH entró a analizar si la injerencia fue necesaria en una sociedad democrática. Para ello indicó los factores relevantes que habrían de ser considerados: si el contexto político o social era tenso; si las declaraciones fueron correctamente interpretadas y si en relación con el contexto inmediato incitaron directa o indirectamente a la violencia, o si justificaron la violencia, el odio o la intolerancia; la forma en que se realizaron las declaraciones; y la capacidad directa o indirecta de causar daños.

En primer lugar, en cuanto al contexto, la publicación se realizó con ocasión del trigésimo quinto aniversario de los hechos, y se divulgó en el lugar donde ocurrieron los mismos, por lo que el TEDH valoró que era un «contexto social tenso». En segundo lugar, respecto del contenido propiamente dicho del artículo el TEDH consideró que las expresiones empleadas disculparon/justificaron la violencia. En tercer lugar, el TEDH consideró que existió un riesgo de alentar o incitar a la violencia

¹⁷⁵ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-201897> (consultado el 25-6-2021).

¹⁷⁶ Como indica la STEDH en los §§ 6 a 9 el artículo se refirió a unos hechos en los que miembros de la organización terrorista THKO (*Türkiye Halk Kurtuluş Ordusu*) tomaron como rehenes a tres técnicos de la OTAN con la finalidad de evitar que ejecutasen la pena de muerte de tres de sus integrantes. El día al que se refirió el artículo los secuestradores se negaron a rendirse y ejecutaron a los rehenes.

a los jóvenes, ya que el artículo legitima que para cumplir un objetivo ideológico se acuda al uso de la violencia como algo necesario y justificado. En cuarto lugar, el TEDH valoró que la pena de multa impuesta no fue desproporcionada. De este modo el TEDH concluyó por cinco votos a dos que no se infringió la libertad de expresión del demandante.

Por su parte los jueces Bårdsen y Pavli consideraron que sí que hubo una violación de la libertad de expresión de Altintaş porque los tribunales nacionales no analizaron debidamente en la sentencia condenatoria la naturaleza y el contexto del discurso. Lo que sí hizo el TEDH y que según los jueces Bårdsen y Pavli no debió hacer —el TEDH no puede «acudir al rescate»—.

3.4.- SÍNTESIS DE LA DOCTRINA DEL TEDH EN RELACIÓN CON EL ODIO COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En definitiva, podríamos señalar las siguientes claves en la jurisprudencia del TEDH respecto a la libertad de expresión y sus límites en materia de delitos de odio.

a) La interpretación amplia de la libertad de expresión como elemento sustancial de la sociedad democrática

Según la jurisprudencia del TEDH la libertad de prensa ejerce una función sustancial en una sociedad democrática, actúa como un «perro guardián». De ahí que cualquier limitación de la misma ha de hacerse con «carácter restrictivo»¹⁷⁷. En este sentido, es necesario recalcar la amplia interpretación del ámbito incluido por la libertad de expresión, ya que ampara las informaciones o ideas que «hieren, ofenden o importunan», al ser necesario para proteger el «pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura»¹⁷⁸, que son pilares imprescindibles para que exista una «sociedad democrática».

Pero, además, la libertad de expresión comprende no solo que los Estados no deban de interferir en su ejercicio; sino que también supone que los gobiernos tienen una obligación de que pueda ejercerse realmente. En este sentido el TEDH¹⁷⁹ ha recordado que la libertad de expresión conlleva también la obligación por parte de los gobiernos de adoptar las medidas de protección necesarias para poder ejercerla —sin que pueda imponerse a las autoridades cargas imposibles o desproporcionadas—.

¹⁷⁷ STEDH (Sección 3ª) Asunto de Otegi Mondragon c. España (Solicitud nº 2034/07), de 15 de marzo de 2011.

¹⁷⁸ STEDH (Sección 3ª) Asunto de Stern Taulats y Roura Capellera c. España (Demandas nº 51168/15 y 51186/15), de 13 de marzo de 2018.

¹⁷⁹ STEDH (Sección 4ª) Özgür Gündem c. Turquía (Solicitud nº 23144/93) de 16 marzo 2000.

b) Los límites tasados a la libertad de expresión: los delitos de odio

Consecuencia de la premisa anterior, los límites a la libertad de expresión solo pueden darse en determinados supuestos. En términos generales, el TEDH recalca que existen unos límites «que se encuentran, en particular, en la protección de la reputación y los derechos de terceros, así como en la necesidad de impedir la revelación de información confidencial¹⁸⁰». Especial consideración merece la limitación de la libertad de expresión cuando parta de la intolerancia hacia ciertas minorías. Así, el TEDH considera que los delitos de odio constituyen un límite a la libertad de expresión. Para considerarlos como tales, parte de la definición recogida en el Anexo a la *Recomendación No R (97) 20 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el “discurso del odio”*, que lo define así:

todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, que se manifiestan a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes o personas de origen inmigrante¹⁸¹.

c) Previsión legal clara de la limitación a la libertad de expresión

En todo caso el principio de legalidad será esencial como premisa para analizar el asunto de que se trate. Para que la libertad de expresión se pueda limitar por un delito de odio el TEDH exige no sólo una previsión legal, sino que además la ley ha de tener una mínima calidad, «requiriendo que sea accesible para el interesado y previsible en cuanto a sus efectos¹⁸²».

d) Valoración de la proporcionalidad en el caso concreto: causas de inadmisión conforme al artículo 17 o valoración de parámetros del artículo 10

¹⁸⁰ STEDH (Sección 3ª) Asunto de Gutiérrez Suárez c. España (Demanda nº 16023/07), de 1 de junio de 2010.

¹⁸¹ STEDH (Sección 3ª) Asunto de Stern Taulats y Roura Capellera c. España (Demandas nº 51168/15 y 51186/15), de 13 de marzo de 2018. El TEDH ha considerado que la discriminación por orientación sexual es tan grave como la discriminación por «raza, origen o color» vide Decisión del TEDH (Sección 2ª) Lilliendahl c. Islandia (Solicitud nº 29297/18) de 12 mayo 2020.

¹⁸² En la STEDH (Sección 3ª) Stomakhin c. Rusia (Solicitud nº 52273/07) de 9 mayo 2018 el Juez Keller emitió un voto particular en el que consideró que dicho principio no se respetó. En sus palabras: «Esta ley es en última instancia poco más que un cheque en blanco que permite a las autoridades nacionales imponer una amplia gama de sanciones, sin proporcionar mucha claridad o previsibilidad a los posibles acusados». El TEDH en otra ocasión *obiter dicta* valoró el uso dado por el solicitante de una bandera que no estaba prohibida: «los sentimientos o incluso la indignación, en ausencia de intimidación, no pueden representar una necesidad social apremiante a los efectos del artículo 10 § 2, especialmente teniendo en cuenta que la bandera en cuestión nunca ha sido prohibida» vide STEDH (Sección 2ª) Fáber c. Hungría (Solicitud nº 40721/08) de 24 julio 2012.

Esos límites establecidos en la ley a la libertad de expresión habrán de ser valorados en cada caso según una serie de parámetros. En este sentido, el TEDH puede aplicar las causas de inadmisión conforme al artículo 17 o entrar en el estudio de los requisitos del artículo 10.

Respecto a las causas de inadmisión conforme al artículo 17 el TEDH ha sufrido una evolución en cuanto a la aplicación a los «delitos de odio»¹⁸³. Las formas más graves de «incitación al odio»¹⁸⁴ implicarían los casos de inadmisión de la solicitud por aplicación del artículo 17. Dentro de esta categoría encajarían los ataques generalizados y vehementes contra un grupo, lo que sería contrario a los valores de tolerancia, paz social y no discriminación¹⁸⁵. El caso paradigmático es el de:

(las) declaraciones negando el Holocausto, justificando una política pro-nazi, alegando el enjuiciamiento de polacos por la minoría judía y la existencia de desigualdad entre ellos, o vinculando a todos los musulmanes con un acto de terrorismo grave.

Cuando la materia objeto del discurso es religiosa el margen de apreciación de los Estados miembros queda reducido cuando lo que se promueve son cuestiones de interés público. Corresponde a los estados actuar de manera neutral e imparcial y proteger el pluralismo para garantizar el orden público. Los estados no pueden intervenir eliminando una forma de tensión, sino que deben de garantizar la tolerancia¹⁸⁶. En estos casos existe, por un lado, el derecho a compartir de forma pública una visión propia de la religión y, por otro lado, los demás tienen el derecho a mantener su libertad de pensamiento, conciencia y religión. La libertad religiosa comprende también la libertad de no creer; protege tanto a los creyentes, como a los no creyentes, como a los agnósticos. El límite de lo tolerable se encuentra en que esa difusión de creencias religiosas no suponga la difusión de

¹⁸³ Son raras las ocasiones en las que las demandas se han inadmitido por la vía del artículo 35 —por no haber agotado los recursos internos— *v.gr.* Decisión del TEDH (Sección 4ª) Hösl-Daum y otros c. Polonia (Solicitud n° 10613/07) de 7 octubre 2014.

¹⁸⁴ Decisión del TEDH (Sección 2ª) Lilliendahl c. Islandia (Solicitud n° 29297/18) de 12 mayo 2020.

¹⁸⁵ P.ej. en casos de discriminación racial, la Decisión de la Comisión de Derechos Humanos Glimmerveen y Haagenbeek c. Holya (Solicitud n° 8348/78 - 8406/78) de 11 octubre 1979. En supuestos contra grupos religiosos, la Decisión del TEDH (Sección 2ª) Norwood c. Reino Unido (Solicitud n° 23131/03) de 16 noviembre 2004. Y en los asuntos de odio étnico, la Decisión del TEDH (Sección 1ª) Pavel Ivanov c. Rusia (Solicitud n° 35222/04) de 20 febrero 2007. Y en cuestiones en las que se incita al uso de la violencia como medio de acción, p.ej. Decisión del TEDH (Sección 2ª) Medya FM Reha Radyo ve İletişim Hizmetleri A. Ş. c. Turquía (Solicitud n° 32842/02) de 14 noviembre 2006.

¹⁸⁶ El TEDH en esta materia y en las de índole histórica recuerda que el hecho de que existan dictámenes de académicos, historiadores, psicólogos, psiquiatras, líderes religiosos, etc. no exime en ningún caso de que los tribunales nacionales examinen y valoren por sí mismos y jurídicamente los asuntos, *v.gr.* STEDH (Sección 3ª) Ibragim Ibragimov y otros c. Rusia (Solicitudes n° 1413/08 y 28621/11) de 28 de agosto de 2018.

doctrinas hostiles a la fe de los demás, ni incite al odio o a la intolerancia religiosa¹⁸⁷. En palabras del TEDH¹⁸⁸:

[...] los grupos religiosos no pueden esperar razonablemente estar exentos de todas las críticas; deben tolerar y aceptar que otros nieguen sus creencias religiosas e incluso que otros propaguen doctrinas hostiles a su fe [...]. El mismo principio se aplica a las ideologías no religiosas, incluidos el ateísmo y el agnosticismo.

El TEDH¹⁸⁹ se ha pronunciado incluso sobre la defensa de la ley *sharía*, aunque es contraria a los valores del Convenio, su defensa no implica necesariamente la consideración de promover la defensa del odio religioso, siempre que no se apele al uso de la violencia para instaurarla.

Cuando la naturaleza del asunto es moral el TEDH recuerda que al igual que sucede con la religión¹⁹⁰ no existe un concepto uniforme en Europa. Por esta razón cada país está en mejor posición para conocer la evolución de opiniones sobre el tema «debido a su contacto directo y continuo con las fuerzas vitales de sus países». Pero en todo caso ya desde los inicios el TEDH¹⁹¹ estableció que el principio de que la libertad de expresión es aplicable:

no sólo a la "información" o a las "ideas" que se reciben favorablemente o se consideran inofensivas o como una cuestión de indiferencia, sino también a aquellas que ofenden, conmocionan o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las exigencias de ese pluralismo, tolerancia y amplitud sin la cual no hay "sociedad democrática".

Cuando el TEDH entra en el estudio de los requisitos del artículo 10 son distintos los parámetros que emplea. Para ello el TEDH distingue en primer lugar el contexto¹⁹² en el que se produce la crítica, y, en segundo lugar, a quién va dirigida. También, respecto al contenido del mensaje, distingue los casos en los que se relatan hechos o juicios de valor. Y, por último, también valora el medio de difusión del mensaje.

En cuanto al contexto, la injerencia en la libertad de expresión estará menos justificada si es en el ámbito de la discusión y debate político¹⁹³. O si se refiere a una cuestión de «interés público», que no afecte a la vida privada¹⁹⁴. Respecto de la persona destinataria de la crítica, si se trata de un «hombre político», está sujeto a un mayor control público (p. ej. periodístico), y, por

¹⁸⁷ STEDH (Sección 5ª) Tagiyev and Huseynov c. Azerbaiyán (Solicitud n° 13274/08) de 5 de diciembre de 2019.

¹⁸⁸ STEDH (Sección 3ª) Ibragim Ibragimov y otros c. Rusia (Solicitudes n° 1413/08 y 28621/11) de 28 de agosto de 2018.

¹⁸⁹ STEDH (Sección 1ª) Gündüz c. Turquía (Solicitud n° 35071/97) de 4 de diciembre de 2003.

¹⁹⁰ STEDH (Sección 2ª) Í. A. c. Turquía (Solicitud n° 42571/98) de 13 septiembre 2005.

¹⁹¹ STEDH (Gran Sala) Handyside c. Reino Unido (Solicitud n° 5493/72) de 7 diciembre 1976.

¹⁹² La STEDH (Gran Sala) Perinçek c. Suiza (Solicitud n° 27510/08) de 15 octubre 2015 es un paradigma de los diferentes factores a tener en cuenta a la hora de analizar un caso concreto.

¹⁹³ *Ibidem* y STEDH (Sección 3ª) Asunto de Asunto Jiménez Losantos c. España (Demanda n° 53421/10), de 14 de junio de 2016.

¹⁹⁴ STEDH (Sección 3ª) Asunto de Toranzo Gómez c. España (Demanda n° 26922/14) de 20 de noviembre de 2018.

tanto, debe ser más permisivo con las críticas que se le puedan hacer cuando se trate de cuestiones políticas, fuera de su vida privada. El TEDH considera que si se ampliase la protección al ofendido (persona pública) en detrimento de la libertad de expresión, se conseguiría un resultado perverso, «probablemente perjudicaría al pluralismo, a la tolerancia y al espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna sociedad democrática¹⁹⁵». Lo mismo sucederá respecto de las fuerzas y cuerpos de seguridad¹⁹⁶:

[...] difícilmente puede describirse como una minoría o grupo desprotegido que tiene antecedentes de opresión o desigualdad, o que se enfrenta a prejuicios profundamente arraigados, hostilidad y discriminación, o que es vulnerable por alguna otra razón, y por lo tanto puede, en principio, necesitar una mayor protección contra los ataques cometidos por el insulto, resistiendo el ridículo o la calumnia [...]

[...] al ser parte de las fuerzas de seguridad del Estado, la policía debería mostrar un grado particularmente alto de tolerancia al discurso ofensivo, a menos que ese discurso inflamatorio pueda provocar acciones ilegales inminentes con respecto a su personal y exponerlos a un riesgo real de violencia física. Sólo ha sido en un contexto muy delicado de tensión, conflicto armado y lucha contra el terrorismo o disturbios carcelario mortales que el Tribunal de Justicia ha constatado que las declaraciones pertinentes podrían alentar la violencia capaz de poner en riesgo a los miembros de las fuerzas de seguridad y, por lo tanto, ha aceptado que la injerencia en tales declaraciones estaba justificada [...].

Y también ocurrirá en los casos en los que se de una visión negativa del Estado¹⁹⁷, pero sin incitar al uso de la violencia, a la resistencia armada o al levantamiento, que es lo que en definitiva constituiría un discurso de odio — «elemento esencial a tomar en consideración»—.

En cuanto al contenido del mensaje, para discernir si se trata de hechos o meros juicios de valor «hay que tener en cuenta las circunstancias del caso y el tono general de las palabras¹⁹⁸». También se debe ponderar si se trata de expresiones que suponen la imputación de la comisión de un delito, o si, por el contrario, se trata de expresiones coloquiales¹⁹⁹. En el caso de declaraciones de hechos, el TEDH exige la obligación de verificarlos. Cosa que no se puede hacer cuando se trata de juicios de valor, en los que dicha exigencia se reduce a constatar que tienen «base fáctica suficiente²⁰⁰», ya que si no la tuviere podría considerarse como excesivo. El contenido del mensaje comprende «su naturaleza y redacción, su potencial para dar lugar a consecuencias perjudiciales y las razones

¹⁹⁵ STEDH (Sección 3ª) Asunto de Stern Taulats y Roura Capellera c. España (Demandas nº 51168/15 y 51186/15), de 13 de marzo de 2018.

¹⁹⁶ STEDH (Sección 3ª) Savva Terentyev c. Rusia (Solicitud nº 10692/09) de 28 de agosto de 2018.

¹⁹⁷ STEDH (Sección 4ª) Dicle (no. 2) c. Turquía (Solicitud nº 46733/99) de 11 de abril de 2006 y STEDH (Sección 2ª) Erdal Taş c. Turquía (Solicitud nº 77650/01) de 19 diciembre 2006.

¹⁹⁸ STEDH (Sección 3ª) Asunto de Jiménez Losantos c. España (Demanda nº 53421/10), de 14 de junio de 2016.

¹⁹⁹ STEDH (Sección 3ª) Asunto de Toranzo Gómez c. España (Demanda nº 26922/14) de 20 de noviembre de 2018.

²⁰⁰ STEDH (Sección 3ª) Asunto de Gutiérrez Suárez c. España (Demanda nº 16023/07), de 1 de junio de 2010.

aportadas por los órganos jurisdiccionales [...] para justificar la injerencia de que se trata²⁰¹». Pero no solo eso sino que también hay que ponderar²⁰²

si las declaraciones se hicieron en un contexto político o social tenso; si las declaraciones, interpretadas y vistas justamente en su contexto inmediato o más amplio, podrían considerarse como un llamado directo o indirecto a la violencia o como una justificación de la violencia, el odio o la intolerancia; la forma en que se hicieron las declaraciones, y su capacidad -directa o indirecta- para conducir a consecuencias perjudiciales. Es la interacción entre los diversos factores y no cualquiera de ellos tomados de forma aislada lo que determina el resultado de un caso en particular.

Para calificar el contenido de un discurso como de odio el TEDH valora si en el mismo además de basarse en la diferencia cultural entre las comunidades afectadas se da una visión criminógena de las mismas. Y si con dicho contenido es inevitable despertar en el público, en especial en el menos informado, sentimientos de desprecio, rechazo e incluso odio hacia los extranjeros²⁰³. Para el TEDH la incitación al odio no requiere necesariamente llamar a la comisión de un acto concreto de violencia o delincuencia. Es suficiente, que se insulte, ridiculice o difame o incite a la discriminación de manera que se debilite la dignidad e incluso la seguridad de una parte de la población²⁰⁴. En palabras del TEDH²⁰⁵:

Incitar al odio no implica necesariamente un llamado explícito a un acto de violencia u otros actos criminales. Los ataques contra personas cometidos insultando, ridiculizando o calumniando a grupos específicos de la población pueden ser suficientes para que las autoridades favorezcan la lucha contra el discurso xenófobo o discriminatorio frente a la libertad de expresión ejercida de manera irresponsable.

Dentro del discurso del odio el TEDH incluye y equipara en gravedad la discriminación por «orientación sexual» con la que se basa en la «raza, origen o color»²⁰⁶.

En cuanto al lenguaje utilizado el TEDH lo considera protegido dentro de la libertad de expresión, pero se refirió a los límites de su protección en el siguiente sentido²⁰⁷:

[...] el lenguaje ofensivo puede quedar fuera de la protección de la libertad de expresión si equivale a una denigración sin sentido; pero el uso de frases vulgares en sí mismo no es decisivo en la evaluación de una expresión ofensiva, ya que bien puede servir a propósitos meramente estilísticos. [...] el estilo forma parte de la comunicación como forma de expresión y, como tal, está protegido junto con la sustancia de las ideas y la información expresada.

²⁰¹ STEDH (Sección 3ª) Stomakhin c. Rusia (Solicitud n° 52273/07) de 9 mayo 2018.

²⁰² STEDH (Sección 3ª) Atamanchuk c. Rusia (Solicitud n° 4493/11) de 11 febrero 2020.

²⁰³ STEDH (Sección 2ª) Féret c. Bélgica (Solicitud n°15615/07) de 16 de julio de 2009.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ STEDH (Sección 3ª) Atamanchuk c. Rusia (Solicitud n° 4493/11) de 11 febrero 2020.

²⁰⁶ STEDH (Sección 5ª) Vejdeland y otros c. Suecia (Solicitud n° 1813/07) de 9 febrero 2012.

²⁰⁷ STEDH (Sección 3ª) Savva Terentyev c. Rusia (Solicitud n° 10692/09) de 28 de agosto de 2018.

Por último, en cuanto a los medios de difusión del mensaje, el TEDH diferencia según el emisor del mensaje haya tenido o no posibilidad de modificar dicho mensaje para paliar o disminuir sus efectos. Así se considera que debe jugar a favor del mismo cuanto se tratan de expresiones orales pronunciadas en una rueda de prensa, con lo que el demandante no tuvo «la posibilidad de reformularlas, de perfeccionarlas o retirarlas antes de que se hicieran públicas²⁰⁸». En otras circunstancias el medio utilizado puede agravar los efectos del delito, lo que puede suponer que el TEDH ratifique la condena impuesta al estimar que la injerencia, en atención precisamente a esa difusión, era necesaria en una sociedad democrática. Así se ha producido cuando se lleva a cabo dicha comunicación por un partido político o representante del mismo durante una campaña electoral, ya que el alcance comprende a toda la población, con lo que el impacto del mensaje es mayor y, en consecuencia, más dañino²⁰⁹.

El TEDH ha tenido ocasión de analizar los diferentes medios de difusión propiamente dichos que están a nuestro alcance. En este sentido podemos dividirlos en dos categorías genéricas, de un lado los canales «tradicionales»: libros; folletos; anuncios, entrevistas y publicaciones en diarios; discursos; programas de radio y televisión; y espectáculos. De otro lado las «tecnologías de la información y comunicación» (TIC): portales de noticias en internet, foros de internet y redes sociales.

Respecto de los medios «tradicionales» y en relación a los libros el TEDH analiza no sólo el lenguaje empleado, sino que además parte de la premisa de que existe una planificación en su elaboración, una estructura, que revela en definitiva una intencionalidad del autor²¹⁰. Por esta razón cuando el TEDH estudia las solicitudes que le llegan no se queda en las apariencias sino que ahonda en lo que se quiere transmitir. Así en los supuestos en los que se quiere enmascarar un discurso negacionista/revisionista como un debate histórico el TEDH penetra en el fondo de lo que se quiere transmitir para poner en evidencia los mensajes lanzados con intención racista, que afectan a la dignidad de las víctimas²¹¹.

²⁰⁸ STEDH (Sección 3ª) Asunto de Otegi Mondragon c. España (Solicitud nº 2034/07), de 15 de marzo de 2011.

²⁰⁹ STEDH (Sección 2ª) Féret c. Bélgica (Solicitud nº 15615/07) de 16 de julio de 2009.

²¹⁰ TEDH (Sección 5ª) Soulas y otros c. Francia (Solicitud nº 15948/03) de 10 julio 2008.

²¹¹ Decisión del TEDH (Sección 4ª) Garaudy c. Francia (Solicitud nº 65831/01) de 24 junio 2003.

En palabras de ELÓSEGUI ITXASO, María:

[...] para proteger la libertad de investigación de los historiadores, los delitos de negación y/ o justificación del genocidio deben estar bien delimitados con normas penales precisas. Sin embargo, las conductas expresivas realizadas con intención racista, basándose en un falso revisionismo histórico no deben quedar protegidas por el derecho de libertad de investigación y de expresión. Los actuales negacionistas revisionistas buscan denigrar con intención racista a determinados individuos y/o grupos por sus cualidades de pertenencia a una raza, a un grupo étnico, por su origen nacional o su religión.

Un género aparte vendría conformado por la poesía o las antologías de poemas. El TEDH²¹² consideró que la libertad de expresión comprende también la libertad de expresión artística. Y dentro de los factores a tener en cuenta para ponderar los efectos de la poesía uno de ellos sería el del número de lectores (en el caso concreto consideró que atrae a una minoría, con lo que su impacto sería más limitado²¹³).

Por su parte los folletos²¹⁴ dan lugar a valorar quién los entrega, dónde y a quién. De este modo no es lo mismo repartirlos en un lugar abierto al público (el destinatario puede aceptarlos o rechazarlos) que en un recinto cerrado (p.ej. en el interior de las taquillas de un instituto) en el que el emisor no tiene vinculación para entrar. En estos casos el TEDH también valora quién lo recibe (no es lo mismo una persona menor de edad —que puede ser más impresionable y sensible—, que un adulto).

En relación a los artículos en diarios dedicados a ensalzar personajes de relevancia pública en relación a hechos históricos controvertidos dentro del propio estado nacional²¹⁵ el TEDH es proclive a protegerlos en el ámbito de la libertad de expresión por entender que no le corresponde revisar la historia entrando en un debate en curso entre historiadores. Por ello el TEDH²¹⁶ considera que los factores relevantes que habrían de ser considerados son: si el contexto político o social era tenso; si las declaraciones fueron correctamente interpretadas, y si en relación con el contexto inmediato incitaron directa o indirectamente a la violencia, o si justificaron la violencia, el odio o la intolerancia; la forma en que se realizaron las declaraciones; y la capacidad directa o indirecta de causar daños.

En el caso de los revisionistas «de mala fe» nos referimos a personas que están cometiendo en la actualidad un delito de discurso racista, y que incitan al odio. Los negacionistas delinquen, mientras que los historiadores profesionales de buena fe no cometen ningún delito (si se legisla adecuadamente y con la precisión necesaria). De hecho, a excepción de los casos relatados sobre Francia, en todos los demás países europeos y en los casos presentados ante el TEDH se trataba de personas racistas y/o neonazis [...].

Vide: “La negación o justificación del genocidio como delito en el Derecho Europeo. Una propuesta a la luz de la Recomendación número 15 de la ECRI”, *Revista de Derecho Político*, n° 98, 2017, p.327.

²¹² STEDH (Gran Sala) Karataş c. Turquía (Solicitud n° 23168/94) de 8 de julio de 1999.

²¹³ No obstante los votos minoritarios consideraron que no se prestó suficiente atención al contenido de los poemas, al tono empleado en los mismos, a su lenguaje directo y significado claro.

²¹⁴ STEDH (Sección 5ª) Vejdeland y otros c. Suecia (Solicitud n° 1813/07) de 9 febrero 2012.

²¹⁵ STEDH (Gran Sala) Lehideux y Isorni c. Francia (Solicitud n° 24662/94) de 23 septiembre 1998.

²¹⁶ STEDH (Sección 2ª) Altıntaş c. Turquía (Solicitud n° 50495/08) de 10 marzo 2020. Los votos particulares coincidieron en la relevancia de dichos elementos valorativos, si bien, la discrepancia giró en torno a la necesidad de que los tribunales nacionales debieron de llevar a cabo dichas consideraciones, sin que el TEDH pueda «acudir al rescate» para subsanar la falta de motivación.

El TEDH se ha pronunciado sobre la responsabilidad que corresponde a los propietarios²¹⁷ de la prensa, que reside en el poder de controlar la dirección editorial de la revista, y por tanto, qué información se recopila y se difunde —máxime en situaciones de conflicto—.

En cuanto a las entrevistas el TEDH distingue entre el emisor del mensaje, el entrevistador y el editor. En primer lugar en cuanto al emisor, a la hora de examinar sus solicitudes profundiza en el contenido del mensaje que se quiere transmitir, no se queda en la superficie. El TEDH desestimará sus pretensiones si formalmente el mensaje puede parecer inocuo, pero en el fondo transmite una imagen negativa de una comunidad o de las personas que la integran para provocar sentimientos de ansiedad y miedo con la intención de generar rechazo y hostilidad²¹⁸. En segundo lugar, respecto del entrevistador y el editor el TEDH²¹⁹ da importancia a las fases sucesivas de la entrevista. Es importante a la hora de realizar una valoración si con carácter previo a su inicio, durante la introducción, se aclararon los diferentes puntos de vista existentes acerca del tema objeto de la entrevista. También se sopesa si durante el desarrollo se cuestiona la postura del entrevistado refutando sus posturas. Igualmente es muy relevante el público a quien va destinado, y, finalmente cuáles son los cortes de la edición. No es lo mismo que resulte una entrevista con sesgos en una única dirección de opinión, que si ésta es plural. De modo que si, por ejemplo, se cubren acontecimientos vinculados con el terrorismo y únicamente se ensalzan o justifican las acciones violentas el TEDH inadmitirá de plano las solicitudes en aplicación del artículo 17²²⁰.

En lo que atañe a los discursos el TEDH²²¹ valorará si se dan en un contexto de debate político; si para imponer la condena los tribunales nacionales motivaron la existencia de un peligro claro e inminente para iniciar un procedimiento penal (no es lo mismo iniciarlo poco después de haber tenido lugar el evento, que años después); así como la severidad de las penas impuestas. El TEDH²²² recuerda que no basta analizar el texto, sino que además hay que valorar el contexto, las otras declaraciones, el lugar, la calidad o personalidad del emisor, la intención del mensaje y sobre todo si se incitó al uso de la violencia, la resistencia armada o al levantamiento o al odio. En otro orden de cosas, el TEDH ha tenido ocasión de considerar que a esta forma de expresión se anuda la dificultad de conocer con fidelidad que es lo que se dijo por parte del emisor del discurso. El TEDH

²¹⁷ STEDH (Gran Sala) Sürek c. Turquía (Solicitud n° 26682/95) de 8 julio 1999.

²¹⁸ Decisión del TEDH (Sección 5ª) Le Pen c. Francia (Solicitud n° 18788/09) de 20 abril 2010.

²¹⁹ STEDH (Gran Sala) Jersild c. Dinamarca (Solicitud n° 15890/89) de 23 septiembre 1994.

²²⁰ Decisión del TEDH (Sección 2ª) Roj TV A/S c. Dinamarca (Solicitud n° 24683/14) 17 abril 2018.

²²¹ STEDH (Sección 1ª) Erbakan c. Turquía (Solicitud n° 59405/00) de 6 julio 2006.

²²² STEDH (Sección 2ª) Faruk Temel c. Turquía (Solicitud n° 16853/05) de 1 febrero 2011.

si bien no debe pronunciarse sobre la admisibilidad de las pruebas de derecho de un estado miembro sí que puede valorar la motivación, la suficiencia de los razonamientos dados.

Respecto de las caricaturas el TEDH considera que una sátira que provoque, exagere y distorsione la realidad no está exenta de responsabilidad y puede ser restringida²²³. Para la ponderación se tiene en cuenta por un lado la noticia a que se refiere el dibujo, de otro lado el impacto de la misma a nivel global y, finalmente el efecto que sobre el orden público podría tener el mismo en el territorio donde se publica.

En lo referente a los espectáculos el TEDH toma en consideración la puesta en escena, su contenido y el tono empleado. El TEDH no se limitará a analizar los comentarios explícitos y directos e inadmitirá por el artículo 17 los supuestos de negacionismo y antisemitas. En sus palabras «la exhibición flagrante de una posición odiosa y antisemita disfrazada de producción artística es tan peligrosa como un ataque total y agudo»²²⁴. En la misma línea se pronunciará en los casos de eventos deportivos en los que confirmará las decisiones de los tribunales dictadas conforme al margen de libre apreciación. En dichos supuestos el TEDH valorará la popularidad del deportista y su rol como referente para establecer su responsabilidad ligada a su obligación de medir las consecuencias de sus acciones²²⁵.

En relación a las «tecnologías de la información y comunicación» (*TIC*) y respecto de los portales de noticias el TEDH²²⁶ para confirmar o no las condenas por responsabilidad civil tendrá en cuenta tres aspectos. En primer lugar, el contexto en que se publicó, si la noticia previsiblemente provocaría comentarios ofensivos. En segundo lugar, si siendo previsible dicho efecto pernicioso se adoptaron las medidas adecuadas, bien para impedir la difusión de los comentarios a través del propio portal de noticias, bien para facilitar su eliminación. En tercer lugar, el TEDH considerará si los agraviados tenían posibilidad real de pedir una indemnización económica a los autores materiales.

En lo referente a los foros de opinión por internet el TEDH²²⁷ no admitirá el argumento de que tenga una difusión limitada a dicho ámbito, y respetará la libre apreciación de los estados nacionales

²²³ STEDH (Sección 5ª) Leroy c. Francia (Solicitud nº 36109/03) de 2 octubre 2008.

²²⁴ Decisión del TEDH (Sección 5ª) M'Bala c. Francia (Solicitud nº 25239/13) de 20 octubre 2015.

²²⁵ Decisión del TEDH (Sección 1ª) Josip Šimunić c. Croacia (Solicitud nº 20373/17) de 22 enero 2019.

²²⁶ STEDH (Gran Sala) Delfi AS c. Estonia (Solicitud nº 64569/09) de 16 junio 2015.

²²⁷ Decisión del TEDH (Sección 4ª) Abedin Smajić c. Bosnia y Herzegovina (Solicitud nº 48657/16) de 18 enero 2018.

ya que gozan de mejor posición para examinar e interpretar los hechos concretos y aplicar su legislación de forma razonada.

Finalmente, respecto de las redes sociales el TEDH²²⁸ no hará una distinción con los medios tradicionales (p. ej. en relación a los programas de televisión o de radio²²⁹) sino que de igual modo analizará el contenido del mensaje que se difunde a través de las mismas. De modo que si el mismo atenta contra los valores de *tolerancia, paz social y no discriminación que subyacen a la Convención* la demanda será inadmitida de plano en aplicación del artículo 17.

Cabe añadir a los factores que acabamos de analizar uno más que atiende a las condiciones particulares con que cuenta el emisor del mensaje. En efecto el TEDH ha conocido de solicitudes presentadas por parlamentarios de Estados Miembros condenados. En tales casos el TEDH ha recalcado que los representantes políticos están sujetos a «deberes y responsabilidades²³⁰». Las declaraciones de los parlamentarios «merecen poca, si la hubiera, protección si su contenido está en contradicción con los valores democráticos del sistema de la Convención²³¹». El TEDH recordó que es de vital importancia que «los políticos, en sus discursos públicos, eviten difundir comentarios que puedan alimentar la intolerancia²³²». El *quid* en estos asuntos radica en delimitar los límites de la libertad de expresión en el ámbito de la libertad política²³³. En un lado de la balanza estará el discurso político, que «no puede restringirse sin razones imperiosas» ya que el parlamentario representa a los electores, muestra sus preocupaciones y defiende sus intereses. Y en el otro lado de la balanza estará la tolerancia y el respeto por la igualdad de dignidad de todos los seres humanos, lo que constituye la base de una sociedad democrática y pluralista. Para el TEDH no cabe duda de que en las sociedades democráticas se puede considerar necesario sancionar, o incluso prevenir, todas las formas de expresión que propagan, promueven o justifican el odio basado en la intolerancia siempre que las «condiciones», las «restricciones» o las «sanciones²³⁴» impuestas sean proporcionadas a un propósito legítimo que se persigue.

e) Proporcionalidad de las penas impuestas por el delito de odio

²²⁸ Decisión del TEDH (Sección 2ª) Fouad Belkacem c. Bélgica (Solicitud nº 34367/14) de 27 junio 2017.

²²⁹ Decisión del TEDH (Sección 2ª) Medya FM Reha Radyo ve İletişim Hizmetleri A. Ş. c. Turquía (Solicitud nº 32842/02) de 14 noviembre 2006.

²³⁰ Decisión del TEDH (Sección 5ª) Pastörs c. Alemania (Solicitud nº 55225/14) de 3 de octubre 2019.

²³¹ *Ibidem*.

²³² STEDH (Sección 2ª) Féret c. Bélgica (Solicitud nº 15615/07) de 16 de julio de 2009.

²³³ STEDH (Sección 2ª) Féret c. Bélgica (Solicitud nº 15615/07) de 16 de julio de 2009.

²³⁴ *Ibidem*.

Respecto a las penas impuestas por extralimitarse en el ejercicio de la libertad de expresión, el TEDH considera que una pena de prisión ha de ser excepcional y como tal sólo cabe en supuestos graves, de discurso del odio y de incitación a la violencia²³⁵. Pero no sólo ha de ser excepcional una pena de prisión, sino en general una pena de carácter penal²³⁶. Ello por cuanto el TEDH considera que la vía penal puede tener un «efecto disuasivo», ya que genera antecedentes penales, y, en consecuencia, puede suponer limitar la libertad de prensa²³⁷ u otro tipo de críticas, ya que puede tener un efecto paralizante para, por ejemplo, criticar la actuación de la policía²³⁸ o para fomentar la discusión pública en relación a la religión, su papel en la sociedad o cualesquiera otros asuntos de interés público²³⁹.

f) La prohibición de los partidos políticos como forma específica de limitación de la libertad de expresión vinculada a los delitos de odio

Mención aparte merece la doctrina del TEDH en relación a la prohibición de partidos políticos como forma de limitación del pluralismo político. En esta materia el TEDH siempre tiene en cuenta los trabajos preparatorios de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en 1949 para la elaboración del artículo 17 del CEDH, así como el pasado histórico de los Estados miembros²⁴⁰.

Dicha disposición fue diseñada para salvaguardar los derechos de la CEDH y las instituciones democráticas frente a los regímenes totalitarios. Por esa razón el TEDH ha ratificado condenas de Estados Miembros que prohibieron partidos políticos cuyo objetivo era establecer un sistema socialista-comunista por medio de la revolución y de la dictadura del proletariado. Ello por cuanto su existencia era y es «incompatible con la Convención, en la medida en que incluye la destrucción de muchos de los derechos o libertades consagrados en ella²⁴¹».

Al hilo de la prohibición de partidos políticos que pretenden la instauración de regímenes totalitarios, y de forma consecuente, el TEDH también ha considerado que no violan el artículo 10

²³⁵ STEDH (Sección 3ª) Asunto de Otegi Mondragon c. España (Solicitud n° 2034/07), de 15 de marzo de 2011. Asunto de Stern Taulats y Roura Capellera c. España.

²³⁶ STEDH (Sección 3ª) Asunto de Toranzo Gómez c. España (Demanda n° 26922/14) de 20 de noviembre de 2018.

²³⁷ STEDH (Sección 3ª) Asunto de Asunto Jiménez Losantos c. España (Demanda n° 53421/10), de 14 de junio de 2016.

²³⁸ Asunto de Toranzo Gómez c. España.

²³⁹ STEDH (Sección 5ª) Tagiyev and Huseynov c. Azerbaiyán (Solicitud n° 13274/08) de 5 de diciembre de 2019.

²⁴⁰ Así p.ej. en relación a Alemania el haber sido la cuna del nazismo de la que nacieron los horrores de la Segunda Guerra Mundial.

²⁴¹ Decisión de la Comisión de Derechos Humanos, Partido Comunista de Alemania c. La República Federal Alemana (Solicitud n° 250/57) de 20 de julio 1957.

del CEDH aquellas condenas a organizaciones políticas con doctrinas incompatibles con el CEDH por llevar a cabo determinadas actividades. Así el TEDH ha considerado que el Nacional Socialismo es una doctrina totalitaria incompatible con la democracia y con los derechos humanos y, por tanto contraria al propio CEDH²⁴². Por ese motivo no ampara nunca actividades por las que se ensalza al Tercer Reich, las SA, las SS o se niega, el asesinato sistemático de judíos en las cámaras de gas²⁴³.

El TEDH es absolutamente claro y tajante, no cabe tampoco la utilización de símbolos de organizaciones inconstitucionales. «(L)os Estados que han experimentado los horrores nazis tienen una responsabilidad moral especial de distanciarse de las atrocidades masivas perpetradas por los nazis²⁴⁴». Sólo cabe el uso de simbología nazi con una oposición clara y obvia a la ideología nazi y se hace con el objetivo de «servir a la educación civil, a combatir los movimientos inconstitucionales, promover el arte o la ciencia, la investigación o la enseñanza, informar sobre acontecimientos actuales o históricos, o servir con fines similares²⁴⁵».

Con igual rotundidad el TEDH condena el negacionismo, las doctrinas que niegan la realidad histórica del asesinato sistemático de millones de judíos en cámaras de gas en el régimen del Nacional Socialismo, que es una doctrina totalitaria incompatible con la democracia y con los derechos humanos²⁴⁶. No se puede tratar de utilizar la libertad de información para llevar a cabo publicaciones contrarias al texto y al espíritu del CEDH. Tales doctrinas son contrarias a los pilares básicos del CEDH, a la justicia, la paz, y a la discriminación racial y religiosa²⁴⁷. No importa que la negación se produzca en otro país y en un momento pasado. Lo que es relevante es el comportamiento de quien sostiene dicha doctrina mientras se refiere a ella. Así si se refieren a dichas doctrinas en el marco de una entrevista con relación a declaraciones pasadas es muy relevante valorar si el entrevistado pidió o no que la misma no se transmitiera en un Estado Miembro o que hubiera negociado cómo se publicaría²⁴⁸.

²⁴² Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos B.H, M.W, H.P y G.K. c. Austria (Solicitud n° 12774/87), de 12 de octubre de 1989.

²⁴³ Decisión del TEDH (Sección 5ª) Hans Jorg Schimanek c. Austria (Solicitud n° 32307/96) de 1 de febrero de 2000

²⁴⁴ Decisión del TEDH (Sección 5ª) Nix c. Alemania (Solicitud n° 35285/16) de 13 de marzo de 2018.

²⁴⁵ Decisión del TEDH (Sección 5ª) Nix c. Alemania (Solicitud n° 35285/16) de 13 de marzo de 2018.

²⁴⁶ Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos (Sala 1ª) Herwig Nachtmann c. Austria, (Solicitud n° 36773/97) de 9 de septiembre de 1998.

²⁴⁷ Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos (Sala 1ª) Gerd Honsik c. Austria (Solicitud n° 25062/94), de 18 de octubre de 1995.

²⁴⁸ Decisión del TEDH (Sección 5ª) Williamson c. Alemania (Solicitud n° 64496/17) de 8 de enero de 2019.

Cuestión distinta será la relativa a la negación de otros acontecimientos históricos —diferentes del Holocausto—. El TEDH²⁴⁹ ha tenido ocasión de afirmar que a diferencia del Tribunal Penal Internacional no tiene jurisdicción penal sobre cuestiones relativas al genocidio. Por ese motivo consideró, por ejemplo, que no le correspondía determinar si efectivamente en 1915 se produjeron masacres y deportaciones masivas de armenios por parte del Imperio Otomano — que pudieran calificarse como genocidio desde el punto de vista del derecho internacional—. En estos casos el TEDH entrará a valorar si la injerencia en la libertad de expresión era necesaria en una sociedad democrática para proteger el honor y los sentimientos de los familiares de las víctimas²⁵⁰. Se trata de supuestos que se caracterizan en primer lugar porque el demandante defenderá su postura en pos de fomentar un debate histórico. En segundo lugar, porque a lo largo del procedimiento intervendrán diversos especialistas (tanto en derecho penal, como historiadores, sociólogos, lingüistas, etc.) para dar una interpretación jurídica, política y social a la obra. Y en tercer lugar, porque el TEDH²⁵¹ pondrá en valor si en definitiva incitaron al odio o a la violencia.

4. EL ODOIO COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA EN LA UNIÓN EUROPEA

En el ámbito de la UE tenemos la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁵² (en adelante CDFUE) que fue formalmente proclamada en Niza en diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión y se convirtió en jurídica vinculante en la UE con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en diciembre de 2009. Ahora tiene la misma validez jurídica que los tratados de la UE²⁵³.

²⁴⁹ STEDH (Gran Sala) *Perinçek c. Suiza* (Solicitud n° 27510/08) de 15 octubre 2015.

²⁵⁰ En estos supuestos, a diferencia de lo que sucede con el Holocausto, el factor geográfico (en qué país se produjo la declaración) y el factor temporal (el tiempo transcurrido desde que sucedieron los hechos) no se interpretan de forma inequívoca. Así en la STEDH *Perinçek c. Suiza* para la mayoría supusieron que el impacto de las declaraciones iba a ser bastante limitado. Sin embargo, para los disidentes, la protección de los derechos humanos tiene efectos *erga omnes* y los crímenes de guerra y de lesa humanidad son imprescriptibles.

²⁵¹ STEDH (Sección 2ª) *Dink c. Turquía* (Solicitudes n° 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 y 7124/09) de 14 septiembre 2010.

²⁵² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=ES> (consultado el 18-2-2023).

²⁵³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133501> (consultado el 8-4-2020).

En su articulado reconoce la dignidad humana y establece el derecho a la libertad de expresión y de información:

Artículo 1

Dignidad humana

La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida.

Artículo 11

Libertad de expresión y de información

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

Y en su artículo 21 recoge la esencia, el núcleo de lo que se pretende proteger al castigar los delitos de odio, —la prohibición de discriminación—:

1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares.

Asimismo fija su ámbito de aplicación²⁵⁴:

Artículo 51

Ámbito de aplicación

1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.

2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados.

El TJUE no ha creado jurisprudencia propiamente dicha en materia de delitos de odio. Sus sentencias en relación a la CDFUE son «especiales» y diferentes a las dictadas por el TEDH por varias razones.

²⁵⁴ «(T)endrá efecto directo cuando se trate de normas o actos procedentes de las instituciones de la Unión o de los Estados miembros en aplicación del Derecho comunitario [...] Interpretarlo de una forma más restrictiva supondría un retroceso en la protección de los derechos fundamentales». *Vide* GARCÍA ROCA, Javier, ALBERTI, Enoch y otros: *Treinta años de Constitución*, Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 491-492.

En primer lugar, en cuanto al número de pronunciamientos en materia de Derechos Fundamentales con base en el CDFUE es evidente que el TEDH ha dictado muchas más resoluciones habida cuenta de su propia naturaleza y a que la CDFUE nació hace relativamente poco, en 2009.

En segundo lugar, porque el TJUE sólo se ha pronunciado cuando dichos derechos fundamentales entran en colisión con materias que son competencia del TJUE²⁵⁵ como la libre circulación y la libre competencia conforme al artículo 51 CDFUE.

En tercer lugar, por los criterios de interpretación utilizados por el TJUE a la hora de resolver los conflictos, ya que, si bien es cierto que sigue al TEDH, también debe atenerse a los mecanismos establecidos en la propia normativa europea, «se seguirán los parámetros de ponderación consignados en las regulaciones aplicables²⁵⁶».

Finalmente, el TJUE no analiza directamente supuestos en los que la libertad de expresión se ve afectada, sino que lo hace en función de diferentes cuestiones prejudiciales que le son planteadas con ocasión de la aplicación del Derecho de la Unión Europea²⁵⁷.

Sin embargo, en el ámbito de la UE se ha establecido un marco común en materia de delitos de odio aplicable a los estados integrantes.

4.1.- Los delitos de odio en la Unión Europea

A. 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 penal²⁵⁸.

Como recientemente recuerda ALZINA LOZANO en el ámbito de la Unión Europea la protección de los derechos fundamentales con los delitos de odio se inició con la Decisión Marco 2008/913/JAI:

²⁵⁵ «La aproximación del Tribunal de Luxemburgo al artículo 11 está, en todo caso, ligada a determinados ámbitos competenciales de la UE con connotaciones económicas». Vide LÓPEZ CASTILLO, Antonio (coordinador) y otros: *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de Jurisprudencia*. Tirant Lo Blanch, 2019, p. 82.

²⁵⁶ Vide RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, Miryam: “La libertad de expresión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, Bilbao, Vol. 62/2, Julio-Diciembre 2014, p.117.

²⁵⁷ «[...] el Tribunal de Justicia se adentrará en el fondo de los conflictos en la medida en que así esté previsto en la regulación europea aplicable, bien porque dicha regulación introduzca excepciones que contemplen la prioridad de las libertades informativas, bien porque de la misma se derive una exigencia de ponderación». Vide. RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, *Ob.cit.*, p.117.

²⁵⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32008F0913&qid=1676920729470> (consultada el 18-2-2023).

*la Unión Europea se vería legitimada para proteger los derechos fundamentales a través del derecho penal [...], con la Decisión Marco de 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*²⁵⁹.

Para el autor se trata de que la UE fije unos mínimos que deben cumplir los estados, máxime ante el incremento de los delitos de odio. En sus palabras:

*La inclusión de la respuesta jurídico-penal debe partir de lo permitido en los tratados en una acción de política criminal europea, debido al aumento de los incidentes racistas, antisemitas y de odio en los Estados de la Unión, lo que ha provocado que el propio legislador aprovechase la importancia de la Carta de Derechos Fundamentales para elevarla a Tratado a partir del de Lisboa, lo que a su vez se convierte en una acción fundamental para que, a través del espacio de libertad, seguridad y justicia, se hayan podido coordinar acciones en materia penal entre los Estados miembros*²⁶⁰.

En concreto, la Decisión Marco estableció la obligatoriedad de incluir determinados tipos penales, circunstancias agravantes y una duración mínima de las penas de prisión²⁶¹.

²⁵⁹ ALZINA LOZANO, Álvaro: “El Derecho penal auspiciado por la Unión Europea para frenar los discursos de odio y la discriminación”, *IDP Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, n° 37, marzo 2023, p. 8.

²⁶⁰ *Op. cit.* p. 9.

²⁶¹

Artículo 1

Delitos de carácter racista y xenófobo

1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas:

a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico;

b) la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales;

c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo

definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo;

d) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, 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 cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo.

2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán optar por castigar únicamente las conductas que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes.

3. A los efectos de lo dispuesto en el apartado 1, la referencia a la religión tiene por objeto abarcar, al menos, las conductas que sean un pretexto para dirigir actos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico.

4. Los Estados miembros podrán hacer, en el momento de la adopción de la presente Decisión Marco o posteriormente, una declaración en virtud de la cual la negación o la trivialización flagrante de los crímenes a los que hace referencia el apartado 1, letras c) y d), sean punibles solo si los crímenes a los que hacen referencia dichas letras han sido establecidos por resolución firme de un tribunal nacional de dicho Estado miembro o un tribunal internacional, o mediante resolución firme exclusiva de un tribunal internacional.

Artículo 2

Incitación y complicidad

1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castigue la incitación a las conductas contempladas en el artículo 1, apartado 1, letras c) y d).

2. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castigue la complicidad en la comisión de las conductas contempladas en el artículo 1.

B. Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012²⁶².

ALZINA LOZANO también destacó la relevancia de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo²⁶³ en la medida en que:

*[...] menciona específicamente a las víctimas de delitos de odio, se aplican medidas de especial protección para estas víctimas en función de sus características personales, la naturaleza y las circunstancias del delito. Esta herramienta es eficaz para apoyar a las víctimas que son atacadas en las redes sociales, y se pueden aplicar medidas eficaces que puedan superar el ámbito nacional, como, por ejemplo, el bloqueo de su dirección IP para mandar mensajes por redes sociales a la víctima, sin importar el país de la UE en el que se encuentre*²⁶⁴.

La Directiva especificó en su artículo 22 la necesidad de evaluación individual de las víctimas para determinar sus necesidades especiales de protección: en relación a las víctimas de delitos por motivos de odio se subrayó que «tienden a sufrir una elevada tasa de victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias»²⁶⁵.

4.2.- Necesidad de ampliar el catálogo de delitos y medidas de protección/reacción en Internet.

A. Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo y al Consejo en 2021²⁶⁶

Artículo 3

Sanciones penales

1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las conductas contempladas en los artículos 1 y 2 se castiguen con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias.

2. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las conductas contempladas en el artículo 1 se castiguen con una pena máxima de uno a tres años de prisión como mínimo.

Artículo 4

Motivación racista y xenófoba

En los casos de delitos distintos de los contemplados en los artículos 1 y 2, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la motivación racista y xenófoba se considere como una circunstancia agravante, o bien que los tribunales tengan en cuenta dicha motivación a la hora de determinar las sanciones.

²⁶²<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0029&qid=1676717993826&from=ES> (consultado el 18-2-2023).

²⁶³<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0029&qid=1676717993826&from=ES> (consultado el 18-2-2023).

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 9.

²⁶⁵ *Vide* consideración n° 57 de la Directiva.

²⁶⁶https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:4d768741-58d3-11ec-91ac-01aa75ed71a1.0013.02/DOC_2&format=PDF (consultado el 18-2-2023)

URSULA VON DER LEYEN, presidenta de la Comisión Europea, en su discurso sobre el estado de la Unión Europea en septiembre de 2020 utilizó las siguientes palabras para hacer hincapié en la necesidad de ampliar la lista de delitos de odio: «Odio es odio, y nadie tiene por qué soportarlo»²⁶⁷.

La comisión comunicó su decisión al Parlamento Europeo y al Consejo de fomentar una Europa más inclusiva y protectora mediante la ampliación de la lista de delitos de la UE a la incitación al odio y a los delitos de odio, así en el artículo 1 estableció: «La incitación al odio y los delitos de odio constituirán un ámbito delictivo en el sentido del artículo 83, apartado 1, del TFUE». Fueron diecisiete las consideraciones que plasmó la comisión en la comunicación²⁶⁸. En esencia, se trata de

²⁶⁷https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:4d768741-58d3-11ec-91ac-01aa75cd71a1.0013.02/DOC_1&format=PDF (consultado el 18-2-2023).

²⁶⁸

(1) *Todas las formas y manifestaciones de odio e intolerancia, incluidos la incitación al odio y los delitos de odio, son incompatibles con los valores de la Unión relativos a la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías, consagrados en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea («TUE»).* Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.

(2) *La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros. Su objetivo es garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas que incluyan la prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia.*

(3) *En virtud del artículo 83, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»), El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatir las según criterios comunes. Estos ámbitos delictivos se enumeran en dicho artículo.*

(4) *Esta lista de ámbitos delictivos, en su estado actual, no permite establecer normas mínimas relativas a la definición y las sanciones de la incitación al odio y los delitos de odio.*

(5) *La Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo² establece sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias para la incitación al odio y los delitos de odio racistas y xenófobos, aplicables en toda la Unión. Esto requiere que los Estados miembros tipifiquen como delito el discurso de odio, es decir, la incitación pública a la violencia o al odio, por motivos de raza, color, religión, ascendencia u origen nacional o étnico. El mismo requisito se aplica a todos los delitos, distintos de la incitación al odio, cometidos con una motivación racista o xenófoba.*

(6) *La necesidad de abordar eficazmente la incitación al odio y los delitos de odio por otros motivos distintos de los contemplados en la Decisión marco 2008/913/JAI, y en particular por motivos de sexo, orientación sexual, edad y discapacidad, se ha señalado en las Estrategias de la Unión de la Igualdad, a saber, la Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025, la Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTQ 2020-2025 y la Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030.*

(7) *La UE y todos los Estados miembros son parte en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Su artículo 16 sobre la protección contra la explotación, la violencia y el abuso establece que las partes deben adoptar todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad. Las personas con discapacidad deben estar protegidas tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género. Las Partes también deben adoptar todas las medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia y abuso. El artículo 17 sobre la protección de la integridad personal establece que toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás.*

(8) *Como también se reconoce a nivel internacional, la incitación al odio los delitos de odio se caracterizan por la motivación sesgada que desencadena la acción del autor contra personas o grupos que comparten, o que se considera que comparten, características protegidas. El odio es una característica intrínseca especial de ambos fenómenos, que conecta este grupo más amplio de delitos.*

garantizar un nivel alto de seguridad mediante la tipificación de los delitos de odio —que atacan a los valores de la UE y al interés general—. La necesidad deviene del aumento de este tipo de delitos, «(e)n particular, la pandemia de COVID-19 ha exacerbado la sensación de inseguridad, aislamiento y miedo».

B. Código de conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en internet²⁶⁹

Inicialmente *Facebook*, *Microsoft*, *Twitter* y *YouTube* el 31 de mayo de 2016 adquirieron una serie de compromisos²⁷⁰ con la UE para luchar contra la incitación del odio en *Internet*. Con el tiempo se han

(9) La incitación al odio y los delitos de odio socavan los derechos y valores fundamentales en los que se fundamenta la Unión, en particular la dignidad humana y la igualdad. Además, causan daños no solo a las víctimas individuales, sino también a las comunidades en general y a la sociedad en su conjunto, en particular al tener un efecto paralizador sobre la libertad de expresión.

(10) La libertad de expresión y de información está consagrada en el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y es una de las bases fundamentales de una sociedad democrática. La tipificación como delito de la incitación al odio es necesaria para proteger los derechos y libertades de los demás y responde efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión. Toda legislación de la Unión que exija a los Estados miembros tipificar como delito la incitación al odio y que afecte, por tanto, al derecho a la libertad de expresión debe ser proporcionada y respetar el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión.

(11) La incitación al odio puede conducir no solo a conflictos, sino también a delitos de odio. Ambos se extienden a través de las fronteras nacionales. La incitación al odio se reproduce fácilmente y se difunde ampliamente en línea a través de internet, incluidos los medios sociales, y fuera de línea a través de emisiones de televisión, actos públicos, prensa escrita y discursos políticos. Los delitos de odio pueden ser cometidos o facilitados por redes con miembros de varios países que inspiran, organizan o perpetran ataques físicos. En términos más generales, los delitos de odio tienen un efecto indirecto en todos los Estados miembros, lo que contribuye a un clima de miedo y puede desencadenar conflictos sociales.

(12) La incitación al odio y los delitos de odio están muy extendidos en toda la Unión y han ido aumentando en los últimos años. En particular, la pandemia de COVID-19 ha exacerbado la sensación de inseguridad, aislamiento y miedo. Esto ha creado un ambiente en el que ha prosperado la incitación al odio, que al tiempo también se utiliza para dirigirse a poblaciones ya marginadas, lo que asimismo ha dado lugar a delitos de odio.

(13) La incitación al odio y los delitos de odio socavan los cimientos mismos de una sociedad democrática y pluralista y los valores comunes consagrados en el artículo 2 del TUE. La especial gravedad de estas conductas, habida cuenta de su impacto en los derechos y valores fundamentales, y su carácter transfronterizo, exigen una acción común a escala de la Unión. Es necesaria una respuesta común de la Unión en materia de Derecho penal para abordar eficazmente los retos que plantean la incitación al odio y los delitos de odio. Esta también garantizaría una protección coherente de las víctimas de delitos de odio, así como el acceso a las medidas especiales de protección concedidas a las víctimas de delitos más vulnerables. Un enfoque común también debería mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros, lo que resulta indispensable debido a la dimensión transfronteriza de estos fenómenos.

(14) Por lo tanto, la incitación al odio y los delitos de odio cumplen los criterios establecidos en el artículo 83, apartado 1, del TFUE y pueden identificarse como otro «ámbito delictivo», además de los ya enumerados en dicha disposición.

(15) Por consiguiente, la ampliación de la lista de ámbitos delictivos del artículo 83, apartado 1, del TFUE para incluir la incitación al odio y los delitos de odio es necesaria, como primer paso, para permitir, en una segunda fase, la adopción de legislación derivada sustantiva que establezca normas mínimas relativas a la definición y las sanciones de la incitación al odio y los delitos de odio.

(16) La presente Decisión no debe afectar a las acciones que puedan emprenderse en una segunda fase. En particular, no prejuzga ni menoscaba el alcance y el contenido de la legislación derivada que se propondrá posteriormente.

(17) La propuesta de la Comisión de este tipo de legislación derivada debe prepararse en consonancia con los requisitos de mejora de la legislación, incluida una evaluación de impacto y una amplia consulta. Concretamente, la Comisión debe consultar a los Estados miembros al preparar dicha legislación derivada, en particular sobre las especificidades de los marcos legislativos nacionales relativos al Derecho penal y los derechos fundamentales.

²⁶⁹ https://commission.europa.eu/document/download/551c44da-baae-4692-9e7d-52d20c04e0e2_es (consultado el 18-2-2023).

²⁷⁰

-
- Las empresas de TI contarán con procedimientos claros y eficaces para examinar las notificaciones relativas a la incitación ilegal al odio que se produzcan en el marco de los servicios que prestan, de manera que puedan retirar o deshabilitar el acceso a dicho contenido. Las empresas de TI dispondrán de normas o directrices comunitarias en las que se aclare que prohíben la promoción de la incitación a la violencia y las conductas odiosas.
 - Tras la recepción de una notificación válida de retirada, las empresas de TI valorarán esas solicitudes con arreglo a sus normas y directrices comunitarias y, en caso necesario, a las legislaciones nacionales de transposición de la Decisión marco 2008/913/JAI, con equipos especializados en examinar solicitudes.
 - Las empresas de TI revisarán la mayoría de las notificaciones válidas para la retirada de manifestaciones de incitación ilegal al odio en menos de 24 horas, y retirarán o deshabilitarán, si fuera necesario, el acceso a dicho contenido.
 - Además de lo anterior, las empresas de TI educarán y concienciarán a sus usuarios sobre los tipos de contenidos no autorizados en virtud de sus normas y directrices comunitarias. El sistema de notificación podría emplearse como herramienta para ello.
 - Las empresas de TI facilitarán información sobre los procedimientos de presentación de notificaciones con vistas a aumentar la rapidez y la eficacia de la comunicación entre las autoridades de los Estados miembros y las empresas de TI, en particular en lo relativo a las notificaciones y la deshabilitación del acceso o la retirada de las manifestaciones de incitación ilegal al odio en Internet. La información deberá transmitirse a través de los puntos de contacto nacionales designados por las empresas de TI y los Estados miembros, respectivamente. Ello también permitirá que los Estados miembros y, en particular, sus fuerzas y cuerpos de seguridad, conozcan mejor los métodos para identificar e informar a las empresas sobre los casos de incitación ilegal al odio en Internet.
 - Las empresas de TI fomentarán las notificaciones y la señalización por parte de expertos de los contenidos que promuevan la incitación a la violencia y conductas odiosas, particularmente a través de asociaciones con OSC, facilitando información clara sobre las normas y directrices comunitarias de cada empresa y sobre las normas relativas a los procesos de información y notificación. Las empresas de TI procurarán reforzar las asociaciones con las OSC mediante la ampliación su ámbito geográfico y, en su caso, proporcionando apoyo y formación para permitir a los socios de las OSC desempeñar el papel de «informantes de confianza» o equivalente, respetando debidamente la necesidad de mantener su independencia y credibilidad.
 - Las empresas de TI recurrirán al apoyo de los Estados miembros y la Comisión Europea para garantizar el acceso a una red representativa de socios de las OSC y de «informantes de confianza» en todos los Estados miembros a fin de contribuir a proporcionar notificaciones de alta calidad. Las empresas de TI presentarán información sobre los «informantes de confianza», disponible en sus sitios web.
 - Las empresas de TI proporcionarán formación periódica a su personal sobre la evolución de la sociedad actual e intercambiarán puntos de vista sobre el potencial de mejora.
 - Las empresas de TI intensificarán la cooperación entre sí y con otras plataformas y empresas de medios de comunicación social para reforzar el intercambio de mejores prácticas.
 - Las empresas de TI y la Comisión Europea, reconociendo el valor de un "contradiscurso" independiente contra la retórica del odio y los prejuicios, aspiran a continuar su trabajo elaborando y promoviendo discursos alternativos independientes, nuevas ideas e iniciativas, y apoyando programas educativos que fomenten el pensamiento crítico.
 - Las empresas de TI intensificarán su colaboración con las OSC para impartir formación basada en las mejores prácticas en materia de lucha contra la retórica del odio y los prejuicios, así como para aumentar el alcance de la divulgación proactiva destinada a las OSC con el fin de ayudarlas a llevar a cabo campañas efectivas de "contradiscurso". La Comisión Europea, en cooperación con los Estados miembros, contribuirá a este esfuerzo mediante la adopción de medidas para determinar las necesidades y exigencias de las OSC a este respecto.
 - La Comisión Europea, en coordinación con los Estados miembros, promoverá también la adhesión a los compromisos enunciados en el presente código de conducta por parte de otras plataformas y empresas de medios de comunicación social.

Las empresas de TI y la Comisión Europea convienen en evaluar los compromisos públicos de este código de conducta de manera periódica, incluido su impacto. Asimismo, acuerdan seguir debatiendo la manera de promover la transparencia y fomentar los "contradiscursos" y los discursos alternativos. A tal efecto, se celebrarán reuniones periódicas y se presentará una evaluación preliminar al Grupo de Alto Nivel sobre la Lucha contra el Racismo, la Xenofobia y toda Forma de Intolerancia a finales de 2016.

ido sumando otros operadores: durante 2018, *Instagram*, *Snapchat* y *Dailymotion*; *Jeuxvideo.com* en enero de 2019; *TikTok* en 2020; *Linked* en 2021; en 2022 *Rakuten Viber* y *Twitch* anunciaron su participación en el Código de Conducta²⁷¹.

Dichos compromisos los resumió recientemente GASCÓN MARCÉN:

*Las compañías asumían, entre otros, los siguientes compromisos: contar con procedimientos claros y eficaces para examinar las notificaciones relativas a la incitación ilegal al odio que se produzcan en el marco de los servicios que prestan, de manera que puedan retirar o deshabilitar el acceso a dicho contenido; y revisar la mayoría de las notificaciones válidas para la retirada de manifestaciones de incitación ilegal al odio en menos de 24 horas, y retirar o deshabilitar, si fuera necesario, el acceso a dicho contenido*²⁷².

Para VÁZQUEZ ALONSO está mutando la naturaleza jurídica de los intermediarios digitales: de tener una naturaleza neutra de gestión de contenidos se está pasando a su intervención en asuntos de interés público como la persecución del discurso del odio.

*Asistimos aquí, por el contrario, a un progresivo levantamiento del velo respecto a la verdadera naturaleza jurídica de estas corporaciones (grandes corporaciones digitales). Así, la conciencia de su relevancia material y de que su posición en el sistema de comunicación va más allá del tópico de la mera intermediación técnica, ha dado lugar en distintas áreas —entre ellas, la lucha contra el discurso del odio, el terrorismo o la desinformación— a una regulación de estas que asimila su estatuto jurídico al de entes específicamente vinculados a la consecución del interés general o, si se prefiere, como ya he dicho en alguna ocasión, a una suerte de entes vicariales del Estado —usando aquí este concepto en el significado que tiene en la tradición católica, a saber, la persona interpuesta que tiene las veces, el poder y las facultades para ejercer una competencia ajena, en este caso del Estado—*²⁷³.

²⁷¹ https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-counteracting-illegal-hate-speech-online_en#relatedlinks (consultado el 26-2-2023).

²⁷² GASCÓN MARCÉN, Ana: “4. Los códigos de conducta: discurso de odio y desinformación”, en *Desafíos jurídicos ante la integración digital aspectos europeos e internacionales*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p.RB-4.6. Esta autora puso de manifiesto que dos organizaciones no gubernamentales alertaron del peligro que podría suponer para la libertad de expresión que fueran las empresas privadas quienes tuvieran un papel principal:

[...] EDRi y Access Now, dos organizaciones no gubernamentales líderes en la defensa de los derechos de los usuarios de Internet y la libertad de expresión, mostraron su rechazo a las mismas por considerar que el Código rebajaba la ley a un segundo plano, detrás del «papel principal» de las empresas privadas a las que se les pedía que implementaran arbitrariamente sus términos de servicio. En su opinión, este proceso, establecido fuera de un marco democrático responsable, explotaba reglas de responsabilidad poco claras para las empresas y creaba serios riesgos para la libertad de expresión, ya que el contenido legal pero controvertido puede eliminarse como resultado de este mecanismo de eliminación voluntario e irresponsable.

²⁷³ VÁZQUEZ ALONSO, Víctor Javier: “La censura «privada» de las grandes corporaciones digitales y el nuevo sistema de la libertad de expresión”. *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, n.º. 32, 2022, págs. 108-129.

Algún autor como LÓPEZ CALVO ha puesto de manifiesto que los poderes públicos han colocado a las empresas privadas como «editores» en la medida en que les obligan a autocontrolarse y depurar el contenido que sus usuarios suben a la red, incurriendo en responsabilidad si no lo hacen:

Las tecnológicas, y en especial GAFAMT (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft y Twitter), se erigen como un poder alternativo a los poderes públicos frente a los que se constituyen en albaceas —y por tanto controladores— de la gestión de derechos tan trascendentes como la libertad de expresión o la privacidad.

[...]

La Comisión Europea dio un paso más a finales de 2016 y advirtió a Facebook, YouTube, Microsoft y Twitter de que, si no acababan con los mensajes de odio de sus plataformas, inmediatamente recaerían acciones sancionadoras de las instituciones europeas.

Las autoridades europeas les trasladan, así, la obligación de realizar un delicado ejercicio de valoración y ponderación sobre los límites de la libertad de expresión —y por tanto el control de la misma— que tradicionalmente corresponde a la sede judicial. De dilucidar el frágil equilibrio entre la libertad de expresión y la incitación al odio. De separar cuándo se manifiestan únicamente los propios sentimientos o cuándo se está incitando o provocando otras actitudes susceptibles de ser lesivas.

[...]

Se les emplaza a desbrozar —y aplicar en minutos a miles de casos— el denominado Test de Rabat que debe considerar el contexto en que se utiliza el discurso, la intencionalidad, la capacidad de influencia del emisor, la naturaleza o contundencia del lenguaje, el medio utilizado y su difusión, o la naturaleza de la audiencia. Ahí es nada...

Incluso, yendo más allá, el padre de la World Wide Web, Tim Berners-Lee, cree que Facebook y Google deben liderar la lucha contra las noticias falsas. Deben, por tanto, configurar la "verdad". De hecho, Facebook ha ido dando diferentes pasos como informar de que una noticia podría ser falsa, sacrificar gustos personales por veracidad al reformular sus trending topics o manipular su feed de noticias para que las que considera falsas y sensacionalistas no se vean tanto. Ampliando su rol de árbitro al suprimir contenido político en Vietnam y en Estados Unidos, en especial con ocasión del coronavirus, llegando a optar por eliminar páginas que pedían manifestarse en contra del confinamiento bajo el lema "Libérate".

Convirtiéndoles de facto en "editores" y, por tanto, cuasirresponsables de los contenidos que suben los usuarios frente a la previsión de las antediluvianas (20 años) normativas europea y americana²⁷⁴.

Para PRESNO LINERA si bien la libertad de expresión en Internet y en las redes sociales está sujeta a límites, para cualquier restricción de la misma será preciso que se cree una situación de riesgo. En sus palabras:

[...] como también sucede en el mundo no digital, la libertad de expresión en Internet y las redes sociales está sujeta a límites dirigidos a garantizar otros derechos fundamentales no menos importantes, como el honor o la intimidad, lo que puede exigir, a la hora de articular instrumentos de tutela de esos otros derechos, que se tengan en cuenta las especificidades de los medios a los que nos estamos refiriendo a la hora de, por ejemplo, valorar la lesión causada, que se puede agravar mediante el llamado "efecto amplificador" de las redes sociales (así, asunto Cicad c. Suiza, de 7 de junio de 2016, § 60), pero, sin olvidar, que dicho efecto no debe presumirse siempre y en todo caso, pues, como es bien sabido, también hay espacios

²⁷⁴ LÓPEZ CALVO, José: "Libertad de expresión e información y privacidad en Internet. Los "guardianes de acceso a internet". A propósito de la Carta de Derechos Digitales", *Editorial Sepin* n.º. 44, 2022.

relativamente “privados” en Internet, donde el impacto de una expresión injuriosa será, en principio, menor (caso Wrona c. Polonia, de 12 de diciembre de 2017, § 21)²⁷⁵.

[...] La represión de mensajes en el ciberespacio exige, al menos, la creación de una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades²⁷⁶.

C. Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital²⁷⁷

Esta Declaración Europea supuso reconocer el derecho a un entorno digital protegido, seguro y combativo contra los delitos de odio. En concreto, el artículo 16 estableció:

Toda persona debería tener acceso a tecnologías, productos y servicios digitales diseñados para estar protegidos, ser seguros y proteger la privacidad, lo que se traduce en altos niveles de confidencialidad, integridad, disponibilidad y autenticidad de la información tratada. Nos comprometemos a:

a) *adoptar nuevas medidas para promover la trazabilidad de los productos y garantizar que en el mercado único digital solo se comercialicen productos seguros que se ajusten a la legislación de la UE;*

b) *proteger los intereses de las personas, las empresas y las instituciones públicas frente a los riesgos de ciberseguridad y la ciberdelincuencia, especialmente frente a la violación de la seguridad de los datos personales, como la usurpación o la manipulación de identidad. Esto incluye requisitos de ciberseguridad para los productos conectados que se comercialicen en el mercado único;*

c) *combatir y responsabilizar a quienes traten de socavar, en la UE, la seguridad en línea y la integridad del entorno digital o fomenten la violencia y el odio por medios digitales.*

La Declaración recogió en su consideración 4ª que deben tenerse en cuenta principios éticos para llevar a cabo la transformación digital, procurando entre otros conseguir la ausencia de discriminación:

El Parlamento ha pedido en varias ocasiones el establecimiento de principios éticos que quíen el enfoque de la UE con respecto a la transformación digital, y que se garantice el pleno respeto de derechos fundamentales como la protección de datos, el derecho a la privacidad, la ausencia de discriminación, la igualdad de género, y de principios como la protección de los consumidores, la neutralidad tecnológica y de la red, la fiabilidad y la inclusividad. También ha pedido que se refuerce la protección de los derechos de los usuarios en el entorno digital, así como de los derechos de los trabajadores y el derecho a la desconexión.

²⁷⁵ PRESNO LINERA, Miguel Ángel: “La libertad de expresión en internet y las redes sociales: análisis jurisprudencial”. *Revista catalana de dret públic*, n.º. 61, 2020 (Ejemplar dedicado a: La llibertat d'expressió a l'era digital), p.71.

²⁷⁶ Ob cit, p.79.

²⁷⁷ <https://ec.europa.eu/newsroom/dae/redirection/document/92403> (consultado el 19-2-2023). Fue firmada el 15 de diciembre de 2022: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2022/12/15/declaration-on-digital-rights-and-principles-eu-values-and-citizens-at-the-centre-of-digital-transformation/> (consultado el 26-2-2023).

D. Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/C (Reglamento de Servicios Digitales)²⁷⁸

Este Reglamento es la herramienta más potente y actual de la UE que entró en vigor a los 20 días de su publicación y que conforme a su artículo 93 será de aplicación a partir del 17 de febrero de 2024.

El Reglamento recoge un total de 156 consideraciones, seis de las cuales²⁷⁹ recogen las siguientes ideas: los delitos de incitación al odio forman parte del concepto de «contenido ilícito», y los

²⁷⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2022:277:FULL&from=ES> (consultado el 19-2-2023)

²⁷⁹

- Consideración 12:

A fin de alcanzar el objetivo de garantizar un entorno en línea seguro, predecible y digno de confianza, para los efectos del presente Reglamento, el concepto de «contenido ilícito» debe reflejar a grandes rasgos las normas vigentes en el entorno fuera de línea. Concretamente, el concepto de «contenido ilícito» debe definirse de manera amplia para abarcar la información relacionada con contenidos, productos, servicios y actividades de carácter ilícito. En particular, debe entenderse que dicho concepto se refiere a información, sea cual sea su forma, que sea de por sí ilícita en virtud del Derecho aplicable, como los delitos de incitación al odio o los contenidos terroristas y los contenidos discriminatorios ilícitos, o que las normas aplicables consideren ilícita por estar relacionada con actividades ilícitas. Ejemplos de ello son el intercambio de imágenes que representen abusos sexuales de menores, el intercambio ilícito no consentido de imágenes privadas, el acoso en línea, la venta de productos no conformes o falsificados, la venta de productos o la prestación de servicios que infrinjan el Derecho en materia de protección de los consumidores, el uso no autorizado de material protegido por derechos de autor, la oferta ilegal de servicios de alojamiento o la venta ilegal de animales vivos. En cambio, el vídeo de un testigo presencial de un posible delito no debe considerarse contenido ilícito por el mero hecho de que muestre un acto ilícito, cuando la grabación o difusión pública de dicho vídeo no sea ilícita con arreglo al Derecho nacional o de la Unión. En este sentido, es irrelevante tanto que el carácter ilícito de la información o actividad se derive del Derecho de la Unión o del Derecho nacional que sea conforme con el Derecho de la Unión, como la naturaleza o materia precisa del Derecho aplicable.

- Consideración 40

A fin de cumplir los objetivos del presente Reglamento, y en particular de mejorar el funcionamiento del mercado interior y garantizar un entorno en línea seguro y transparente, es necesario establecer un conjunto claro, eficaz, predecible y equilibrado de obligaciones armonizadas de diligencia debida para los prestadores de servicios intermediarios. Esas obligaciones deben aspirar en particular a garantizar diferentes objetivos de interés público, como la seguridad y confianza de los destinatarios del servicio, incluidos los consumidores, los menores y los usuarios especialmente vulnerables al riesgo de ser víctimas de discursos de odio, acoso sexual u otras conductas discriminatorias, la protección de los derechos fundamentales pertinentes amparados por la Carta, la rendición de cuentas significativa por parte de dichos prestadores y el empoderamiento de los destinatarios y otros afectados, facilitando al mismo tiempo la necesaria vigilancia por parte de las autoridades competentes.

- Consideración 62

Los alertadores fiables deben publicar informes fácilmente comprensibles y detallados sobre las notificaciones enviadas de conformidad con el presente Reglamento. Dichos informes deben contener información como el número de notificaciones categorizadas por el prestador de servicios de alojamiento de datos, el tipo de contenido y las medidas adoptadas por el prestador. Dado que los alertadores fiables han demostrado sus conocimientos y competencia, cabe esperar que el tratamiento de notificaciones de los alertadores fiables sea menos gravosa y, por tanto, más rápida que el tratamiento de notificaciones presentadas por otros destinatarios del servicio. Sin embargo, el tiempo medio de tratamiento puede variar en función de factores como el tipo de contenido ilícito, la calidad de las notificaciones o los procedimientos técnicos efectivamente establecidos para el envío de dichas notificaciones. Por ejemplo, mientras que el Código de conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en internet de 2016 establece un criterio de referencia para las empresas participantes con respecto al tiempo necesario para tratar notificaciones válidas para la eliminación de la incitación ilícita al odio, otros tipos de contenidos ilícitos pueden llevar plazos de tratamiento considerablemente diferentes, dependiendo de los hechos y circunstancias concretos y de los tipos de contenidos ilícitos de que se trate. A fin de evitar abusos de la condición de alertador fiable, debe ser posible suspender esta condición cuando un coordinador de servicios digitales de establecimiento inicie una investigación por

prestadores de servicio —para ayudar a conseguir entornos seguros— deben cumplir unas obligaciones de diligencia debida, y están sujetos a una responsabilidad. Dentro de las obligaciones se encuentra la de reducir riesgos asociados a la difusión de dichos contenidos ilícitos, factor en la que es muy relevante el funcionamiento de los motores de búsqueda.

motivos legítimos. No cabe entender que las normas del presente Reglamento relativas a los alertadores fiables impidan a los prestadores de plataformas en línea dar un tratamiento análogo a las notificaciones enviadas por entidades o personas físicas a las que no se haya otorgado la condición de alertadores fiables con arreglo al presente Reglamento, o colaborar de otra manera con otras entidades, de conformidad con el Derecho aplicable, incluido el presente Reglamento y el Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo (29). Las normas del presente Reglamento no deben impedir que los prestadores de plataformas en línea recurran a tales alertadores fiables o a mecanismos similares para actuar de forma rápida y fiable contra contenidos incompatibles con sus condiciones generales, en particular contra los contenidos perjudiciales para los destinatarios vulnerables del servicio, como los menores.

- **Consideración 80**

Los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño deben evaluar en profundidad cuatro categorías de riesgos sistémicos. La primera categoría se refiere a los riesgos asociados a la difusión de contenidos ilícitos, como la difusión de materiales de abuso sexual de menores o delitos de incitación al odio, u otros tipos de usos indebidos de sus servicios para cometer delitos, y la realización de actividades ilícitas como la venta de productos o servicios prohibidos por el Derecho de la Unión o nacional, incluidos los productos peligrosos o falsificados o el comercio ilegal de animales. Por ejemplo, esa difusión o esas actividades pueden constituir un riesgo sistémico significativo cuando el acceso a contenidos ilícitos pueda propagarse rápida y ampliamente a través de cuentas con un alcance especialmente amplio o de otros medios de amplificación. Los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño deben evaluar el riesgo de difusión de contenidos ilícitos, con independencia de que la información sea o no además incompatible con sus condiciones generales. Esta evaluación se entiende sin perjuicio de la responsabilidad personal del destinatario del servicio de plataformas en línea de muy gran tamaño o de los propietarios de sitios web indexados por motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño ante la posible ilegalidad de su actividad con arreglo al Derecho aplicable.

- **Consideración 87**

Los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño deben considerar, entre esas medidas de mitigación, por ejemplo, la adaptación de cualquier diseño, característica o funcionamiento necesario de su servicio, como el diseño de la interfaz en línea. Deben adaptar y aplicar sus condiciones generales, según sea necesario y de conformidad con las normas del presente Reglamento relativas a las condiciones generales. Otras medidas adecuadas podrían incluir la adaptación de sus sistemas de moderación de contenidos y procesos internos o la adaptación de sus procesos y recursos de toma de decisiones, incluido el personal de moderación de contenidos, su formación y su experiencia local. Esto afecta, en particular, la rapidez y la calidad del tratamiento de las notificaciones. A este respecto, por ejemplo, el Código de conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en internet de 2016 establece un punto de referencia para tratar notificaciones válidas para la eliminación de la incitación ilegal al odio en menos de 24 horas. Los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño, en particular las utilizadas principalmente para la difusión al público de contenidos pornográficos, deben cumplir con diligencia todas sus obligaciones en virtud del presente Reglamento en lo que respecta a los contenidos ilícitos que constituyen ciberviolencia, incluidos los contenidos pornográficos ilícitos, especialmente en lo que se refiere a garantizar que las víctimas puedan ejercer eficazmente sus derechos en relación con contenidos que representen el intercambio no consensuado de material íntimo o manipulado mediante el tratamiento rápido de notificaciones y la retirada de dichos contenidos sin dilación indebida. Otros tipos de contenidos ilícitos pueden requerir plazos más largos o más cortos para el tratamiento de las notificaciones, que dependerán de los hechos, las circunstancias y los tipos de contenidos ilícitos de que se trate. Dichos prestadores también pueden iniciar o aumentar la cooperación con alertadores fiables y organizar sesiones de formación e intercambios con organizaciones de alertadores fiables.

- **Consideración 106**

Las disposiciones del presente Reglamento relativas a los códigos de conducta podrían servir de base para iniciativas de autorregulación ya establecidas a escala de la Unión, como el compromiso de seguridad con los productos, el memorando de entendimiento sobre la venta de productos falsificados a través de internet, el Código de conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en internet, y el Código de buenas prácticas en materia de desinformación. En particular en relación con este último, a raíz de las orientaciones de la Comisión, el Código de buenas prácticas en materia de desinformación ha sido reforzado como se anunció en el Plan de Acción para la Democracia Europea.

Asimismo, se reconoce la figura de los *alertadores fiables*, que por parte de los prestadores de servicios de alojamiento deben ser atendidos de forma más rápida que otros destinatarios del servicio. También se reconocen los *códigos de conducta* como mecanismos de autorregulación.

En el articulado²⁸⁰ se recogen dichas ideas y se regula cómo deben actuar los prestadores de servicios en relación a contenidos ilícitos; cómo proceder si reciben notificaciones de sospechas de delitos;

280

- **Artículo 9**

Órdenes de actuación contra contenidos ilícitos

1. Cuando reciban una orden de actuación contra uno o varios elementos concretos de contenido ilícito, dictada por las autoridades judiciales o administrativas nacionales pertinentes, sobre la base del Derecho de la Unión aplicable o del Derecho nacional aplicable en cumplimiento del Derecho de la Unión, los prestadores de servicios intermediarios informarán a la autoridad que haya dictado la orden, o a cualquier otra autoridad especificada en la orden, de cualquier curso dado a la orden sin dilación indebida, especificando si se ha dado curso a la orden y cuándo.

2. Los Estados miembros velarán por que cuando una orden a que se refiere el apartado 1 se transmita al prestador, esta cumpla al menos las siguientes condiciones:

a) que dicha orden contenga los siguientes elementos:

- i) una referencia al fundamento jurídico en Derecho de la Unión o nacional de la orden,
- ii) una motivación en la que se explique por qué la información es un contenido ilícito, haciendo referencia a una o varias disposiciones específicas del Derecho de la Unión o nacional en cumplimiento del Derecho de la Unión,
- iii) información que identifique a la autoridad emisora,
- iv) información clara que permita al prestador de servicios intermediarios identificar y localizar el contenido ilícito de que se trate, como uno o varios URL exactos y, en su caso, información adicional,
- v) información acerca de los mecanismos de recurso disponibles para el prestador de servicios intermediarios y para el destinatario del servicio que haya proporcionado el contenido,
- vi) en su caso, información sobre qué autoridad debe recibir la información sobre el curso dado las órdenes;

b) que el ámbito de aplicación territorial de dicha orden, en virtud de las disposiciones aplicables del Derecho de la Unión y nacional, incluida la Carta y, en su caso, los principios generales del Derecho internacional, se limite a lo estrictamente necesario para alcanzar su objetivo;

c) que dicha orden se transmita en una de las lenguas declaradas por el prestador de servicios intermediarios con arreglo al artículo 11, apartado 3, o en otra lengua oficial de los Estados miembros, acordada entre la autoridad que dicte la orden y dicho prestador, y se envíe al punto de contacto electrónico designado por dicho prestador, de conformidad con el artículo 11; cuando no esté redactada en la lengua declarada por el prestador de servicios intermediarios o en otra lengua acordada bilateralmente, la orden podrá transmitirse en la lengua de la autoridad emisora, siempre que vaya acompañada de una traducción a dicha lengua declarada o acordada bilateralmente de, al menos, los elementos establecidos en las letras a) y b) del presente apartado.

3. La autoridad que dicte la orden, o en su caso la autoridad especificada en ella, la transmitirá, junto a cualquier información recibida del prestador de servicios intermediarios sobre el curso dado a dicha orden, al coordinador de servicios digitales del Estado miembro de la autoridad que dicte la orden.

4. Una vez recibida la orden de la autoridad judicial o administrativa, el coordinador de servicios digitales del Estado miembro de que se trate transmitirá, sin dilación indebida, una copia de la orden a que se refiere el apartado 1 del presente artículo a todos los demás coordinadores de servicios digitales a través del sistema establecido de conformidad con el artículo 85.

5. A más tardar cuando se dé curso a la orden, o en su caso en el momento que determine la autoridad emisora en su orden, los prestadores de servicios intermediarios informarán al destinatario del servicio afectado de la orden recibida y del curso que se le haya dado. Esta información proporcionada al destinatario del servicio incluirá la motivación, las vías de recurso que existan y una descripción del ámbito territorial de la orden, de conformidad con el apartado 2.

- **Artículo 18**

Notificación de sospechas de delitos

1. Cuando un prestador de servicios de alojamiento de datos tenga conocimiento de cualquier información que le haga sospechar que se ha cometido, o es probable que se cometa un delito que implique una amenaza para la vida o la seguridad de una o más personas, comunicará su sospecha de inmediato a las autoridades policiales o judiciales del Estado miembro o Estados miembros afectados y aportará toda la información pertinente de que disponga.
2. Cuando el prestador de servicios de alojamiento de datos no pueda determinar con una seguridad razonable cuál es el

Estado miembro afectado, informará a las autoridades policiales del Estado miembro en que esté establecido o en el que su representante legal resida o esté establecido o informará a Europol, o a ambas. Para los fines del presente artículo, el Estado miembro afectado será el Estado miembro en el que se sospeche que se ha cometido, se está cometiendo o es probable que se cometa el delito, o el Estado miembro en el que resida o se encuentre el presunto delincuente, o el Estado miembro en el que resida o se encuentre la víctima del presunto delito

- **Artículo 35**

Reducción de riesgos

1. Los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño aplicarán medidas de reducción de riesgos razonables, proporcionadas y efectivas, adaptadas a los riesgos sistémicos específicos detectados de conformidad con el artículo 34, teniendo especialmente en cuenta las consecuencias de dichas medidas sobre los derechos fundamentales. Dichas medidas podrán incluir, cuando proceda:

- a) la adaptación del diseño, las características o el funcionamiento de sus servicios, incluidas sus interfaces en línea;
- b) la adaptación de sus condiciones generales y su ejecución;
- c) la adaptación de los procesos de moderación de contenidos, incluida la velocidad y la calidad del tratamiento de las notificaciones relacionadas con tipos específicos de contenidos ilícitos y, en su caso, la rápida retirada de los contenidos notificados, o el bloqueo del acceso a ellos, en particular en el caso de la incitación ilegal al odio o la ciberviolencia, así como la adaptación de los procesos de toma de decisiones pertinentes y los recursos específicos para la moderación de contenidos;
- d) la realización de pruebas y la adaptación de sus sistemas algorítmicos, incluidos sus sistemas de recomendación;
- e) la adaptación de sus sistemas publicitarios y la adopción de medidas específicas dirigidas a limitar o ajustar la presentación de anuncios publicitarios en asociación con el servicio que prestan;
- f) el refuerzo de los procesos internos, los recursos, la realización de pruebas, la documentación o la supervisión de cualquiera de sus actividades, en particular en lo que respecta a la detección de riesgos sistémicos;
- g) la puesta en marcha o el ajuste de la cooperación con los alertadores fiables de conformidad con el artículo 22 y la ejecución de las decisiones de los órganos de resolución extrajudicial de litigios en virtud del artículo 21;
- h) la puesta en marcha o el ajuste de la cooperación con otros prestadores de plataformas en línea o motores de búsqueda en línea mediante los códigos de conducta y los protocolos de crisis a que se refieren, respectivamente, los artículos 45 y 48;
- i) la adopción de medidas de concienciación y la adaptación de su interfaz en línea con el fin de proporcionar más información a los destinatarios del servicio;
- j) la adopción de medidas específicas para proteger los derechos de los menores, incluidas herramientas de comprobación de la edad y de control parental, herramientas destinadas a ayudar a los menores a señalar abusos u obtener ayuda, según corresponda;
- k) garantizar que un elemento de información, ya se trate de imagen, audio o vídeo generado o manipulado que se asemeja notablemente a personas, objetos, lugares u otras entidades o sucesos existentes y que puede inducir erróneamente a una persona a pensar que son auténticos o verídicos, se distinga mediante indicaciones destacadas cuando se presente en sus interfaces en línea y, además, proporcionar una funcionalidad fácil de utilizar que permita a los destinatarios del servicio señalar dicha información.

2. La Junta, en cooperación con la Comisión, publicará informes exhaustivos una vez al año. Los informes incluirán lo siguiente:

- a) detección y evaluación de los riesgos sistémicos más destacados y recurrentes notificados por los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño o detectados a través de otras fuentes de información, en particular las proporcionadas en cumplimiento de los artículos 39, 40 y 42;
- b) buenas prácticas para los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño para la reducción de los riesgos sistémicos detectados. Dichos informes presentarán los riesgos sistémicos desglosados por los Estados miembros en los que se produjeron y para el conjunto de la Unión, según corresponda.

3. La Comisión, en colaboración con los coordinadores de servicios digitales, podrá publicar directrices sobre la aplicación del apartado 1 en relación con riesgos concretos, en particular para presentar buenas prácticas y recomendar posibles medidas, con la debida consideración de las posibles consecuencias de esas medidas para los derechos fundamentales amparados por la Carta de todas las partes implicadas. Durante la preparación de dichas directrices, la Comisión organizará consultas públicas.

- **Artículo 45**

Códigos de conducta

1. La Comisión y la Junta fomentarán y facilitarán la elaboración de códigos de conducta voluntarios en el ámbito de la Unión para contribuir a la debida aplicación del presente Reglamento, teniendo en cuenta en particular las dificultades concretas que conlleva actuar contra diferentes tipos de contenidos ilícitos y riesgos sistémicos, de conformidad con el Derecho de la Unión en particular en materia de competencia y de protección de los datos personales.

la manera de actuar para reducir riesgos; y la posibilidad de autorregulación por medio de Códigos de conducta.

5. EL ODIOS COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN ESTADOS UNIDOS

5.1. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO SEÑA DE IDENTIDAD DE LA DEMOCRACIA

Al margen de los antecedentes ingleses, la Declaración de Derechos de Virginia, adoptada el 12 de junio de 1776²⁸¹, está considerada la primera declaración de derechos humanos moderna de la historia. Es un documento que proclama que todos los hombres son por naturaleza libres e independientes y tienen una serie de derechos inherentes de los cuales no pueden ser privados. Fue el antecedente directo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1798²⁸² y de la Carta de Derechos de los Estados Unidos, que entró en vigor en 1791 en la forma de diez enmiendas a la Constitución de Estados Unidos, de 17 de septiembre de 1787. En su artículo 12 se recoge por primera vez el derecho a la libertad de expresión, que luego sería recogido en la I Enmienda a la Constitución de 1787:

2. Cuando se genere un riesgo sistémico significativo en el sentido del artículo 34, apartado 1, y afecte a varias plataformas en línea de muy gran tamaño o motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño, la Comisión podrá invitar a los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño o a los prestadores de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño afectados de que se trate, y a otros prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño, de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño, de plataformas en línea y de otros servicios intermediarios, según sea oportuno, así como a autoridades competentes pertinentes, organizaciones de la sociedad civil y otras partes interesadas pertinentes, a participar en la elaboración de códigos de conducta, en particular estableciendo compromisos de adopción de medidas específicas de reducción de riesgos, así como un marco de información periódica sobre las medidas que se puedan adoptar y sus resultados.

3. En aplicación de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, la Comisión y la Junta y, cuando sea pertinente, otros organismos, tratarán de asegurarse de que los códigos de conducta expongan claramente sus objetivos específicos, contengan indicadores clave de eficacia para valorar el cumplimiento de dichos objetivos y tengan debidamente en cuenta las necesidades e intereses de todos los interesados, y en particular los ciudadanos, en el ámbito de la Unión. La Comisión y la Junta también tratarán de asegurarse de que los participantes informen periódicamente a la Comisión y a sus respectivos coordinadores de servicios digitales de establecimiento acerca de las medidas que puedan adoptarse y sus resultados, valoradas con arreglo a los indicadores clave de eficacia que contengan. Los indicadores clave de eficacia y los compromisos de información tendrán en cuenta las diferencias de tamaño y capacidad de los diferentes participantes.

4. La Comisión y la Junta evaluarán si los códigos de conducta cumplen los fines especificados en los apartados 1 y 3, y vigilarán y evaluarán periódicamente el cumplimiento de sus objetivos, teniendo en cuenta los indicadores clave de eficacia que puedan contener. Publicarán sus conclusiones. La Comisión y la Junta también fomentarán y facilitarán la revisión y adaptación periódicas de los códigos de conducta. En caso de incumplimiento sistemático de los códigos de conducta, la Comisión y la Junta podrán pedir a los signatarios de los códigos de conducta que adopten las medidas necesarias.

²⁸¹ <https://cdn.loc.gov/service/rbc/rbpe/rbpe18/rbpe186/18601700/18601700.pdf> (consultado el 14-12-19).

²⁸² <http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-fondamentaux-10086/droits-de-lhomme-et-libertes-fondamentales-10087/declaration-des-droits-de-lhomme-et-du-citoyen-de-1789-10116.html> (consultado el 11-1-20).

*Enmienda I. Libertad de religión, expresión y de prensa; derechos de reunión y petición. El Congreso no hará ley alguna con respecto a la adopción de una religión o prohibiendo la libertad de culto; o que coarte la libertad de expresión o de la prensa, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente, y para solicitar al gobierno la reparación de agravios*²⁸³.

A partir de este primer reconocimiento jurídico, el derecho a la libertad de expresión ha sido una seña de identidad en la construcción del modelo estadounidense, de manera que su Tribunal Supremo ha priorizado su protección por considerarlo como inherente a la democracia: «si hay un principio fundamental que subyace en la Primera Enmienda, es que el Gobierno no puede prohibir la expresión de una idea simplemente porque la sociedad considera que la idea en sí misma es ofensiva o desagradable»²⁸⁴.

En definitiva, se trata de un modelo fuertemente anclado en el liberalismo y en la estricta abstención y neutralidad del Estado, en la *filosofía del free Marketplace*²⁸⁵, «siendo el debate público de las ideas y opiniones más extremistas y odiosas una garantía de la buena salud democrática»²⁸⁶. Se considera que es mejor no prohibir los discursos, sino fomentar el debate. Se parte de la concepción de que si una idea es mala se puede refutar con buenas ideas, buenos argumentos.

Subyace en esta interpretación de la libertad de expresión la filosofía política expresada por Stuart Mill en sus escritos, especialmente en *Sobre la libertad*. Este autor parte de la premisa de que la libertad de expresión es el único medio para alcanzar la verdad²⁸⁷, así como para alcanzar el «bienestar intelectual de la humanidad (del que depende todo otro bienestar)²⁸⁸».

Su pensamiento es muy importante ya que consideró que toda idea, opinión, es relevante y debe tener cabida en la discusión pública. Ello es así porque al «colisionar» las ideas verdaderas con las falsas, las primeras salen reforzadas. Sus palabras causan impacto, cuando expresa que impedir una opinión supone ya no una pérdida para la persona que la tiene, sino para toda la raza humana.

[...] *la peculiaridad del mal que consiste en impedir la expresión de una opinión es que se comete un robo a la raza humana; a la posteridad tanto como a la generación actual; a aquellos que disienten de esa opinión, más todavía que a aquellos que participan de ella. Si la opinión es verdadera se les priva de la oportunidad de cambiar el error por la verdad; y si errónea, pierden lo que es un beneficio no menos*

²⁸³ <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-1/> (consultado el 14-12-19).

²⁸⁴ Se trata de un pasaje de la sentencia de Virginia v. Black, 538 U.S. 343 (2003), p. 358, que puede consultarse en la url: <https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep538/usrep538343/usrep538343.pdf> (consultado el 14-1-20).

²⁸⁵ BRIONES MARTÍNEZ, Irene María: “El delito de odio por razón de religión y de creencias, la educación en la religión contra el terrorismo de la palabra y de la violencia”, *Thomson Reuters Aranzadi*, 2018, p. 101.

²⁸⁶ VALERO HEREDIA, Ana: “Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 110, 2017, p. 308.

²⁸⁷ «La verdad de una opinión es parte de su utilidad» v. STUART MILL, John: *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, p. 84.

²⁸⁸ *Ibidem* p. 120.

*importante; la más clara percepción y la impresión más viva de la verdad, producida por su colisión con el error*²⁸⁹.

Ahora bien, siendo necesariamente amplia la libertad de expresión, reconocida su función tanto para alcanzar tanto la verdad como el bienestar, sí que aludió a unos límites. Los mismos no se referirían a qué discutir, pues todo puede ser abordado, y ninguna idea es absoluta, puesto que somos falibles²⁹⁰. Pero sí, en cuanto a las formas:

*[...] sea cualquiera la parte del argumento en que se coloque, debe ser condenado todo aquel en cuya requisitoria se manifiesta la mala fe, la maldad, el fanatismo o la intolerancia, pero no deben inferirse otros vicios del partido que la persona tome, aunque sea lo opuesto al nuestro en la cuestión; y debe reconocerse el merecido honor a quien, sea cual sea la opinión que sostenga, tiene la calma de ver y la honradez de reconocer lo que en realidad son sus adversarios y sus opiniones, sin exagerar nada que pueda desacreditarlas, ni ocultar lo que pueda redundar en su favor. Esta es la verdadera moralidad en la discusión pública [...]*²⁹¹.

En palabras recientes de O'Regan, las ideas que resultan falsas permiten nacer nuevas ideas:

*incluso el discurso con el que no estamos de acuerdo, nos permite descubrir que las verdades establecidas son en realidad falsas y, por lo tanto, fomenta la posibilidad de nuevas verdades. Esta afirmación epistémica se basa en el trabajo de JS Mill y Milton y a menudo se conoce como el argumento de Mill de la falibilidad. Subraya la tesis de que la libertad de expresión permite "un mercado de ideas" como se articula en la famosa disidencia del juez Holmes en Abrams v US en la que dijo (y yo parafraseo) que la mejor prueba de la verdad es su poder para ser aceptado en la competencia de la market. Es este principio el que informa el argumento de que la cura para el mal discurso es más discurso*²⁹².

No obstante lo anterior, es muy relevante tener en cuenta un episodio que marcó la historia de EEUU, cuando se vivió una *caza de brujas* del disidente. La libertad de expresión se tambaleó durante unos años, cuando se persiguió al contrario político, a aquel que era o parecía comunista. EE.UU. sufrió una corriente anticomunista que surgió durante la «guerra fría».

El período más significativo transcurrió entre 1950 y 1968, teniendo al frente al senador por Wisconsin Joseph McCarthy²⁹³. Se trató de instaurar un control ideológico y de perseguir penalmente a quienes tuvieran una ideología comunista. Para ello se azuzó el miedo y fomentó un sentimiento patriótico en el que se premió a los delatores.

El macartismo actuó como un instrumento de control, una herramienta disciplinadora, de las manifestaciones de disidencia política y cultural en la sociedad norteamericana. Imbuido de una longeva tradición contrarrevolucionaria, alimentada por instituciones y corporaciones custodias del capitalismo,

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 77.

²⁹⁰ «[...] Negarse a oír una opinión, porque se está seguro de que es falsa, equivale a afirmar que la verdad que se posee es la verdad *absoluta*. Toda negativa a una discusión implica una presunción de infalibilidad». *Vide*. STUART MILL, ob.cit, p. 77.

²⁹¹ *Ib.* p. 122.

²⁹² O'REGAN, Catherine: "Hate speech online: an (intractable) contemporary challenge?", *Current Legal Problems*, 2018, p. 9.

²⁹³ BOZZA, Juan Alberto: "Navegar en la tormenta. El anticomunismo en la historiografía de los Estados Unidos durante la Guerra Fría", *Sociohistórica*, n° 33, 2014, p. 2.

*pretendió implantar la unanimidad ideológica y el inmovilismo doctrinario en una coyuntura histórica internacional aguzada por la polarización de la guerra fría. Se nutrió de una visión fundamentalista religiosa, intolerante contra las expresiones del pensamiento crítico; no solo contra proyectos, partidos e individuos que cuestionaran las relaciones sociales capitalistas, sino aún de aquellas iniciativas reformistas que pretendían corregir sus inequidades y ciertas formas pre democráticas en las que subsistían minorías étnicas y sociales. La pretensión de erradicar el comunismo se puso en práctica, con todo el potencial de los recursos del Estado, sobre comunidades políticas e individuos cuyas opiniones y actividades ni siquiera estaban inscriptas en el CPUSA. Demócratas, radicales, socialistas, liberales de izquierda, etc., engrosaban las filas de los enemigos de la Nación, de los agentes de la potencia soviética [...]*²⁹⁴.

Por esta razón, a la vista de dicha experiencia histórica, y del episodio de lucha por los derechos civiles, «(l)a Primera Enmienda es concebida, ante todo, como un paraguas protector del disidente, del outsider, frente al Estado y frente a la “tiranía de la mayoría”²⁹⁵».

*En efecto, solo la amplísima protección proporcionada por el Tribunal Supremo a la expresión disidente y «subversiva» —desestimando las demandas de las comunidades blancas del sur de Estados Unidos y anulando las sanciones impuestas— posibilitó que Martin Luther King y otros líderes de la comunidad negra difundieran su mensaje, considerado ofensivo y provocador por grandes sectores de la mayoría blanca, y que las manifestaciones y sentadas realizadas por afroamericanos en lugares donde se practicaba la segregación racial no pudieran finalmente ser reprimidas en aras de la protección de la paz pública y la protección de los sentimientos de la mayoría*²⁹⁶.

Por tanto, EE.UU, como fruto de su historia, sigue un modelo en el que la libertad de expresión debe primar. De suerte que «solo puede ser restringida cuando incite a la violencia y genere un “peligro claro e inminente” sobre el colectivo al que se dirige el discurso odioso²⁹⁷». A continuación, veremos en qué casos y con base a qué criterios la jurisprudencia de la Corte Suprema ha aplicado dicha restricción.

5.2. LA DOCTRINA DEL «CLEAR AND PRESENT DANGER» EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

5.2.1. Jurisprudencia en el período de la I Guerra Mundial:

El origen, el punto cero, de la doctrina del «clear and present danger», en español, «peligro claro e inminente», fue por primera vez recogido, *nominalmente*, en esos términos, en la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos *Schenck and Baer v. U.S.*²⁹⁸ de la que fue ponente el Juez

²⁹⁴ Ob.cit., p. 12.

²⁹⁵ ALCÁ CER GUIRAO, Rafael: “Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE. UU. y Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 103, 2015, p. 79.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 81.

²⁹⁷ VALERO HEREDIA, Ana: “Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 110, 2017, p. 330.

²⁹⁸ Vide: <https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep249/usrep249047/usrep249047.pdf> (consultado el 15-12-19).

Oliver Wendell Holmes. Si bien, hay una corriente doctrinal reciente²⁹⁹, que revisando la anterior, considera que la esencia de dicha doctrina se recogió *materialmente* en el voto particular del Juez Oliver Wendell Holmes al que se sumó el Juez Louis Brandeis, y que se plasmaron a partir de la posterior sentencia de *Abrams v. U.S.*³⁰⁰.

Ambas sentencias, y otras de la época, tienen como punto de partida el mismo contexto histórico, marcado por la Primera Guerra Mundial y por la aprobación por el Congreso de Estados Unidos de la *Espionage Act of June 15, 1917*, con la finalidad de castigar a los disidentes, antibelicistas, contrarios al reclutamiento para ir a la guerra contra Alemania.

Analizaremos las sentencias atendiendo al período histórico en que fueron dictadas. Estudiaremos brevemente las circunstancias del caso y las bases de la decisión de la Corte Suprema, conforme a la doctrina del «clear and present danger».

A. La sentencia *Schenck and Baer v. U.S.* 249, U.S. 47 (1919)³⁰¹:

Esta sentencia confirmó la condena de Charles Schenck, Secretario General del Partido Socialista de Filadelfia, por vulneración de la *Espionage Act de 1917*.

Los hechos enjuiciados consistieron en que Charles Schenck encargó la elaboración, para su posterior distribución por correo, de 15.000 panfletos. Estos folletos recogían mensajes contrarios al reclutamiento para la guerra.

²⁹⁹ Vid. ARIAS CASTAÑO, Abel: *Clear and Present Danger test. La Libertad de expresión en los límites de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 93-95. En esta obra se realiza un análisis cuidadoso y detallado de dicha doctrina, que se remonta desde 1.798 hasta la época más reciente. El autor mantiene que a lo largo de la historia jurisprudencial se identifican «diferentes modelos autónomos e independientes de *Clear and Present Danger*: los modelos invisible, expansivo, militante y ecléctico». *Ibidem*, p. 243.

³⁰⁰ *Abrams v. U.S.*, 250, U.S. 616 (1919). Vide: <https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep250/usrep250616/usrep250616.pdf> (consultada el 15-12-19).

³⁰¹ V. <https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep249/usrep249047/usrep249047.pdf> (consultado el 15-12-19).

Como señala PRESNO LINERA fue la primera sentencia en la que se invocó la Primera Enmienda y se hizo referencia al *clear and present danger* por parte del Juez Oliver WENDELL HOLMES. En sus palabras:

Así, el primer caso en el que se invocó la Primera Enmienda con ocasión de una condena impuesta a partir de la Ley de Espionaje fue en el famoso asunto Schenck vs. United States, de 3 de marzo de 1919, en el que el Tribunal Supremo avaló la constitucionalidad de la ley y, aunque Holmes, juez ponente, hizo referencia a la provocación de un peligro claro e inminente (clear and present danger), en realidad se argumentó a partir del bad tendency test: si la ley colocaba en el mismo plano las palabras que se pronunciaban y el objetivo de las mismas, no había razón para afirmar que el acto —las palabras— solo era delictivo si alcanzaba los fines que perseguía.

Vide PRESNO LINERA, Miguel Ángel: “La libertad de expresión del disidente y su articulación jurisprudencial en Estados Unidos y en Europa”. *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, n.º.32, 2022, p. 21.

En concreto la sentencia recogió que en dichos impresos «insinuó que el reclutamiento era despotismo en su peor forma, y un monstruoso error contra la humanidad, en interés de los pocos elegidos de Wall Street». Las expresiones concretas fueron «(n)o te sometás a intimidación», «(a)firma tus derechos», «(s)i no firmas y apoyas tus derechos, estás ayudando a negar o menospreciar los derechos cuya conservación es el solemne deber de conservar de todos los ciudadanos y residentes de los Estados Unidos».

El tribunal ante la petición de amparo por la primera enmienda comenzó razonando que «el carácter de cada acto depende de las circunstancias en las que se hace». Es decir, se debe de atender al contexto en que se produce. En este sentido, la sentencia pone un ejemplo: «La protección más estricta de la libertad de expresión no protegería a un hombre que grita en falso que hay fuego en un teatro y causa el pánico».

El *quid* de la cuestión es «si las palabras usadas se utilizan en tales circunstancias y son de tal naturaleza para crear un peligro claro y presente de que producirán los males sustantivos que el Congreso tiene derecho a prevenir»³⁰².

El tribunal tuvo muy en cuenta la situación de guerra en la que se encontraba el país. Ese fue el contexto relevante y determinante para la decisión. No es lo mismo lanzar esas expresiones en tiempos de paz que en tiempos de guerra³⁰³:

*Es una cuestión de proximidad y grado. Cuando una nación está en guerra muchas cosas que podrían decirse en tiempo de paz son un obstáculo [...] que su expresión no se soportará mientras los hombres luchan y que ningún Tribunal podría considerarlos protegidos por ningún derecho constitucional. Parece admitirse que si se probara una obstrucción real del servicio de reclutamiento, la responsabilidad por las palabras que produjeron ese efecto podría aplicarse*³⁰⁴.

La cuestión determinante, y la diferencia entre ésta y los votos particulares recogidos en la sentencia *Abrams v. U.S.*, giró en torno a si ese requisito subjetivo, esa intención del autor, se presume y, por tanto se desprende por sí sola de los medios desplegados, o, si por el contrario también debe de ser acreditado en el proceso³⁰⁵.

³⁰² *Ibidem*.

³⁰³ Sin embargo, como señala Abel ARIAS CASTAÑO (v. ob.cit.p.128), a partir de los votos particulares de la sentencia *Abrams vs. U.S.*, se establece que el hecho de que el país esté o no en guerra «no debe identificarse como una circunstancia, presupuesto, o condición relevante para aplicarlo (entiéndase referido al test) o para dejar de hacerlo».

³⁰⁴ *Abrams v. U.S.*, 250, U.S. 616 (1919). Vide: <https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep250/usrep250616/usrep250616.pdf> (consultada el 15-12-19).

³⁰⁵ ARIAS CASTAÑO, Abel: *Clear and Present Danger test. La Libertad de expresión en los límites de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp 101-102.

En la sentencia del caso *Schenck and Baer v. U.S* se confirmó la condena pues presumió que la intención de Schenck podría poner en un peligro real y efectivo el servicio de reclutamiento: «el documento no habría sido enviado a menos que se hubiera pretendido que tuviera algún efecto, y no vemos qué efecto cabría esperar que tuviera sobre las personas sujetas a reclutamiento, excepto para influir en ellas para no alistarse».

B. *Abrams v. U.S*, 250, U.S. 616 (1919)³⁰⁶:

Los hechos por los que en primera instancia se condenó a cinco de los siete ciudadanos rusos (pero afincados en EEUU desde hacía años) consistieron en que arrojaron desde un edificio en Nueva York copias de dos panfletos que vulneraron la *Espionage Act de 1917*³⁰⁷.

Los folletos tenían los siguientes títulos: «La hipocresía de los Estados Unidos y sus aliados » y «Despertad trabajadores».

Los contenidos de los mismos fueron destacados en la sentencia³⁰⁸.

En concreto, del primero de los libelos:

Su vergonzoso y cobarde silencio³⁰⁹ sobre la intervención en Rusia revela la hipocresía de la banda plutocrática en Washington y sus alrededores [...] Él (el Presidente) es demasiado cobarde para salir abiertamente y decir: 'Las naciones capitalistas no podemos permitirnos tener una república proletaria en Rusia [...] La Revolución Rusa llora: ¡Trabajadores del mundo! ¡Despertad! ¡Levantaos! ¡Acaba con tu enemigo y el mío! "¡Sí! amigos, sólo hay un enemigo de los trabajadores del mundo y es el CAPITALISMO.

El contenido del segundo de los impresos era:

Trabajadores, emigrantes rusos, que menos creísteis en la honestidad de nuestro Gobierno, ahora debéis desechar toda confianza, debéis escupir en la cara de la falsa, hipócrita, propaganda militar que os ha engañado tan implacablemente, invocando tu simpatía, tu ayuda, a la continuación de la guerra. Con el dinero que has prestado, o vas a prestar, van a hacer balas no sólo para los alemanes, sino también para los trabajadores soviéticos de Rusia. Trabajadores en las fábricas de municiones, estáis produciendo balas, bayonetas, cañones, para asesinar no sólo a los alemanes, sino también a los más queridos, mejores, que están en Rusia y están luchando por la libertad.

³⁰⁶ Vide: <https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep250/usrep250616/usrep250616.pdf> (consultada el 15-12-19).

³⁰⁷ Ob.cit., p.107.

³⁰⁸ <https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep250/usrep250616/usrep250616.pdf> (consultado el 21-12-19).

³⁰⁹ Se referían al presidente Wilson, tras tildarle de «hipócrita y un cobarde porque las tropas fueron enviadas a Rusia, procede a agredir a nuestro Gobierno en general».

La Corte Suprema confirmó la condena en base a los precedentes de *Schenck and Baer v. U.S.*, 249 U. S. 47; and in *Frohwerk v. U.S.*, 249 U. S. 204³¹⁰. Consideró que «el lenguaje de estas circulares estaba destinado obviamente a provocar y alentar la resistencia a los Estados Unidos en la guerra, ya que «[...] instaron claramente y abogaron por recurrir a una huelga general de trabajadores en las fábricas de municiones con el fin de reducir la producción de artillería y municiones necesarias y esenciales para la continuación de la guerra».

Sin embargo, lo relevante fueron los votos particulares disidentes con el sentir mayoritario. En este caso, el Juez Oliver Wendell Holmes recordó que la Primera Enmienda a la Constitución supone que el Congreso no hará ninguna ley que acabe con la libertad de expresión. Tras hacerlo subraya que «el principio del derecho a la libertad de expresión es siempre el mismo. Es sólo el peligro actual del mal inmediato o una intención de lograrlo lo que justifica el Congreso al establecer un límite a la expresión de opinión».

En el caso concreto, desechó la existencia del riesgo claro y presente, puesto que «nadie puede suponer que la publicación subrepticia de un folleto tonto por un hombre desconocido, sin más, presentaría ningún peligro inmediato».

La decisión del caso no era inocua, ya que como enfatiza el voto particular, las frases objeto del recurso habían merecido una condena a veinte años de prisión³¹¹.

Unida a esta idea, a lo largo del razonamiento, aflora una concepción acerca de la libertad de expresión íntimamente ligada al concepto *free market place*. En efecto, «el libre intercambio de ideas [...] la mejor prueba de la verdad es el poder del pensamiento para ser aceptado en la competencia del mercado, y esa verdad es el único terreno sobre el cual sus deseos pueden llevarse a cabo de forma segura. Eso es, en todo caso, la teoría de nuestra Constitución»³¹².

³¹⁰ <https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep249/usrep249204/usrep249204.pdf> (consultado el 22-12-19).

³¹¹ Aunque expresamente no se alude al principio de proporcionalidad entiendo que ante una consecuencia punitiva tan grave es un elemento poderoso a tener en cuenta.

³¹² Abel ARIAS CASTAÑO apunta a que con estas palabras el juez Holmes destaca «el valor instrumental del derecho fundamental (refiriéndose a la libertad de expresión) en el progreso del conocimiento y en la obtención de “la verdad”». (v. op. cit., p.139).

Resulta interesante el apunte de PRESNO LINERA cuando indica que el origen de esta idea está en el utilitarismo de *Stuart Mill*, y sin embargo, difiere en la medida en que este tiene una visión optimista de la sociedad, mientras que el juez Holmes la tenía pesimista:

(la libertad de expresión) *Es necesaria para el avance del conocimiento y el descubrimiento de la verdad [...] Esta premisa encontraría su fundamentación filosófica originaria en el utilitarismo de Stuart Mill, incorporado a la jurisprudencia constitucional norteamericana por obra del juez Holmes. Aquí la justificación se apoya en la firme convicción de que es más probable que la verdad prevalezca cuando se mantiene una discusión abierta que a través de cualquier medida que tenga por objeto erradicar los discursos falsos. Debe recordarse también que las razones para apoyar esta teoría difieren radicalmente en Mill y*

El resultado de la unión de ambas ideas condujo a disentir con la opinión mayoritaria. A considerar que sólo cuando esos discursos sean «peligrosos» habrá de intervenir. En sus palabras, «creo que debemos estar eternamente atentos a los intentos de comprobar la expresión de opiniones que detestamos e incluso que consideramos muy peligrosas, salvo que amenacen de una manera inminente con una interferencia inmediata en los legítimos y urgentes propósitos del Derecho, que requiera un control inmediato para salvar el país».

5.2.2. Jurisprudencia en el período de entreguerras:

Como señala Abel Arias Castaño³¹³, entre las sentencias *Whitney v. California* (1927) y la sentencia *Thornhill v. Alabama* (1940)³¹⁴, en ninguna sentencia, ni voto particular, se hace una mención expresa «al test del *Clear and Present Danger*».

A. *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927)³¹⁵:

La Sra. Whitney fue condenada por el Estado de California por ayudar a organizar, en el año 1919, el Partido Comunista Laborista de California, por ser miembro de él, y por reunirse con él. Estos actos se consideraron constitutivos de un delito conforme a *The California Criminal Syndicalism Act*, porque se consideró que el partido se formó para enseñar sindicalismo criminal.

El tribunal confirmó la condena. Ponderó que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y que, por tanto, el Estado puede castigar a quien abusa de dicha libertad:

Que la libertad de expresión esté garantizada por la Constitución no confiere un derecho absoluto a hablar, sin responsabilidad, sea cual sea la que se elija, o una licencia sin restricciones y desenfrenada que otorgue inmunidad por todo uso posible del lenguaje y el castigo de aquellos que abusan de esta libertad; y que un Estado en el ejercicio de su poder policial puede castigar a quienes abusan de esta libertad [...]

Holmes: el primero tenía una visión optimista y confiaba en el progreso social, de manera que esperaba que la verdad acabaría venciendo a las falsedades, que únicamente debían reprimirse si incitaban a la violencia; para el segundo, más bien pesimista, la admisión de un espectro amplísimo de ideas fomentaría que la mayoría de la gente, propensa a mantener ideas carentes de valor o directamente dañinas, pudiera desarrollar, cuando menos, una duda saludable sobre las mismas. Nos encontramos, en suma, ante una concepción de la libertad de expresión esencialmente negativa. [...]

Vide PRESNO LINERA, Miguel Ángel: “Del odio como discurso al odio como delito, pasando por el discurso del odio”. *Estudios de casos líderes europeos y nacionales. Vol. XIV. La libertad de expresión en el siglo XXI: Cuestiones actuales y problemáticas* / coord. por VÁZQUEZ ALONSO, Víctor Javier; EFRÉN RÍOS VEGA, Luis (dir.), SPIGNO, Irene (dir.) Tirant lo Blanch, 2021, p. 324.

³¹³ Ob.cit. p. 169. Para un análisis más profundo de las sentencias dictadas en dicha época es recomendable acudir a las pp.167-182.

³¹⁴ Sentencia *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940), <https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep310/usrep310088/usrep310088.pdf> (consultado el 30-12-19).

³¹⁵ <https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep274/usrep274357/usrep274357.pdf> (consultado el 22-12-19).

*tendiendo a incitar a la delincuencia, perturbar la paz pública o poner en peligro los cimientos del gobierno organizado y amenazar su el derrocamiento por medios ilícitos, no es cuestionable*³¹⁶.

En este caso, el Juez Louis Brandeis emitió un voto particular concurrente al que se sumó el Juez Holmes³¹⁷. Tomó como punto de partida la sentencia *Schenck and Baer v. U.S.* Comenzó su razonamiento recalcando que es necesario para restringir la libertad de expresión que exista un peligro claro e inminente: «Que la necesidad que es esencial para una restricción válida no existe a menos que el discurso produzca, o se pretenda producir, un peligro claro e inminente de algún mal sustantivo que el Estado constitucionalmente pueda tratar de impedir, se ha resuelto»³¹⁸.

A partir de aquí, reconoció que todavía no habían fijado los parámetros para concretar qué sea un peligro claro e inminente:

*Este Tribunal aún no ha fijado los estándares para determinar cuándo se considerará claro un peligro; lo remoto que puede ser el peligro y, sin embargo, ser considerado presente; y qué grado de daño se considerará lo suficientemente sustancial como para justificar una restricción de la libertad de expresión y reunión como medio de protección. Para llegar a conclusiones sólidas sobre estos asuntos, debemos tener en cuenta por qué a un Estado, normalmente, se le deniega el poder de prohibir la difusión de doctrina social, económica y política que una gran mayoría de sus ciudadanos considera falsas y plagadas de perversas consecuencias*³¹⁹.

Una vez colocados los primeros hitos del razonamiento jurídico (necesidad de peligro claro e inminente, y que nunca se han dado pautas para interpretarlos en el caso concreto) continuó su reflexión haciendo partícipe de la misma a uno de los «padres fundadores de la constitución»³²⁰, Thomas Jefferson, al plasmar una cita suya: «No tenemos nada que temer de los razonamientos desmoralizantes de algunos, si otros se dejan libres para demostrar sus errores y especialmente cuando la ley está dispuesta a castigar el primer acto criminal producido por los falsos razonamientos; estas son correcciones más seguras que la conciencia del juez»³²¹.

Consideró que el nacimiento de la libertad de expresión, tiene una finalidad dual, no es sólo un medio, sino también un fin, para alcanzar la felicidad. Subyace la perspectiva de que las ideas deben combatirse debatiendo, sin castigarlas, porque si se penalizan, se genera miedo, que provoca odio, y en definitiva desestabiliza al gobierno:

³¹⁶ Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927), p. 371.

³¹⁷ Abel Arias Castaño señala que el Juez Brandeis, en el caso Whitney, «pondrá el énfasis en la relación que existe entre la libertad de expresión y la fundamentación democrática del poder, subrayando con ello su dimensión democrático-funcional» (v. ARIAS CASTAÑO, ob.cit., p.139).

³¹⁸ Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927), p. 373.

³¹⁹ Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927), p. 374.

³²⁰ Arias Castaño señala que «la perspectiva que adopta es la comprensión teórica que la generación constitucional de los Padres Fundadores tenía acerca del sentido de la libertad de expresión» *ibidem*, p 137.

³²¹ Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927), p. 375, al pie.

Valoraban la libertad como un fin y como un medio. Creían que la libertad era el secreto de la felicidad y el valor para serlo el secreto de la libertad. Ellos creían que la libertad de pensar como quieras y de hablar como crees son medios indispensables para el descubrimiento y la difusión de la verdad política; que sin la libertad de expresión y la discusión de la asamblea sería inútil; que con ellos, el debate ofrece una protección normalmente adecuada contra la difusión de doctrina nociva; que la mayor amenaza a la libertad es un pueblo inerte; que la discusión pública es un deber político; y que esto debería ser un principio fundamental del gobierno estadounidense. Reconocieron los riesgos a los que están sujetas todas las instituciones humanas. Pero sabían que el orden no puede ser asegurado simplemente por temor al castigo por su infracción; que es peligroso desalentar el pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el miedo genera represión; que la represión genera odio; que el odio amenaza la estabilidad del gobierno; que el camino para lograr la seguridad radica en la oportunidad de discutir libremente los supuestos agravios y los remedios propuestos; y que el remedio apropiado para los malos consejos son los buenos consejos. Creyendo en el poder de la razón aplicada a través de la discusión pública, evitaron coaccionar con la ley para imponer el silencio, el argumento de la fuerza es su peor forma³²².

Como argumento histórico recordó que en sus comienzos en EEUU los hombres temían a las brujas y por ello quemaron mujeres; tuvieron períodos en los que la esclavitud estaba normalizada, y se terminó prohibiendo, y liberando a los hombres y mujeres esclavos. En definitiva, el uso de la razón, el diálogo, el poder expresar ideas, permitió combatir los miedos irracionales y llevar a cabo cambios políticos.

Dicho lo cual, recordó la excepcionalidad para justificar una intervención e injerencia en la libertad de expresión, se precisa de la existencia de buenas razones «para creer que el peligro aprehendido es inminente [...] para creer que el mal que hay que prevenir es serio [...], debe demostrarse que se espera o se propugna la violencia grave e inmediata, o que la conducta pasada proporcionó razones para creer que se contemplaba entonces esa promoción».

No coincidió con el sentir mayoritario por considerar que «reunirse con un partido político, formado para abogar por la conveniencia de una revolución proletaria mediante la acción de las masas en una fecha necesariamente lejos en el futuro, no es un derecho dentro de la protección de la Decimocuarta Enmienda».

Finalmente, a pesar de no coincidir con la argumentación de la mayoría, sí lo hicieron en cuanto a la conclusión, ya que «(e)n el presente caso, sin embargo, hubo otros testimonios que tendían a establecer la existencia de una conspiración, por parte de los miembros de los Trabajadores Internacionales del Mundo, para cometer crímenes graves actuales; y también para demostrar que tal conspiración sería reforzada por la actividad de la sociedad de la que la señorita Whitney era miembro³²³».

³²² Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927), p. 375-376.

³²³ Ibidem.

5.2.3. La jurisprudencia durante la II Guerra Mundial:

El contexto histórico vino marcado por la guerra. Sin embargo, la tesis del *clear and present danger* se aplicó a un amplio abanico de asuntos y no sólo a temas relativos a opiniones antibelicistas o contrarias al reclutamiento³²⁴.

A. Taylor v. Mississippi, 319 U.S. 583 (1943)³²⁵.

La Corte Suprema conoció del recurso de tres condenados a penas de prisión cuya duración se condicionó hasta el final de la guerra, pero sin llegar a exceder de diez años.

Los tres apelantes eran testigos de Jehová y la condena se basó en considerar que atentaron contra la paz y seguridad, tanto de EE.UU, como del estado de Mississippi durante la guerra.

Los hechos consistieron en que a lo largo de múltiples entrevistas con varias mujeres (los hijos de dos de ellas murieron en la guerra):

[...] declararon que era un error para nuestro Presidente enviar a nuestros chicos uniformados para luchar contra nuestros enemigos; que estaba mal luchar contra nuestros enemigos; que estos chicos estaban siendo derribados sin ningún propósito en absoluto; que los dos hijos de las dos mujeres pueden haber pensado que estaban haciendo lo correcto para luchar contra nuestros enemigos, pero estaba mal; que Hitler gobernaría, pero no tendría que venir aquí para gobernar; que cuanto más rápido la gente de aquí dejara de inclinarse y adorar y saludar nuestra bandera y gobierno antes tendríamos paz.

Además de dichas conversaciones también difundieron libros y panfletos de los que merecen destacar los siguientes pasajes:

Todas las naciones de la tierra están bajo la influencia y el control de los demonios ... Todas las naciones sufren el mismo destino o llegan al mismo fin, porque todas las naciones de la tierra están en el lado equivocado, es decir, en el lado perdedor. Todas esas naciones están en contra del Gobierno Teocrático, es decir, el gobierno del reino de Dios Todopoderoso... y todos están bajo el control de la hueste invisible de los demonios, ... "Pero obligar a la gente a saludar una bandera o cualquier otra imagen está mal, y particularmente si esa persona cree en Dios y en Jesucristo. Para el cristiano saludar una bandera es una violación directa del mandamiento específico de Dios [...] Aquellos que son verdaderos cristianos concienzudos están en una clase completamente diferente de los demás del mundo. Los testigos de Jehová son cristianos y en un pacto de ser totalmente obedientes a la ley de Dios. Deben enseñar a sus hijos y amonestarlos a obedecer la ley de Dios, como él ha mandado. Son conscientes y sinceramente creen que para ellos disfrutar del formalismo o la ceremonia de saludar a cualquier bandera es una violación del mandamiento específico de Dios [...].

³²⁴ ARIAS CASTAÑO, Abel: *Clear and Present Danger test. La Libertad de expresión en los límites de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p.187.

³²⁵ <https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep319/usrep319583/usrep319583.pdf> (consultado el 30-12-19).

La Corte Suprema anuló las condenas en base a dos motivos.

En primer lugar, consideró en cuanto al elemento subjetivo de los mensajes, su intención, que no fue otra que transmitir y enseñar aquella doctrina en la que creían, sus creencias y opiniones.

En segundo lugar, respecto al elemento objetivo, el resultado que podrían provocar en la sociedad lo consideraron inocuo, en el sentido de que no suponían un peligro claro, inminente y grave. Ello por cuanto no incitaron a realizar acciones subversivas contra la nación o el Estado ni pusieron en peligro a las instituciones o al Gobierno.

B. *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940)³²⁶.

Newton Cantwell y sus dos hijos, Jesse y Russell, miembros de los Testigos de Jehová el día en que fueron detenidos:

[...] se dedicaban a ir solos de casa en casa por la calle Cassius en New Haven. Estaban equipados individualmente con una bolsa que contenía libros, y panfletos sobre temas religiosos, un fonógrafo portátil y un conjunto de grabaciones, cada una de los cuales, cuando se reproduce, daba una descripción de uno de los libros. Cada apelante pidió permiso a la persona que respondió a su llamada para reproducir una de las grabaciones. Si se le concedió el permiso, pidió a la persona que comprara el libro descrito y, al rechazarlo, solicitó una contribución para la publicación de los folletos [...]. Si se recibía una contribución, se entregaba un folleto a condición de que se leyera.

En este contexto, Jesse Cantwell, en una de las visitas a dos personas católicas reprodujo la introducción que se refería al libro «Enemigos» y que suponía un ataque a la religión católica³²⁷. En ese momento, esas dos personas se sintieron ofendidas, y tentadas de atacarle a menos que se marchara del lugar.

La sentencia de la Corte Suprema se planteó de forma novedosa si la constitución ampara la libertad de expresión cuando lo que provoca no es un ataque contra otros, sino hacia uno mismo³²⁸, «(e)l tribunal sostuvo que el cargo no era asalto o violación, de la paz o amenazas por parte de Cantwell, sino invocar o incitar a otros a violar la paz³²⁹».

En este caso, tres, son las circunstancias relevantes:

³²⁶ <https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep310/usrep310296/usrep310296.pdf> (consultado el 28-12-19).

³²⁷ «encarna un ataque general a todos los sistemas religiosos organizados como instrumentos de Satanás», vide. *Cantwell v. Connecticut*.

³²⁸ ARIAS CASTAÑO, Abel: *Clear and Present Danger test. La Libertad de expresión en los límites de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p.191.

³²⁹ *Cantwell v. Connecticut*.

En primer lugar, que el barrio donde ocurrieron los hechos, muy poblado, estaba conformado con aproximadamente un noventa por ciento de residentes católicos.

En segundo lugar, que ninguna de las personas entrevistadas eran miembros de los Testigos de Jehová.

Y en tercer lugar, que la grabación que reprodujo ofendió a dos personas católicas que estuvieron tentadas de agredir a uno de los testigos de Jehová (Jesse Cantwell).

La Corte Suprema consideró que la intención de Jesse Cantwell fue la de tratar de vender libros u obtener donaciones para emplearlas en lo que para él era la verdadera religión. Es decir, no trató de provocar o de ofender. La grabación antedicha la puso porque los vecinos le dieron permiso para que lo hiciera. En cuanto se ofendieron abandonó el lugar.

Se expuso que la característica esencial de las libertades es que bajo su escudo se protegen «muchos tipos de vida, carácter, opinión y creencia», para que pueden desarrollarse sin ser molestados. En atención a todo ello fue absuelto, ya que, en definitiva, se consideró que no hubo un peligro claro e inminente para la paz o el orden público.

C. Sentencia *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940)³³⁰.

Byron Thornhill fue condenado al pago de una multa de cien dólares con pena de prisión en caso de impago por haber participado en un piquete situado muy cerca del lugar de negocios de su antiguo empleador. Era miembro de un grupo de piquetes relativamente grande, teniendo en cuenta la ubicación del piquete, y el número de empleados de la planta. «No se trataba de un "piquete pacífico", sino de una molestia ofensiva e injustificable calculada para provocar disturbios públicos y violaciones de la paz³³¹».

La condena se basó en que para el estado de Alabama era ilegal acercarse o merodear sin una causa justa o excusa legal, a cualquier lugar de negocios lícitos, con el propósito de, o con la intención de, influir o inducir a otras personas a no comprar, de tratar con, o ser empleado en dicho lugar de negocios; o con el propósito de impedir, interferir o dañar dicho negocio.

³³⁰ v. <https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep310/usrep310088/usrep310088.pdf> (consultado el 30-12-19)

³³¹ *Thornhill v. Alabama*.

La Corte Suprema retomó las ideas del Juez Oliver Wendell Holmes³³², señalando que las malas ideas deben de refutarse con buenas ideas en el libre mercado de las ideas. La libertad de expresión consiste en que cualquiera puede exponer sus propias ideas, ya que de esa forma, con el libre intercambio de ideas, EE.UU logró su independencia³³³.

Al examinar el asunto, las pruebas practicadas, consistentes en declaraciones testificales, acreditaron que el comportamiento del recurrente fue pacífico. En consecuencia, al tratar su discurso de cuestiones de verdadero interés público y no acreditarse ningún peligro claro e inminente para la vida, la propiedad, la intimidad o la paz, la Corte Suprema decidió revocar la condena.

5.2.4. La jurisprudencia tras la II Guerra Mundial:

A. Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1 (1948)³³⁴.

Arthur Terminiello (sacerdote católico que en el momento de los hechos estaba suspendido para ejercer como tal) fue condenado al pago de una multa de cien dólares, no por dar un discurso o por el contenido del mismo, sino por la reacción que provocó³³⁵.

Los hechos se produjeron con motivo de una reunión en Chicago de los Cristianos Veteranos de Guerra, en un auditorio con una capacidad para unas ochocientas personas en el interior. En el exterior permanecieron unas mil personas que protestaron contra dicha reunión. Entre medio se dispuso un cordón policial que no fue capaz de evitar disturbios.

Ante este escenario, desde el interior Arthur Terminiello «condenó la conducta de la multitud fuera y criticó enérgicamente, si no con crueldad, a varios grupos políticos y raciales cuyas actividades denunció como hostiles para el bienestar de la nación».

³³² [...] *los males sustantivos surgen en circunstancias que no dan la oportunidad de probar los méritos de las ideas por la competencia para la aceptación en el mercado de la opinión pública.*

³³³ *Aquellos que ganaron nuestra independencia tenían confianza en el poder del razonamiento libre e intrépido y la comunicación de ideas para descubrir y difundir la verdad política y económica. Las doctrinas nocivas en esos campos pueden ser refutadas y su mal evitado por el valiente ejercicio del derecho de libre discusión.*

³³⁴ <https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep337/usrep337001/usrep337001.pdf> (consultado el 28-12-19).

³³⁵ La sentencia utiliza literalmente la expresión «fighting words» para referirse al caso analizado.

La Corte Suprema revocó la condena, si bien no por unanimidad, ya que hubo tres votos discordantes (entre los que destacaremos el del Juez Jackson³³⁶).

La opinión mayoritaria, expuesta por el Juez Douglas, pasó a analizar, en primer lugar, el valor que tiene la libertad de expresión para la sociedad, el cual reside en la función que dicha libertad desempeña para la misma. La libertad de expresión es el medio para poder discutir, debatir, y en esencia, marca la diferencia con los regímenes totalitarios.

La vitalidad de las instituciones civiles y políticas en nuestra sociedad depende de la libre discusión [...] es sólo a través del libre debate y el libre intercambio de ideas que el gobierno sigue respondiendo a la voluntad del pueblo y se lleva a cabo el cambio pacífico. El derecho a hablar libremente y a promover la diversidad de ideas y programas es, por lo tanto, una de las principales distinciones que nos diferencia de los regímenes totalitarios.

En consecuencia, una función de la libertad de expresión bajo nuestro sistema de gobierno es invitar a disputas. De hecho, puede servir mejor a su alto propósito cuando induce una condición de malestar, crea insatisfacción con las condiciones tal como son, o incluso agita a la gente a la ira. El habla es a menudo provocativa y desafiante. Puede atacar prejuicios y preconcepciones y tener profundos efectos inquietantes, ya que presiona para la aceptación de una idea.

En segundo lugar, valoraron las expresiones realizadas por Arthur Terminiello y consideraron que no supusieron un peligro grave claro e inminente y, por tanto, la libertad de expresión debía estar «*protegida contra la censura o el castigo, [...] que se eleva (la libertad de expresión) muy por encima de las inconveniencias públicas, molestias o malestar*».

En definitiva, se protegió la libertad de expresión, por cuanto con ella se pueden cambiar las ideas dominantes, evitando la perpetuación de las ideas establecidas hasta ese momento: « [...] la alternativa conduciría a la normalización de ideas ya sea por las legislaturas, tribunales o grupos políticos o comunitarios dominantes [...]».

Sin embargo, el Juez Jackson, consideró en su voto particular que la condena debió ser confirmada.

Estuvo conforme con las valoraciones realizadas por la mayoría en relación al valor de la libertad de expresión. Sin embargo, pensó, que no se analizaron las circunstancias del caso concreto, sino que se hizo una valoración en abstracto en favor de la libertad de expresión.

³³⁶ Aplicando la misma teoría llegaron a conclusiones diferentes según qué se entendiera por mal grave. Vide. ARIAS CASTAÑO, Abel: *Clear and Present Danger test. La Libertad de expresión en los límites de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp 193-194.

Según la propia declaración de Arthur Terminiello cuando llegaron se encontraron en el exterior con entre trescientas o cuatrocientas personas que les gritaron «fascistas, nazis». Tuvieron que ser acompañados por la policía para poder entrar. Había policías tanto en la puerta de entrada al escenario como en la puerta de atrás. Desde el exterior tiraron piedras, rompieron ventanas, trataron de abrir las puertas, hubo forcejeos y la policía era incapaz de contenerles, tuvo que intervenir y detener hasta diecisiete personas.

Para el Juez Jackson es este el contexto clave. Consideró, citando al Juez Holmes en la sentencia *Schenck and Baer v. U.S.*, que «La cuestión en todos los casos es si las palabras utilizadas se utilizan en tales circunstancias y son de tal naturaleza que crean un peligro claro y presente que traerán, males sustantivos que el Congreso [o el Estado o la ciudad] tiene derecho a impedir».

En esta situación, consciente de ella, Arthur Terminiello, con su largo discurso «echó gasolina». La cuestión no eran tanto las palabras empleadas, «(l)as palabras más insultantes pueden ser neutralizadas si el orador sonríe cuando las dice». Si no cómo actuó, cómo fue el discurso, «una personalidad beligerante y una manera agresiva pueden encender una pelea sin usar palabras que en frío nos impactan».

En su voto particular recogió las citas literales del testimonio del propio Arthur Terminiello y destacó las más relevantes para apoyar su discrepancia.

El discurso seguía los patrones de los líderes fascistas europeos, tenía comentarios anticomunistas, contra los judíos, de ensalzamiento del régimen nazi y de Franco (al que denominó el salvador de lo que quedaba de Europa). En lo que nos interesa:

[...] El tema del que quiero hablarles esta noche es el intento que está sucediendo justo fuera de esta sala esta noche, el intento que está pasando para destruir a Estados Unidos por revolución [...]

Eso es lo que ellos quieren para ti (refiriéndose al comunismo en Rusia), esa turba aullando fuera [...]

Si conoces los nombres (se refiere a las personas del exterior), por favor envíamelos de inmediato [...]

Recuerda que tiene que haber un líder [...] Esas turbas están cantando; ese es el canto del cavernícola. Fueron entrenados para hacerlo. Fueron entrenados esta tarde. Están siendo guiados; habrá violencia. "Es por eso que os digo [...] La policía os protegerá. Dejad a las mujeres en el interior, donde no les harán daño [...] No seremos tolerantes con esa turba. Ya no vamos a ser tolerantes. "Somos lo suficientemente fuertes. Ya no vamos a ser tolerantes [...]" Así que, amigos míos, ya que pasamos mucho tiempo esta noche tratando de calmar a la turba aullando, voy a llevar mis pensamientos a una conclusión, y la conclusión es esta. Todos debemos ser como los Apóstoles antes de la venida del Espíritu Santo. No debemos encerrarnos [...] por miedo a los judíos. Hablo del judío comunista sionista, y esos no son judíos americanos. No los queremos aquí; queremos que vuelvan a donde vinieron [...].

En definitiva, consideró que para proteger la libertad de expresión deben de castigarse los abusos que conducen a la violencia. En este sentido se preguntó si a Arthur Terminiello le importó que hubiera violencia entre las personas del exterior y la policía.

Y concluyó remarcando que «(l)a elección no es entre el orden y la libertad. Está entre la libertad con el orden y la anarquía sin ninguno de los dos. Existe el peligro de que, si la Corte no atempera su lógica doctrinaria con un poco de sabiduría práctica, convierta la Carta de Derechos Constitucional en un pacto suicida».

B. *Feiner v. New York*, 340 U.S. 315 (1951)³³⁷.

El recurrente, Irving Feiner, fue condenado a la pena de treinta días en la penitenciaría del condado por pronunciar encima de una caja, en una reunión al aire libre, a través de un sistema de altavoces conectado a un automóvil, un discurso incendiario en una calle de la ciudad. Durante el mismo hizo comentarios despectivos sobre el presidente Truman, la Legión Americana y los funcionarios políticos locales; se esforzó por despertar a los negros contra los blancos; e instó a los negros a levantarse en armas y luchar por la igualdad de derechos. A medida que avanzó el discurso la multitud bloqueó la acera y desbordó la calle. El público se inquietó; sus sentimientos a favor y en contra del orador aumentaban; y había al menos una amenaza de violencia. Ello provocó, que los agentes de policía (que habían acudido por quejas vecinales), que estuvieron en silencio y observando la situación durante algún tiempo, con la finalidad de evitar una pelea, le pidieron tres veces que dejara de hablar. Ante su negativa, después de su tercer rechazo, y tras haber estado hablando durante más de treinta minutos, le arrestaron y fue condenado por incitación a la violación de la paz.

La Corte Suprema por mayoría confirmó la condena y para ello se apoyó en el precedente *Cantwell v. Connecticut*, 310 U. S. 296 (1940):

El delito conocido como la violación de la paz abarca una gran variedad de conductas que destruyen o amenazan el orden público y la tranquilidad. Incluye no solo actos violentos, sino también actos y palabras que pueden producir violencia en otros. Nadie tendría la dificultad de sugerir que el principio de la libertad de expresión sanciona la incitación a los disturbios o que la libertad religiosa connota el privilegio de exhortar a otros a atacar físicamente a los que pertenecen a otra secta. Cuando aparece un peligro claro y presente de disturbios, desorden, interferencia con el tráfico en las calles públicas u otra amenaza inmediata para la seguridad pública, la paz o el orden, es obvio que el Estado tiene el poder para prevenir o castigar.

³³⁷ <https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep340/usrep340315/usrep340315.pdf> (consultado el 28-12-19).

El Tribunal entendió en el caso concreto que la detención y la condena no fue debida al hecho de hacer un discurso, ni por el contenido del mismo, ya que la policía no puede ser utilizada como un instrumento para la supresión de puntos de vista impopulares. No obstante, consideró que Irving Feiner superó los límites de la discusión-persuasión e incitó a los disturbios, de modo que la policía tuvo que actuar.

En definitiva, confirmaron la condena porque consideraron acreditada «la inminencia de un mayor desorden junto con el desafío deliberado del peticionario a los agentes de policía».

No obstante el sentir mayoritario es importante destacar los votos particulares.

En primer lugar, el voto del Juez Black, quien antes de atacar el anterior razonamiento, apuntaló un elemento fáctico relevante (al cual no se había hecho mención). En concreto puso de relieve que Irving Feiner era un joven universitario que el día de los hechos estaba acompañado de su mujer y de sus dos hijos pequeños.

A partir de aquí, no consideró acreditada la existencia de una amenaza. Es más, dio un giro interpretativo respecto de la función que debe cumplir la policía. Para el Juez Black el deber de la policía era proteger el derecho del orador a hablar, incluso hasta el punto de arrestar a quien amenazase con interferir. Por este motivo consideró que la policía eludió su obligación y lo que hizo fue suprimir la libertad de expresión.

En consecuencia, consideró que la confirmación de la condena suponía en la práctica que los oradores minoritarios pueden ser silenciados en cualquier ciudad.

De otro lado, los jueces Douglas y Milton discreparon y para ello aludieron también a otro dato fáctico, y es que en el desarrollo de los hechos una persona del público se acercó a la policía y les dijo «si no sacáis a ese hijo de puta, iré y lo sacaré de allí yo mismo». Fue entonces cuando la policía ordenó a Feiner que dejara de hablar, y cuando se negó, le arrestaron.

Para estos jueces era claro que nadie puede incitar a cometer disturbios o a alterar el orden público mediante el uso de *fighting words*. Sin embargo, consideraron que en el caso concreto lo que sucedió fue que la audiencia era indiferente y que la amenaza vino de un espectador que «amenazó» con sacar al orador del escenario.

Partiendo de ese sustento fáctico consideraron que fue el orador quien precisó de protección policial. Y, por tanto, al ser arrestado, la policía se puso del lado de aquellos que si por ellos fuera terminarían con las reuniones, convirtiéndose la policía en los nuevos censores del discurso.

5.2.5. La jurisprudencia durante la guerra fría:

Durante la guerra fría se extendió dentro de la política norteamericana la tesis del Senador por Michigan Joseph McCarthy según la cual el comunismo no se consideraba simplemente, en abstracto, como una amenaza para la seguridad nacional de los Estados Unidos, «sino que sostenía la existencia de una gran conspiración concreta y en marcha —planificada y dirigida desde la Unión Soviética— para su instauración efectiva dentro de los Estados Unidos, con el consiguiente colapso de su sistema democrático»³³⁸. Esta tesis tendría sus consecuencias en la interpretación por parte del Tribunal Supremo de la libertad de expresión y sus límites. Veamos.

A. Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951)³³⁹.

El caso giró en torno a la condena a los líderes del Partido Comunista por conspirar contra el Gobierno de Estados Unidos a las penas de cinco años de prisión y multa de 10.000 dólares. En concreto la propia sentencia recogió los siguientes antecedentes:

Los peticionarios, líderes del Partido Comunista en este país, fueron acusados en un tribunal de distrito federal en virtud del § 3 de la Smith Act, por conspirar deliberadamente (1) para organizar como Partido Comunista a un grupo de personas para enseñar y defender el derrocamiento y destrucción del gobierno de los Estados Unidos por la fuerza y la violencia, y (2) a sabiendas y voluntariamente, abogar y enseñar el deber y la necesidad de derrocar y destruir al gobierno de los Estados Unidos por la fuerza y la violencia. El Juez de primera instancia instruyó al jurado que no podían condenar a menos que descubrieran que los peticionarios tenían la intención de derrocar al Gobierno "tan rápido como las circunstancias lo permitieran" pero que, si así lo descubrían, entonces, como cuestión de derecho, había suficiente peligro de un mal sustantivo que el Congreso tiene el derecho de evitar para justificar la aplicación del estatuto bajo la Primera Enmienda. Los peticionarios fueron condenados y las condenas fueron sostenidas por el Tribunal de Apelaciones.

La Corte Suprema otorgó *certiorari*³⁴⁰, si bien, limitado a las siguientes preguntas:

³³⁸ Vide. Arias Castaño, Abel: *Clear and Present Danger test. La Libertad de expresión en los límites de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 211 y 212.

³³⁹ <https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep341/usrep341494/usrep341494.pdf> (consultado el 14-12-19). Es una sentencia densa (compuesta por noventa y nueve páginas) y múltiples votos, concurrentes y disidentes.

³⁴⁰ La RAE lo define como «(p)rocedimiento de revisión de decisiones de los tribunales inferiores basado en la selección o arbitrio del propio tribunal que asume la decisión última» v. <https://dej.rae.es/lema/certiorari> (consultado el 25-2-2020).

(1) Si el § 2 o el § 3 de la Act Smith, inherentemente o como se interpreta y aplica en el presente caso, viola la Primera Enmienda y otras disposiciones de la Declaración de Derechos; y (2) si § 2 o § 3, inherentemente o como se interpretaron y aplicaron en el presente caso, violan las Enmiendas Primera y Quinta por indefinición.

El parecer mayoritario fue expuesto por el Presidente del Tribunal, el Juez Vinson.

El punto de partida para abordar el problema pasó por reconocer expresamente que el Congreso estaba preocupado por aquellos que abogan y se organizan para el derrocamiento del Gobierno.

Se consideró que se requería como elemento esencial de la prueba del delito la intención, *mens rea*, de los acusados de derrocar al Gobierno por la fuerza y la violencia, tal y como se venía exigiendo en los precedentes de *Williams v. United States*, 341 U. S. 97, (1951); *Screws v. United States*, 325 U. S. 91, (1945) y *Cramer v. United States*, 325 U. S. 1, (1945).

La cuestión estriba en cómo se producen los cambios. Si son pacíficos y respetuosos con la ley y la constitución o, por el contrario, violentos, revolucionarios y recurriendo al terrorismo. El Juez Vinson explicó que un análisis de los precedentes que han implicado limitaciones directas a la expresión demostraría que la libertad de expresión que no es un derecho ilimitado sino que, en ocasiones, debe estar subordinado a otros valores y consideraciones. Afirmó que «ni el Juez Holmes ni el Juez Brandeis idearon que una frase abreviada (refiriéndose al *clear and present danger*) debería cristalizarse en una regla rígida para ser aplicada de manera inflexible sin tener en cuenta las circunstancias de cada caso».

Ello por cuanto «(n)ada es más seguro en la sociedad moderna que el principio de que no hay absolutos, que un nombre, una frase, una norma sólo tiene significado cuando se asocia con las consideraciones que dieron origen a la nomenclatura».

A partir de aquí acotó el «problema literal» que hay que resolver, y es qué es lo que se ha querido decir con el uso de la frase «peligro claro y presente» de las declaraciones que provocan el mal dentro del poder del Congreso para castigar.

Desde esta perspectiva lo que hizo, en primer lugar, fue descartar lo obvio, que no es otra cosa que afirmar que el Gobierno no puede esperar a que el derrocamiento, el golpe de Estado, esté a punto de ser ejecutado, a que ya se hayan fijado los planes y se espere la señal.

Rechazó el argumento de que el Gobierno no debe preocuparse porque es fuerte y tiene suficiente poder para evitarlo.

Consideró que el daño que puede crearse es imposible de medir en términos de probabilidad de éxito del intento. Por tanto, se debe rechazar que el criterio a tener en cuenta se refiera al éxito o probabilidad de éxito.

En segundo lugar, distinguió el punto intermedio, que se encuentra entre no hacer nada y esperar demasiado. El encuentro se produce cuando se acredita la «conspiración», ésta es la que crea el peligro. En sus propias palabras «(s)i los ingredientes de la reacción están presentes, no podemos obligar al Gobierno a esperar hasta que se añada el catalizador».

Las conclusiones fueron dos. En primer lugar, los apartados referidos de la Act Smith no violan intrínsecamente, ni como se interpreta o aplica en el caso inmediato, la Primera Enmienda y otras disposiciones de la Carta de Derechos, o las Enmiendas Primera y Quinta debido a la indefinición.

En segundo lugar, que los peticionarios tenían la intención de derrocar al Gobierno de los Estados Unidos con la rapidez que las circunstancias les permitieran. Su conspiración consistió en organizar el Partido Comunista, enseñar y abogar por el derrocamiento del Gobierno de los Estados Unidos por la fuerza y la violencia, lo que creó un «peligro claro y presente».

De los votos concurrentes con la decisión mayoritaria cabe destacar el del Juez Frankfurter. Este juez remarcó la importancia del debate de fondo. Distinguió por un lado, a los apelantes, que sostenían el derecho a defender una teoría política que, en su opinión, no creaba un peligro inmediato de evidente magnitud. Por otro lado, el Gobierno, que defendió el derecho a salvaguardar la seguridad de la Nación con aplicación de la Smith Act. El Juez Frankfurter consideró que este conflicto de intereses no podía ser resuelto dogmáticamente, eligiendo una postura frente a la otra, sino que debía someterse a un proceso racional, sin hacer un examen cándido.

Afirmó que la Primera Enmienda debe respetarse incluso en tiempos de guerra. Para ello apeló a la imparcialidad judicial, y a no dejarse influir por la atmósfera del momento, sino a atender a los principios establecidos en casos en los que el Tribunal decidió en períodos de tiempo tranquilos. Pero debiendo desconfiar de las generalizaciones fáciles y viéndolas como un todo.

Tras un repaso jurisprudencial, tomando en consideración resoluciones en las que intervino el Juez Holmes, llegó a la conclusión de que en cada caso el motivo de cada decisión era el mismo, que la Primera Enmienda «no puede haber sido, y obviamente no estaba, destinada a dar inmunidad por cada uso posible del lenguaje».

Consideró que no se puede hacer un dogma del criterio de «peligro claro y presente» porque está fuera del contexto en el que se originó. Asimismo explicó que, en su opinión, no todo tipo de discurso está en la misma posición en una escala de valores, sino que depende de las circunstancias, de la ocasión. Y es desde esta perspectiva que la defensa de las ideas de derrocar al gobierno merecen una protección, pero pequeña. Una cosa es el intercambio racional de ideas en un gobierno representativo y en una sociedad libre, y otra la conspiración. No existe un derecho a incitar a la revolución.

Por ello coincidió con la mayoría al concluir que «(e)l objeto de la conspiración que tenemos ante nosotros es tan claro que la posibilidad de error al decir que los acusados conspiraron para abogar en lugar de expresar ideas es leve».

En segundo lugar, el Juez Jackson, vino a acotar la esencia del debate:

Esta acusación es la última de las búsquedas interminables, ya que nunca tienen éxito, de alguna fórmula legal que asegure un orden existente contra el radicalismo revolucionario. Nos exige reevaluar, a la luz de nuestros propios tiempos y condiciones, doctrinas constitucionales elaboradas bajo otras circunstancias para lograr un equilibrio entre autoridad y libertad.

La actividad aquí acusada de ser criminal es una conspiración: los acusados conspiraron para enseñar y defender, y para organizar al Partido Comunista para enseñar y defender, derrocar y destruir al Gobierno por la fuerza y la violencia. No hay cargos de violencia real o intento de derrocamiento.

La principal confianza de la defensa en este Tribunal es que la condena no puede sostenerse en virtud de la Constitución porque la conspiración de estos acusados no presenta un "peligro claro y presente" de derrocamiento inminente o previsible.

Su análisis partió del estudio de las corrientes comunistas y anarquistas de la época. Y pensó que no cabía aplicar la doctrina del «peligro claro y presente» porque nunca se aplicó a un caso como este y porque supondría que «el complot comunista está protegido durante su período de incubación; sus etapas preliminares de organización y preparación son inmunes a la ley; el Gobierno sólo puede moverse después de que se manifieste una acción inminente, cuando, por supuesto, sería demasiado tarde».

Analizó sentencias del padre de la doctrina del «peligro claro y presente», el Juez Holmes, y remarcó que después del caso Schenck en el caso *Frohwerk v. United States*, 249, U.S. 204, 206, el propio Holmes, expuso el sentir de la mayoría y la opinión de que la Primera Enmienda «no puede haber sido, y obviamente no estaba, destinada a dar inmunidad por todo uso posible del lenguaje», tal y como había expresado en esta misma sentencia el Juez Frankfurter.

La dificultad radica en distinguir la enseñanza o defensa en el sentido de exposición o explicación, de la incitación, de la conspiración. Se trata de una cuestión de hecho en cada caso. Ahora bien, la Constitución no reconoce la conspiración como un derecho civil.

Por lo que respecta a los votos disidentes destacan los de los jueces Black y Douglas.

En primer lugar, el Juez Black, creyó que realmente se censuró la libertad de expresión y de prensa de los recurrentes, lo que en su opinión está prohibido por la Primera Enmienda. Su posición consistió en atacar la decisión de la mayoría. Para ello concretó cuál era la base, la premisa de ésta decisión mayoritaria. Para él los demás jueces confirmaron la condena rechazando directa o indirectamente la regla ya establecida del «peligro claro y presente». Entendió que la principal razón para ello fue el temor a que la doctrina comunista pusiera en peligro la seguridad del Gobierno. Lo cual supuso un error porque la libertad de expresión es la piedra angular del Gobierno.

Finalmente confió en que en tiempos más tranquilos, cuando las presiones, pasiones y miedos disminuyan se restablecerían las libertades de la Primera Enmienda, se restaurarían como corresponde a una sociedad libre.

En segundo lugar, el Juez Douglas, quien reconoció que la libertad de expresión tiene límites. Sin embargo, en el caso concreto, disintió de la mayoría porque los recurrentes no enseñaban técnicas de sabotaje, de cómo asesinar al Presidente, cómo filtrar documentos de los archivos públicos, poner bombas o guerras callejeras. Sino que enseñaron la doctrina del marxismo y del leninismo contenida en cuatro libros³⁴¹, que eran al comunismo soviético lo que el «Mein Kampf» fue al nazismo. Razonó que si los libros no estaban prohibidos no podría tampoco considerarse ilegal explicarlos en una clase.

³⁴¹ Según recoge la propia sentencia los libros eran: *Stalin, Foundations of Leninism (1924)*; *Marx and Engels, Manifesto of the Communist Party (1848)*; *Lenin, The State and Revolution (1917)*; *History of the Communist Party of the Soviet Union (B.) (1939)*.

La cuestión, peligrosa en su opinión, depende de la intención con la que se enseña, sin importar lo que se dice. Por tanto, no se castigan hechos, sino lo que se piensa.

Para él la confirmación de la sentencia supuso una ruptura con el pasado y poner en riesgo la libertad de expresión. La libertad de expresión debe ser la regla y no la excepción. Afirmó que el miedo y las pasiones no pueden ser la base de una restricción constitucional de la libertad de expresión, que es esencial para la existencia de la democracia.

B. *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957)³⁴².

Los recurrentes eran líderes del Partido Comunista en California, y fueron acusados conforme al artículo 3 de la Smith Act por conspirar en el sentido de abogar y enseñar el deber y la necesidad de derrocar al Gobierno de los Estados Unidos por la fuerza y la violencia, así como por organizar, como el Partido Comunista de los Estados Unidos, una sociedad de personas que así abogan y enseñan, todo con la intención de causar el derrocamiento del Gobierno por la fuerza y la violencia, tan rápidamente como las circunstancias lo permitan entre 1940 y 1951. Cada uno de ellos fue condenado a cinco años de prisión y al pago de una multa de 10.000 dólares.

A diferencia del caso anterior la Corte Suprema revocó la condena respecto de cinco de ellos por considerar que las pruebas en relación a los mismos eran claramente insuficientes, y ordenó la celebración de un nuevo juicio en relación a los demás. Supuso un giro de 180 grados respecto de la anterior sentencia en cuanto a la interpretación de la Smith Act.

El parecer de la mayoría fue expuesto por el Juez Harlan, quien inició el razonamiento partiendo de la anterior sentencia, *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951), que estableció la constitucionalidad de la Smith Act.

La condena recayó en base al término «organizar» que recogía la sección n° 18 del U. S. C. § 2385 aplicada al caso. Por tanto, el primer *quid* del problema consistió en cómo interpretar el término «organizar». O dicho de forma más simple, en los términos empleados por la propia sentencia, responder a la pregunta de cuándo se «organizó» el Partido Comunista.

Por un lado, los recurrentes en todas las instancias afirmaron que el término «organizar» significaba «establecer», «encontrar» o «traer a la existencia».

³⁴² <https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep354/usrep354298/usrep354298.pdf> (consultado el 8-2-2020).

De otro lado, para el Gobierno, «organizar» supone un proceso continuo que se lleva a cabo a lo largo de la vida de una organización, y que el mismo abarca «el reclutamiento de miembros y la formación de nuevas unidades, y la reagrupación o expansión de clubes, clases y otras unidades existentes de cualquier sociedad, partido, grupo u otra organización».

Los tribunales inferiores aceptaron la posición del Gobierno. Sin embargo, la Corte Suprema consideró correcta la primera postura, la de los condenados, al recordar la obligatoriedad de aplicar en sentido estricto los términos recogidos en las normas penales. Interpretaron que la palabra «organizar» se refiere únicamente a los actos que entran en la creación de una nueva organización, y no a los actos posteriores realizados en sus actividades.

El segundo punto clave, fue plantearse si la *Smith Act* prohibía o no «la promoción y la enseñanza del derrocamiento forzoso como un principio abstracto, divorciado de cualquier esfuerzo por instigar acciones con ese fin, siempre y cuando dicha promoción o enseñanza se involucre con malas intenciones».

La Corte Suprema consideró que no, que era preciso que junto a esa promoción o enseñanza hubiera algo más. Para ello se apoyó primeramente en los precedentes de *Fox v. Washington*, 236 U. S. 273, *Schenck v. United States*, 249 U. S. 47 y *Gitlow v. New York*, 268 U. S. 652. Y seguidamente aludió a la aprobación de la *Smith Act* y a los previos trabajos preparatorios de la misma. Se consideró que el Congreso era consciente de la distinción entre la promoción o la enseñanza de la «doctrina» y la promoción o enseñanza de la «acción», y que no tenía la intención de ignorarlo. Sólo la segunda sería sancionable penalmente.

Finalmente, se razonó que, en el caso concreto, al jurado no se dieron las instrucciones de forma correcta para formar su convicción. A diferencia de la sentencia del caso *Denis*, se omitió toda mención a palabras tales, como incitación, acción o llamada a la acción. No se les hizo distinguir entre promover o enseñar la «doctrina» *versus* la «acción».

Ante dicha conclusión, la Corte Suprema por mayoría, acordó por un lado la absolución respecto de aquellos cinco condenados en los que las pruebas no eran suficientes como para justificar un nuevo juicio. Y por otro, en cuanto a los otros nueve, ordenó la devolución del procedimiento para la celebración de un nuevo juicio.

En esta sentencia también emitieron votos particulares de manera conjunta los Jueces Black y Douglas. Expusieron que en parte coincidieron con la mayoría y en parte no.

De este voto cabe destacar la reflexión que hicieron en cuanto a este tipo de procesos judiciales y la diferencia esencial que existe entre un régimen democrático y un régimen totalitario.

Me temo que el tipo actual de los procesos judiciales están más en línea con la filosofía de gobierno autoritario que con lo expresado por nuestra Primera Enmienda. Sin duda, los dictadores tienen que erradicar las causas y creencias que consideran subversivas a sus regímenes malignos.

Pero la supresión gubernamental de causas y creencias parece para mí ser la antítesis de lo que nuestra Constitución significa [...] Salvo que haya una total libertad de expresión de todas las ideas, nos gusten o no, con respecto a la forma en que el gobierno debe ser dirigido y quién lo dirigirá, dudo que haya puntos de vista a largo plazo que se pueden asegurar contra el censor.

La Primera Enmienda proporciona el único tipo de sistema de seguridad que puede preservar un gobierno libre que deje el camino abierto para favorecer que la gente discuta, abogue, o incite a causas y doctrinas por muy desagradables y antagónicas que tales puntos de vista pueden ser para el resto de nosotros.

C. Scales v. United States, 367 U.S. 203 (1961)³⁴³.

El recurrente, Junius Scales, fue condenado a seis años de prisión por violar la llamada «cláusula de membresía» de la Smith Act, por pertenecer al Partido Comunista, que, entre 1946 a 1954, se consideró como una organización que abogaba el derrocamiento del Gobierno de los Estados Unidos por la fuerza o la violencia.

No solo se le condenó por su pertenencia al Partido Comunista, sino porque conocía del propósito ilegal del mismo, y tenía una intención específica de lograr el derrocamiento del Gobierno, tan rápidamente como las circunstancias lo permitiesen.

El Juez Harlan expuso la decisión de la Corte Suprema. El eje del debate fue analizar la «cláusula de membresía» y si para aplicar la sanción penal bastaba simplemente con pertenecer, en este caso, al Partido Comunista, que doctrinalmente postulaba el derrocamiento del Gobierno; o si, por el contrario, se exigía algo más.

El Tribunal consideró que era preciso no solo ser miembro «nominal», sino además que éste fuera «activo». Es decir, que tuviera la intención específica y necesaria «para el derrocamiento del gobierno tan rápidamente como las circunstancias lo permitieran». En palabras del tribunal «(t)al

³⁴³ <https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep367/usrep367203/usrep367203.pdf> (consultado el 2-2-20).

persona (se refiere al miembro del partido) puede ser tonta, haber sido engañada, o tal vez simplemente optimista, pero no es por este estatuto un criminal».

Partiendo de lo anterior, y haciendo uso de una facultad excepcional, revisó las evidencias-pruebas del caso, tal y como se hizo en el precedente de *Yates v. United States*.

Tras dicho examen, se valoró que era indiscutible que Scales era un miembro activo del partido, que tenía un conocimiento e intención específica. Por ello la Corte Suprema confirmó la decisión de los tribunales inferiores.

Frente a esta opinión mayoritaria los Jueces Black, Douglas y Brennan, emitieron sendos votos particulares.

En primer lugar, el Juez Black, afirmó con rotundidad que la Primera Enmienda impide al Congreso prohibir ser miembro de un partido político o asociación similar que tenga como «principio filosófico» que el Gobierno existente deba ser derrocado por la fuerza en algún momento distante en el futuro, cuando circunstancias lo permitan.

También consideró que nadie podía prever el significado que iba a dar la Corte Suprema a la «cláusula de membresía» y, por tanto, dicha cláusula era inconstitucional a priori, por vaguedad en cuanto a su significado, o a posteriori por no ser previsible su significado *ex ante*, al ser fijado *ex post*.

En unión a los anteriores argumentos reflexionó que la Corte Suprema en base a los precedentes siempre priorizó el interés del Gobierno por encima del derecho a la libertad de expresión. Con esta doctrina siempre se justifica casi cualquier acción del Gobierno.

En segundo lugar, el Juez Douglas, acudió a una cita de Mark Twain para exponer con ironía y gráficamente la cuestión: «Es por la bondad de Dios que en nuestro país tenemos esas tres cosas indescriptiblemente preciosas: libertad de expresión, libertad de conciencia y la prudencia para nunca practicar ninguna de ellas».

En el caso concreto observó que no se juzgó una conspiración, una incitación directa a la violencia, sino la pertenencia al Partido Comunista. Pensó que la condena no se podía justificar en que el recurrente fuera un miembro activo. Ello por cuanto las actividades que desarrolló no constituían *per se* un crimen.

Afirmó que no se puede condenar a nadie a penas de prisión por sus pensamientos como dijo Montesquieu en *El Espíritu de las Leyes*. Vino a confiar en que la decisión de la mayoría en este caso pudiera recuperarse en un momento futuro, cuando desapareciera el miedo a la disidencia y a la disconformidad.

En tercer lugar, el Juez Brennan, opinó que no era suficiente para condenar al recurrente con que fuera un miembro activo, sino que dicha actividad que desarrolló tendría que haber supuesto la comisión de un acto ilegal, lo que no ocurrió.

D. Noto v. United States, 367 U.S. 290 (1961)³⁴⁴.

El peticionario fue declarado culpable de violar la llamada «cláusula de membresía» de la *Smith Act*.

Fue ponente el Juez Harlan, quien tuvo en cuenta las sentencias que hemos ido analizando previamente.

Se valoró como elemento clave que no bastaba con probar que se era miembro del Partido Comunista, sino que se exigía algo más, como hemos expuesto *supra*. Ello porque de no ser así se corría el peligro de que una persona se hiciera miembro por simpatía con la organización y sus objetivos, y por el hecho de hacerlo fuese condenado, aunque no tuviera intención de alcanzarlos mediante el uso de la violencia.

La Corte Suprema revocó la condena por entender que las pruebas eran insuficientes para probar que el Partido Comunista abogó por el derrocamiento forzoso del Gobierno, no como doctrina abstracta, sino con un uso del lenguaje razonablemente y normalmente calculado para incitar a las personas a la acción, inmediatamente o en el futuro.

5.2.6. Cambio de paradigma:

A finales de la década de los sesenta se produjo un cambio de paradigma en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de EEUU en torno a la interpretación de la doctrina del *clear and imminent danger*. Con la opinión pública volcada en contra del cruento genocidio vietnamita y la humillación sufrida tras el intento de invasión de *Bahía Cochinos*, los parámetros en la persecución del discurso del odio se modificaron³⁴⁵. A continuación, veremos algunos ejemplos.

³⁴⁴ <https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep367/usrep367290/usrep367290.pdf> (consultado el 8-2-20).

³⁴⁵ Vide Martín Herrera, David: *Extreme speech y libertad de expresión : análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, Dykinson, Madrid, 2018, pp.131- 132.

A. Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969)³⁴⁶.

El recurrente, era líder del Ku Klux Klan, y fue condenado a una pena de prisión de entre un año a diez años, así como al pago de una multa de 1.000 dólares.

Los hechos consistieron en que el condenado llamó a un reportero de la televisión de Cincinnati y le invitó a asistir a un «rally» del Ku Klux Klan que se desarrolló en una granja en el condado de Hamilton. Se grabó la reunión y se difundió a nivel local y nacional. Fueron dos películas las que se grabaron.

En la primera grabación se podían ver doce figuras encapuchadas, algunas de las cuales portaban armas de fuego. Dichos encapuchados se reunieron alrededor de un gran cruz de madera y la quemaron. En ese momento sólo estaban presentes los encapuchados y los reporteros. Cuando se retransmitió el vídeo resultó que la mayoría de las palabras grabadas eran incomprensibles; no obstante lo cual, podían entenderse frases sueltas, que eran despectivas en relación a los negros y a los judíos. La sentencia recogió algunas de las expresiones que podían entenderse:

*Hasta dónde llegará el negro.
Esto es lo que vamos a hacer al negro.
Un negro sucio.
Enviad a los judíos de vuelta a Israel.
Vamos a devolverlos al jardín oscuro.
Salvad a América.
Volvamos a la mejora constitucional.
Enterrad a los negros.
Tenemos la intención de hacer nuestra parte.
Dadnos nuestros derechos estatales.
Libertad para los blancos.
El negro tendrá que luchar por cada centímetro que obtiene de ahora en adelante.*

Asimismo recogió el siguiente discurso:

Esta es una reunión de organizadores. Hemos tenido bastantes miembros aquí hoy, tenemos cientos, cientos de miembros a lo largo del Estado de Ohio [...] El Klan tiene más miembros en el estado de Ohio que cualquier otra organización. No somos una organización vengativa, pero si nuestro Presidente, nuestro Congreso, nuestra Corte Suprema, continúa para suprimir la raza blanca, caucásica, es posible que tengamos que tomar alguna venganza.

³⁴⁶ <https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep395/usrep395444/usrep395444.pdf> (consultado el 11-1-20).

Estamos marchando hacia el Congreso el 4 de julio, cuatrocientos mil fuertes. Desde allí nos dividiremos en dos grupos, un grupo para marchar sobre St. Agustín, Florida, el otro grupo para marchar hacia Mississippi. Gracias.

En la segunda grabación aparecían seis encapuchados, uno de ellos el recurrente. Igual que en la anterior grabación llevaban armas, a excepción del recurrente, que fue identificado como el orador. Éste repitió el mismo discurso de la primera filmación, pero omitió la referencia a la posibilidad de venganza y añadió «(p)ersonalmente, creo que el negro debe ser devuelto a África, y el judío devuelto a Israel».

La Corte Suprema *per curiam* revocó la condena en base a los precedentes, tales como los recogidos en *Noto v. United States*, 367 U. S. 290 (1961) y *Yates v. United States*, 354 U. S. 298 (1957), entre otros.

El Tribunal estableció la existencia del principio «imminent lawless action» que consiste en que la libertad de expresión y la libertad de prensa no permiten que un Estado prohíba con carácter general la defensa del uso de la fuerza o de violación de la ley. Sólo podrá hacerlo como una excepción, en el caso de que dicha defensa se dirija a incitar o producir una acción inminente contra la ley y es probable que incite o produzca tal acción.

Por tanto, se estableció como principio que sólo puede limitarse la libertad de expresión en el caso de que exista «riesgo de una violencia inminente». Con esta sentencia se produjo el cambio del «clear and present danger» al «imminent lawless action».

En palabras recientes de O'Regan «(e)n Brandenburgo, la Corte Suprema de los Estados Unidos esculpió una excepción muy estrecha a la protección de la libertad de expresión sobre la base de preocupaciones de orden público³⁴⁷».

Para PRESNO LINERA, la Corte Suprema diferenció entre la *incitación* a la violencia y la *apología* de su uso:

Fue en esta sentencia donde claramente se estableció la diferencia entre las expresiones que suponen una “incitación” a la violencia, que pueden ser sancionadas, frente a la mera “apología” del uso de la violencia, cuya sanción no sería legítima. A este respecto, señaló el Tribunal Supremo que la apología de acciones violentas sólo puede ser sancionada cuando “esta apología esté dirigida a incitar y producir inminentes acciones ilícitas y sea idónea para incitar o producir tal acción...”³⁴⁸.

³⁴⁷ O'REGAN, Catherine: “Hate speech online: an (intractable) contemporary challenge?”, *Current Legal Problems*, 2018, p.11. La autora apuntó que pueden establecerse excepciones más amplias «a la libertad de expresión de las preocupaciones de orden público al prohibir el discurso “que es probable que conduzca a una violación de la paz” sin estipular la probabilidad de inminente violencia» *ibidem*.

³⁴⁸ PRESNO LINERA, Miguel Ángel y TERUEL LOZANO, Germán M.: “La libertad de expresión en América y Europa”. *Jurú Editor*, 2017, p. 53.

Por este principio, el Tribunal revocó la sentencia, ya que consideró que no hubo una incitación a llevar a cabo una acción concreta, no hubo una violencia inminente, en la medida en que los miembros del Ku Klux Klan grabados estaban solos con los periodistas y el discurso fue genérico, sin llamar a realizar actos concretos.

Emitieron votos concurrentes los Jueces Black y Douglas.

De éste último merece destacarse que introdujo una advertencia y es que según su punto de vista la Primera Enmienda no debe de tener límites en cualquier caso de «clear and present danger», ya que muchas veces la «acción» es un «método de expresión»³⁴⁹.

Para el Juez Douglas «(l)a línea entre lo que es permisible y no sujeto a control y lo que se puede hacer inadmisibile es la línea entre las ideas y los actos abiertos [...] el gobierno no tiene poder para invadir ese santuario de creencias y conciencia».

5.3. SÍNTESIS DE LA DOCTRINA DEL «CLEAR AND PRESENT DANGER» EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

La jurisprudencia de la Corte Suprema parte de una interpretación muy amplia de la libertad de expresión anclada en una filosofía liberal en la que solo el libre debate de ideas puede hacernos alcanzar la verdad:

La vitalidad de las instituciones civiles y políticas en nuestra sociedad depende de la libre discusión [...] es sólo a través del libre debate y el libre intercambio de ideas que el gobierno sigue respondiendo a la voluntad del pueblo y se lleva a cabo el cambio pacífico. El derecho a hablar libremente y a promover la diversidad de ideas y programas es, por lo tanto, una de las principales distinciones que nos diferencia de los regímenes totalitarios.

En consecuencia, una función de la libertad de expresión bajo nuestro sistema de gobierno es invitar a disputas. De hecho, puede servir mejor a su alto propósito cuando induce una condición de malestar, crea insatisfacción con las condiciones tal como son, o incluso agita a la gente a la ira. El habla es a menudo provocativa y desafiante. Puede atacar prejuicios y preconcepciones y tener profundos efectos inquietantes, ya que presiona para la aceptación de una idea»³⁵⁰.

³⁴⁹ Se preguntó a sí mismo si habría que castigar a quien rompe su propia copia de la Constitución como protesta elocuente ante una decisión de la Corte Suprema. O si se debe acusar a quien rompe en pedazos su propia Biblia para celebrar su salida de la fe para abrazar el ateísmo.

³⁵⁰ Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1 (1948)

Gracias a la libertad de expresión, según la jurisprudencia de la Corte Suprema, se pueden cambiar las ideas dominantes, evitando la perpetuación de las ideas establecidas hasta ese momento: «[...] la alternativa conduciría a la normalización de ideas ya sea por las legislaturas, tribunales o grupos políticos o comunitarios dominantes [...]»³⁵¹.

Por tanto, se debe soportar «la expresión de opiniones que detestamos e incluso que consideramos muy peligrosas, salvo que amenacen de una manera inminente con una interferencia inmediata en los legítimos y urgentes propósitos del Derecho, que requiera un control inmediato para salvar el país». La libertad de expresión debe estar «*protegida contra la censura o el castigo, [...] que se eleva (la libertad de expresión) muy por encima de las inconveniencias públicas, molestias o malestar*»³⁵².

*[...] sabían que el orden no puede ser asegurado simplemente por temor al castigo por su infracción; que es peligroso desalentar el pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el miedo genera represión; que la represión genera odio; que el odio amenaza la estabilidad del gobierno; que el camino para lograr la seguridad radica en la oportunidad de discutir libremente los supuestos agravios y los remedios propuestos; y que el remedio apropiado para los malos consejos son los buenos consejos. Creyendo en el poder de la razón aplicada a través de la discusión pública, evitaron coaccionar con la ley para imponer el silencio, el argumento de la fuerza es su peor forma*³⁵³.

A pesar de la amplitud con la que se interpreta la libertad de expresión, la Corte Suprema reconoce que no es un derecho absoluto y, en consecuencia, su abuso puede ser castigado por el Estado. Se considera como abuso cuando se incite directamente a perturbar la paz pública o al poner en peligro las instituciones.

*Que la libertad de expresión esté garantizada por la Constitución no confiere un derecho absoluto a hablar, sin responsabilidad, sea cual sea la que se elija, o una licencia sin restricciones y desenfrenada que otorgue inmunidad por todo uso posible del lenguaje y el castigo de aquellos que abusan de esta libertad; y que un Estado en el ejercicio de su poder policial puede castigar a quienes abusan de esta libertad [...] tendiendo a incitar a la delincuencia, perturbar la paz pública o poner en peligro los cimientos del gobierno organizado y amenazar su el derrocamiento por medios ilícitos, no es cuestionable*³⁵⁴.

Se trataría de, como señaló el Juez Jackson³⁵⁵, elegir «entre la libertad con el orden y la anarquía sin ninguno de los dos [...]». En definitiva, la sanción al abuso de la libertad de expresión es una forma de proteger esa libertad.

³⁵¹ *Ibidem*.

³⁵² *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1948).

³⁵³ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), p. 375-376.

³⁵⁴ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), p. 371.

³⁵⁵ *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1948).

Ese límite genérico a la libertad de expresión habrá de ser valorado en cada caso según una serie de parámetros. Para ello la Corte Suprema distingue, en primer lugar, la persona que emite el mensaje. Se debe de atender a quién es la persona protagonista que lanza el mensaje, ya que «nadie puede suponer que la publicación subrepticia de un folleto tonto por un hombre desconocido, sin más, presentaría ningún peligro inmediato³⁵⁶». Es decir, la Corte Suprema parece exigir al emisor del mensaje una cierta proyección pública. También la forma en la que actúa el orador es relevante, ya que «una personalidad beligerante y una manera agresiva pueden encender una pelea sin usar palabras que en frío nos impactan³⁵⁷».

En cuanto al elemento subjetivo de los mensajes, su intención, debe quedar claro que es la de incitar al uso de la violencia. El hecho de que se quieran transmitir doctrinas, creencias y opiniones en las que se cree no debe ser sancionado³⁵⁸. La característica esencial de las libertades es que bajo su escudo se protegen «muchos tipos de vida, carácter, opinión y creencia³⁵⁹». En este sentido, para valorar la intencionalidad del mensaje pueden resultar importantes las palabras. «(S)i las palabras usadas se utilizan en tales circunstancias y son de tal naturaleza para crear un peligro claro y presente de que producirán los males sustantivos³⁶⁰» se deberá intervenir.

Por último, también la Corte Suprema tiene en consideración, como circunstancias relevantes, el lugar donde se produce el mensaje, las personas a las que va dirigidas (afines u hostiles al orador) y los medios empleados para la transmisión del mensaje³⁶¹.

En cuanto a la función de la policía, como fuerza del orden, tendrá una consideración de protectora de la libertad de expresión o de censora según el prisma desde el que se observe su intervención. Para la Corte Suprema la policía no puede ser utilizada como un instrumento para la supresión de puntos de vista impopulares³⁶².

No obstante, esta interpretación amplia de la libertad de expresión se ha visto más o menos condicionada según el contexto histórico.

Como hemos visto, el sentir mayoritario de la Corte Suprema de EE.UU, durante la Primera Guerra Mundial, fue el de proteger el alistamiento militar y sancionar los discursos

³⁵⁶ *Ibidem*.

³⁵⁷ *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1948).

³⁵⁸ *Taylor v. Mississippi*, 319 U.S. 583 (1943).

³⁵⁹ *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940).

³⁶⁰ *Schenck and Baer v. U.S.* 249, U.S. 47 (1919).

³⁶¹ *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940).

³⁶² *Feiner v. New York*, 340 U.S. 315 (1951).

antibelicistas y contrarios al reclutamiento. Por tanto, en un contexto bélico la libertad de expresión se verá afectada y reducida en pos de proteger la seguridad nacional.

Es una cuestión de proximidad y grado. Cuando una nación está en guerra muchas cosas que podrían decirse en tiempo de paz son un obstáculo [...] que su expresión no se soportará mientras los hombres luchan y que ningún Tribunal podría considerarlos protegidos por ningún derecho constitucional. Parece admitirse que si se probara una obstrucción real del servicio de reclutamiento, la responsabilidad por las palabras que produjeron ese efecto podría aplicarse³⁶³.

Las tesis del debate racional frente al miedo irracional sucumbieron también en el caso de ideas comunistas. Tal fue así que se adelantaron las barreras de protección, y, en consecuencia, del castigo penal, restringiendo la libertad de expresión. Se desatendió el criterio de peligro inminente³⁶⁴ y se tuvo miedo de una revolución proletaria mediante la acción de las masas en un futuro incierto e indeterminado.

Por primera vez la Corte Suprema reconoció expresamente que el Congreso estaba preocupado por aquellos que abogan y se organizan para el derrocamiento del Gobierno. Y admitió la constitucionalidad de la *Smith Act*³⁶⁵, remarcando que la Constitución no reconoce la conspiración como un derecho civil.

Entre 1951 y 1961 la Corte Suprema poco a poco, caso por caso, fue analizando las diferentes conductas típicas, y, de este modo, acotó su aplicación. Lo que a la postre supuso el cese del castigo penal y el empoderar a la libertad de expresión.

Inicialmente³⁶⁶, mantuvo la posibilidad de condena por conspiración. Para que la interpretación de la *Smith Act* fuera acorde con la Primera Enmienda exigió como elemento esencial de la prueba del delito la intención, *mens rea*, de los acusados de derrocar al Gobierno por la fuerza y la violencia. De este modo buscó el equilibrio entre no hacer nada y esperar demasiado. La «conspiración» es la que crea el peligro. En sus propias palabras «Si los ingredientes de la reacción están presentes, no podemos obligar al Gobierno a esperar hasta que se añada el catalizador³⁶⁷».

Posteriormente, la Corte Suprema comenzó con el examen de los términos «organizar», «promoción» y «enseñanza»³⁶⁸.

³⁶³ *Abrams v. U.S.*, 250, U.S. 616 (1919).

³⁶⁴ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).

³⁶⁵ *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

³⁶⁶ *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

³⁶⁷ *Ibidem*.

³⁶⁸ *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957)

La Corte Suprema interpretó que el verbo «organizar» se refería únicamente a los actos que entran en la creación de una nueva organización, y no a los actos posteriores realizados en sus actividades. Y que la «promoción» y la «enseñanza» del derrocamiento del Gobierno exigían para ser castigados que se llevaran a cabo «con malas intenciones».

Finalmente³⁶⁹ abordó la «cláusula de membresía». La Corte Suprema consideró que era preciso no solo ser miembro «nominal», sino además que éste fuera «activo». Es decir, que tuviera la intención específica y necesaria «para el derrocamiento del gobierno tan rápidamente como las circunstancias lo permitieran». En palabras del tribunal «(t)al persona (se refiere al miembro del partido) puede ser tonta, haber sido engañada, o tal vez simplemente optimista, pero no es por este estatuto un criminal».

Hubo un cambio de paradigma en 1969³⁷⁰ del «clear and present danger» al «imminent lawless action», que se mantiene en la actualidad. Ese año la Corte Suprema estableció la existencia del principio «imminent lawless action» que consiste en que la libertad de expresión y la libertad de prensa no permiten que un Estado prohíba con carácter general la defensa del uso de la fuerza o de violación de la ley. Sólo podrá hacerlo como una excepción, en el caso de que dicha defensa se dirija a incitar o producir una acción inminente contra la ley y es probable que incite o produzca tal acción. O lo que es lo mismo, que exista «riesgo de una violencia inminente».

6. EL ODIO COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

6.1.- EL MARCO NORMATIVO

La Constitución española de 1978 hace de la dignidad humana fundamento de todo el ordenamiento en su artículo 10, y convierte al derecho a la libertad de expresión como uno de los derechos fundamentales que gozan de protección extraordinaria al incorporarse en el art. 20 CE, incluido en la Sección I del Capítulo II del Título I del texto constitucional.

Señala el artículo 10 CE:

³⁶⁹ Scales v. United States, 367 U.S. 203 (1961) Y Noto v. United States, 367 U.S. 290 (1961).

³⁷⁰ Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

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

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución 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.

Tal y como señaló De Pablo Serrano el TC ha interpretado que

*la dignidad de la persona se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1)” (STC 53/1985, de 11 de abril, f.j. 8º). Los derechos fundamentales son “derivación de la dignidad de la persona” (STC 207/1996, de 16 de diciembre, f.j. 3º), “proyecciones de núcleos esenciales de la dignidad de la persona” (STC 194/1994, de 23 de junio, f.j. 4º), la “traducción normativa de la dignidad” (STC 136/2006, de 8 de mayo, f.j.6º) y están “en íntima conexión con ella” (STC 49/2001, de 26 de febrero, f.j 5º)*³⁷¹.

Es decir, los derechos fundamentales tal y como también reconocen los textos internacionales reseñados *supra* son inherentes, nacen, de la dignidad humana. Pero no constituyen compartimentos estancos, sino que están interrelacionados.

*Si los derechos (entiéndanse los fundamentales) constituyen el aspecto estático de la dignidad de la persona” y el “libre desarrollo de la personalidad constituye el aspecto dinámico de los mismos”, entonces la dignidad sólo puede realizarse en la medida en que el individuo “ponga en marcha” el libre desarrollo de la personalidad”, como cualidad que le es intrínseca*³⁷².

En efecto esa apertura al Derecho internacional de los derechos humanos que provoca el art. 10.2 CE no supone la incorporación al Derecho interno de los acuerdos internacionales que tengan por objeto los derechos de la persona, un resultado que [...] prevé el art. 96.1 CE. Pero sí que permite hacer suyos

*aquellos contenidos a modo de reenvío móvil, esto es, por referencia a las regulaciones presentes y futuras y, también, a las que resulten de la interpretación que de tales tratados puedan llevar a cabo sus órganos (no políticos) de garantía. En este sentido, la STC 198/2012, FJ 9.º, se ha referido acertadamente al art. 10.2 CE como una «regla de interpretación evolutiva»*³⁷³. Y es aquí donde, por mandato del constituyente, los tratados internacionales en materia de derechos humanos despliegan todos sus efectos³⁷⁴.

Por otra parte, se reconoce el derecho a la libertad de expresión. Señala el artículo 20:

1. Se reconocen y protegen los derechos:

³⁷¹ DE PABLO SERRANO, Alejandro: *Honor, injurias y calumnias, los delitos contra el honor en el derecho histórico y en el derecho vigente español*, Monografías Tirant lo Blanch, 2018, p.240.

³⁷² Vide DE PABLO SERRANO, *ob. cit.*, p.245.

³⁷³ SÁIZ ARNAIZ, Alejandro: “La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 10.2)”, *Comentarios a la Constitución Española XL aniversario, tomo I*, Las Rozas (Madrid), Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, 2018, p. 231.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 247.

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
- b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
- c) A la libertad de cátedra.
- d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.
- 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.
- 3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.
- 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.
- 5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

En definitiva, la Constitución española promueve el «derecho a la diferencia y la protección y “visibilidad” de las minorías³⁷⁵». En íntima conexión, se reconoce el derecho de nuestros representantes del poder legislativo para expresarse y fomentar el debate público. Según el artículo 71.1 CE «Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones [...]».

6.2.- La dignidad humana como límite a la libertad de expresión

Los derechos fundamentales en palabras del TC (v.gr. STC 25/1981, de 14 de julio) son

un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna

Los derechos fundamentales nacieron del consenso político plasmado en la CE, comenzaron a andar, a entrar en conflicto entre sí y, de alguna manera, han «madurado». En palabras de Ana Aba Catoira «los derechos tras ser reconocidos y garantizados en las normas constitucionales inician un largo camino de evolución y desarrollo, donde los operadores jurídicos, primero el legislador y después el Tribunal Constitucional, configuran estas categorías prefiguradas en la Constitución³⁷⁶».

Desde el inicio los derechos fundamentales «no son absolutos o ilimitados, pues la propia Constitución que los reconoce o garantiza es norma de limitación de los mismos porque en ella los

³⁷⁵ DE PABLO SERRANO, *ob. cit.*, p.244.

³⁷⁶ ABA CATOIRA, Ana: "El concepto jurisprudencial de límite de los derechos fundamentales". *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1998, p. 16.

derechos se consagran y se garantizan únicamente como derechos limitados³⁷⁷». Al margen de los límites expresos establecidos en la Constitución y de los que puedan surgir por el conflicto entre el ejercicio de diferentes derechos, cabe que el legislador restrinja los derechos. Es el artículo 53.1 CE el que ha sido interpretado como una habilitación genérica para que sea el legislador el que pueda establecer los límites a los derechos fundamentales, siempre que se respete su contenido esencial.

En su STC 11/1981, de 8 de abril, analizó tempranamente qué debe de entenderse por «contenido esencial». Al respecto señaló que existen dos caminos, que no son ni alternativos ni antitéticos, sino que, por así decirlo pueden compaginarse, son complementarios, y «pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse». Uno de los caminos consiste en atender a lo que los especialistas en Derecho reconocen como el contenido en abstracto propio de un derecho, su naturaleza jurídica, y el otro camino consiste en fijarse en qué interés se trata de proteger jurídicamente con cada derecho. En palabras del TC conforme al primero de los caminos:

Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así.

Y en relación al segundo camino, «se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».

Por ello el TC concluyó dando una definición mixta que engloba las dos posibilidades examinadas:

entendemos por «contenido esencial» aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad (sic) o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga.

La evolución de la jurisprudencia constitucional ha llevado a precisar los límites al legislador y a concretar cuándo el derecho se hace «irreconocible» o «impracticable». En este sentido, señala el Tribunal constitucional que un derecho fundamental puede ser restringido «por medio de la ley,

³⁷⁷ *Ibidem*, p.15.

siempre que ello responda a un fin de interés general, y los requisitos y el alcance de la restricción estén suficientemente precisados en la ley y respeten el principio de proporcionalidad» (STC 76/2019, FJ 5). Si la ley que restringe el derecho carece de la precisión necesaria, «no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho (STC 104/2000, FJ 7, por todas), sino que al mismo tiempo dicha ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio (SSTC 11/1981, FJ 15; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4, y 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 7)».

En coherencia con toda la jurisprudencia constitucional, el derecho a la libertad de expresión no es tampoco un derecho absoluto. Tal y como establece el Tribunal Constitucional, la libertad de expresión significa «ausencia de interferencias o de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación». También supone «el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático» (STC 12/1982, de 31 de marzo, FJ 3). En todo caso, la libertad de expresión quedará limitada si confluye con otros derechos fundamentales o bienes constitucionales, como la dignidad humana. Además, los límites legales a esta libertad de expresión, como pueden ser los delitos de odio, deberán cumplir con el respeto a su contenido esencial tal y como ha sido conformado por la jurisprudencia constitucional. A continuación, analizaré la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en los casos de conflicto del derecho a la libertad de expresión con la dignidad humana.

6.3.- LA APLICACIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

A. STC (Sala 1ª) 214/1991 de 11 de noviembre

El TC conoció del recurso presentado por doña Violeta Friedman en el que se solicitó que se reconociese que se había vulnerado su derecho al honor.

En concreto los hechos objeto del procedimiento fueron sintetizados por el TC del siguiente modo:

El núm. 168 de la revista «Tiempo», correspondiente a la semana del 29 de julio al 4 de agosto de 1985, publicó un reportaje titulado «Cazadores de nazis vendrán a España para capturar a Degrelle», en el que se recogían unas declaraciones realizadas a la revista por don León Degrelle, ex Jefe de las Waffen S.S., en relación con la actuación nazi con los judíos y con los campos de concentración, quien entre otros extremos afirmó lo siguiente:

«¿Los judíos? Mire usted, los alemanes no se llevaron judíos belgas, sino extranjeros. Yo no tuve nada que ver con eso. Y evidentemente, si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios.»

«El problema con los judíos -matiza Degrelle- es que quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan.»

«Falta un líder; ojalá que viniera un día el hombre idóneo, aquél que podría salvar a Europa... Pero ya no surgen hombres como el Führer... »

«Han sacado los huesos y hasta los dientes de Mengele... "Hasta dónde llega el odio! A mi juicio, el doctor Mengele era un médico normal y dudo mucho que las cámaras de gas existieran alguna vez, porque hace dos años que hay una recompensa en los EE.UU., para aquel que aporte pruebas de las cámaras de gas. Son 50 millones de dólares y todavía no ha ido nadie a recogerlos.»

D^a Violeta Friedman consideró vulnerado su derecho al honor por dos motivos. En primer lugar porque ella misma era judía y estuvo en el campo de concentración de Auschwitz, donde murió toda su familia al ser gaseada por orden de Mengele. En segundo lugar, porque con dichas declaraciones se tergiversó la Historia y además suponían que ella y quienes sufrieron por estos hechos eran unos mentirosos.

D^o León Degrelle por un lado argumentó que las declaraciones no las hizo a iniciativa propia sino que fue insistentemente requerido durante la entrevista. Por otro lado, consideró que dichas manifestaciones fueron sacadas del contexto general de la entrevista. Asimismo explicó que en el mismo texto también se recogió la siguiente frase: «No soy racista, creo en la raza europea y nunca admití los superhombres. Eso es complejo de inferioridad, porque en Europa todos somos iguales». Finalmente consideró que no afirmó ni negó nada categóricamente, y que no insultó ni utilizó frases ofensivas, injuriosas o calumniosas.

El TC remarcó que ni la libertad de expresión ni sus limitaciones son absolutas. Recordó la importancia de la libertad de expresión como «condición de existencia de la opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político, que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático [...]». A partir de dichas premisas jalonó los parámetros doctrinales a tener en cuenta para la adecuada ponderación en el caso concreto.

Así, en primer lugar, se refirió al contenido del artículo 20 CE y distinguió entre por un lado la emisión de pensamientos, ideas, opiniones y juicios de valor, y de otro lado la libertad de información como manifestación de hechos. La diferencia esencial consiste en que los primeros no

se refieren a hechos demostrables, con lo cual para ser protegidos constitucionalmente no es necesario que sean veraces. Mientras que los segundos sí, aunque con matices, ya que lo que se exige es la «profesionalidad» el ser diligente y contrastar la información. De modo que el límite de la libertad de expresión de opiniones «viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas». Mientras que en relación a la libertad de información quedan fuera del ámbito protector las «invenciones, rumores o meras insidias».

En segundo lugar, consideró que las declaraciones realizadas por d° León Degrelle debían entenderse comprendidas dentro del ejercicio de la libertad de expresión en relación con la libertad ideológica, y no como manifestación de la libertad de información. Ello por cuanto expresó su opinión y dudas sobre acontecimientos concretos ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial y los campos de concentración. Por ello el TC razonó que no debía aplicarse el requisito de veracidad, sino valorar si se respetaron o no los límites de la libertad de expresión.

En tercer lugar, valoró que las manifestaciones de d° León Degrelle fueron racistas y antisemitas. En concreto resaltó como tales su deseo de que surgiese un nuevo Führer y las expresiones «si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios [...] quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan [...]».

En cuarto lugar concluyó que dichas declaraciones supusieron no sólo un ataque contra el honor de dª Violeta Friedman, sino también de todas las personas que estuvieron internadas en los campos nazis de concentración.

En quinto lugar, el TC profundizó en la repercusión de las manifestaciones y consideró que atacaron no sólo el honor, sino además otros bienes constitucionales. Se afectó a la dignidad, una de cuyas manifestaciones es el honor, y al principio de igualdad. En palabras del TC:

La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18.1 C.E.), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. 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. Por ello, las expresiones y aseveraciones proferidas por el demandado también desconocen la efectiva vigencia de los valores superiores del ordenamiento, en concreto la del valor de igualdad consagrado en el art. 1.1 de la

Constitución, en relación con el art. 14 de la misma, por lo que no pueden considerarse como constitucionalmente legítimas. En este sentido, y aun cuando, tal y como se ha reiterado, el requisito constitucional de la veracidad objetiva no opera como límite en el ámbito de las libertades ideológica y de expresión, tales derechos no garantizan, en todo caso, el derecho a expresar y 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, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 C.E.) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.).

Finalmente, el TC otorgó el amparo solicitado puesto que consideró que las expresiones referidas no estaban amparadas en la libertad de expresión ya que atacaron la dignidad y la igualdad. El TC afirmó que:

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

En definitiva, podemos decir que cuando se expresa odio se ataca directamente a la dignidad y a la igualdad de las personas, y, conforme a lo expuesto, el «atacante» no podrá «escudarse» en el ejercicio de la libertad de expresión para evitar asumir la responsabilidad por sus actos.

B. STC (Sala 2ª) 176/1995 de 11 de diciembre

En esta sentencia el TC resolvió un recurso de amparo presentado por el director de la editorial Makoki, S.A quien fue condenado por la publicación en España del tebeo «Hitler=SS» como autor de un delito de injurias, a las penas de un mes y un día de arresto menor y cien mil pesetas de multa, con dieciséis días de arresto sustitutorio en caso de impago. Los autores del cómic tenían nacionalidad francesa y no residían en España. En primera instancia se absolvió al editor y al director; sin embargo, fueron condenados en apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona.

Los hechos analizados englobaron de un lado una de las expresiones que contenía el cómic y que era atribuida al político Le Pen: «todo parecido con seis millones de personas que jamás han existido es pura coincidencia». De otro lado, el contenido de la publicación fue definido por el propio TC de la siguiente manera:

[...] ojeando y hojeando página tras página, resulta que en él "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)

[...] Cada viñeta -palabra y dibujo- es agresiva por sí sola, con un mensaje tosco y grosero, burdo en definitiva, ajeno al buen gusto [...]

Sentado lo anterior, el eje del recurso de amparo giró en torno a la libertad de expresión. En primer lugar, el recurrente argumentó que no fue el autor material del contenido, sino que se limitó a comprar los derechos de los autores. Por esta razón no podría concurrir en su persona el *animus inuriandi* exigido en el tipo penal. En segundo lugar, se consideró que debía concederse el amparo por cuanto dicha publicación no tenía un «carácter injurioso, vejatorio o de menosprecio para persona o colectividad alguna».

Por su parte las asociaciones *B'Nai B'Rith* de España y *Amical de Mauthausen* (que habían denunciado los hechos) coincidieron en que no puede ampararse en el ejercicio de la libertad de expresión el uso de expresiones «irrespetuosas, hirientes y groseras del exterminio en los campos de concentración nazis».

El Ministerio Fiscal informó en el sentido de oponerse a la concesión del amparo en base a la propia doctrina del TC recogida en la antedicha STC 214/1991, caso de Violeta Friedman. Ello por cuanto consideró que hubo un ataque al honor del pueblo judío y de todos sus integrantes, quienes, sin duda, se sintieron vejados con dicha publicación.

El TC en primer lugar comenzó su análisis acotando el objeto de debate, los derechos fundamentales que entraron en colisión. Por un lado el derecho fundamental ejercido por el recurrente fue la libertad de expresión. Ello fue así en atención a la naturaleza de la obra objeto del proceso, un tebeo. Así, en palabras del TC:

Por su contenido narrativo y su forma compleja, gráfica y literaria, es una obra de ficción, sin la menor pretensión histórica. Por lo tanto, hay que situarlo en principio dentro de una lícita libertad de expresión, en cuya trama dialéctica y su urdimbre literaria se entremezclan ingredientes diversos, con preponderancia del crítico, reflejado en los muy abundantes juicios de valor. Es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático.

Dentro del ejercicio de la libertad de expresión, el TC recalcó la importancia de la profesión del recurrente. Así gozan de un arco mayor de libertad los periodistas «por formar parte del sistema de frenos y contrapesos en que consiste la democracia [...] para prevenir "la arbitrariedad de los que nos gobiernan"».

Por otro lado, el derecho fundamental al honor, cuyo contenido en palabras del TC: «es lábil y fluido, cambiante y en definitiva, como hemos dicho en alguna otra ocasión, "dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento"». En el caso concreto y con apoyo en la STC 214/1991 el pueblo judío en su conjunto es titular del derecho atacado.

En segundo lugar el TC procedió a la ponderación entre los dos derechos fundamentales. Para ello comenzó por resaltar las líneas rojas en el ámbito de la libertad de expresión ejercidas por el periodismo:

"No cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el art. 10.1 del Texto fundamental" (STC 105/1990).

A continuación el TC analizó el contexto. Para ello comenzó con el contenido considerando como tal no sólo lo que expresamente se decía en el cómic, sino también de lo que no se decía —lo que se podía leer entre líneas—. De este análisis concluyó que existía 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». Seguidamente el TC estudió dos circunstancias más. Primeramente los destinatarios del mensaje, y, a continuación, el lenguaje empleado. Así observó, y fue muy relevante para la decisión final, que por el formato de la publicación (tebeo) iba dirigido a menores de edad (niños y adolescentes); quienes no son maduros y por ello «puedan depravarles, corromperles y, en definitiva, deformarles (STEDH 7 de diciembre de 1976, caso Handyside)». Posteriormente, calificó el estilo empleado como «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».

En tercer lugar, el TC ponderó los elementos que acabamos de exponer y concluyó que la publicación por un lado contravenía el derecho a la educación³⁷⁸; y por otro lado, la moral y las prohibiciones internacionales de provocar al odio y que conlleve a la discriminación, la hostilidad o la violencia³⁷⁹.

³⁷⁸ En concreto el artículo 27.2 CE: «La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales».

³⁷⁹ Lo dicho hace que entren en juego los límites que para protegerlos marca la Constitución y, por lo mismo, el respeto a la moral que contiene el Convenio de Roma (art. 10.2; Sentencia del T.E.D.H. de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside y STC 62/1982). En tal sentido incide también el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, cuyo art. 20.2 establece que se prohíba por Ley "toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia".

Finalmente el TC concluyó que debía desestimarse el recurso de amparo por entender que en la ponderación entre los derechos fundamentales implicados hubo un exceso en el ejercicio de la libertad de expresión, y que, el cómic, en el caso concreto, «se utiliza precisamente como instrumento del escarnio». En palabras del TC

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. Un uso de ella (de la libertad de expresión) que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional (SSTC 170/1994 y 76/1995). Un "cómic" como este, que convierte una tragedia histórica en una farsa burlesca, ha de ser calificado como libelo, por buscar deliberadamente y sin escrúpulo alguno el vilipendio del pueblo judío, con menosprecio de sus cualidades para conseguir así el desmerecimiento en la consideración ajena, elemento determinante de la infamia o la deshonra.

C. STC (Pleno) 235/2007, de 7 de noviembre

El asunto trae su origen en la condena a dº Pedro Varela Geiss por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona como autor de un delito continuado de genocidio del artículo 607.2 del Código Penal a la pena de dos años de prisión, y como autor de un delito continuado con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución consistente en provocación a la discriminación, al odio racial y a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas y antisemitas del artículo 510.1 del Código Penal, a la pena de tres años de prisión y multa por tiempo de doce meses a razón de una cuota diaria de 2.000 pesetas.

El TC acometió en esta sentencia la tarea de resolver la cuestión de constitucionalidad planteada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona respecto del artículo 607.2 del Código Penal en relación con la libertad de expresión del artículo 20.1.a) CE. El tenor literal de dicho precepto penal vigente en el momento de los hechos era:

La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo³⁸⁰, 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

³⁸⁰ El apartado anterior del precepto establecía:

1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1.º Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros.

Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado.

2.º Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.

3.º Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150.

El punto de partida, los hechos probados de la condena del Juzgado de lo Penal eran del siguiente tenor:

el acusado Pedro Varela Geiss, mayor de edad y sin antecedentes penales, actuando en su condición de titular y director de la librería Europa ... ha venido procediendo de forma habitual y continuada, con posterioridad al mes de junio de 1996, y a sabiendas de la entrada en vigor en España de la actual legislación penal en esta materia, a la distribución, difusión y venta de todo tipo de materiales en soporte documental y bibliográfico, libros, publicaciones, cartas, carteles, etc..., en los que de forma reiterada e inequívocamente vejatoria para el grupo social integrado por la comunidad judía, se negaba la persecución y genocidio sufridos por dicho pueblo durante el periodo histórico de la Segunda Guerra Mundial, masacre colectiva programada y ejecutada por los responsables de la Alemania nazi que gobernaron en la época del III Reich. La inmensa mayoría de dichas publicaciones contenían textos en los que se incita a la discriminación y al odio hacia la raza judía, considerándoles seres inferiores a los que se debe exterminar como ‘a las ratas’”; “en la citada librería se vendían también publicaciones relativas a Arte, Historia y Mitología religiosa, pero su número era manifiestamente testimonial en comparación con las obras dedicadas al revisionismo del holocausto judío. El público habitual del establecimiento eran jóvenes caracterizados por su afinidad con las ideologías defensoras de la violencia como método de resolución de conflictos. Dichas publicaciones y material estaban a la venta al público y se exportaban por correo a multitud de clientes en Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Chile, Argentina y Sudáfrica, entre otros países. La librería Europa figuraba en toda la correspondencia remitida y recibida como editora y distribuidora del material comercializado.

La Audiencia Provincial de Barcelona consideró conforme a las SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, y 176/1995, de 11 de diciembre, que las opiniones sobre hechos históricos estarían protegidas por la libertad de expresión «por muy erróneas o infundadas que resulten, que no supongan un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro para la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos». Se argumentó que el bien jurídico que el legislador quería proteger con este precepto era muy difuso y que no merece protección; ya que se trataría de evitar un «clima favorecedor de conductas discriminatorias».

Para la Abogacía del Estado y para el Ministerio Fiscal el precepto penal era constitucional.

La Abogacía del Estado consideró en primer lugar que el bien jurídico protegido no era «difuso», sino que la norma tendría «una finalidad protectora general de la sociedad», y se trataría «tanto una medida de defensa legítima de la minorías, como del propio orden constitucional». En segundo lugar, las conductas castigadas en el precepto eran peligrosas, en el sentido de que por sí solas podrían lesionar dicho bien jurídico. En concreto defendió que:

4.º Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.

5.º Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2.º y 3.º de este apartado.

estimular resortes psicológico-sociales no bien conocidos, y crear una atmósfera social que, como demuestra el desarrollo de los hechos en la Alemania nazi, comienza con la discriminación legal en el acceso a cargos públicos y profesiones, sigue con el estímulo de la emigración de parte de la población, y se extiende e intensifica en todos los campos de la convivencia hasta los extremos de destrucción y exterminio que conoce la historia.

El Fiscal General del Estado consideró que las conductas castigadas suponen un peligro de generación de «un clima de aceptación y olvido de tales hechos», lo que puede favorecer el surgimiento de «brotes de violencia racial o étnica no deseados». No se trataría de castigar meras opiniones o ideas sobre hechos históricos, sino cuando con tal negación o justificación:

[...] trataran de generar un estado de opinión en la población favorable al genocidio, que fuera llevado a cabo de forma planificada, sistematizada u organizada. Se trataría pues, con el precepto, no ya de reputar como delito la libre difusión de ideas u opiniones, por muy reprobables y rechazables moralmente que fueran, sino de proteger a la sociedad de aquellos comportamientos que, con una sistemática preparación psicológica de la población, a través de medios propagandísticos, generaren un clima de violencia y hostilidad que, de forma mediata, pudieran concretarse en actos específicos de discriminación racial, étnica o religiosa.

El TC sintetizó las posturas de la Abogacía del Estado y del Ministerio Fiscal señalando que:

A su modo de ver, la negación o justificación de un genocidio encierra un peligro potencial para bienes jurídicos de la máxima importancia y, por ello, no puede considerarse amparada por el derecho a la libertad de expresión. Dicho peligro potencial supondría, además, justificación suficiente para su punición, sin que ello supusiera confrontación alguna con el principio de intervención mínima propio del Derecho penal.

La decisión del TC no fue unánime, hubo cuatro votos particulares. El razonamiento del sentir mayoritario discurrió recordando la doctrina constitucional acerca de la libertad de expresión. En primer lugar, la libertad de expresión garantiza un interés constitucional como es la formación de una opinión pública y libre: «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».

En segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, la libertad de expresión abarca también la libertad de 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”».

En tercer lugar, el TC recalcó que en España no existe una «democracia militante»³⁸¹ que exija una adhesión positiva a la CE.

³⁸¹PAREJO GUZMÁN destacó en este punto que si bien es cierto que en general el TC sigue al TEDH hay una excepción cuando se trata de discursos racistas y xenófobos. Ello por cuanto el TC permite en algunos casos incluirlos en el ámbito

En cuarto lugar, el TC destacó que para garantizar el pluralismo y la necesidad del intercambio de ideas libre para un sistema democrático, los poderes públicos no pueden «controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas».

En quinto lugar, el TC también recordó los límites de la libertad de expresión. Con carácter general, no gozan de protección constitucional «las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias a este propósito». Y en concreto, conforme a las SSTC 214/1991 y 176/1995 la dignidad y la igualdad constituyen un límite a la libertad de expresión. En palabras del TC:

“el derecho a expresar y 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, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)”

[...] el reconocimiento constitucional de la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales y en su virtud carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5). Igualmente, hemos reconocido que atentan también contra este 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 (SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8; 13/2001, de 29 de enero, FJ 7).

A continuación el TC acotó la cuestión a debatir, en sus palabras:

de la libertad de expresión precisamente porque en España no existe un modelo de «democracia militante». En sus palabras:

El Tribunal Constitucional ha adoptado la mayor parte de los criterios asentados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su interpretación de los límites a la libertad de expresión pero, a diferencia del segundo, que excluye claramente del ámbito de la libertad de expresión los discursos de corte racista y xenófobo, el Tribunal Constitucional ha introducido una distinción que permite dar cabida a algunas de estas manifestaciones en el ámbito de la libertad que analizamos. La base argumental que da lugar a esta conclusión se encuentra en el rechazo del Tribunal Constitucional a calificar nuestro sistema como un modelo de democracia militante, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. Concepción que, según nuestro Alto Tribunal, se manifiesta con especial intensidad en el régimen constitucional de las libertades ideológica, de participación, de expresión y de información, porque “implica la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías. El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas”.

Vide PAREJO GUZMÁN María José (2020). *Género y diversidad religiosa, discurso de odio y tolerancia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 34 y 35.

El problema que debemos tomar en consideración es el de si la negación de hechos que pudieran constituir actos de barbarie o su justificación tienen su campo de expresión en el libre debate social garantizado por el art. 20 CE o si, por el contrario, tales opiniones pueden ser objeto de sanción estatal punitiva por afectar a bienes constitucionalmente protegidos.

De este modo eran dos las conductas a analizar: la «negación»³⁸² y la «justificación»³⁸³. En cuanto a la «negación» el TC consideró que el precepto literalmente castigaba la transmisión de ideas, sin exigir una lesión de otros bienes protegidos por la CE. Con ese punto de partida recordó que conforme al ordenamiento constitucional *no (se) permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político.*

Por tanto el *quid* de la cuestión era que para poder castigar la transmisión de unas ideas era preciso que dicha comunicación lesionase otros bienes jurídicos; esto es, que *impli(que) necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio.* Como quiera que el tipo penal no recogió en su tenor literal tal requisito no era posible que lo incorporase por vía interpretativa el TC. En este sentido el TC desechó la tesis sostenida por el Ministerio Fiscal de que tal negación contenía un peligro tendencial/potencial de creación de un clima de hostilidad³⁸⁴. Por este motivo se consideró inconstitucional dicho apartado.

Respecto de la «justificación» la conclusión a la que llegó el TC fue distinta. La diferencia sustancial radica en que la justificación es un juicio de valor y, como tal, contiene un elemento tendencial. En palabras del TC:

Para ello será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados en grupos

³⁸² En palabras del TC: *mera expresión de un punto de vista sobre determinados hechos, sosteniendo que no sucedieron o no se realizaron de modo que puedan ser calificados de genocidio.*

³⁸³ Conforme al TC: *no implica la negación absoluta de la existencia de determinado delito de genocidio sino su relativización o la negación de su antijuricidad partiendo de cierta identificación con los autores.*

³⁸⁴ El TC aludió a la protección reforzada de la libertad científica ya que:

“sólo de esta manera se hace posible la investigación histórica, que es siempre, por definición, polémica y discutible, por erigirse alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre, siendo así que esa incertidumbre consustancial al debate histórico representa lo que éste tiene de más valioso, respetable y digno de protección por el papel esencial que desempeña en la formación de una conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática”.

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. Debe subrayarse que la incitación indirecta a la comisión de algunas de las conductas tipificadas en el art. 607.1 CP como delito de genocidio —entre las que se incluyen entre otras el asesinato, las agresiones sexuales o los desplazamientos forzosos de población— cometidas con el propósito de exterminar a todo un grupo humano, afecta de manera especial a la esencia de la dignidad de la persona, en cuanto fundamento del orden político (art. 10 CE) y sustento de los derechos fundamentales. Tan íntima vinculación con el valor nuclear de cualquier sistema jurídico basado en el respeto a los derechos de la persona permite al legislador perseguir en este delito modalidades de provocación, incluso indirecta, que en otro caso podrían quedar fuera del ámbito del reproche penal.

Por tanto el TC concluyó que sí era constitucional el castigo de «la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio» siempre y cuando supongan una incitación indirecta a la comisión de delitos como el genocidio o «provo(quen) de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio».

De dichas conclusiones mayoritarias hubo cuatro votos discordantes. En primer lugar el formulado por GARCÍA-CALVO Y MONTIEL que consideró que la tipificación de la negación sí que era constitucional. El magistrado valoró como artificiosa la distinción entre incitación directa e indirecta. En su opinión el delito estudiado tenía una naturaleza de «peligro en abstracto»; mientras que para el sentir mayoritario la negación del genocidio se encuadró en «“el ámbito de las meras opiniones sobre los hechos históricos, es decir, en la esfera cubierta por el derecho de la libre expresión”, permitiendo el juego de los artículos 16.1 CE (libertad ideológica) y 20.1 a) CE (libertad de opinión)». El magistrado se apoyó en los argumentos dados por la Abogacía del Estado y por el Ministerio Fiscal³⁸⁵; por un lado la negación de ideas o doctrinas racistas o xenófobas puede crear una atmósfera social como la que dio lugar a la Alemania nazi; y por otro, el peligro viene de

³⁸⁵ La Abogacía del Estado defendió que:

[...] La difusión de ideas y doctrinas racistas o xenófobas han logrado estimular resortes psicológico- sociales no bien conocidos, y crear una atmósfera social que, como demuestra el desarrollo de los hechos en la Alemania nazi, comienza con la discriminación legal en el acceso a cargos públicos y profesionales; sigue con el estímulo de la emigración de parte de la población; y se extiende e intensifica a todos los campos de la convivencia hasta los extremos de destrucción y exterminio que conoce la historia”.

Por su parte para el Ministerio Fiscal:

[...] el núcleo de la acción castigada se enmarca bajo la común rúbrica de la difusión, que lleva implícito el requisito de la publicidad, ya que el término que encabeza el tipo implica la utilización de medios de comunicación para la puesta en conocimiento general de lo que es objeto de opinión o juicio de valor, lo que, consiguientemente, presupone el conocimiento, al menos potencial, por una pluralidad de personas de lo opinado o valorado”, habrá de concluirse necesariamente en que ambas conductas delictivas —negación y justificación [...] han de tener el mismo calificativo, que no puede ser otro que el de acordes con la Constitución.

la mano de esa difusión que permite, al menos de manera potencial, llegar a una pluralidad de personas.

El segundo voto particular del magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ fue en la misma línea. Apeló a la realidad histórica vivida en Europa³⁸⁶ para mantener la constitucionalidad del precepto. Para el magistrado tanto la negación como la justificación constituían un «“peligro presente y claro”» y debían ser penalizadas al igual que se hacía en el resto de Europa. Además consideró que la doctrina sentada por la mayoría se contraponía a la recogida en las SSTC 214/1991 y 176/1995.

El tercer voto particular fue expresado por el magistrado RODRÍGUEZ ARRIBAS. En primer lugar, de forma directa, sin circunloquios, puso el nombre al objeto de debate: el «negacionismo». Para él supone por sí solo un claro menosprecio hacia las víctimas. Y al igual que los anteriores votos particulares coincidió en defender la constitucionalidad del precepto por cuanto castigaba comportamientos que vienen a preparar psicológicamente a la población y que «generarían un clima de violencia y hostilidad que, de forma mediata, pudiera concretarse en actos específicos de discriminación racial, étnica o religiosa».

El magistrado RODRÍGUEZ ARRIBAS en defensa de su postura y de acuerdo con el argumento de la mayoría acerca de que España no es una «democracia militante» contrapuso dicho concepto al de una «democracia ingenua». En sus palabras, se trataría de evitar una «“democracia ingenua” que llevara aquel supremo valor de la convivencia hasta el extremo de permitir la actuación impune de quienes pretenden secuestrarla o destruirla».

La cuarta opinión disidente fue formulada por el magistrado SALA SÁNCHEZ quien razonó que la negación, al igual que la justificación, tienen el mismo elemento tendencial; con lo que, por los mismos argumentos que se consideró constitucional el reproche penal de la justificación, debió de validarse igualmente la constitucionalidad de la negación. Según SALA SÁNCHEZ interpretarlo de otra manera resultaría contradictorio.

D. STC (Pleno) 177/2015, de 22 de julio

³⁸⁶ En sus palabras:

[...] Europa vivió entre 1918 y 1945 la época dorada del constitucionalismo clásico, basada en lo que se llamó, en forma expresiva, “exceso de confianza en la soteriología jurídica”. Profesar una fe inocente en el Derecho constitucional, considerándolo como realidad salvadora que, por sí misma, asegura la libertad o el pluralismo fue un camino que se truncó por experiencias dramáticas en países que conocieron las Constituciones técnicamente más perfectas que ha ideado el genio humano.

En esta sentencia el TC denegó el amparo solicitado por don Jaume Roura Capellera y don Enric Stern Taulats³⁸⁷. La decisión del TC no fue unánime, hubo tres votos particulares.

Los recurrentes fueron condenados por un delito de injurias a la Corona del artículo 490.3 del Código Penal a la pena de quince meses de prisión, que fue sustituida por multa de treinta meses con una cuota diaria de tres euros.

Los hechos probados recogidos en la sentencia condenatoria fueron los siguientes:

sobre las 20:00 horas del día 13 de septiembre de 2007, con motivo de la visita institucional de S.M. el Rey a la ciudad de Gerona, Jaume Roura Capellera y Enric Stern Taulats ... quemaron previa colocación boca abajo de una fotografía de SS.MM. los Reyes de España en el curso de una concentración en la plaza de Vino de esa capital. A dicha concentración le había precedido una manifestación encabezada por una pancarta que decía "300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española". Lo citados iban con el rostro tapado para no ser identificados y, tras colocar la citada fotografía de gran tamaño de SS.MM. los Reyes en la forma expuesta, en el centro de la plaza se procedió por Enric Stern a rociarla con un líquido inflamable y por Jaume Roura a prenderle fuego con una antorcha procediendo a su quema, mientras eran jaleados con diferentes gritos por las varias decenas de personas que se habían reunido en la citada plaza.

La condena se basó en el contexto que resultó acreditado. En primer lugar se valoró la puesta en escena:

escenifican lo que gráficamente podemos (definir) como un "aquelarre" o "juicio inquisitorial" en el que colocando la representación gráfica del Jefe del Estado en posición claudicante, bocabajo, lo embadurnan con aceite u otra sustancia inflamable y le prenden fuego como expresión simbólica del desprecio y destrucción de la Institución, pues el fuego, en el contexto en que se usa, tiene una carga negativa evidente.

En segundo lugar, se consideró acreditado el dolo tanto por el uso de la fotografía que tenían preparada, como por el hecho de que ocultaron su rostro para evitar ser identificados.

Los recurrentes, sin embargo, adujeron que fueron vulnerados sus derechos a la libertad ideológica y a la libertad de expresión. En este sentido afirmaron que «aunque pueda parecer, a los ojos de algunos, incorrecta o incluso de mal gusto si se quiere, no implica ningún menosprecio intrínsecamente vejatorio contra los Reyes». Defendieron que por el contexto de reivindicación en contra de la Monarquía y la condición pública de la misma debía de ser «más permeable a la crítica».

El TC comenzó su análisis con la doctrina consolidada sobre el contenido y los límites de la libertad de expresión. Así, en primer lugar, recordó que la libertad de expresión es una de las bases sobre la que descansa una sociedad libre y democrática; «una garantía para “la formación y existencia

³⁸⁷ Sin embargo como examinamos *supra* la STEDH (Sección 3ª) Asunto de Stern Taulats y Roura Capellera c. España (Demandas nº 51168/15 y 51186/15), de 13 de marzo de 2018 terminó dándoles la razón.

de una opinión pública libre”». Y por esta razón la libertad de expresión debe ser amplia para intercambiar ideas y opiniones, el cauce para ello «ha de ser “lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor”». En segundo lugar remarcó que la libertad de expresión comprende la libertad de 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”». Y en tercer lugar el TC reafirmó que en España no existe una «democracia militante»; tal y como ya hizo en la STC 235/2007; por cuanto «(e)l valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas».

A partir de la exposición de la doctrina consolidada acerca del contenido de la libertad de expresión el TC continuó el examen de sus límites, en concreto cuando se trata de un «discurso político», que debe «respetar la dignidad, la reputación y los derechos de terceros». Conforme a la doctrina constitucional no existe un derecho al insulto; no gozan de protección constitucional «“las expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas”». Para reforzar esta línea argumental el TC citó al TEDH que establece como límite a la libertad de expresión el fomento del odio basado en la intolerancia, en sus palabras³⁸⁸:

“[l]a tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que, en principio, se puede considerar 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”

El TC tras exponer la doctrina constitucional sobre el contenido y límites de la libertad de expresión procedió a ponderar los derechos fundamentales en conflicto. Para ello el TC en primer lugar advirtió que cuando nos movemos en el ámbito del derecho penal hay que atender no tanto a los límites de la libertad de expresión, sino a su contenido, para no desnaturalizarla: «el Juez penal ha de tener siempre presente su contenido constitucional para “no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático”».

En segundo lugar dio tres criterios a tener en cuenta en el caso concreto. El primero fue considerar que el precepto penal protege por un lado a la Corona como parte del orden constitucional. Por

³⁸⁸ El TC citó la STEDH de 16 de julio de 2009, caso Féret c. Bélgica, § 64.

otro lado, también protege el honor y la dignidad del monarca cuando la ofensa se produzca en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. Pero a su vez debe de permitirse su crítica dentro del «libre debate sobre su posible responsabilidad institucional o, incluso, simbólica, dentro de los límites del respeto a su reputación».

El segundo y tercer criterio tienen que ver con el lenguaje simbólico empleado y su significado intrínseco.

Sentado lo anterior el TC concretó la cuestión a debatir del siguiente modo:

Desde la perspectiva que nos corresponde debemos dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia.

El TC analizó los hechos desde la perspectiva del «discurso del odio». Para ello expuso que este tipo de discurso no gira sólo en torno a «condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas», sino que también «persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes».

Para la opinión mayoritaria los hechos declarados probados transmitieron el mensaje de que «los Monarcas merecen ser ajusticiados». Por tanto, consideraron que los recurrentes fomentaron sentimientos de odio, agresividad y de violencia. Para el TC el hecho de que hubiera una preparación previa para la escenificación excluyó la espontaneidad. Y además el TC destacó la ausencia de «expresión, discurso, mensaje u opinión de la que quepa inferir una censura u oposición políticamente articulada contra la Monarquía o los Reyes» para reforzar su convicción de que los recurrentes no ejercieron el derecho a la libertad de expresión, sino que quisieron incitar al odio. En definitiva el TC concluyó que hubo un «riesgo evidente»/«posible riesgo de violencia» de que tales hechos fueron percibidos por los asistentes como «una incitación a la violencia y el odio hacia la Monarquía y hacia quienes la representan», aunque no llegaran a producirse incidentes.

Como dijimos hubo tres votos discrepantes con la opinión mayoritaria. En primer lugar el voto particular de la magistrada ASUA BATARRITA al que se adhirió el magistrado VALDÉS DAL-RÉ. La premisa mayor partió de considerar que la libertad de expresión prácticamente no tiene límites cuando «se trata de manifestación de opiniones sobre aspectos políticos o institucionales, sobre la actuación de gobernantes o de quienes desempeñan poderes constitucionales». A partir de ahí el

razonamiento discurrió analizando dos límites que afectan a la libertad de expresión. En primer lugar la ausencia de violencia, y, en segundo lugar el «discurso del odio»³⁸⁹.

Respecto de la violencia citó expresamente la doctrina americana del *clear and present danger* y consideró que el sentir mayoritario se basó más bien en hipótesis, ya que no se apoyó en datos fehacientes que acreditasen un peligro real, acuciante e inminente para los Reyes.

En relación al «discurso del odio» se consideró que conforme a los instrumentos internacionales y el propio tenor del artículo 510 del Código Penal se había interpretado extrapolándolo a situaciones distintas. Se criticó que se pusieran al mismo nivel de protección los sentimientos antimonárquicos, lo que equivalía a considerar como colectivo vulnerable a las personas favorables a la Corona. En su opinión la decisión mayoritaria, de manera implícita, consideró que la tutela del honor y del prestigio de la Corona eran insuficientes para justificar una limitación en el ejercicio de la libertad de expresión. Y por este motivo se acudió a la incitación a la violencia y al discurso del odio como límites para su ejercicio en el caso concreto.

En segundo lugar el voto particular de la magistrada ROCA TRÍAS se apoyó también en la doctrina del *clear and present danger*. El matiz que empleó fue considerar que realmente el análisis hubo de partir no desde la perspectiva de los límites de la libertad de expresión, sino antes bien, del estudio de la libertad ideológica, antimonárquica en el caso concreto. Por este motivo consideró que el único límite establecido en la constitución para la misma era el «orden público». De ahí que consideró que debió otorgarse el amparo a los recurrentes por lesión de su libertad ideológica, ya que tras la puesta en escena no se «produjer(o)n conflictos o altercados de ningún tipo».

Finalmente, en último lugar el voto discrepante del magistrado XIOL RÍOS giró en torno a tres motivos: en primer lugar, los hechos no eran subsumibles en el «discurso del odio»; en segundo lugar, no estaba justificado el uso de la vía penal previa por aplicación del delito de injurias al Rey ; y, en tercer lugar, la condena no era ni necesaria ni proporcionada.

Para XIOL RÍOS en primer lugar existió una *banalización* del «discurso del odio» ya que los actos no fueron dirigidos «contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas, creencias o actitudes vitales en particular», ni supusieron «una incitación directa a la violencia», por cuanto «en el caso concreto no fue acompañada de una invitación a la violencia ni suscitó reacciones de esta naturaleza ni desembocó en perturbaciones del orden público».

³⁸⁹ En sus palabras: [...] cualquier forma de expresión que incite, promueva o propague el odio racial, la xenofobia, u otras formas de odio basadas en la intolerancia, mediante la creación de un clima de hostilidad y exclusión, generador de un efecto cierto de amenaza que perturba el ejercicio de la igualdad de derechos de los miembros de determinados colectivos socialmente vulnerables.

En segundo lugar XIOL RÍOS consideró que la opinión mayoritaria se centró en valorar la conducta de los recurrentes, en lugar de analizar la reacción penal del Estado frente a dicho comportamiento. Para él debió de analizarse si la condena penal lo fue para proteger los bienes jurídicos protegidos por el precepto penal aplicado en concreto. En su opinión no hubo coherencia en la justificación, ya que el tipo penal se ocupa de proteger el honor de un sujeto o la dignidad de una institución —en este caso de la Corona— y, sin embargo, se denegó el amparo por entender que la condena fue correcta, pero se apoyó en la existencia de incitación a la violencia y en la doctrina del «discurso del odio».

En tercer y último lugar, defendió que la condena no fue proporcionada. En sus palabras: «recurrir al derecho penal para sancionar el contenido comunicativo del acto simbólico desarrollado es una medida innecesaria y desproporcionada en una sociedad democrática». No obstante, dejó abierta la posibilidad de que se hubiera podido sancionarse penal o administrativamente la «circunstancia de que se portara líquido inflamable y una antorcha encendida y que se prendiera fuego en el marco de una alta concentración de personas a una foto que se dice de grandes dimensiones [...] de gravedad y naturaleza muy distinta» a las analizadas en los recursos de amparo.

E. STC (Sala 1ª) 112/2016, de 20 de junio

El recurrente dº Tasio Erkizia Alamandoz fue condenado a la pena de un año de prisión y de siete años de inhabilitación absoluta por un delito de enaltecimiento del terrorismo. La Sala Penal de la Audiencia Nacional consideró probados los siguientes hechos:

I. El acusado, Tasio Erquizia Alamandoz es mayor de edad y carece de antecedentes penales.

II. El referido, el día 21 de diciembre de 2008 participó como principal orador en un acto celebrado en la localidad de Arrigorriaga (Vizcaya) en recuerdo y loa del responsable de la organización E.T.A. Jose Miguel Beñaran Ordeñana, alias 'Argala', quien había sido asesinado treinta años antes en la localidad francesa de Angelu.

El acto fue publicitado mediante carteles pegados en las calles en los que se transcribía un texto atribuido a Argala que dice:

'La lucha armada no nos gusta a nadie, la lucha armada es desagradable, es dura, a consecuencia de ellas se va a la cárcel, al exilio, se es torturado; a consecuencia de ella se puede morir, se ve uno obligado a matar, endurece a la persona, le hace daño, pero la lucha armada es imprescindible para avanzar'.

Para su celebración se colocó una carpa y en su interior una tarima o escenario elevado en el que, en su lado derecho desde el punto de vista del público asistente, había, sobre un caballete, una gran fotografía del miembro de ETA cuya figura se ensalzaba; en el centro, una pantalla en la que se proyectaron fotografía de miembros encapuchados de la banda terrorista y de presos y, a la izquierda, un atril desde el que el acusado pronunció un discurso, todo ello presidido por un cartel con el lema 'Independentzia Sozialismo 1949-1978', en referencia a la fecha de nacimiento y muerte del llamado Argala.

Durante el homenaje a ‘Argala’ actuaron bailarines o ‘dantzaris’ que ejecutaron una ‘Ezpatadantza’ o danza de espadas, baile de conmemoración y rendición de honores en el que los bailarines saludan con espadas de forma similar a la presentación de armas de los actos militares y también se ejecutó una ‘Ikurrin dantza’ o danza de la bandera en la que los danzantes adoptaron postura genuflexa frente al escenario, inclinando la cabeza hacia el suelo mientras en el centro un abanderado ondeaba la ikurriña sobre ellos, tras lo cual depositaron claveles rojos ante la fotografía de Argala.

También intervinieron versolaris —improvisadores populares de versos en euskera— y músicos que tocaban instrumentos tradicionales vascos como la txalaparta, entre otros.

III. El discurso del acusado Tasio Erkizia Almandoz fue el momento central del acto. En él pidió ‘una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático’ y terminó con los gritos ¡Gora Euskal Herria askatuta!, ‘Gora Euskal Herria euskalduna’ y ‘Gora Argala’ —¡Viva Euskal Herria libre! ¡Viva Euskal Herria vasca! ¡Viva Argala!, gritos que fueron respondidos por el público.

Previamente, al subir al escenario, Erkizia colocó un clavel rojo sobre el soporte en el que se apoyaba la fotografía de Argala.

IV. El acusado no había tenido relación de amistad ni trato o contacto especial con José Miguel Beñaran Ordañana, ‘Argala’, cuya única actividad conocida fue su pertenencia, como dirigente, de ETA, grupo organizado que usando armas, explosivos y otros medios comete delitos contra aquellos que no comparten su proclamada finalidad de conseguir la independencia de ‘Euskal Herria’.

El recurrente argumentó que se vulneró tanto su libertad ideológica como la libertad de expresión por entender que no hubo incitación a la violencia o intimidación, ni ensalzó organizaciones terroristas, solamente trató de dar muestras de afecto a una persona.

Sin embargo el TS desestimó el recurso presentado y lo hizo delimitando lo que es libertad de expresión de lo que es delito. El TS habló de la existencia de una «zona intermedia» y dio las pautas/los elementos a tener en cuenta en cada caso en concreto:

habrá de examinar tanto las concretas frases o expresiones producidas así como la ocasión y el escenario en el que fueron pronunciadas y, en fin, todas las circunstancias concurrentes, para determinar si está dentro del ámbito del tipo penal o extramuros de él, sin olvidar que el principio favor libertatis debe jugar, necesariamente en los casos de duda, ante la naturaleza constitucional de los derechos de libertad de expresión e ideológica que podrían quedar afectados por el tipo penal, derechos que constituyen una de las más acusadas señas de identidad de la Sociedad Democrática [...] es importante, no solo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con los que han sido utilizados, pues evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de enaltecimiento del terrorismo, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada ocasión concreta.

Para el TS la «zona intermedia» tiene que ver con el bien jurídico que se trata de proteger, está relacionada con el «discurso del odio».

El TC planteó el análisis del recurso como de trascendente, por la necesidad de deslindar el ejercicio legítimo de la libertad de expresión del delito de enaltecimiento del terrorismo. En primer lugar plasmó los atributos de la libertad de expresión ya recogidos en la STC 177/2015:

«carácter institucional del derecho a la libertad de expresión», «carácter limitable del derecho a la libertad de expresión», y la «proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión».

En segundo lugar recordó la doctrina establecida en la STC 235/2007 en cuanto a que para castigar penalmente una conducta como manifestación del «discurso del odio» es necesario que se genere «una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho de la libertad de expresión por ser necesaria esa injerencia en una sociedad democrática».

Sentado lo anterior el TC acotó los parámetros de su análisis en determinar si «la conducta desarrollada por el recurrente pudiera ser considerada una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia». El TC en atención a los hechos probados y los razonamientos recogidos en las resoluciones judiciales precedentes consideró que no hubo vulneración del derecho a la libertad de expresión del recurrente: «fue una expresión de odio basado en la intolerancia», «manifestado a través de un nacionalismo agresivo; con inequívoca presencia de hostilidad hacia otros individuos» y «hubo una instigación a la violencia³⁹⁰».

La sentencia dictada por el TC no fue unánime, el magistrado dº XIOL RÍOS formuló voto particular. XIOL RÍOS mostró su acuerdo en cuanto a la doctrina constitucional aplicable al caso, su discrepancia se basó en que, en su opinión, no se profundizó lo suficiente al analizar los elementos que justificarían una injerencia penal en la libertad de expresión necesaria y proporcionada en una sociedad democrática. Para él la conducta del recurrente no fue de suficiente entidad para entender que incitó, siquiera indirectamente, a cometer actos terroristas u otros delitos que pusiera en riesgo los derechos de terceros o el orden constitucional.

De este modo con cita de diferentes sentencias del TEDH aludió a diferentes elementos valorativos: En primer lugar al «mayor o menor impacto de difusión pública dependiendo de la naturaleza de la conducta desarrollada». En segundo lugar a «las circunstancias personales de quien realiza la conducta» por cuanto el TEDH considera más amplia la libertad de expresión cuando se da en el

³⁹⁰ El TC dio una explicación de qué debe de considerarse como instigación:

Incitar supone siempre llevar a cabo una acción que ex ante implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta. Desde esta última perspectiva, acciones como las que nos ocupan crean un determinado caldo de cultivo, una atmósfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, antesala del delito mismo, singularmente si se tienen en cuenta las circunstancias en las que cursaron los hechos: fue un acto público, previamente publicitado mediante carteles pegados en las calles, en un contexto en el que la actividad terrorista seguía siendo un importante problema social. Por consiguiente, es incuestionable que, para un espectador objetivo, la conducta del recurrente era idónea para contribuir a perpetuar una situación de violencia.

plano político. En tercer lugar «que la conducta desarrollada coincidiera en el tiempo con actos terroristas». En cuarto lugar las «concretas manifestaciones proferidas».

Con estos elementos consideró que debió analizarse exclusivamente la concreta conducta desarrollada por el recurrente; esto es, su discurso tal y como constaba en los hechos probados, a los que han de sumarse las transcripciones literales del mismo tras el visionado de las imágenes a las que sí aludió el voto particular del magistrado del TS. De forma que para XIOL RÍOS no hubo «una ambigüedad calculada».

También explicó que hubo de valorarse que el recurrente era un hombre político, y que el contexto en el que se produjo fue un homenaje, en el que la difusión del discurso estuvo limitado a los asistentes. En sus palabras:

En conclusión, existe un conjunto de circunstancias en el caso que no permite concluir que la conducta del recurrente encierre un potencial lesivo de incitación a la comisión de ilícitos penales de tal relevancia que su castigo con una pena de prisión de un año y una larga condena de inhabilitación por siete años resulte necesario y proporcionado en una sociedad democrática que reconoce la libertad de expresión como un elemento institucional de primera magnitud en su sistema de valores. Por tanto, en mi opinión, debió haberse otorgarse al recurrente el amparo solicitado por la vulneración de su derecho a la libertad de expresión.

6.4.- ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS «DELITOS DE ODIO» EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El punto de partida, la introducción en el ordenamiento jurídico español de los «delitos de odio», se produjo por vez primera con la creación del novedoso artículo 510³⁹¹ en el Código Penal de 1995. Desde entonces permaneció sin modificaciones, hasta que en el año 2015 fue adaptado por razones de política criminal y con apoyo en la normativa de la UE.

6.4.1- Redacción original del Código Penal dada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre³⁹²

³⁹¹ SÁNCHEZ MELGAR lo definió «como arquetipo del discurso del odio». Vide: “Discursos discriminatorios (Art. 510). Apología y negación del genocidio. Enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas”, *Revista del Ministerio Fiscal*, Fiscalía General del Estado, Madrid, n° 7, 2019, p.115.

³⁹² El Congreso de los Diputados cuenta con una Unidad de Atención al Ciudadano (informacion@co-congreso.es). Puesto en contacto con la misma en fecha 22-9-2020 me facilitó —a las pocas horas— la URL del buscador de iniciativas <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas> (consultada ese mismo día).

En concreto la información relativa a la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal (121/000063) está recogida en la URL:

http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLIST&BASE=IW15&PIECE=IW15&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLUS.fmt&QUERY=%28I%29.ACIN1,+%26+%28C%C3%B3DIGO+PENAL%29.ALL,+%26+%28%22PROYECTO-DE-LEY%22%29.SINI.&DOCS=1-1

La introducción de los «delitos de odio» en España, si nos atenemos a la exposición de motivos del proyecto ley³⁹³, obedeció a la protección real y efectiva del derecho fundamental a la igualdad, consagrado en el art. 14 CE. En concreto, se fundamentó así:

En quinto lugar, se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos. Ciertamente no es el Código Penal el instrumento más importante para llevar a cabo esa tarea; sin embargo, puede contribuir a ella, eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias.

Inicialmente el artículo 510³⁹⁴ tenía una redacción que nada tiene que ver con el resultado final, tras concluir los trámites parlamentarios. Más bien, su génesis estaba radicada en el artículo 490³⁹⁵ cuyo tenor literal era:

Los que provocaren directamente, incluso mediante la apología, por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por razón de su origen nacional o su pertenencia a una etnia o raza, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

En primer lugar, este boceto preveía el castigo de conductas consistentes en «provocar³⁹⁶» directamente a la «discriminación³⁹⁷», lo que encaja perfectamente con la exposición de motivos. Se trataba de tutelar el derecho fundamental a la igualdad. De hecho el Ministro de Justicia e Interior (BELLOCH JULBE) lo recalcó en el discurso que pronunció en la Sesión Plenaria nº 155 el 22 de junio de 1995³⁹⁸:

Defendemos también un mensaje de igualdad porque estamos plenamente convencidos de que todos los hombres y mujeres deben ser iguales ante la ley, tal y como proclama el artículo 14 de nuestra Constitución. Por ello decimos no, rotundamente no, a un Código Penal enfocado directamente a los sectores sociales menos favorecidos de nuestra sociedad. Por eso luchamos contra toda forma de discriminación, cualquiera que sea su motivo, y proponemos una especial tutela de aquellos sectores sociales especialmente lesionados por la actividad delictiva. Se ha procurado, por tanto, avanzar en el camino de esa igualdad real

³⁹³ El proyecto de ley se puede consultar en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/BOCG/A/A_077-01.PDF (consultado el 24-10-2020).

³⁹⁴ Se encontraba dentro de la Sección 1ª dedicada a los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual, capítulo V, dentro del Título XVIII relativo a Delitos contra la Constitución. Y establecía: «La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos y demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años».

³⁹⁵ Se incluyó en la Sección 1ª De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución, capítulo IV del Título XVIII.

³⁹⁶ Según la RAE, 2ª acepción: «Buscar una reacción de enojo en alguien irritándolo o estimulándolo con palabras u obras».

³⁹⁷ *Ibidem*: «Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de edad, de condición física o mental, etc.».

³⁹⁸ [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLIST&BASE=puw5&DOCS=1-1&QUERY=%28CDP199506220157.CODI.%29#\(P%C3%A1gina8285\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLIST&BASE=puw5&DOCS=1-1&QUERY=%28CDP199506220157.CODI.%29#(P%C3%A1gina8285)) (consultado el 25-10-2020).

y efectiva a que alude nuestro texto constitucional. El Código Penal es, desde luego, un instrumento esencial de cualquier política criminal y como parte de esa política criminal parece razonable que suscite el mayor grado de consenso posible.

En dicho discurso cuando trató de la parte especial del CP plasmó con absoluta claridad que uno de los objetivos que se perseguían era «la lucha contra cualquier forma de discriminación».

En segundo lugar, el precepto tasaba las diferentes formas de llevar a cabo dicha incitación, castigando en definitiva que los mensajes emitidos por el sujeto activo tuvieran la posibilidad de gran difusión y, por tanto, un amplio alcance o gran número de destinatarios en potencia: «mediante la apología³⁹⁹, por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio que facilite la publicidad».

En tercer lugar, el artículo señalaba los motivos por los que las personas o grupos de personas eran seleccionadas como víctimas, y que por lo mismo debían ser objeto de protección: «por razón de su origen nacional o su pertenencia a una etnia o raza».

Para entender el proceso de evolución desde esa simiente hasta su redacción final hemos de transitar por los trámites parlamentarios que tuvieron lugar.

Enmiendas⁴⁰⁰ introducidas en el Congreso de los Diputados

A. Enmienda n.º 205, del G. P. Vasco (PNV) y dº ALBISTUR MARÍN (Grupo Mixto-EuE). Se trata de una enmienda de adición, cuyo tenor literal era:

Se propone convertir el actual artículo 490, con dos añadidos, en el apartado 1, y añadirle un apartado 2, quedando el artículo con el siguiente texto.

«1. Los que provocaren directamente, incluso mediante la apología, de palabra, por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por razón de su religión, origen nacional, o su pertenencia a una etnia o raza, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. Con las mismas penas señaladas en el apartado anterior serán castigados: a) Los que incitaren al odio o la violencia de carácter nacional, racial, xenófobo o religioso, de palabra, por escrito o impreso, o cualesquiera otros métodos de propaganda. b) Los que manipularan informaciones o emitieran informaciones

³⁹⁹ *Ibidem*: «Discurso de palabra o por escrito, en defensa o alabanza de alguien o algo».

⁴⁰⁰ Fueron las enmiendas con n.º 205, 493, 494 y 843. El índice de las mismas se encuentra en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/BOCG/A/A_077-07.PDF (consultado el 24-10-2020). Y el cuerpo de las mismas se localiza en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/BOCG/A/A_077-06.PDF (consultado el 24-10-2020).

Las modificaciones propuestas fueron discutidas en el seno de la Comisión de Justicia e interior y quedaron recogidas en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n.º 516 de 7-6-1995: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw5&DOCS=1-1&QUERY=%28CDC199506070516.CODI.%29#\(P%C3%A1gina15755\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw5&DOCS=1-1&QUERY=%28CDC199506070516.CODI.%29#(P%C3%A1gina15755)) (consultado el 25-10-2020).

falsas respecto de individuos, grupos o asociaciones, en razón de su origen nacional o pertenencia a una etnia, raza, nacionalidad o religión, en menoscabo de su honor o dignidad, o con temerario desprecio a la verdad.»

JUSTIFICACION Necesidad de tipificar, no sólo la discriminación, sino también la incitación al odio o violencia racial.

En esta enmienda es muy relevante la propuesta de introducir expresamente los términos «odio» y «violencia», y no solamente la «discriminación». Además se alude a otra motivación como son los ataques por motivos xenófobos o religiosos. Y también se menciona a lo que hoy por hoy se conocen como *fakes news*⁴⁰¹, que no es otra cosa que la vulneración al derecho a recibir una información veraz para formarnos una opinión libre sobre cuestiones de interés general; y que en relación a este tipo delictivo tratan de «estigmatizar» a determinados colectivos.

B. Enmienda nº 493, del G. P. Popular. Se trata de una enmienda de modificación. Su tenor literal fue:

Se propone la siguiente redacción: «Los que provocaren directamente, incluso mediante la apología, de palabra, por medio de la imprenta, la radiodifusión, o por cualquier otro medio que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por razón de su religión, origen nacional, o su pertenencia a una etnia o raza, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de :seis a doce meses.»

JUSTIFICACION Se trata de otorgar una mayor garantía de protección a los aspectos relacionados con las creencias religiosas de las personas.

Con esta primera enmienda del G.P Popular, al igual que el PNV aludieron a la inclusión de la religión como motivo del ataque y por tanto objeto de protección. En palabras del representante del Grupo Popular, BUESO ZAERA, «incluimos la razón de su religión porque se trata de otorgar una mayor garantía de protección a los aspectos relacionados con las creencias religiosas de las personas⁴⁰²».

⁴⁰¹ Como apunta RODRÍGUEZ Ángel las «fake news» o noticias falsas son un fenómeno que coexiste con los medios profesionalizados y:

pueblan las redes empresas especializadas en relaciones públicas, cuando no en la propaganda y la intoxicación, que son auténticas fábricas de noticias falsas («fake news»). Además, y en pie de igualdad con las anteriores, actúan un ilimitado número de personas que, lejos de cumplir los augurios más optimistas de una época dorada de democratización de la información protagonizada por los nuevos «citizen journalists», combaten el malestar que a todos nos crea la «disonancia cognitiva» de la que nos habla la psicología social, ocasionado por la discrepancia entre la realidad y los prejuicios, esparciendo y retroalimentando los fragmentos de realidad que menos entran en conflicto con los suyos propios.

Vide RODRÍGUEZ Ángel: “Encuesta sobre la libertad de expresión”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 44, 2019, págs.21 y 22.

⁴⁰²Diario de Sesiones nº 67 de 7 de junio de 1995. http://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/DS/CO/CO_516.PDF (consultado el 7-11-2020). Aunque sólo se aludió a la religión, GONZÁLEZ PONS en la sesión del Senado de 11 de octubre de 1995 amplió el espíritu de protección también a las creencias http://www.congreso.es/public_oficiales/L5/SEN/DS/CO/CS0227.PDF (consultado el 7-11-2020):

quisiéramos proteger las convicciones en el mismo nivel que las religiones. Entendemos que el sentimiento religioso no sólo es loable, digno de protección y, al mismo tiempo, digno de ser mantenido en lugar que actualmente lo sitúan tanto la Constitución como el Código Penal, pero también existe un sentimiento de convicción, paralelo al religioso, que debería ser protegido en el mismo sentido que éste. Aquella persona que cree en algo debe ser protegida; pero aquella persona que, no creyendo

C. Enmienda nº 494, del G. P. Popular, propuso la adición de un apartado segundo al artículo:

Se propone añadir la siguiente redacción: «Serán castigados con igual pena: 1º Los que incitaren al odio o a la violencia de carácter racial, antisemita, xenófobo o religioso, de palabra, por escrito o impreso o cualesquiera otros medios de propaganda. 2º Los que manipularan informaciones o emitieran informaciones falsas respecto de individuos, grupos o asociaciones, en razón de su origen nacional o pertenencia a una raza, etnia, nacionalidad o religión, en menoscabo de su honor y dignidad, o con temerario desprecio a la verdad.»

JUSTIFICACION En el Proyecto sólo se contempla la discriminación, pero no «la incitación al odio o a la violencia racial», que constituye una amenaza a la seguridad de Europa y de la democracia y que está tipificada en gran parte en las legislaciones europeas, con instrumento para defender la paz y la convivencia social y contrarrestar la funesta propaganda racista. La inclusión de concepto específico de «antisemitismo» está justificada, no sólo por razones históricas sino además, por la aparición en Europa del antisemitismo más manifiesto y virulento desde la Segunda Guerra Mundial. La difusión de informaciones falsas a sabiendas de su falsedad o con temerario desprecio a la verdad constituyen excesos en el ejercicio de la libertad de información y merecen la sanción penal.

Con esta enmienda se coincidió con el PNV⁴⁰³ en cuanto a la necesidad de ampliar el tipo penal partiendo de la no discriminación e incluyendo como conductas a castigar la incitación al odio y a la violencia racial. La justificación dada se apoyó en la necesidad de hacerlo para proteger por un lado la seguridad de Europa y de la democracia, y por otro, para preservar la paz y la convivencia social⁴⁰⁴.

Asimismo se incluyó como móvil a castigar el actuar con una motivación antisemita por cuanto se estaba viviendo un resurgir más fuerte de este tipo de motivaciones.

Finalmente, también coincidieron en proponer la sanción penal de difusión de informaciones falsas en menoscabo de su honor y dignidad o temerario desprecio a la verdad⁴⁰⁵. De manera que podemos decir que ambas formaciones políticas pusieron sobre la mesa otros valores constitucionales como la «dignidad».

en algo, sin embargo tiene una filosofía de vida propia y de esa filosofía se deriva su actitud, su ritualidad y su día a día, también merece ser protegida en esa convicción por más que no sea creyente

⁴⁰³ Las enmiendas de ambas formaciones eran muy similares, de hecho *ibidem* JOVER PRESA (del G.P. Socialista), explicó que «tienen un texto prácticamente idéntico». Y añadió que estaban a favor de incluirlas porque «mejoran el texto, que amplían bastante los problemas que se plantean en relación con la discriminación por razón de raza, de sexo, de todos los tipos que puede haber».

⁴⁰⁴ No sólo era relevante el contexto internacional del momento. También como apuntó LAURENZO COPELLO hay que atender, entre otras, a la STC 214/1991 de 11 de noviembre (caso *Violeta Friedman* al que nos referimos en el epígrafe correspondiente de sentencias del Tribunal Constitucional), en la que se puede observar cómo el TC empezó a justificar una intervención penal al establecer una estrecha relación entre la discriminación y la dignidad humana. *Vide*. LAURENZO COPELLO, Patricia: "La discriminación en el Código Penal de 1995". *Estudios Penales y Criminológicos*, Servicio de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela nº 19, 1996, p. 225.

⁴⁰⁵ BUESO ZAERA (G.P Popular) explicó que «La difusión de informaciones falsas, a sabiendas de su falsedad o con temerario desprecio a la verdad, constituyen excesos en el ejercicio de la libertad de información y merecen, en nuestra opinión, la sanción penal».

D. Las enmiendas nº 585, del G. P. Socialista y nº 843 del G. P. IU-IC lo que propusieron fue la supresión del término «apología». En realidad estas enmiendas no fueron discutidas ya que fueron asumidas por la ponencia como consta en el resultado final.

Enmiendas presentadas en el Senado⁴⁰⁶

A. Enmienda nº 91 del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV), propuso la siguiente adición:

Se propone añadir inmediatamente después de «...por razón de su religión ...», y antes de «... origen nacional...», lo que sigue: «... orientación sexual...».

JUSTIFICACIÓN Es necesario incluir este tipo de discriminación por razones de seguridad jurídica.

Con esta enmienda se amplió el marco de protección del precepto respecto de aquellos ataques que se producen por motivo de la «orientación sexual» de la víctima.

B. Enmienda nº 154 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria del Senado (GPCC), también propuso un añadido:

En el punto 1 del artículo 502, añadir la expresión «... orientación sexual ... » a continuación de «... etnia o raza...»), quedando como sigue: «...por razón de su religión, origen nacional, pertenencia a una etnia o raza, u orientación sexual, serán castigados...» (resto igual).

En el apartado 1.º del punto 2 de igual artículo, intercalar la expresión: «...orientación sexual...» a continuación de «... religioso...», quedando como sigue: «... antisemita, xenófobo, religioso, o de orientación sexual, de palabra...» (resto igual).

En el apartado 2.º del punto 2 de igual artículo, intercalar la expresión: «... orientación sexual...», a continuación de «... religión...», quedando como sigue: «...etnia, nacionalidad, religión, u orientación sexual, en menoscabo ...» (resto igual).

JUSTIFICACIÓN Consideramos que la actual redacción del artículo 502 del proyecto de Ley es incompleta, en el sentido de la enmienda. Hoy día es necesario proteger más globalmente el libre ejercicio de sus derechos por parte de colectivos y personas que sufren también discriminaciones importantes.

Con esta enmienda se vino a reforzar la idea de la anterior del GPSNV, ampliar el marco de protección a víctimas de ataque motivados por su «orientación sexual». Pero aún más, se puso de relieve que los ataques discriminatorios con esta motivación eran importantes.

C. Enmienda nº 410 El Grupo Parlamentario Socialista (GPS), propuso la siguiente modificación:

⁴⁰⁶Fueron las enmiendas con nº 91, 154, 410, 700, 701 y 702. Vide http://www.congreso.es/public_oficiales/L5/SEN/BOCG/II/II0087C.PDF (consultado el 25-10-2020).

«Artículo 502 1. Los que provocaren a la discriminación, el odio o la violencia contra grupos o asociaciones, por razón de 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, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. 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.»

JUSTIFICACIÓN En primer lugar se sustituye el contenido del precepto que reproduce la definición de provocación (incitar por medios públicos, etcétera) por economía legislativa y para evitar confusiones sobre el tipo de conducta. En segundo lugar se refunden las conductas de los números 1 y 2.1º que se refieren a un mismo objeto. En tercer lugar, se enumeran las causas de discriminación de forma más omnicomprendensiva. Por ejemplo, se prefiere hablar de ideología o creencias que de pertenencia a partidos políticos o sindicatos, se introduce el sexo, la orientación sexual, la enfermedad o la minusvalía. En cuarto lugar, se define la conducta del número 2.2.º con arreglo a la del tipo común de injurias, dado que ésta no es sino un supuesto de injurias, pero no contra un individuo sino contra un grupo de ellos.

Con esta propuesta se ampliaron y enumeraron las causas de discriminación.

D. Enmienda nº 700 Del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP), propuso la siguiente modificación:

Donde dice: «1. Los que provocaren directamente, incluso mediante la apología, de palabra, por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por razón de su religión, origen nacional o su pertenencia a una etnia o raza, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.»

Debe decir: «1. Los que provocaren directamente, incluso mediante la apología, de palabra, por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio que facilite la publicidad a la discriminación de personas o grupos por razón de su religión, origen nacional, sexo o su pertenencia a una etnia o raza, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.»

JUSTIFICACIÓN Defensa de los derechos fundamentales y a las libertades públicas garantizados por la Constitución.

Se añadió como causa de discriminación el «sexo».

E. Enmienda nº 701 Del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP) de modificación:

ENMIENDA De modificación. Donde dice: «Los que incitaren al odio o a la violencia de carácter racial, antisemita, xenófobo o religioso, de palabra por escrito o impreso o cualesquiera otros medios de propaganda. » Se propone: «Los que incitaren al odio o a la violencia de carácter racial, antisemita, xenófobo, homófobo o religioso, de palabra por escrito o impreso o cualesquiera otros medios de propaganda.»

JUSTIFICACIÓN Defensa de los derechos fundamentales y a las libertades públicas garantizadas por la Constitución.

Se añadió como causa de discriminación la «homofobia».

F. Enmienda nº 702 Del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP). El Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP), al amparo de lo previsto en el artículo 107 del Reglamento del Senado, formula la siguiente enmienda al artículo 502.2.2.¹

ENMIENDA De modificación. Donde dice: «Los que manipularen informaciones o emitieren informaciones falsas respecto de individuos, grupos o asociaciones, en razón de su origen nacional o pertenencia a una raza, etnia, nacionalidad o religión, en menoscabo de su honor y dignidad, o con temerario desprecio a la verdad.» Se propone: «Los que manipularen informaciones o emitieren informaciones falsas respecto de individuos, grupos o asociaciones, en razón de su origen nacional; sexo; o pertenencia a una raza, etnia, nacionalidad o religión, en menoscabo de su honor y dignidad, o con temerario desprecio a la verdad.»

JUSTIFICACIÓN Defensa de los derechos fundamentales y a las libertades públicas garantizados por la Constitución.

Se incluyó como causa de discriminación el «sexo».

Tras la discusión de las diferentes enmiendas a lo largo de los trámites que acabamos de exponer, se llegó al art. 510⁴⁰⁷, cuyo tenor literal fue:

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 familiar⁴⁰⁸, 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.

2. 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.

Síntesis de las ideas surgidas durante la tramitación parlamentaria

Podemos agrupar en tres bloques las ideas que fueron eje de la discusión en torno a este precepto de nuevo cuño. El primer bloque vendría conformado con las justificaciones, por qué motivo era necesaria su introducción. El segundo grupo englobaría las posibles conductas sancionables. Y finalmente tendríamos qué motivos —de los que guían la conducta criminal— son los que castiga el tipo penal.

4.4.4 Justificaciones:

A lo largo de la tramitación parlamentaria encontramos cuanto menos seis tipos de justificaciones. En primer lugar, en la propia exposición de motivos del Anteproyecto de Ley trata

⁴⁰⁷ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-25444> (consultado el 24-10-2020)

⁴⁰⁸ Para LAURENZO COPELLO (ob. cit, pp 246) no tiene sentido que la condición familiar de las personas *se equipare a la raza o a la ideología y se olviden, en cambio, otros factores personales que juegan un papel mucho más evidente como causas de marginación. Piénsese, por ejemplo, en las situaciones económicas precarias, en particular cuanto éstas se traducen en mendicidad o ausencia de hogar*

de la igualdad como uno de los ejes inspiradores de la reforma en esta materia. Se trata de proteger la igualdad como derecho fundamental consagrado en el artículo 14 CE. Para ello la propuesta inicial consistió en castigar la discriminación⁴⁰⁹. Y dentro de esta idea central se acotó la protección en especial de la parte de la sociedad afectada por este tipo de conductas criminales.

En segundo lugar, se introdujeron otros valores como son la dignidad y el honor. Se puede ver que se propusieron como complemento de la igualdad. No se intentó por así decir —alterar el orden de prioridades— anteponiendo la dignidad y el honor a la igualdad. No, se añadió como acompañamiento, al sugerir que se castigaran también la difusión de informaciones manipuladas o falsas.

En tercer lugar, se aludió al contexto histórico del momento. Quizá en la propuesta y justificación de las enmiendas no se explicitó, pero se era consciente de los movimientos xenófobos que corrían por Europa. De ahí que se argumentara que este tipo penal también habría de servir para proteger valores europeos, tales como la seguridad, la democracia, la paz, y, en definitiva la convivencia.

En cuarto lugar se aludió a otro valor más abstracto como la seguridad jurídica. Es interesante que, en definitiva, se era consciente de que en la elaboración del nuevo Código Penal habría de ser metódico para garantizar dicha seguridad jurídica. La cual se traduce ni más ni menos que en conocer qué acciones están castigadas por la Ley, así como las consecuencias de haberlas cometido.

En quinto lugar se aludió no tanto a los derechos sino a la faceta que se refiere a su libre ejercicio, de manera más global y en relación no sólo a colectivos, sino también a las personas que los integran y que son objeto de discriminación.

Finalmente, encontramos una última argumentación y es que con este precepto no se defiende un solo derecho fundamental, como el de igualdad, sino que además se defienden todos y cada uno de los derechos fundamentales y a las libertades públicas garantizados por la Constitución.

4.4.5 Acciones típicas:

⁴⁰⁹ Para LAURENZO COPELLO (ob. cit, pp 241 y 242) dos son los bienes jurídicos protegidos. Uno contemplado desde el punto de vista individual: *el derecho a ser tratado como un ser humano igual a los demás*. Y otro en su dimensión colectiva: *el modelo de convivencia plural y multicultural de que parte nuestra Constitución*. El punto de vista individual configura la conducta discriminadora dotándole de contenido y la faceta colectiva permite determinar su gravedad.

El abanico de comportamientos tipificados se fue abriendo poco a poco, enmienda tras enmienda. De un único apartado en el que se pretendía castigar sólo la discriminación con gran difusión (*p.ej. imprenta, radiodifusión, etc.*) se amplió y entró por primera vez a valorarse la incitación al «odio» y junto a él a la «violencia». Y a estas conductas se debatió y añadió un segundo apartado que afecta a la información que se vierte sobre determinados colectivos o las personas que los componen. Se propuso y se aprobó la sanción penal de la manipulación de información y de la emisión de informaciones falsas⁴¹⁰.

Se trataba de castigar comportamientos peligrosos, sin exigir un concreto resultado lesivo de aquello que se quería proteger⁴¹¹. La doctrina considera, por tanto, que se trata de un delito autónomo de peligro en abstracto⁴¹² y no de un delito de resultado.

4.4.6 Elementos subjetivos del tipo/causas del ataque:

Inicialmente tres eran los móviles⁴¹³ que se castigaban: *origen nacional o su pertenencia a una etnia o raza*. A partir de aquí con esta base que se mantuvo, fueron añadiéndose otras esferas de protección. Así conforme hemos ido exponiendo de manera sucesiva se propuso la inclusión de la *religión*; los motivos *antisemita, xenófobo*; la *orientación sexual*; su *sexo, enfermedad o minusvalía* y la homofobia. De tal modo que al final se llegó a un acuerdo inclusivo y se consideró que todas las víctimas que lo fueran por este motivo estarían protegidas por el artículo 510: *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*.

De alguna manera se partió del artículo 14 CE para tomar como base las discriminaciones proscritas constitucionalmente y de ahí se fueron ampliando. Se trata de coger al ser humano e identificar todas las facetas que lo caracterizan (físicas, ideológicas, espirituales, etc.) para dotarlas de protección.

⁴¹⁰ Como apuntó DE LA ROSA CORTINA el bien jurídico protegido sería la dignidad. *Vide*: “Libertad de expresión y Derecho penal: zonas de conflicto”, *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial (Madrid) n.º 85, 2007, p. 18.

⁴¹¹ LAURENZO COPELLO, Patricia (op. cit, pp 252 y 253) cuando estudió el CP de 1995 recordó las características de los delitos de peligro en abstracto: *la exigencia de la peligrosidad de la acción, o lo que es lo mismo, de la aptitud de la conducta para originar un peligro para el bien tutelado*.

⁴¹² DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, ob. cit, pp. 17 y18. «no forma parte esencial del tipo la materialización simultánea o futura de ningún resultado concreto».

⁴¹³ Como bien recalca SÁNCHEZ MELGAR, ob, cit, p. 113. «el autor selecciona a sus destinatarios o víctimas por una conexión que descansa en su raza, color, etnia o nación, o algún componente personal, lo que le hace actuar, por ejemplo, a causa de su homofobia o xenofobia, incluso contra componentes físicos, como su discapacidad física o psíquica, o por razones de género».

6.4.2- Modificación del artículo 510 del Código Penal por el artículo único doscientos treinta y cinco de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo⁴¹⁴

Según la Exposición de Motivos nº XXVI, la necesidad de modificar el artículo 510 del Código Penal obedeció a dos razones⁴¹⁵. En primer lugar, a nivel interno, en atención a la STC nº

⁴¹⁴Se puede acceder al diario de sesiones de la votación en la url: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-269.PDF#page=108 (consultado el 4-8-2020). El nº 121/000065 fue el asignado al expediente para la tramitación del proyecto de ley.

⁴¹⁵ Sin embargo, para ALASTUEY DOBÓN no era necesaria la reforma desde el punto de vista de compromisos internacionales. Y además la regulación hecha no fue conforme con la doctrina fijada por el TC:

Por desgracia, el legislador de 2015, demostrando una absoluta falta de rigor, ha pasado por alto las aludidas argumentaciones y las propuestas a las que conducían, y ha creado en el nuevo art. 510 CP unos tipos penales que, no conformes con recoger la herencia de los defectos en los que incurrió la regulación anterior, los agrandan sobremedida, situándose en las antípodas de las insistentes reclamaciones doctrinales y de las pautas que han venido marcando nuestros tribunales. Además, ninguna de las razones utilizadas como pretexto de la reforma consiguen justificarla, pues, por un lado, no es cierto que precisemos una regulación con este contenido para cumplir con nuestros compromisos internacionales y, por otro lado, la mayor parte de los tipos no se ajustan a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.

Vide ALASTUEY DOBÓN, Carmen: “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº. 18, 2016, p. 34.

Desde el punto de vista de la doctrina constitucional ALASTUEY DOBÓN consideró que el TC se había pronunciado en contra de la intensificación de la intervención penal. En sus palabras:

De la STC 235/2007 sí puede deducirse claramente que el TC concebía el delito del art. 510.1 entonces vigente como una provocación directa a la discriminación, al odio y a la violencia haciendo factible así la distinción entre ese delito y la justificación del genocidio del art. 607.2, configurada como incitación indirecta a la comisión de este delito. Aunque ya hemos visto que esa interpretación era compartida por la mayoría de la doctrina y asumida por la jurisprudencia, podía discutirse si el precepto se ajustaba a esos parámetros, pero lo que no puede ponerse en duda es que de las afirmaciones del TC no se infiere en modo alguno un refrendo por su parte a una intensificación de la intervención penal, sino precisamente lo contrario, porque su punto de partida es que no todas las manifestaciones del fenómeno social del discurso del odio quedan desamparadas por la libertad de expresión. Sin embargo, el vigente art. 510.1 a) tipifica todas las conductas susceptibles de ser incluidas en la amplia definición del discurso del odio que ofrece la citada Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa y se aparta, por ello, de las directrices marcadas por nuestro TC. La conclusión evidente es que ahora existen, más que nunca, sólidas razones para dudar de la constitucionalidad del precepto.

Vide ALASTUEY DOBÓN, Carmen: “Consideraciones político-criminales sobre el castigo del discurso de odio”. TEIJÓN ALCALÁ, Marco (dir.): *El odio como motivación criminal*. Wolters Kluwer, 2022, p. 159.

Respecto de la perspectiva internacional ya apuntó ALASTUEY DOBÓN que no era preciso ampliar el catálogo de delitos conforme a la Decisión Marco 2008/913/JAI con ocasión del Proyecto de Ley de 2013:

Es asimismo criticable que en esta regulación, supuestamente basada en las directrices de la Decisión Marco, no se haya hecho uso de los criterios de restricción de los tipos que ese texto ofrece. El art. 1.2 de la Decisión Marco dispone que «los Estados miembros podrán optar por castigar únicamente las conductas que o bien se llevan a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes». Ya hemos visto que en los tipos de incitación al odio no se requiere efecto amenazante alguno, y la lesión del honor solo es exigida en uno de los tipos. Tampoco se exige en ningún caso la capacidad de las conductas para perturbar el orden público. Es cierto que las cláusulas que exigen la aptitud de los hechos sancionados para alterar el orden público o la paz pública, como en la legislación alemana, poseen escasa fuerza limitadora, pues se trata de conceptos sumamente imprecisos, pero hacer uso de ellas demuestra al menos la intención de restringir el ámbito de lo punible. Pues bien, el Proyecto de Ley no incorpora estos requisitos en los tipos básicos, sino solo en el tipo agravado del art. 510.4 —de aplicación a todos los tipos de los apartados anteriores—, que determina una agravación considerable de la pena si los hechos resultan idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo.

A la vista de lo expuesto, urge poner en valor el postulado que, con independencia de los distintos planteamientos, se encuentra en la base de todas las opiniones doctrinales y que, de alguna manera, ha sido aceptado por la jurisprudencia: en síntesis, que la regulación actual es ya excesivamente amplia y que, por tanto, cualquier reforma que se emprenda debería desembocar en una regulación de menor alcance sancionador.

ALASTUEY DOBÓN, Carmen: “La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas”. *Diario La Ley*, nº 8245, 2014

235/2007, de 7 de noviembre, que supuso una novedad en relación a la interpretación del delito de negación del genocidio: sólo sería sancionable cuando constituyese «una incitación al odio u hostilidad contra minorías».

En segundo lugar, a nivel comunitario, en consideración a la Decisión Marco 2008/913/JAI⁴¹⁶ que obligó a la tipificación de la negación del genocidio —como forma de incitar al odio contra las minorías—.

La propuesta inicial de modificación del artículo 510⁴¹⁷ fue del siguiente tenor literal:

«1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad.

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

c) Quienes 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, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

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, 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.

⁴¹⁶ Vide: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008F0913&qid=1601832891454&from=ES> (consultado el 4-10-2020).

⁴¹⁷ Vide: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF (consultado el 1-9-2020).

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 aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.*

Los hechos serán castigados con una pena de prisión 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.

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 aquél se hiciera accesible a un elevado número de personas.*

4. *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.*

5. *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.»*

Informes del CGPJ y del Consejo Fiscal

Con carácter previo a su discusión en las Cortes Generales es importante tener en cuenta las consideraciones vertidas por el CGPJ, así como del Consejo Fiscal en relación a dicho anteproyecto.

A. El informe del CGPJ al anteproyecto⁴¹⁸ consideró adecuada la nueva redacción en cuanto el art. 510.1 comprendía más acciones típicas que la anterior regulación. En sus palabras:

El empleo de los verbos “fomentar”, “promover” o “incitar” confieren al precepto una dimensión superior a la contemplada por el vigente artículo 510.1, que posibilitará la ampliación del número de comportamientos concernidos por el precepto. Los sujetos pasivos del delito pasan a ser el grupo delimitado por los referentes que emplea el artículo, una parte de él o una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél. La modificación llevada a cabo, en sintonía con los postulados de la Decisión Marco, se valora positivamente, al igual que la sustitución del término “minusvalía” por el de “discapacidad”.

En segundo lugar, el CGPJ criticó que el art. 510.1 recogiera una mayor pena que el art. 510.2 —cuando lo que se castiga con este precepto es sancionar conductas que efectivamente contribuyen al fomento, la promoción o incitación del odio, la violencia o la hostilidad—. El CGPJ consideró que el

⁴¹⁸ Vide páginas 242 a 248: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-por-la-que-se-modifica-la-Ley-Organica-10-1995-de-23-de-noviembre-del-Codigo-Penal> (consultado el 4-8-2020).

legislador incurriría en un error, por cuanto las conductas del 510.2 podrían subsumirse en los apartados del 510.1; y, siendo más peligrosas, resultaban penalmente menos castigadas. En sus palabras:

Obviamente, el hecho de facilitar acceso al material idóneo para fomentar, promover o incitar al odio, la violencia o la hostilidad o que entrañe humillación menosprecio o descrédito, constituye un comportamiento perfectamente subsumible en los supuestos descritos en las letras a) y b) del número uno y, de ahí que el prelegislador confiera un trato penal más beneficioso a conductas que, incluso, denotan una mayor peligrosidad para el bien jurídico protegido, habida cuenta los medios a cuyo través se proyectan al exterior las conductas sancionadas.

Por este motivo, se propuso como solución que se castigaran dichas conductas con penas de prisión de uno a tres años; ya que se trata de «actos que fomentan, promueven o incitan al odio, la hostilidad, violencia o discriminación o, en su caso, lesionan la dignidad personal».

En tercer lugar, el CGPJ, respecto del delito de «negacionismo» contemplado en el art. 510.1.c), introdujo una matización relevante. Se consideró que: «Dichos delitos deben haber sido declarados probados por los Tribunales de Nuremberg, la Corte Penal Internacional u otros Tribunales Internacionales⁴¹⁹».

En cuarto lugar, propuso sancionar de manera más grave cuando la «apología» prevista en el art. 18 CP se da en los supuestos comprendidos en el art. 510.2.b. En sus palabras:

[...] obviamente la gravedad de esa conducta es cualitativamente superior que aquella otra en que simplemente se nieguen o se trivialicen tales crímenes, ya que, de hecho, es perfectamente parangonable al supuesto enunciado en el artículo 510.1 a). Siendo ello así, el trato penal más benigno que se propone carece de justificación, por lo cual se sugiere sancionar el supuesto de apología con mayor gravedad.

Finalmente, el CGPJ criticó la utilización de la palabra «clima» (en relación con la violencia, hostilidad, odio o discriminación), en lugar de los vocablos «directamente o indirectamente», como empleó en otros apartados.

⁴¹⁹ Para ELÓSEGUI ITXASO «la tipificación como crimen de la justificación del genocidio en los códigos penales debería referirse explícitamente al Tribunal de Nuremberg y a la Convención de la ONU y/o concretar en qué consisten exactamente esos delitos». Se trataría de fomentar la seguridad jurídica que merece un precepto penal. De suerte que, con carácter previo, se supiera con certeza cuándo se está cometiendo este delito. En este sentido, ELÓSEGUI ITXASO consideró adecuado el criterio seguido por el TEDH. En sus palabras: «resulta más positivo el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que establece que el delito sea la negación y/o justificación de hechos históricos criminales reconocidos y calificados como tales por los tribunales penales internacionales». *Vide:* ELÓSEGUI ITXASO María: “La negación o justificación del genocidio como delito en el Derecho Europeo. Una propuesta a la luz de la Recomendación número 15 de la ECRI”, *Revista de Derecho Político*, nº 98, 2017, pp.284 a 286.

B. El informe del Consejo Fiscal al anteproyecto⁴²⁰ comenzó con una visión general —en el que hizo balance de las modificaciones operadas, y que ya se habían sido recomendadas por la FGE⁴²¹— y continuó estudiando los tipos concretos:

En primer lugar, el Consejo Fiscal, consideró un acierto tanto la derogación del art. 607.2 CP —conforme a la STC 235/2007—, como la inclusión del negacionismo dentro del art. 510 CP. También, celebró la supresión del término «provocaren» —por las «disquisiciones doctrinales acerca de si la conducta debe enmarcarse o no en la provocación en sentido técnico (art. 18 CP)»—; así como, la inclusión de otros términos como fomentar, promover o incitar.

En segundo lugar, el Consejo Fiscal remarcó aquellas propuestas (hechas años antes por la FGE), y que se recogieron en el anteproyecto, tales como:

- a) Que se incluyera el término hostilidad⁴²².
- b) Exigir en las conductas «un mínimo potencial de eficacia incitadora de comportamientos discriminadores⁴²³».
- c) Aclarar que sujeto pasivo del delito no son solo los grupos o asociaciones, sino también las personas físicas, individualmente consideradas, que pertenecen a ellos.
- d) El término «minusvalía» debía ser sustituido por el de «discapacidad».
- e) Incorporar la responsabilidad de las personas jurídicas.
- f) Regular «la posibilidad de clausura de páginas web, blogs o cualesquiera medios técnicos empleados en la comisión del delito, tanto en su modalidad cautelar como definitiva».

En tercer lugar, el Consejo Fiscal, pasó a analizar los tipos concretos:

- a) El art. 510.1.a): Se valoró negativamente el hecho de que el precepto no exigiera publicidad. Porque ello conlleva que se extienda indebidamente la punibilidad⁴²⁴.

⁴²⁰Vide páginas 304 a 314: <https://www.fiscal.es/documents/20142/70e688f3-c97c-bc9d-056a-7d7986a67e19> (consultado el 4-8-2020).

⁴²¹ Estas recomendaciones se recogieron en la memoria de la FGE de 2012 en el apartado 1.1 del capítulo IV relativo a las reformas penales sustantivas, páginas 1259 a 1262. Vide: https://www.fiscal.es/search?p_p_id=com_liferay_portal_search_web_search_results_portlet_SearchResultsPortlet&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&com_liferay_portal_search_web_search_results_portlet_SearchResultsPortlet_mvcPath=%2Fview_content.jsp&com_liferay_portal_search_web_search_results_portlet_SearchResultsPortlet_redirect=%2Fsearch%3Fq%3Dmemoria%2B2012%26category%3D36784&com_liferay_portal_search_web_search_results_portlet_SearchResultsPortlet_assetEntryId=135339&com_liferay_portal_search_web_search_results_portlet_SearchResultsPortlet_type=document (consultado el 19-12-2021).

⁴²² Por estar previsto en el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

⁴²³ Ello para evitar la banalización del precepto penal. Así el art. 510.1. b) recoge una mención a la *lesión de la dignidad de las personas*.

⁴²⁴ En sus palabras:

Cuando la conducta tiene lugar en el ámbito privado, en círculos familiares o de amigos, o en un entorno teñido por una confianza especial o por relaciones personales la conducta no debe ser punible. Es preciso que la reunión sea pública, aunque el acceso esté permitido solo a un público especial o haya un control de acceso, como señala la jurisprudencia suiza.

b) El art. 510.1.b): Se consideró un gran acierto mencionar *la dignidad humana*⁴²⁵. Aunque se valoró que debió de incluirse a las asociaciones como sujeto pasivo.

c) El art. 510.2.a): Se criticó que no tuviera una cláusula de adecuación social para garantizar la libertad de opinión. En sus palabras:

La crítica que se puede hacer a este precepto es que no contenga una cláusula de adecuación similar a la que introduce el apartado 5 del precepto alemán que, al remitirse al parágrafo 86.3, establece que la acción no es punible si se actúa con finalidades artísticas, científicas o de aclaración. Se trata de una fórmula de adecuación social para garantizar la libertad de opinión —en España, especialmente reforzada, como hemos expuesto anteriormente—.

d) Del art. 510.2.c) se consideró que la redacción era adecuada, conforme a la STC 235/2007, y también, para distinguir las conductas de las previstas en el art. 615 CP. En definitiva, castiga «(l) llamada mentira de Auschwitz cualificada, en la que además de la negación del Holocausto es precisa la intención de atacar a la dignidad humana de las víctimas o de contribuir a la violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los grupos afectados».

No obstante, el Consejo Fiscal, puso de manifiesto dos cuestiones. En primer lugar, el problema del término «clima»⁴²⁶ (*de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos*), cuya solución de indeterminación podría solventarse con su sustitución por la palabra «actitud». En segundo lugar, consideró que el precepto debiera recoger las conductas de «ensalzamiento de los genocidas o descrédito, menosprecio o humillación de sus víctimas»⁴²⁷.

Congreso de los Diputados⁴²⁸

Enmiendas a la totalidad

A. Por el Grupo Mixto se plantearon seis enmiendas a la totalidad⁴²⁹. Dentro de este grupo el diputado TARDÀ I COMA defendió la enmienda nº 1, en la que criticó la reforma del CP, al

⁴²⁵ El Consejo Fiscal explicó que lo que se pretende con este tipo penal es castigar las acciones consistentes en: «negar a determinadas personas el derecho a una personalidad de igual valor (punto en el que se unen la dignidad humana y la igualdad de las personas), y así tratarlos como seres de inferior valor».

⁴²⁶ El tenor literal fue:

[...] *dado el debate dogmático acerca de si “el clima” requiere un contexto previo de crisis o de si se trata de proteger a los menores de edad que aún no están suficientemente formados o si no requiere tales elementos y cómo se mide entonces y su vinculación con el antes expuesto “efecto desaliento”.*

⁴²⁷ Ello por cuanto esa es una forma habitual de «negación del genocidio».

⁴²⁸ El diario de sesiones Sesión plenaria núm. 252 celebrada el jueves 26 de marzo de 2015, páginas 21 y ss. Puede verse en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-165.PDF#page=21 (consultado el 4-8-2020).

⁴²⁹ http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-2.PDF (consultado el 1-9-2020). El desarrollo y evolución de la tramitación puede verse en: https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&iniciativas_mode=mostrarDetalle&iniciativas_legislatura=X&iniciativas_id=121%2F000065 (consultado el 18-12-2021).

considerar que suponía un endurecimiento del mismo, y una laminación de derechos civiles. Por un lado, se preguntó por qué no se despenalizaron ni el delito de injurias a la Corona, ni el delito de ultrajes a España. Y por otro lado, planteó por qué no se penalizó la apología o el enaltecimiento del franquismo. En sus palabras:

[...] ¿Dónde está el pleno derecho a la libertad de expresión despenalizando el delito de injurias a la Corona y el delito de ultrajes a España? [...] Finalmente, ¿dónde está la penalización de la banalización, apología o enaltecimiento del franquismo, el nazismo, el fascismo, el falangismo o el nacionalcatolicismo? ¿Por qué no aparece nada de todo esto?.

B. El Ministro de Justicia, RUIZ-GALLARDÓN JIMÉNEZ, respondió a las cuestiones planteadas: En primer lugar, argumentó que todos los Estados protegen penalmente a sus instituciones; y que, en el caso de las calumnias a la Corona, la pena que puede imponerse es igual a la prevista en el caso de los particulares. Con lo que, si se despenalizaba, quedaría menos protegido que cualquier ciudadano⁴³⁰. En segundo lugar, justificó la tipificación de los delitos de odio en base a la *decisión marco 2008/913/JAI* incluyendo dentro de su protección los ataques por razón de la raza, origen nacional, sexo o de orientación sexual, por identidad de género o por motivos políticos. Pero también explicó que se incluyó la protección cuando los ataques lo fuesen por motivos ideológicos. Y, en este punto, respondió al diputado TARDÀ I COMA que se debe redactar el tipo penal pensando en *totalitarismos* en general, sin una enumeración de alguno de ellos, por cuanto podría interpretarse que sólo se protegen los expresamente comprendidos en la redacción. En sus palabras:

Por lo que respecta —que también se ha planteado hoy aquí— a la concreta referencia en el Código Penal al nazismo o al fascismo, hemos considerado mucho más oportuna y amplia la referencia a determinadas conductas totalitarias, como sin duda lo son el nazismo y el fascismo, combatiendo de forma general todas las conductas de incitación al odio y de negación trivializada de los delitos de genocidio

⁴³⁰ Literalmente:

Ha habido algunas otras referencias —creo que ha sido el señor Tardà— a por qué no suprimimos los delitos contra la Corona. Señor Tardà, no es objeto de la reforma, pero déjeme que le recuerde solamente una cosa. Las calumnias al jefe del Estado están castigadas con penas de hasta dos años de prisión. ¿A usted le parece que esto es mucho? Pues le voy a decir una cosa, las calumnias al señor Tardà están castigadas con dos años de prisión. Exactamente con lo mismo, como para cualquier ciudadano de España. Luego, si lo que me está pidiendo usted es que retiremos este precepto del Código Penal, no me está pidiendo que igualemos la pena del delito de calumnia, sino que me está pidiendo que a determinadas personas, y en este caso concreto a una, al jefe del Estado, las dejemos sin la protección penal que usted como ciudadano tiene. Lo siento, señoría, pero no me parece un planteamiento razonable. Y es verdad que el Código Penal tipifica las calumnias e injurias al jefe del Estado y también a otras instituciones como, por ejemplo, a esta casa, a las Cortes Generales, al Gobierno de la nación, al Consejo General del Poder Judicial. No existe una diferencia relevante de pena según se trate de una u otra de estas instituciones o se trate de instituciones o de un particular, pero yo sí le digo que me parece, y lo hacen todos los códigos penales de nuestro entorno, que las instituciones básicas de un Estado constitucional deben tener una protección penal, creo que eso es también una garantía importante de la propia democracia.

y lesa humanidad. Para ello la redacción del precepto debe permitir la subsunción en el tipo penal de todos los supuestos que puedan plantearse, no de unos específicos, de unos concretos, sino de todos los supuestos, absolutamente todos. Créanme, señorías, que en este caso tiran piedras contra su propio tejado, porque si incluimos dos conductas totalitarias, parece que, a contrario sensu, podría interpretarse por los tribunales que estamos excluyendo otras y nuestra obligación es incluirlas todas, se llamen nazismo, fascismo, rexismo o cualquier conducta totalitaria que exista y no, mediante la mención de algunas, la exclusión de algunas otras. Esto es también lo que hacen mayoritariamente los códigos penales de nuestro entorno.

C. ESTEBAN BRAVO, como portavoz del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), defendió la enmienda nº 2, con la que se reprochó que no se contemplara el castigo de los partidos políticos cuando sean estos quienes promuevan el odio, hostilidad o la violencia. En sus palabras:

Asimismo, el tratamiento de quienes fomenten o inciten al odio, hostilidad, o violencia contra un grupo o una persona por motivos racistas, antisemitas, ideológicos, religiosos, origen nacional, sexo, orientación sexual, no adquieren la dimensión criminal adecuada cuando son cometidos por un partido político o asociación con objetivos políticos, no se impone la disolución inmediata de dichas organizaciones. Lo mismo se puede afirmar en relación con la negación del genocidio.

Enmiendas parciales

A. Las enmiendas nº 55 y 56 presentadas por BALDOVÍ RODA dentro del Grupo Parlamentario Mixto. Con la primera, se propuso la derogación de los Delitos contra la Corona por entender que son contrarios al principio de igualdad. En sus palabras: «En una democracia que propugna la igualdad ante la ley no cabe distinguir por razón de cuna de la víctima en la tipicidad de los delitos. Tan terrible es matar a una persona como a otra».

Con la segunda, se justificó la adición de un apartado d) en el art. 510 CP para incluir: «Quienes banalicen, incurran en apología o enaltezcan el franquismo, nazismo, fascismo, falangismo o nacionalcatolicismo». La justificación fue la de «tipificar las formas de apología del totalitarismo que se explicitan en el apartado d) todas ellas heredadas de la dictadura franquista».

B. Las enmiendas nº 98, 99 y 100 presentadas por SALVADOR ARMENDÁRIZ, del Grupo Parlamentario Mixto, en las que se propuso añadir a los arts. 510 y 511 los apartados 5 y 4, respectivamente; y un párrafo al art. 512, en los que se incluyesen penas de inhabilitación especial para el ejercicio de profesiones u oficios en el ámbito docente⁴³¹. La justificación de la propuesta fue

⁴³¹ En concreto:

- En el art. 510:

5. En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en ámbitos 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, de acuerdo con lo establecido en el artículo 45.

- En el art. 511:

dotar de una mayor protección de los menores, para evitar que los autores de estos delitos puedan influenciarles. En sus palabras:

La naturaleza y gravedad de los delitos comprendidos en este título hacen aconsejable regular una protección cualificada de los menores frente a la posibilidad de que sus autores puedan entrar en disposición de ejercer algún tipo de influencia en la formación o desarrollo educativo de los mismos que, muy especialmente en el caso de los niños, por su falta de madurez física y mental, como recoge la Convención de los Derechos del niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, el 20 de noviembre de 1989.

Desde los distintos poderes públicos se debe atender el interés superior de los menores, frente a otros intereses concurrentes, y para ello se debe garantizar a nivel legislativo la protección efectiva de la formación de la infancia y la juventud, impidiendo que, su normal desarrollo, pueda verse perjudicado, impedido o desviado, en ningún caso.

C. Finalmente, en coherencia con la enmienda a la totalidad presentada, el diputado TARDÀ I COMA, defendió enmiendas parciales de supresión de los preceptos penales a que se refirió dicha enmienda a la totalidad. Así, las enmiendas nº 377 y 378, postularon la supresión de los delitos de injurias, calumnias y utilización de imágenes que afecten al prestigio de la Corona. La justificación se basó en la libertad de expresión y en el derecho comparado, en particular el de Estados Unidos. En sus palabras:

La libertad de expresión es el derecho fundamental de toda persona a expresar ideas libremente, y por tanto sin censura. De hecho, el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que «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 de recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.»

Apelando a una democracia avanzada y moderna donde la ciudadanía tenga asegurado su pleno derecho de la libertad de expresión y tomando como ejemplo otros países de larga tradición democrática, como Estados Unidos de América, en el que su derecho constitucional considera que la quema y otros actos de sacralización de la bandera norteamericana están protegidos, por considerarlos muestras de libertad de expresión. Este ejemplo debería imitarse en el Estado Español, pues que toda vez la tipificación como delitos de la quema de banderas o la sacralización de la imagen del rey y de su familia, que lleva a acusar de delitos contra la Corona, aquellos que haciendo uso de la libertad de expresión, hacen tiras cómicas sobre la imagen del heredero de la Corona como ocurrió con la portada de la revista El jueves o queman la imagen del rey, como ocurrió en 2007 en Girona en razón de la visita del Monarca español, no debieran figurar en el Código penal español, pues deberían ser consideradas como muestras, de un gusto discutible si se quiere, de la libertad de expresión contemplada como derecho fundamental en la Constitución española.

4. Los que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo al mismo, serán también castigados con la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en ámbitos docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre dos y tres años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.»

- En el art. 512:

Los que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo al mismo, serán también castigados con la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en ámbitos docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo entre uno y cuatro años, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.»

Por su parte, la enmienda n° 379 fue de adición al art. 510 de un apartado *quater*:

1. Los que desarrollen conductas de banalización, apología o enaltecimiento del franquismo, el nazismo, el fascismo, el falangismo y el nacionalcatolicismo serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. Se entenderá que incurrir en dichas conductas los que desarrollen cualquier acción, propuesta, discurso, propaganda, gesto, uso de simbología, símbolo propio o apologético.”»

La justificación se centró en el resurgimiento de ideas franquistas, que habría que combatir expresamente con el Cp. En sus palabras:

Durante los últimos meses se están produciendo desde todos los ámbitos diversos eventos de apología y enaltecimiento del nazismo, el fascismo, franquismo y el nacionalcatolicismo. Así, se han podido ver publicadas en diversos medios y redes sociales fotografías de dirigentes de Nuevas Generaciones del Partido Popular (NNGG) exhibiendo banderas franquistas o realizando saludos fascistas sin ningún tipo de reproche por parte de la dirección del PP; recientemente la delegada del Gobierno en Cataluña ha participado en un acto de homenaje a la División Azul, organizado en un Cuartel de la Guardia Civil, y entregó un diploma a la Hermandad de Combatientes de la División Azul, que iban vestidos para la ocasión con el traje falangista, la delegación de la Generalitat en Madrid ha sido víctima de un ataque por parte de grupos de ultraderecha mientras se celebraba el Día; entre tantos otros ejemplos.

El renacimiento de las ideas que han ido conformando el corpus ideológico del franquismo, el nazismo y el fascismo latente en toda Europa. En España la situación es especialmente grave y se ha tendido a banalizar el significado histórico del franquismo, el fascismo y el nazismo. Mientras otros países castigan la banalización, la apología y el enaltecimiento del nazismo, el Código Penal español no prevé la tipificación de estas conductas. Entendemos que los actos de apología, enaltecimiento y banalización de la dictadura franquista, del fascismo y del nazismo son absolutamente intolerables e injustificables y que son necesarias medidas para detenerlos. Es por ello que se pretende la tipificación en el Código Penal de forma clara y precisa de todo este tipo de actos.

D. Por su parte, el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, propuso en la enmienda n° 589 añadir al apartado c) del art. 510.1 la alusión al «terrorismo»⁴³². La justificación se fundamentó en considerar que la libertad de expresión no es un derecho absoluto. Detrás de esta propuesta se explicitó el resurgimiento en el entorno de la organización terrorista ETA de negar los crímenes cometidos por la misma, o de justificarlos, en el contexto de un conflicto político. En sus palabras:

La libertad de expresión es uno de los ejes centrales de los modernos regímenes democráticos, alcanzando la consideración de derecho fundamental, tal y como se establece en el artículo 20 de nuestra Carta Magna.

No obstante, del mismo modo que ocurre con cualquier otro derecho subjetivo, incluso fundamental, el derecho a la libertad de expresión no es absoluto sino que se encuentra sometido a ciertos límites. Así lo

432

c) Quienes nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad, contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado o de terrorismo 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, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.”»

dispone, de hecho, el propio artículo 20 CE que dispone en su apartado 4 que «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la juventud y de la infancia».

En un esfuerzo de concreción de lo dispuesto en este precepto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido declarando de forma reiterada que el derecho fundamental a la libertad de expresión no permite dar cobertura, en cualquier caso, a manifestaciones innecesarias que atenten contra el honor y la dignidad de las personas (a través de injurias, tales como insultos graves) o la libertad (mediante amenazas, por ejemplo), o que no se limiten a cuestionar teóricamente el sistema democrático, sino que lo pongan materialmente en peligro (por ejemplo mediante actos de promoción del delito).

Ejemplo paradigmático de lo que decimos es el negacionismo del holocausto nacionalsocialista, corriente de pensamiento de origen antisemita que reinterpreta los hechos acaecidos en Europa entre los años 1941 y 1945, defendiendo que el genocidio practicado por la Alemania nazi contra los judíos y los gitanos no existió, calificando de mito o mera propaganda la existencia de las cámaras de gas.

Aun siendo menos conocidos en el ideario popular, podemos encontrar otros muchos ejemplos de este execrable comportamiento, como por ejemplo el negacionismo de los genocidios estalinistas, maoístas, camboyano o el Gulag en la Unión Soviética o incluso otros menos extendidos pero ciertamente perversos como el que niega o cuestiona la represión franquista.

Hoy en día este tipo de discursos legitimadores del genocidio o del terrorismo no han desaparecido, sino que van evolucionando y «actualizándose», como ocurre por ejemplo con el discurso de la llamada izquierda abertzale, que de forma insistente califica al exterminio perpetrado por la banda terrorista ETA como «violencia política», a sus miembros condenados por diversos asesinatos o por pertenencia a la propia organización terrorista como «presos políticos», víctimas de un supuesto «conflicto», lo cual en modo alguno es casual o fortuito sino totalmente consciente, que responde a una deliberada estrategia de negar la existencia de los crímenes y, por ende, la de la propia democracia en España.

La preocupación ante el negacionismo y los llamados discursos del odio, así como el necesario cumplimiento por parte de nuestro país de diversos compromisos internacionales llevó a la promulgación de los artículos 510 y 607.2 del actual Código Penal (aprobados mediante la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), que según la propia Exposición de Motivos nacieron con la clara vocación de constituir un instrumento penal en la lucha contra la xenofobia, a la vista de «la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetraron bajo las banderas y símbolos de ideología nazi», que «obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decidida para luchar contra ella».

Consideramos que si el discurso negacionista se limita a poner en cuestión o negar hechos exclusivamente desde una perspectiva histórica puede entenderse amparado por la libertad de expresión, pero no si el mismo tiene un contenido injurioso 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, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.

Eso mismo es lo que manifiesta la Fiscalía en el apartado IV de la Memoria del año 2012, dedicado a las Propuestas de Reformas Legislativas para una mayor eficacia de la Justicia, en la que concluye que «cabría sancionar penalmente el negacionismo no en cuanto tal, esto es, como mera negación de un acontecimiento histórico —tipificación incompatible con la libertad de expresión—, sino en un contexto de incitación al odio o de injurias contra el colectivo protegido, es decir, en un contexto de abuso de tal libertad de expresión».

E. La enmienda nº 609, introducida por FERNÁNDEZ DAVILA del Grupo Parlamentario Mixto, propuso añadir al art. 510.1, como colectivos dignos de protección, a la «persona sin hogar o en situación de pobreza». El motivo fue reconocer que las mismas «son especialmente atacadas y con saña por los grupos de que promueven el odio (neonazis y racistas)».

F. El Partido Parlamentario Socialista, presentó tres enmiendas: n° 759, 760 y 761. La primera de ellas, propuso una nueva redacción de los apartados a) y b) del art. 510 CP. En esencia, valoraron dos cuestiones: En primer lugar, que sólo cabe castigar conductas que actúen directamente generando riesgo, dejando fuera/suprimiendo la referencia a hacerlo «indirectamente». En segundo lugar, suprimiendo el término «hostilidad». En sus palabras:

«1. Serán castigados con una pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes inciten directamente a la discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, identidad sexual, enfermedad o discapacidad.

b) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones o expresiones 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.

La razón de ser de esta propuesta fue, por un lado, considerar que el Gobierno fue más allá de lo que exigía la Decisión Marco. Y, por otro lado, que el proyecto olvidó que en la STC 235/2007 (expresamente en el caso del negacionismo) exigía un riesgo claro, y no meramente indirecto⁴³³.

⁴³³ En sus palabras:

El artículo 510. 1.º a) convierte en delito autónomo actos preparatorios de delitos, actos preparatorios de sentimientos y otros actos de complicidad en delitos y sentimientos, sin inicio de la tentativa, que no llegan a la categoría de actos preparatorios. Se convierte en delito autónomo una tentativa de inducción a la discriminación y violencia por una parte, y por otra, una tentativa de inducción a un sentimiento de odio u hostilidad y participaciones intentadas en la discriminación, violencia, odio y hostilidad. Si lo que se pretende es castigar la puesta en peligro —abstracta y concreta— de la igualdad (casos de fomento, promoción, incitación indirecta e incitación directa a la discriminación) y la lesión de la seguridad de los grupos en el sentido de la creación de un riesgo para la integridad física de los mismos (casos de incitación a la violencia) de determinados colectivos, esto es, preservar el derecho de algunos sectores a no ser discriminados o sufrir violencia por móviles discriminatorios en una fase inmediatamente anterior al ejercicio efectivo de la discriminación o el ejercicio efectivo de la violencia, entonces, lo lógico es mantener un tipo de peligro abstracto o concreto respecto a la discriminación o la violencia discriminatoria. Pretensión que se satisface con la condena de la provocación (incitación directa) a la discriminación o violencia discriminatoria.

Uno de los argumentos empleados por la Exposición de Motivos del Proyecto de CP para justificar la ampliación de la conducta típica alude a la necesidad de transposición de 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 (DM 2008), y también a la necesidad de asumir la interpretación realizada por la STC 235/ 2007, de 7 de noviembre. Sin embargo, puede afirmarse que los dos fundamentos son inciertos. En realidad, la letra a) del apartado 1.º del 510, no respeta la DM que sólo sanciona los supuestos de incitación pública al odio y violencia. Por tanto, lejos de asumir la idea de reducción de la conducta típica a la incitación directa a la discriminación o violencia, el castigo se extiende a otros actos que, sin llegar a la categoría de actos preparatorios, previos a los mismos, pueden fomentar, promover, o incitar indirectamente al odio. Pero, no sólo se aleja del contenido de la DM, sino que tampoco sigue la línea emprendida por la STC 235/ 2007, de 7 de noviembre, que, al pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la negación del genocidio, distinguió entre la incitación directa e indirecta al odio, discriminación y violencia. En esta sentencia se interpreta que la negación del genocidio se castiga exclusivamente cuando suponga una modalidad de incitación indirecta al odio y/o violencia, en caso contrario no podría sancionarse. Sin embargo, el Proyecto no respeta ese límite y junto a los casos de incitación —directa e indirecta— amplía la conducta típica a los supuestos de fomentar (sinónimo de promover), promover (impulsar el desarrollo de una acción), que serían conductas previas al acto preparatorio. Además, incluye, junto a los términos, odio, violencia o discriminación, un nuevo concepto —«hostilidad»— que tampoco exige la DM, interpretado como creación de un contexto de conductas abusivas o agresivas por móviles discriminatorios.

La DM sólo recomienda la persecución de supuestos de apología directa, negación o trivialización flagrante de los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra de los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la CPI «cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo más la apología pública, negación o

Por ello afirmaron: «Sólo debe sancionarse la incitación directa a la comisión de actos discriminatorios o violentos por móviles discriminatorios».

Las otras dos enmiendas propusieron la supresión de los arts. 510 bis y ter por innecesarios.

G. Finalmente, el Grupo Parlamentario Popular, en la enmienda 869, a la vista del resto de las propuestas dadas por los distintos grupos parlamentarios, propuso una modificación, y una adición al precepto, que consistió en incluir como motivo de discriminación las «razones de género». E introducir la previsión de «inhabilitación para labores docentes en casos de incitación al odio».

Senado ⁴³⁴

A. El Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC), introdujo dos enmiendas: la nº 262 y la 263. En la primera, propuso una modificación consistente en que debiera sancionarse tan solo la incitación directa a la comisión de actos discriminatorios o violentos. Y en la segunda, la supresión del art. 510 bis.

B. La senadora CAPELLA i FARRÉ, en representación de ERC/ESQUERRA (GPMX), por un lado, presentó las enmiendas nº 506 y 507 de supresión de los delitos de injurias y calumnias contra la Corona, de los arts. 490.3 y 491 CP. La justificación fue la misma que defendieron en el Congreso de los Diputados. Por otro lado, en la enmienda nº 482, se propuso incluir como sujeto pasivo de los delitos del odio a las asociaciones. La propuesta de redacción del precepto fue:

trivialización flagrante de los delitos definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional (crímenes contra la paz, de guerra, contra la humanidad) adjunto al acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 «cuando puedan incitar a la violencia o al odio». Sin embargo, el Proyecto mantiene este apartado exactamente igual que lo hacía el Anteproyecto, sancionando el enaltecimiento o la justificación pública de delitos discriminatorios sin necesidad del elemento adicional exigido por la STC 2007, esto es, la exigencia de una incitación indirecta. Se equipara así el enaltecimiento de los autores de delitos discriminatorios y la justificación de esos delitos con el enaltecimiento y justificación de los delitos de terrorismo, como modalidad sui generis de la apología, sin exigir la concurrencia de la lesión o puesta en peligro de la igualdad, seguridad, etc. Es decir, no es necesario demostrar que se genera ex ante un clima de hostilidad hacia determinados colectivos. Como queda demostrado el castigo de tales conductas no es una exigencia de la DM que habla de apología pública (incitación directa) respecto a determinados delitos con capacidad de crear el clima de hostilidad mientras el Proyecto convierte en tipo autónomo el enaltecimiento o justificación sin exigir el elemento subjetivo respecto a los delitos discriminatorios en general. Sin embargo, cuando concurre tal elemento adicional, el delito se agrava, llegando a tener la misma pena que la prevista en el 510 1.º, cuando se fomente o promueva un clima de... Algo que sorprende pues su ubicación debería trasladarse al 510.1.C) que sanciona conductas similares con la misma pena.

⁴³⁴El texto aprobado por el Senado puede consultarse en: https://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_10_493_3340.PDF (consultado el 1-9-2020).

Las enmiendas presentadas en el Senado pueden verse en: [\(consultado el 31-12-2021\).](https://www.congreso.es/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&publicaciones_mod_e=mostrarTextoIntegro&publicaciones_legislatura=X&publicaciones_id_texto=(BOCG_D_10_475_3158.CODI_2))

«a) *Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo o asociación, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza, nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.*»

La inclusión de las asociaciones como sujeto pasivo se motivó en que, en muchas ocasiones, son las destinatarias de este tipo de delito —con «el fin directo de bloquearlas e intimidarlas»—.

Finalmente, en la enmienda nº 508, propusieron la inclusión de un nuevo art. 510 *quater* en el que al igual que en el Congreso (y por las mismas razones) se incluyera el castigo de la «banalización, apología o enaltecimiento del franquismo, el nazismo, el fascismo, el falangismo y el nacionalcatolicismo».

C. El Grupo Parlamentario Socialista, en la enmienda nº 702 propuso una modificación del art. 510 Cp. en el sentido de que sólo debiera sancionarse la incitación directa a la comisión de actos discriminatorios. Y en la nº 703 propuso la supresión del art. 510 bis.

D. El Grupo Parlamentario Vasco en el Senado (EAJ-PNV) (GPV), en las enmiendas nº 797, 798, 799 y 800, propuso mantener la redacción vigente de los arts. 510, 511 y 512 y no introducir un nuevo art. 510 bis por dos razones. En primer lugar, por considerar que la respuesta punitiva no necesitaba ser agravada. En segundo lugar, porque la nueva redacción se consideró contraria a la seguridad jurídica, y a la legalidad, por ser ambigua.

E. Finalmente, el Partido Popular, introdujo modificaciones en los arts. 511 y 512 por medio de las enmiendas nº 1017 y 1018 por las que se introdujo la agravante de «género» tanto con el art. 510 como con el 22.4. Dichas modificaciones se justificaron en el *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*⁴³⁵.

Resultado de la discusión de las diferentes enmiendas

Se llegó al art. 510⁴³⁶, cuyo tenor literal fue:

Artículo 510.

1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

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

⁴³⁵ Literalmente: «los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo.

El Convenio puede verse en la url: <https://rm.coe.int/1680462543> (consultado el 3-1-2022).

⁴³⁶ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> (consultado el 3-1-2021)

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.

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

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

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

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.

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 aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

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.

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.

4. 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.

5. 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.

6. *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.

Síntesis de las ideas surgidas durante la tramitación parlamentaria

A. Despenalización de los delitos de injurias y calumnias contra la Corona:

Los motivos de la iniciativa se apoyaron en dos pilares: En primer lugar, en el principio de igualdad: «En una democracia que propugna la igualdad ante la ley no cabe distinguir por razón de cuna de la víctima en la tipicidad de los delitos. Tan terrible es matar a una persona como a otra».

En segundo lugar, en la libertad de expresión, tal y como se venía interpretando en el derecho comparado. En especial, se hizo referencia a Estados Unidos.

En contrapartida, se argumentó que todos los Estados protegen a las instituciones en el Cp. Y se defendió que, en caso de despenalizar dichas conductas, la Corona quedaría con menor protección que cualquier ciudadano.

B. Nuevos sujetos pasivos:

Por un lado, se propuso la protección de las «persona(s) sin hogar o en situación de pobreza». El fundamento fue que son objetivo de grupos neonazis y racistas. Por otro lado, se consideró que también las «asociaciones» debieran ser expresamente protegidas, ya que en muchas ocasiones son atacadas para «bloquearlas e intimidarlas». Sin embargo, las enmiendas no salieron adelante.

C. Ampliación de los sujetos activos:

Se reprochó (aunque no saliera adelante) que no se tipificara como responsables penales a los partidos políticos y asociaciones con objetivos políticos, cuando promoviesen al odio, hostilidad o violencia.

D. Acciones típicas:

- Concreción de los supuestos típicos de negación, trivialización o enaltecimiento:

Por un lado, se defendió la inclusión expresa de referencias al *franquismo*, *el nazismo*, *el fascismo*, *el falangismo* o *el nacionalcatolicismo*. La necesidad se fundamentó en el resurgimiento de las ideas matrices de los mismos, tanto a través de redes sociales, como en diversos eventos públicos. La justificación fue doble: En primer lugar, se valoró que en toda Europa los Códigos Penales se prevén sanciones en caso del *nazismo*. En segundo lugar, con la finalidad de contemplar de forma clara y precisa dichos supuestos en el Cp.

Por otro lado, se apoyó la incorporación manifiesta del término *terrorismo*. La justificación expresa recayó en el renacimiento del apoyo a la organización terrorista *ETA*. Se consideró que era necesario tipificarlo, ya que, de forma deliberada se estaba tratando de negar los crímenes cometidos por *ETA*, para considerarlos embebidos en un conflicto político.

Ninguna de las posturas fue acogida. El mantenimiento del proyecto se justificó en que el tipo penal debe de permitir la subsunción de todos los régimen totalitarios, y no sólo de unos supuestos específicos.

- Supresión de las referencia a acciones «indirectas» y al término «hostilidad»:

Se razonó que la modificación del Cp. fue más allá de lo exigido por la DM, y por el propio TC. Ello suponía penalizar conductas sin la necesaria concurrencia de una lesión o puesta en peligro ya de la igualdad, ya de la seguridad, de las personas protegidas.

E. Elementos subjetivos del tipo/causas del ataque:

La necesidad de incluir el *género* como motivo discriminatorio se basó en el *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*. Ello por cuanto en el mismo se constató que la discriminación puede venir no sólo del sexo; sino también del *género* — cuando la base de la conducta típica descansa en «*los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres*»—.

F. Penalidad:

La introducción de la pena de «inhabilitación para labores docentes en casos de incitación al odio» se justificó, y tuvo una acogida favorable, porque se pretendió proteger más a los menores de edad. En este sentido, se puso en valor *la Convención de los Derechos del niño* de la ONU; y se consideró que los menores de edad, por su falta de madurez, pueden verse influenciados en su desarrollo por los autores de delitos de odio.

6.4.3- Modificación del artículo 510 del Código Penal por el artículo único Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Con esta reforma se incluyó la protección de los gitanos y de la aporofobia en el art. 510 CP. y se incluyó como circunstancia agravante del art. 22.4 CP. la edad, la aporofobia y la exclusión social.

En concreto, el tenor literal de la reforma fue:

Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Uno. Se modifica el artículo 22, excepción 4.ª, que queda redactado como sigue:

«4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta.»

Dos. Se modifican los puntos 1 y 2 del artículo 510 que quedan redactados como sigue:

«1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

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 aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos 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, aporofobia, enfermedad o discapacidad.

b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos 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, aporofobia, enfermedad o discapacidad.

c) 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, antigitanos, 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, aporofobia, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

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, antigitanos 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, aporofobia, 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.

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, antigitanos 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, aporofobia, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

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.»

La modificación supuso el reflejo en el Código Penal de la aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación⁴³⁷ que pretendió comprender la protección integral frente a cualquier forma de discriminación. En este sentido, la Exposición de Motivos se pronunció sobre los principios y objetivos que persigue:

[...] De esta manera se pretende hacer frente de manera omnicomprensiva a todas las formas de discriminación, atendiendo de manera particular a formas históricas de discriminación como el antigitanismo objeto de preocupación en los últimos años de distintos organismos internacionales como por ejemplo el Consejo de Europa que, a través de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, en su Recomendación núm. 13 ha señalado una serie de medidas para combatir esta forma de discriminación, o la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2017, para prevenir y combatir la discriminación contra las personas gitanas y el antigitanismo [2017/2038 (INI)] y la Recomendación núm. 27 de la ONU sobre la discriminación de las personas romaníes, que para combatir eficazmente este tipo de discriminación, señalan la necesidad de defender a sus víctimas, tener datos concretos y fiables, conocer su alcance y dimensión, y sensibilizar a la sociedad y a las autoridades con datos oficiales e información sobre el mismo.

De esta manera se amplió el ámbito de los sujetos pasivos protegidos por los delitos de odio.

⁴³⁷ en cuyo art. 2 fijó su ámbito de aplicación:

Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

La tramitación tanto en el Congreso⁴³⁸ como en el Senado⁴³⁹ fue rápida y el consenso muy amplio como se observa con el resultado de las votaciones: en el Congreso efectuada la votación, dio el siguiente resultado: «votos emitidos, 334 más 10 votos telemáticos, 344; a favor, 284 más 10 votos telemáticos, 294; abstenciones, 50⁴⁴⁰». Y en el Senado estuvieron presentes 258 de los 264, y votaron a favor 255 con 3 abstenciones⁴⁴¹.

6.4.4- Interpretación jurisprudencial de los delitos de odio del art. 510 Cp.

6.4.3.1- Bien jurídico protegido

El bien jurídico es: «(el) bien tutelado por el Estado con ocasión de la tipificación de una determinada conducta como delito o falta»⁴⁴². El bien jurídico legitima la intervención del derecho penal y permite interpretar el precepto penal⁴⁴³. Si bien es cierto que, como apunta CANCIO MELIÁ,

⁴³⁸Tramitación:https://www.congreso.es/es/proposiciones-de-ley?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&iniciativas_mode=mostrarDetalle&iniciativas_legislatura=XIV&iniciativas_id=122%2F000220 (consultado el 16-3-2023).

Diario de la Sesión del Congreso de los Diputados en pleno celebrado el 26 de mayo de 2022, páginas 118 a 129 https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-190.PDF (consultado el 16-3-2023).

⁴³⁹ La tramitación en el Senado puede verse en: <https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/iniciativas/detalleiniciativa/index.html?legis=14&id1=624&id2=000011> (consultado el 16-3-2023).

⁴⁴⁰ Vide página 134 del diario de sesiones (consultado el 16-3-2023).

⁴⁴¹ <https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/sesionesplenarias/pleno/rwdsesionespleno/detalle/votaciones/index.html?sp=54&legis=14&id1=52&id2=7387> (consultado el 16-3-2023).

⁴⁴² Definición recogida en el Diccionario panhispánico del español jurídico (v. <https://dpej.rae.es/lema/bien-jur%C3%ADdico-prot%C3%A9gido> consultado el 10-2-2022).

⁴⁴³ En palabras de CANCIO MELIÁ:

[...] el concepto de bien jurídico tiene dos vertientes: por un lado, cumple funciones estrictamente dogmáticas, immanentes al sistema, de criterio rector de las infracciones existentes, al constituirse en guía de la construcción sistemática y de la interpretación de los concretos preceptos penales: el concepto teleológico o hermenéutico de bien jurídico.

Así, por ejemplo, si se parte de que el bien jurídico del delito de exhibición obscena frente a menores o incapaces (art. 185 CP) es la indemnidad sexual, cabe interpretar que la mera exhibición de un cuerpo desnudo frente a un menor (por ejemplo, en la playa), sin que la persona en cuestión esté inmersa en una actividad de carácter sexual, no es delictiva (no es «obscena» en el sentido del tipo), pues la mera contemplación de un desnudo no puede afectar negativamente a las posibilidades de desarrollo futuro de la sexualidad del menor («indemnidad sexual»).[...]

Conforme a estas definiciones mayoritarias, entonces, bienes jurídicos pueden ser tanto realidades sociales de carácter individual como la vida, la salud y la propiedad, cuya protección, como es evidente, resulta indispensable para el mantenimiento del orden social. Sin embargo, también son bienes jurídicos aquellas otras «condiciones de la vida social» que no pueden atribuirse a un ciudadano concreto, sino que son elementos colectivos, del propio sistema social, que garantizan su subsistencia: el correcto funcionamiento de la Administración pública o de Justicia (atacado por delitos como el cohecho [arts. 419 y ss. CP] o la prevaricación judicial, respectivamente). Una sociedad moderna no puede funcionar si los miembros de la Administración son venales o los tribunales dictan sentencias contrarias a Derecho a sabiendas.

Vide CANCIO MELIÁ, Manuel: "Principios del Derecho Penal (II)", *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Agencia Estatal Boletín Oficial Del Estado, Madrid, 2019, pp. 74 y 75. Se puede acceder a la obra en la URL: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2019-110 (consultado el 10-2-2022).

cuando el bien jurídico que se quiere proteger no está bien definido pueden surgir problemas para escrutar la legislación penal. En sus palabras:

El denominador común de los problemas con los que se encuentra —sobre todo, en los últimos tiempos— la concepción de la exclusiva protección de bienes jurídicos está en que su alcance concreto se desdibuja, se espiritualiza, poniendo en riesgo, por esa indeterminación, su capacidad para cumplir la función de ser una medida crítica con la que examinar la legislación penal positiva⁴⁴⁴.

La realidad es que no existe unanimidad en la determinación del bien jurídico protegido por los delitos de odio. Las posturas mayoritarias se decantan bien por la dignidad humana, bien por el derecho a la igualdad/a la no discriminación. A partir de ahí, nos encontramos con posiciones híbridas que interrelacionan estas dos ideas. Así, podemos agrupar las siguientes perspectivas:

A. La dignidad humana

- Para la FGE⁴⁴⁵ el bien jurídico protegido es la dignidad humana: no basta con que tengan lugar conductas discriminatorias que atenten contra el principio de la igualdad, sino que además, es necesario cuanto menos una mínima lesión de la dignidad. En sus palabras:

1ª El bien jurídico protegido por las diversas infracciones previstas y penadas en el art. 510 CP es la dignidad de la persona, que es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). Se trata de una cualidad innata a todo ser humano por el mero hecho de serlo y en tal condición no puede ser objeto de discriminación, como expresión del derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 CE. En este contexto, el delito de odio supone un ataque al diferente, una manifestación de una intolerancia incompatible con los elementos vertebradores del orden constitucional y, en definitiva, con todo el sistema de derechos y libertades propio de una sociedad democrática⁴⁴⁶.

- El TS también defiende que el bien jurídico protegido es la dignidad humana. En este sentido señala que «(e)l bien jurídico protegido por el tipo penal del art. 510 es la dignidad de las personas, y colectivos de personas, a los que por su especial vulnerabilidad el Código otorga una protección específica en el mencionado artículo»⁴⁴⁷.

En el mismo sentido, SÁNCHEZ MELGAR (Magistrado del TS y ex Fiscal General del Estado), tras explicar que los delitos de odio pivotan sobre la prohibición de ser discriminado, afirmó que el bien jurídico protegido es la «dignidad humana». En sus palabras:

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 75.

⁴⁴⁵ Vide Circular FGE nº 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2019-00007> (consultado el 22-1-2022).

⁴⁴⁶ (*Ibidem* conclusión 1ª).

⁴⁴⁷ V.gr: STS (Sección 1ª) 646/2018 de 14 de diciembre, FD Único; STS (Sección 1ª) nº 185/2019, de 2 de abril, FD III; y STS (Sección 1ª), nº 47/2019, de 4 de febrero, FD II.

Desde la perspectiva del sujeto pasivo del delito, el eje sobre el que pivota el precepto es la prohibición de la discriminación, como derecho autónomo derivado del derecho a la igualdad, reconocido en el art. 14 CE. Desde mi punto de vista, el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona, como valor que debe otorgarse a cualquier ser humano por el mero hecho de serlo⁴⁴⁸.

- Para el TC el bien jurídico protegido es la dignidad⁴⁴⁹. Explicítamente señala que,

La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18.1 C.E.), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. 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 pueblos⁴⁵⁰.

[...] "No cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el art. 10.1 del Texto fundamental" (STC 105/1990)⁴⁵¹.

[...] el reconocimiento constitucional de la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales y en su virtud carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5). Igualmente, hemos reconocido que atentan también contra este 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 (SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8; 13/2001, de 29 de enero, FJ 7)⁴⁵².

[...] "[l]a tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que, en principio, se puede considerar 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"⁴⁵³.

B. El derecho a no ser discriminado

- Parte de la doctrina autorizada no comulga con la idea de que el bien jurídico protegido sea la dignidad. Entre otros, GARCÍA ÁLVAREZ, consideró que el enfoque de la FGE era equivocado⁴⁵⁴. La dignidad no es un «bien jurídico», sino algo más, un fundamento y principio

⁴⁴⁸ Vide SÁNCHEZ MELGAR, Julián: "Discursos discriminatorios (Art. 510). Apología y negación del genocidio. Enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas", *Revista del Ministerio Fiscal*, Fiscalía General del Estado, Madrid, n° 7, 2019, p.122.

⁴⁴⁹ Como expusimos en el apartado relativo a «la aplicación de la dignidad humana como límite a la libertad de expresión en la jurisprudencia constitucional».

⁴⁵⁰ STC (Sala 1ª) 214/1991, de 11 de noviembre.

⁴⁵¹ STC (Sala 2ª) 176/1995, de 11 de diciembre.

⁴⁵² STC (Pleno) 235/2007, de 7 de noviembre.

⁴⁵³ STC (Pleno) 177/2015, de 22 de julio.

⁴⁵⁴ Vide: GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora: "El artículo 510.1.a) del Código Penal a la luz de la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal", *Editorial Wolters Kluwer, La Ley Penal, Sección Legislación aplicada a la práctica*, n° 151, Julio-Agosto 2021, pp. 4 a 6.

inspirador del ordenamiento jurídico, y de todos y cada uno de los derechos fundamentales. En sus palabras:

Desde mi punto de vista, la dignidad humana no es siquiera un bien jurídico específico a proteger por el Derecho Penal. Y esta afirmación no debe llevar a error, lo que quiero transmitir es que la dignidad humana, como ya ha defendido parte de la doctrina (20), es más que un bien jurídico, es un fundamento del Ordenamiento jurídico, principio inspirador conforme al cual han de interpretarse todos y cada uno de los derechos fundamentales y, consecuentemente, conforme al cual han de ser entendidos todos y cada uno de los bienes jurídicos que de ellos deriven, entre ellos, ciertamente, el derecho a no ser discriminado, pero también por ejemplo, la integridad moral (21).

Por tanto, aunque en última instancia el ataque recaiga en la dignidad, el bien protegido no es ésta, sino las manifestaciones concretas de la misma, afectadas por el ataque. De esta manera, se postula que el bien jurídico en estos delitos es el «derecho a no ser discriminado» —cuando el sujeto pasivo es una persona individual— y el derecho a no ser discriminado respecto del resto de la sociedad—cuando el sujeto pasivo es un grupo/colectivo—. En sus palabras:

[...] el bien jurídico que entiendo concretamente amparado en el artículo 510.1.a), no siendo la dignidad humana, sí es clarísimamente una de sus manifestaciones: esto es, el derecho a no ser discriminado. De hecho, si recordamos, éste es uno de los ejes que la propia Fiscalía toma en consideración a la hora de determinar el bien jurídico protegido en este artículo. Derecho éste que si bien en el caso de sujetos pasivos individuales puede entenderse como el derecho de la persona, individualmente considerada, a no ser discriminada como manifestación de la igualdad, en el sentido del derecho que tienen todas las personas a ser tratadas como les corresponde por ley (22), en la medida en que el sujeto pasivo de este delito van a serlo grupos (23) caracterizados por ciertas notas diferenciadoras, quizás podría entenderse como el derecho del grupo a que no se perpetúe su desigualdad social, o a que no se altere su igualdad respecto al colectivo social.

En un sentido parecido, CORRECHER MIRA (con apoyo en otros autores), se refiere más que a un derecho a no ser discriminado, a la «prohibición de discriminación». Se trataría de proteger a colectivos y a sus miembros, que ya son vulnerables por una situación estructural. Así, este autor señala que,

[...] el bien jurídico protegido por el art. 510 CP podría concretarse a partir del reconocimiento en el art. 14 de la Constitución Española del derecho fundamental a la igualdad, con la consecuente prohibición de discriminación que se deriva de su entendimiento en una vertiente material. Así, si bien este precepto rige para el conjunto de la ciudadanía, su posición como fundamento del bien jurídico protegido por el art. 510 CP supone una especial consideración respecto de los colectivos o minorías en posición de vulnerabilidad, en tanto que son estos grupos, por la existencia de una situación de desigualdad estructural, los que pueden verse afectados por la expresión de opiniones incitadoras al odio, violencia, discriminación u hostilidad⁴⁵⁵.

⁴⁵⁵ CORRECHER MIRA, Jorge: “La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?.”, *InDret* n° 2, 2021, p.123. Se puede acceder al artículo en la URL: <https://indret.com/la-banalizacion-del-discurso-del-odio-una-expansion-de-los-colectivos-vulnerables/> (consultado el 23-1-2022).

- Por su parte, ANDRÉS DOMÍNGUEZ vendría a considerar que si de lo que se trata es de proteger el derecho a la no discriminación, la solución pasaría por penalizar sólo la incitación directa a dicha discriminación, y no la indirecta. En sus palabras:

[...] en el Derecho internacional, la tendencia es reclamar la penalización de toda incitación directa a la discriminación y la violencia; no se solicita, por el contrario, la penalización de conductas que, únicamente, de una manera indirecta pueden desembocar en actos discriminatorios. Se busca la protección del derecho a la no discriminación a través de la prohibición de comportamientos lesivos o de comportamientos que se dirigen a incitar de manera directa a la discriminación o a la violencia con móviles discriminatorios. No se trata de penalizar el ejercicio de la libertad de expresión u opinión que sólo indirectamente pueda llegar a generar odio o animadversión hacia determinados colectivos⁴⁵⁶.

- Hay quienes como DAUNIS RODRÍGUEZ sostienen que el bien jurídico es doble, según se atente contra el individuo o el colectivo al que pertenece. En lo que respecta al plano individual identifica la dignidad con el derecho a no ser discriminado y viceversa. En todo caso, la base en la que se sustenta el bien jurídico protegido es el derecho a no ser discriminado. Expresamente señala que,

Llegados a este punto puede afirmarse que los delitos de odio, siempre y cuando partamos de su pertenencia a lo que hemos denominado derecho penal discriminatorio, pretenden proteger o salvaguardar a los individuos pertenecientes a «colectivos minoritarios, vulnerables o vulnerabilizados» de aquellos ataques que puedan sufrir por el mero hecho de pertenecer a tales colectivos.

[...] En términos generales, parece obvio afirmar que el bien jurídico que pretende salvaguardar un tipo de derecho penal que se denomina antidiscriminatorio no puede ser otro que el «derecho a no ser discriminado» por el mero hecho de ser diferente

[...] Respecto a lo que venimos denominando el núcleo del derecho penal antidiscriminatorio —es decir, el art. 22.4 cp. y el art. 510 cp.— el derecho a no ser discriminado (o, si se prefiere, la dignidad) aparece también como bien jurídico salvaguardado pero no como único, ya que, además se reconoce la existencia de otro bien jurídico colectivo o supraindividual que en este caso apuntaría no ya a la víctima concreta que recibe la ofensa, sino al colectivo al que pertenece.

[...] En consecuencia, puede afirmarse que el art. 510 cp. contiene un delito pluriofensivo: de una parte, se atenta contra la dignidad humana y/o al derecho a no ser discriminado del individuo que sufre el comportamiento discriminatorio pero, además, estos comportamientos afectan a todo el colectivo discriminado generando una sensación de intranquilidad, desasosiego, amenaza, inseguridad y/o miedo.

En realidad, podríamos decir que el propio derecho a no ser discriminado tiene una doble perspectiva, de una parte, individual, que afecta al sujeto en concreto que sufre el acto discriminatorio y, de otra parte, colectiva, ya que el comportamiento repercute negativamente en el colectivo discriminado al que pertenece a la víctima⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina: “Los denominados delitos de odio: análisis dogmático y tratamiento jurisprudencial”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XLI, 2021, p. 597.

⁴⁵⁷ LAURENZO COPELLO, Patricia y DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto: *Odio, Prejuicios y Derechos humanos*. Comares, Granada, 2021, pp. 295 y 296.

Desde el punto de vista colectivo lo que se trata de proteger con los delitos de odio son las condiciones de seguridad del mismo, ya que

*nos encontramos con un bien jurídico colectivo y con un bien jurídico individual, pero que ambos tienen una misma matriz: el derecho a no ser discriminado, de la cual, pueden derivar o concretarse los bienes jurídicos dignidad humana (individual) y condiciones de seguridad existencial (colectivo)*⁴⁵⁸.

- Para ALASTUEY DOBÓN, se trataría de proteger las condiciones básicas necesarias para que los miembros de los grupos mencionados en el precepto «puedan desarrollar sus actividades como sujetos de pleno derecho en la sociedad»⁴⁵⁹. Se trata de proteger al grupo y no los sentimientos de sus miembros. En este sentido, la autora hace hincapié en la necesidad de respetar el principio de mínima intervención del derecho penal, y de la necesidad de que las conductas que se sancionen representen un mínimo peligro para el bien jurídico protegido:

*En definitiva, se trata de proteger al grupo, no los sentimientos de sus integrantes. En cualquier caso, la mayoría de las conductas típicas están muy lejos de representar un peligro mínimamente relevante para el mencionado bien jurídico. La respuesta penal se anticipa de manera inaceptable, lo que demuestra una vez más que en los actuales procesos legislativos se ha dejado de atender al principio de intervención mínima*⁴⁶⁰.

Para la autora lo que caracteriza los delitos de odio del art. 510 CP. es que se castiga el discurso que incita al odio:

*Lo que caracteriza a las figuras delictivas contempladas en el art. 510 CP, y las distingue de otros delitos de odio, es que en el mencionado precepto el castigo no recae sobre actos de odio, sino que son objeto de sanción penal las palabras (el discurso) con contenido incitador de actos de odio o humillante para las víctimas de esos actos, así como las manifestaciones que implican negación o apología de delitos de odio. Por tanto, en el art. 510 CP se tipifican delitos de odio cometidos con palabras*⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 299.

⁴⁵⁹ ALASTUEY DOBÓN, Carmen: “Consideraciones político-criminales sobre el castigo del discurso de odio”. TEIJÓN ALCALÁ, Marco (dir.): *El odio como motivación criminal*. Wolters Kluwer, 2022, p. 155. La autora explica que sigue la línea indicada por LANDA GOROSTIZA. En sus palabras:

Según entiendo, esta tesis puede encontrar apoyo en la referencia a la creación de un «sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo» en el apartado 4 del art. 510, si bien aquí se exige un requisito de gravedad que daría lugar a la aplicación del tipo agravado. Pero debe ponerse de relieve que la formulación escogida por el legislador es sumamente defectuosa, pues presenta una connotación subjetiva que debería corregirse. En definitiva, se trata de proteger al grupo, no los sentimientos de sus integrantes. En cualquier caso, la mayoría de conductas típicas están muy lejos de representar un peligro mínimamente relevante para el mencionado bien jurídico. La respuesta penal se anticipa de manera inaceptable, lo que demuestra una vez más que en los actuales procesos legislativos se ha dejado de atender al principio de intervención mínima.

⁴⁶⁰ ALASTUEY DOBÓN, Carmen: “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º. 18, 2016, p. 19.

⁴⁶¹ ALASTUEY DOBÓN, Carmen: “Consideraciones político-criminales sobre el castigo del discurso de odio”. TEIJÓN ALCALÁ, Marco (dir.): *El odio como motivación criminal*. Wolters Kluwer, 2022, p. 138.

ALASTUEY DOBÓN señala que parte de la doctrina rechaza la tipificación de la provocación al odio en la medida en que choca con la libertad de expresión:

- Para TAPIA BALLESTEROS el elemento esencial de los delitos de odio descansa en proteger la igualdad de personas o colectivos que tienen unas circunstancias particulares. En sus palabras:

[...] Bajo nuestro punto de vista, el artículo 510, tanto antes de la reforma de 2015 como en su regulación vigente, forma parte del catálogo de delitos antidiscriminatorios y, por lo tanto, el bien jurídico protegido será el valor no ser discriminado. Entendemos que esto es así porque lo fundamental es que el mensaje o el acto realizado que colma cualquiera de los tipos penales que se contemplan en el precepto, son punibles solo porque van dirigidos a una persona o grupo de personas que se caracterizan por ostentar una determinada circunstancia física, ideológica o social. Sin esta selección, los hechos serían constitutivos de otro delito o directamente atípicos.

De este modo, el valor no ser discriminado, como bien jurídico protegido, cuenta con una doble dimensión. Por un lado, una dimensión individual, ya que la conducta discriminatoria va dirigida a una persona concreta que es, precisamente, quien la soporta de forma directa e inmediata. Y, por otro, una dimensión colectiva, en la medida en que el colectivo, la minoría, que ostenta la circunstancia sospechosa de discriminación, se ve afectado porque un acto discriminatorio contra una persona perpetúa, ayuda a normalizar o ahonda en su status de inferioridad.

Este carácter colectivo del bien jurídico protegido se manifiesta claramente en el delito previsto en el artículo 510 ya que, en todas sus modalidades, se limita el sujeto pasivo en atención a que pertenezca a un grupo que presenta alguna de las circunstancias sospechosas de discriminación del catálogo del precepto o, incluso, la conducta vaya dirigida contra el colectivo en general, no exigiéndose siquiera la individualización de la acción en un sujeto concreto, como sí ocurre en otros delitos antidiscriminatorios.

[...] Bajo nuestro punto de vista, en el artículo 510 se tutela el valor no ser discriminado y, en atención al contexto en el que se desarrolle su puesta en peligro, podrán tutelarse también otros bienes jurídicos, como la integridad física o la vida, pero de forma secundaria, casi accidental o instrumental.

[...]Entendemos que mediante el discurso de odio se lesiona o pone el peligro el valor no ser discriminado porque la selección del sujeto o colectivo al que se dirige el mensaje se debe únicamente a que cuenta con una de las características sospechosas de discriminación [...]⁴⁶².

C. El derecho a la igualdad conectado con la dignidad humana

Se trata de una posición mixta/híbrida sostenida, por ejemplo, por COMAS DE ARGEMIR CENDRA. Dicha postura no marca una diferencia sustancial sino que sostiene una conexión estrecha entre la dignidad y el derecho a la igualdad. Tal y como señala, «(e)l bien jurídico protegido es la

El odio no es un hecho ilícito, y mucho menos un delito, sino una emoción humana y, por tanto, la penalización de la provocación al odio supone castigar la incitación al rechazo hacia determinadas personas en razón de su pertenencia a los grupos mencionados en el precepto. Dado que el castigo a la instigación de un sentimiento choca frontalmente con el derecho a la libertad de expresión, se trata de una modalidad típica que algunos autores han rechazado de plano⁴⁶¹.

ALASTUEY DOBÓN, Carmen: “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º. 18, 2016, p. 10.

⁴⁶² TAPIA BALLESTEROS, Patricia: “El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación”, en *Entre la libertad de expresión y el delito [Cuestiones de la parte especial de los delitos de opinión]*, Aranzadi, 2021.

igualdad de todas las personas protegido en el art. 14 CE y, en consecuencia, el derecho a no ser discriminado, en íntima conexión con el respeto a la dignidad de la persona del art. 9 CE»⁴⁶³.

Por su parte, MONTERDE FERRER expresa dicha conexión entre la igualdad y la dignidad como que aquella no deja de ser una manifestación de la dignidad. Y, por tanto, la esencia vendría constituida por la dignidad, inherente a todo ser humano. En sus palabras:

Por ello entendemos que en realidad el llamado delito de odio (que aparece muy pocas veces nombrado entre los más numerosos motivos que recoge el texto legal), forma parte del grupo jurídico penal más amplio de delitos de discriminación, basados en el atentado al bien jurídico protegido y constitucionalmente consagrado en el art 14 de la CE, consistente en la «igualdad».

[...] La igualdad aparece como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), es decir, como pilar sobre el que se asienta toda la estructura de garantías, y tanto ella como la no discriminación sólo pueden ser consideradas como una expresión de la propia dignidad humana.

*Dignidad, que debe ser entendida como el respeto que merece y el valor que debe otorgarse a cualquier ser humano por el mero hecho de serlo, en cuanto es una cualidad inherente, que se reconoce y protege pero que no se otorga, y que se conforma como el presupuesto que posibilita el libre desarrollo de la personalidad, es decir, la libre elección que toda persona tiene para optar por un proyecto de vida digna dando cauce a sus capacidades, naturales o adquiridas, al margen de cualquier otra consideración*⁴⁶⁴.

D. Orden democrático y social

DOLZ LAGO argumentó que, en realidad, los delitos de odio protegen los valores constitucionales. Para él es un error confrontar la libertad de expresión con los delitos de odio. Estos no constituyen los límites negativos de la libertad de expresión, sino que su existencia serviría precisamente para garantizar la libertad de expresión: «sin libertad no existirían los delitos de odio, que son su negación, y sin delitos de odio no hay libertad, que es protegida por ellos»⁴⁶⁵.

En atención a su ubicación sistemática dentro del Código penal consideró que lo que se trata de proteger es el orden político y la paz social. En este sentido señala que,

[...] en un Estado social y democrático de Derecho es obligado penalizar, en su calidad de conductas intolerables para la convivencia, aquellas que minan o destruyen el fundamento de su orden político y paz social.

Los delitos de odio entran de lleno en estas consideraciones. Atacan la libertad y la igualdad y destruyen el fundamento del orden político democrático y su paz social.

⁴⁶³ COMAS DE ARGEMIR CENDRA, Montserrat: “Evolución jurisprudencial en los delitos de provocación al odio y a la discriminación: los límites a la libertad de expresión”, *Cuadernos Digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, nº 32, 2015, p.2.

⁴⁶⁴ MONTERDE FERRER, Francisco: “Delito de odio. ¿existe?”, *Diario La Ley*, nº 9951, 2021.

⁴⁶⁵ DOLZ LAGO, Manuel-Jesús: “Oído a los delitos de odio (Algunas cuestiones claves sobre de la reforma del art. 510 CP por LO 1/2015)”, *Editorial LA LEY, Diario La Ley*, Nº 8712, 2016, p. 10.

De ahí, que su bien jurídico protegido no sea sólo la no discriminación o la protección de la igualdad o de la diferencia, según la perspectiva que se aborde, sino los propios valores superiores del ordenamiento jurídico y los fundamentos del orden político y social.

Se puede decir que aquél será el bien jurídico protegido mediano o indirecto mientras que la no discriminación será el inmediato o directo, pero en esta cuestión no creemos oportuno diferenciar por esas categorías el bien jurídico protegido, dada la innegable dimensión comunitaria o colectiva de la conducta prohibida. Ya que no se trata de vulnerar el derecho a la no discriminación de una persona individual por los motivos que expresa el precepto penal sino socavar el orden democrático a través de la lesión a la persona individual o al grupo vulnerable socialmente al que pertenece.

En relación con los bienes jurídicos colectivos o de dimensión colectiva frente a los individuales, puede reflexionarse que cuando se ataca un bien jurídico protegido individual, como el derecho a la vida de un individuo mediante una acción homicida, también se ataca un bien comunitario o social, el orden social.

Es cierto. Pero este orden social queda en el marco del derecho individual. Se protege el derecho individual en sí mismo considerado, con independencia de su marco social. Órdenes sociales no democráticos también protegen penalmente derechos individuales como el derecho a la vida, si bien —según la intensidad antidemocrática del sistema— esta protección puede verse matizada en función a los intereses de ese mismo sistema (v.gr. prohibición o no de la pena de muerte)

En el caso de los delitos del odio, como otros que atacan bienes jurídicos supraindividuales o de esta dimensión, el orden social democrático no enmarca el derecho protegido sino que es el mismo objeto de protección, es el bien jurídico protegido⁴⁶⁶.

E. Síntesis de las posturas acerca del bien jurídico protegido

Desde el punto de vista de la FGE, del TS, del TC, y de algún autor como SÁNCHEZ MELGAR, de manera clara, constante, y reiterada, el bien jurídico que se protege con los delitos de odio es la dignidad. Sin embargo, la mayoría de la doctrina (con diversos matices) considera que se protegen manifestaciones de esa dignidad, en especial el derecho a la igualdad (si se formula de manera positiva) o el derecho a no ser discriminado (si se plantea en sentido negativo); o el derecho a una existencia segura (desde el prisma de los colectivos). A partir de estas posiciones existe una tercera vía que sería híbrida, entremezclando los conceptos de dignidad e igualdad. Mención aparte merece la posición adoptada por DOLZ LAGO en cuanto consideró que lo que se protege es el orden democrático y social como valor constitucional.

6.4.3.2- Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del delito permite establecer qué ofensas al bien jurídico deben ser castigadas⁴⁶⁷. Dependiendo de la intensidad/grado del ataque que se puede tolerar habrá diferentes

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 9.

⁴⁶⁷ En este sentido es clarificador MUÑOZ CONDE:

La ofensa al bien jurídico, que constituye la esencia del juicio de antijuricidad, puede consistir en una lesión o en una puesta en peligro de dicho bien jurídico.

La lesión del bien jurídico es un concepto normativo. Por tal no sólo debe entenderse la destrucción o daño de un objeto material, sino también las ofensas inferidas a bienes jurídicos de tipo ideal que no tienen un sustrato material. Tan lesión es la


posturas. Serán delitos de resultado para quienes consideren preciso que debe existir una lesión del bien jurídico. Por el contrario, serán considerados como delitos de peligro si se cree suficiente para su castigo con la creación de un riesgo para el bien jurídico que se quiere proteger.

A. Delito de peligro en abstracto⁴⁶⁸

- Para la FGE⁴⁶⁹ los delitos de odio son delitos de peligro en abstracto, salvo el delito del art. 510.2.a) que exige expresamente la producción de un resultado. Para la FGE se trata de «anticipa(r) la barrera punitiva adquiriendo entidad propia aquellas conductas que generan un riesgo para bienes jurídicos relevantes en el sistema democrático».

Por este motivo se considera que para la comisión de este tipo de delitos no se precisa incitar a la realización de actividades/actos criminales concretos, sino que es suficiente con que se cree un «caldo de cultivo» para la proliferación del odio. En sus palabras: «no requiere el fomento de un acto concreto sino la aptitud o idoneidad para generar un clima de odio o discriminación que, en su caso, sea susceptible de provocar acciones frente a un grupo o sus integrantes, como expresión de una intolerancia excluyente ante los que son diferentes».

- Para el TS el delito de odio sería el género/arquetipo del discurso de odio, mientras que el resto de preceptos penales serían supuestos específicos, concretados de ese odio. En sus palabras:

El ordenamiento español se ha hecho eco de esta modalidad agresiva a la convivencia y recoge en varios artículos, modalidades enmarcadas en el denominado discurso del odio. El art. 510  del Código penal, como arquetipo del discurso que el odio; el artículo 578, el delito de enaltecimiento, y el de

destrucción de la vida o de una cosa ajena en los delitos de homicidio y de daños, como la ofensa al honor en el delito de injurias. Normalmente, la forma consumada de los tipos delictivos contiene una lesión del bien jurídico protegido en dicho tipo.

Pero junto a la lesión, en el Derecho penal se castiga también la puesta en peligro de bienes jurídicos.

Vide: MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, y GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora: *Derecho penal: parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 285.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 287:

(L)os delitos de peligro abstracto son delitos de mera actividad en los que el legislador castiga una conducta que, según la experiencia, suele ser peligrosa para un bien jurídico, aunque en el caso concreto no lo sea. Es decir, el delito se consuma con la realización de la conducta prohibida sin que haya que demostrar que en el caso concreto existió un peligro real para el bien jurídico.

En los delitos de peligro abstracto la creación del peligro no pertenece, por tanto, al tipo. Por eso los indicios de peligrosidad se encuentran recogidos de manera vinculante en la propia ley, mientras que en los delitos de peligro concreto, como hemos visto, la concurrencia del peligro, como elemento del tipo, debe ser constatada por el juez en el caso de que se trate. Por eso, cuando se convierte una conducta en delito, si se usa la técnica del peligro abstracto se castigarán más conductas que si se usa la del delito de peligro concreto, pues en el primer caso se castigarán tanto casos en los que haya existido un peligro real para el bien jurídico como aquellos en los que éste no haya sido puesto en peligro en modo alguno. Esta clase de delitos puede llevar, por tanto, a una punibilidad excesiva y cuestionable.

⁴⁶⁹ *Ibidem.*

menosprecio a las víctimas; el art. 579, con un contenido que amenaza a la ejecución de delitos de terrorismo al exigir la incitación a la comisión de delitos de terrorismo; el artículo 607, en su redacción anterior a 2015, cuando acogía la provocación, incitación al delito de genocidio, y anteriormente, la negación al holocausto; así como otras manifestaciones en las cuales aparece, de alguna forma, concernida la libertad de expresión y ataque a instituciones⁴⁷⁰.

El TS considera igualmente que se trata de un delito de peligro en abstracto. Por ello, basta con que se cree un peligro, es decir, es el propio discurso de odio lesivo en sí mismo. En sus palabras:

Por su parte, el art. 510 Cp. sanciona a quienes fomentan promueven la discriminación, el odio o la violencia contra grupos o asociaciones por distintos motivos que son recogidos, en el precepto. El elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica. Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del "discurso del odio", que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad. Estos refieren la antijuricidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo. El tipo penal requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio pues esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación. De alguna manera son expresiones que por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad⁴⁷¹.

El TS ha mantenido esta doctrina de manera constante al subrayar que,

es preciso hacer alguna consideración en torno a la naturaleza del delito contemplado en el art. 510.1 CP, y, para ello, partimos de considerarlo como un delito de riesgo abstracto puro, potencial o posible; es, por lo tanto, también, un delito de mera actividad, que se consuma por la sola incitación a las variables discriminatorias que en el mismo ha contemplado el legislador; en consecuencia, los únicos elementos que exige el tipo son la emisión del mensaje provocador o discriminatorio (elemento objetivo) y la voluntad de emitirlo, pese a ser conocedor de ese contenido (elemento subjetivo), al que, si se quiere, habrá que añadir ese riesgo, pero insistiendo que se trata de un riesgo abstracto, entendido en el sentido de que sea potencialmente idóneo a la incitación, aunque sin necesidad de que se consiga lo que con ella se persiga, pues, hay que insistir, el delito se consuma con la simple realización de esa conducta idónea generadora del riesgo; el delito aflora de su propia descripción típica, porque no precisa de ningún resultado.

La naturaleza propia del delito que nos ocupa, como delito de riesgo abstracto, que no de riesgo concreto, implica que en aquellos, a diferencia de estos, queda consumado, aun cuando no se produzca un resultado de peligro, porque lo que el legislador persigue es que se castigue una acción, que, por ser peligrosa en sí misma, pone en peligro el bien jurídico (generalmente colectivo, difuso, inmaterial) que protege el tipo, y esto es propio de esos delitos de riesgo abstracto, como delitos que, por su mera actividad, ponen en peligro el bien jurídico de que se trate, debido a que en ellos el legislador ha dado primacía al desvalor de la acción, por su propia peligrosidad, frente a su resultado. Podríamos decir que en los delitos de peligro concreto se exige la creación de una situación de peligro, mientras que en los de peligro abstracto no es preciso, porque es la peligrosidad inherente a la acción la que merece el correspondiente reproche penal, y habrá, por lo tanto, delito aunque no se haya llegado a producir un efectivo peligro concreto, porque la mera peligrosidad

⁴⁷⁰ STS (Sección 1ª) n° 185/2019, de 2 de abril, FD III y STS (Sección 1ª), n° 47/2019, de 4 de febrero, FD II.

⁴⁷¹ STS (Sección 1ª) n° 72/2018, de 9 de febrero, FD único.

*de la acción es motivo de su tipificación; la protección penal se ha adelantado a los resultados de la conducta, quedando consumado el delito con la ejecución de la acción, sin necesidad de añadir ningún resultado específico, y es por ello, por lo que relegábamos a un segundo lugar que, la de este art. 510.1, se trate de una provocación directa o indirecta, porque lo fundamental será precisar si el comportamiento desplegado por el acusado resultó idóneo para incitar a la actividad discriminatoria a que se refiere el tipo.[...]*⁴⁷².

- Para DOLZ LAGO⁴⁷³ también se trata de delitos de peligro en abstracto y fundamenta su base en la experiencia histórica vivida durante la Segunda Guerra Mundial con el régimen nazi y el holocausto.

En el marco de estas consideraciones dogmáticas, siempre es bueno «aterrizar» sobre la realidad social y jurídica para darle practicidad a las mismas en el cumplimiento de la finalidad tuitiva penal que demanda el bien jurídico protegido.

Desde esta perspectiva, los delitos de odio, en especial su incitación, que es la que ofrece más discrepancias doctrinales sobre el ajuste constitucional de su tipificación penal, representan por sí misma considerada una conducta cuya peligrosidad queda acreditada por datos históricos innegables.

La peligrosidad de estas conductas debe considerarse ex ante sin que se exija un resultado posterior, sin que sea necesario acreditar la peligrosidad ex post.

Y lo es ex ante por experiencia histórica más que por otras consideraciones. El odio que se incita es destructivo del orden social democrático y se proyecta ante los individuos por razón de su pertenencia a grupos cuya vulnerabilidad social viene acreditada en el transcurso de la historia. Surgieron al finalizar la II Guerra Mundial tras el Holocausto nazi. No es una hipótesis de laboratorio. Y es sabido que los pueblos que no conocen su Historia están obligados a repetirla.

*De ahí, que estas conductas están tan próximas al bien jurídico protegido que si queremos ser efectivos en su protección ex art. 9 CE (LA LEY 2500/1978), no podemos sancionarlas como meros actos preparatorios ex art. 18 CP (LA LEY 3996/1995) ni como delitos cuya naturaleza exija la prueba de la lesión material del bien jurídico sino sólo su puesta en peligro potencial, ya que esa aptitud es suficiente para colmar la antijuricidad material de la acción y respetuosa con el principio de ofensividad, que justifica a la postre la tipificación penal de las mismas*⁴⁷⁴.

- Dentro de la doctrina científica, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, vendría a considerar que este delito está configurado como delito de peligro en abstracto. Pero, en su opinión, dicho precepto así regulado es inconstitucional. Ello por varias razones, tales como la inseguridad jurídica que genera el tipo penal o la vulneración de la doctrina del TC en cuanto a la prohibición de tipificar conductas que no supongan una incitación directa o indirecta a la violencia o la intimidación. En sus palabras:

[...] en ningún momento se exige que dicha conducta implique el riesgo de crear un clima de violencia que puede llegar a cristalizar en actos concretos de discriminación.

⁴⁷² STS (Sección 1ª) n° 675/2020, de 12 de diciembre, FD I.2.

⁴⁷³ DOLZ LAGO recordó la diferencia entre el peligro concreto y el abstracto que depende de la inmediatez del riesgo. En sus palabras: «los delitos de peligro pueden ser de peligro concreto o abstracto, según requieran la creación de un peligro de lesión inmediata al bien jurídico protegido o sólo los que se presume este peligro en virtud de la propia conducta descrita en el tipo penal». *Op. cit.*, p. 10.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 14.

[...] Pero, sin duda, de las conductas tipificadas en este apartado primero a) del artículo 510 del Código penal, la que mayores críticas suscita es la relativa a la incitación pública, directa o indirecta, al odio y la hostilidad. El odio y la hostilidad son actitudes o sentimientos que no representan un peligro relevante para los colectivos protegidos. El odio es simplemente un sentimiento que ni siquiera está vinculado a la realización de actos lesivos; incitar al odio es intentar generar una opinión de animadversión por medio de la opinión misma. Al castigarse la incitación directa o indirecta al odio y la hostilidad, se está sancionando con pena la mera creación de un sentimiento de antipatía o aversión fundado en motivos discriminatorios, sin ninguna capacidad para crear o incrementar el peligro de lesión del bien jurídico.

La tipificación de esta conducta vulnera no solo el derecho fundamental a la libertad de expresión, sino, también, los principios más básicos y fundamentales del Derecho penal, en especial, los principios de intervención mínima y de lesividad, ya que se han elevado a la categoría de delito conductas que ni siquiera implican una puesta en peligro del bien jurídico, dando lugar a un adelantamiento excesivo de las barreras de protección penal. Pero la crítica no solo se dirige a las conductas tipificadas en el artículo 510. 1 a) del Código penal, sino que la misma se extiende a la pena señalada en el precepto; se castigan con la misma sanción comportamientos de distinta naturaleza y con distintos niveles de ofensividad, lesionando así el principio de proporcionalidad. En definitiva, el apartado primero a) del artículo 510 del Código penal suscita muchas e importantes dudas sobre su constitucionalidad, por cuanto el mismo colisiona con el derecho fundamental a la libertad de expresión, así como con los principios fundamentales del Derecho penal —tanto en relación con la tipificación de las conductas como con la determinación de la pena— como son los principios de intervención mínima, lesividad, taxatividad o proporcionalidad⁴⁷⁵.

- DAUNIS RODRÍGUEZ opina que la mayor parte de la doctrina es favorable a considerar que se trata de delitos de peligro en abstracto. Sin embargo, esto no es lo relevante para él, sino que ya sean delitos de peligro en abstracto, ya de lesión, lo esencial es que deben ser interpretados de manera restrictiva. De lo contrario, existe el riesgo de desnaturalizar este tipo de delitos.

En puridad, el hecho de calificar el comportamiento como delito de lesión o como delito de peligro no debe impedirnos establecer límites destinados a restringir la aplicación de la norma.

[...] En definitiva, con independencia de que configuremos la prohibición como un delito de peligro o de lesión, resulta imprescindible imponer una serie de criterios restrictivos que limiten la aplicación del tipo, ya que, los verbos típicos pueden convertir la prohibición en un verdadero «coladero» donde cualquier comportamiento basado en el odio merezca reproche penal.

[...] la afcción debe tener la suficiente gravedad para afectar a los bienes jurídicos salvaguardados por la norma: de una parte, la dignidad personal de la víctima, y, de otra parte, las condiciones de seguridad existencial del colectivo discriminado. Y no basta con cualquier comportamiento para poder afectar a tales condiciones.

[...] Se hace necesario imponer estos criterios restrictivos para limitar la aplicación de un delito que corre el riesgo de desnaturalizarse por completo y, en lugar de utilizarse para salvaguardar a los colectivos más discriminados, se acabe usando para salvaguardar también a los poderosos o, incluso, a las propias instituciones y no necesariamente ante ataques especialmente lesivos sino también frente a meras opiniones, actos o representaciones con un interés meramente satírico⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina: “Los denominados delitos de odio: análisis dogmático y tratamiento jurisprudencial”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XLI, 2021, pp. 608 a 612.

⁴⁷⁶ LAURENZO COPELLO, Patricia y DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto: *Odio, Prejuicios y Derechos humanos*. Comares, Granada, 2021, pp. 301 y 302 y 310.

B. Delito de peligro hipotético⁴⁷⁷

GARCÍA ÁLVAREZ discrepó de la argumentación dada por la FGE. Por un lado, en relación al art. 510.2.a) consideró que se trata de un delito de peligro concreto ya que «se incriminan dos modalidades delictivas distintas, siendo una de ellas de resultado lesivo (en cuanto empieza diciendo «Quienes lesionen la dignidad ...»); y la otra, de peligro hipotético (sean idóneos para lesionar la dignidad ...).»⁴⁷⁸.

Por otro lado, GARCÍA ÁLVAREZ razonó que la argumentación dada por la FGE conduce a pensar que antes de encontrarnos con delitos de peligro en abstracto nos hallaríamos ante delitos de peligro hipotéticos, los cuales

se entienden generalmente admisibles en la medida en que, al menos, se está pidiendo para el castigo de la conducta tipificada, el que ésta revista la idoneidad suficiente como para afectar al bien jurídico protegido. En este caso concreto, la Fiscalía exige que la conducta que se lleve a cabo (encuadrable como «discurso del odio») ha de ser idónea para generar no ya sólo un clima de odio o discriminación —que también—, sino que es que exige que esa situación conlleve el riesgo —habrá que entender real— de que se materialicen conductas intolerantes contra los grupos objeto de protección⁴⁷⁹.

C. Delito de peligro concreto/cierto

ROIG TORRES⁴⁸⁰ criticó la postura de la FGE al considerar que vulneró el principio de taxatividad al orientar una interpretación no restrictiva de la naturaleza jurídica de estos derechos. Para ello se apoyó en la jurisprudencia del TEDH y del TC, en especial en la STC (Sala 1ª) nº 112/2016, de 20 de junio y STC (Pleno) nº 35/2020, de 25 de febrero⁴⁸¹. ROIG TORRES valoró que

⁴⁷⁷ Vide MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, y GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora: *Derecho penal: parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 288:

(L)os delitos de peligro abstracto-concreto o hipotético son aquellos tipos en los que la acción típica, en general peligrosa, tiene que ser idónea en el caso concreto para crear una situación de riesgo (cuya existencia efectiva no tiene que ser, sin embargo, comprobada). Son, pues, delitos de peligro cuyo supuesto de hecho exige una «aptitud» o «idoneidad» de la acción típica para producir resultados lesivos para el bien jurídico protegido. En la práctica son fácilmente reconocibles, pues generalmente incorporan en el tipo términos como susceptible de, capaz de, etc.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, pp. 9-10.

⁴⁷⁹ *Ibidem*.

⁴⁸⁰ *Op. cit.*, pp. 277 a 283.

⁴⁸¹ El TC resolvió el recurso de amparo presentado por dº César Augusto Montaña Lehman (caso Strawberry).

PRESNO LINERA subrayó que en esta STC a diferencia de lo que hizo el TS es muy relevante la ponderación de los factores que intervienen: los destinatarios del mensaje (que en el discurso del odio ha de dirigirse contra colectivos vulnerables —necesitados de protección—); el contenido y la difusión del mensaje; así como la intencionalidad del emisor del mensaje, puesta en relación con la trayectoria tanto profesional como de persona influyente; y los efectos que produjo. En sus palabras:

[...] Finalmente, resulta oportuno, en lo que respecta al contexto que suponen las propias redes sociales, detenerse algo más en el caso Strawberry y la STC 35/2020, cuyo núcleo radica en el análisis de si la sentencia del Tribunal Supremo que condenó a César Strawberry como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación a las víctimas (art. 578 CP)

conforme a la doctrina del TC relativa al delito de enaltecimiento al terrorismo, y extrapolable a los delitos del art. 510 Cp., el ámbito penal queda restringido a comportamientos que, en definitiva, generen un peligro en concreto; esto es, que inciten a la realización de actos específicos, sin bastar una indeterminada generación de clima/atmósfera que pudiera propiciar el odio, hostilidad y la violencia o intimidación. Debe existir una incitación siquiera indirecta a la comisión de delitos o a realizar actos violentos. Por tanto, según esta autora,

[...] no basta la mera promoción del clima que se prevé en esa norma para sancionar el enaltecimiento, negación y trivialización grave del genocidio y de los demás delitos.

[...] las SSTC 112/2016 y 35/2020 requirieron que dichas expresiones puedan considerarse una manifestación del “discurso del odio” por propiciar o alentar, aunque sea de forma indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. Por tanto, la primera declara que la labor de control de constitucionalidad, bajo el artículo 20.1 CE, debe limitarse a comprobar si la expresión era discurso del odio, que incitaba a la violencia.

por haber publicado seis tuits a la pena de un año de prisión, con seis años y seis meses de inhabilitación absoluta, vulneró el derecho a la libertad de expresión.

El TC (FJ 4) se remite a su doctrina, con una amplísima referencia a la STC 112/2016, y a la del TEDH para recordar, en primer término, la relevancia de este derecho en una sociedad democrática y la exigencia de que cuente con un ámbito “lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor”; añade algo ya bien sabido: no es un derecho absoluto y ello justifica “considerar 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 y que, del mismo modo, la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios”.

Más adelante el TC se refiere, a mi juicio de manera innecesaria, al discurso del odio, que no parece venir a cuento en este asunto dado que las expresiones cuestionadas no se dirigían contra un colectivo vulnerable y, por tanto, necesitado de especial protección. Si viene a cuento dilucidar si los mensajes incorporaban amenazas o intimidaciones o si se trataba de conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores, lo que requeriría una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho de la libertad de expresión por ser necesaria esa injerencia en una sociedad democrática.

A este respecto, el TEDH tiene dicho, como recuerda también esta STC (FJ 4.c), que podría resultar justificada una limitación de la libertad de expresión cuando pueda inferirse que supone un riesgo para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito (por ejemplo, STEDH asunto Leroy c. France), bien sea como apoyo moral a la actividad —mediante el enaltecimiento de la propia actividad o como apoyo moral a la ideología a través de la loa a quienes desarrollan esa actividad —mediante el enaltecimiento de sus autores.

Y a efectos de valorar la concurrencia de los citados riesgos han de tenerse en cuenta una serie de circunstancias: el mayor o menor impacto de difusión pública dependiendo de la naturaleza de la conducta desarrollada, las circunstancias personales de quien realiza la conducta; que la conducta desarrollada coincidiera en el tiempo con actos terroristas o que se acreditara un contexto de violencia en que esa manifestación hubiera tenido alguna influencia o el contenido de las concretas manifestaciones proferidas, destacando que la valoración debe ser especialmente cautelosa cuando, aunque se trate de tonos hostiles e incluso de la defensa de objetivos contrarios al orden legal y constitucional establecidos, no puedan ser identificados como defensa de actitudes violentas en la consecución de esos objetivos.

Y el TC concluye (FJ 5), a nuestro juicio con razón, que el TS no tuvo en cuenta, las “diversas circunstancias concurrentes en el caso” a pesar de que “así lo impone el principio de supremacía de la Constitución y de respeto a los derechos fundamentales”. En particular, en su sentencia condenatoria el TS no valoró el contenido, emisión y efectos de los mensajes.

No es, pues, irrelevante, antes al contrario, sostener, como hizo el TS, cuál era la intención —irónica, provocadora o sarcástica— del recurrente al emitir sus mensajes, en relación con su trayectoria profesional como artista y personaje influyente, con el contexto en que se emitían los mensajes y con el mantenimiento de una línea de coherencia personal de condena de la violencia como medio de solución de conflictos. “Aquella intención, en ausencia de otros factores que puedan ser reveladores respecto de los restantes elementos a que se ha hecho referencia, lejos de constituir una falacia, resulta ser uno de los aspectos indispensables en el análisis, pues su preterición en tales circunstancias hace definitivamente imposible ponderar si el acto comunicativo debe entenderse como realizado en el ejercicio legítimo de aquel derecho” (FJ 5).

Vide PRESNO LINERA, Miguel Ángel: “El tipo de lenguaje y el contexto de las expresiones emitidas en las redes sociales” OTROSÍ.: Revista del Colegio de Abogados de Madrid, n.º. 10, 2021, p.27.

[...] De manera que, de acuerdo con la lectura que el ATC 4/2008 y las SSTC 112/2016 y 35/2020 efectuaron de aquella resolución, el enaltecimiento del genocidio y de los demás delitos o de sus autores, ha de conllevar una incitación indirecta al delito o a realizar actos violentos contra las personas pertenecientes a los colectivos discriminados.

[...] Por otra parte, expliqué también que, en mi opinión, no basta la creación del clima que prevé el tipo para provocar esos efectos.

Me parece censurable que una de las máximas instancias jurídico-penales, se aparte de las directrices, tanto de la STC 112/2016, como del TEDH, e inste a los y las Fiscales para que persigan las conductas que puedan propiciar actos de violencia, de discriminación, “de hostilidad”, o algo todavía más paradójico, “actos de odio”. Además, en este caso resulta difícil discernir a qué sucesos se refiere la Fiscalía, en la medida en que el odio es un sentimiento, y, además, esos actos se mencionan de modo separado de los de violencia, hostilidad y discriminación. Por lo tanto, en lugar de hacer una interpretación restrictiva, requiriendo que el clima pueda concretarse en acciones violentas o delictivas, hace lectura confusa que infringe el principio de taxatividad⁴⁸².

D. Síntesis de las posturas acerca de la naturaleza jurídica

Existe unanimidad en considerar que los delitos de odio son delitos de peligro. A partir de aquí hay tres posturas, considerarlos delitos de peligro en abstracto, hipotético o concreto. La postura mayoritaria, sostenida por la FGE y por el TS, así como por la mayor parte de la doctrina, consiste en entender que los delitos de odio son delitos de peligro en abstracto, lo que significa que es suficiente con generar un riesgo de suscitar sentimientos de odio, hostilidad, violencia, o de discriminación; esto es, basta con que exista la probabilidad *ex ante* de «prender la mecha», y que con ello se pueda derivar en producir acciones de violencia o intimidación. Una parte de la doctrina defiende que se trata de delitos de peligro hipotético y, por tanto, es preciso que exista un riesgo de afectación/lesión del bien jurídico protegido por los delitos de odio. Otra parte de la doctrina, con cita de sentencias del propio Tribunal Constitucional, exige algo más, una concreción del peligro para poder ser castigado penalmente. Dicho de otro modo, es preciso que el riesgo sea de realización de acciones concretas que afecten al bien jurídico protegido. Así, no sería suficiente con crear la probabilidad de que pudieran llevarse a cabo conductas violentas, sino que se exigiría un riesgo claro de materializarse con acciones concretas que atenten con claridad contra los bienes jurídicos protegidos por los delitos de odio.

6.4.3.3- Sujetos pasivos

El concepto de sujeto pasivo tiene varias acepciones:

2. Pen. Titular del bien jurídico protegido en el tipo, que frecuentemente se menciona en los delitos contra bienes jurídicos individuales, mientras que suele ir implícito, pero no mencionado expresamente, en

⁴⁸² ROIG TORRES, Margarita: “El enaltecimiento de los delitos previstos en el art. 510 Cp a la luz de la última jurisprudencia constitucional”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XLI, 2021, pp. 278, 279 y 283.

el tipo en los delitos contra bienes jurídicos de la sociedad o el Estado. Este es el sujeto pasivo propiamente dicho, también denominado sujeto pasivo del delito, que es la clase más importante de víctima del delito.

3. Pen. Sujeto pasivo de la acción, es decir, persona sobre quien directamente recae la acción típica, sea o no el titular del bien jurídico⁴⁸³.

Existe una controversia acerca de valorar si lo realmente importante son las condiciones de las víctimas/sujetos pasivos que determinan que sean atacadas, o si, por el contrario, lo esencial para considerar que estamos ante un delito de odio, es la motivación del autor/sujeto activo.

- Para la FGE⁴⁸⁴ la esencia del delito recae en la «motivación discriminatoria⁴⁸⁵». De hecho, la FGE, de forma expresa en relación a las circunstancias agravantes del art. 22. 4 Cp. consideró que no es necesario que el sujeto pasivo/las víctimas pertenezcan a un colectivo vulnerable; sino que basta con que el sujeto activo crea (por error o por asociación) que la víctima pertenece o está relacionada con ese colectivo, y por ello atenta contra ella:

El móvil discriminatorio ha de concurrir en relación de causa-efecto con la conducta realizada, lo que exigirá probar no solo el hecho delictivo y la participación del acusado, sino también la intencionalidad del autor, sobre la base de un juicio de inferencia que podrá venir facilitado mediante los indicadores de polarización que se exponen en el apartado correspondiente de esta Circular.

Sin embargo, pese a la naturaleza subjetiva de la agravante, la misma no sólo operará cuando la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio concorra en el sujeto pasivo, dado que lo relevante es que es que el sujeto actúe por alguno de los motivos contemplados en el art. 22.4ª CP, no la condición de la víctima.

En consecuencia, los/las Sres./Sras. Fiscales apreciarán la agravante de discriminación “por asociación”, en los supuestos de una víctima que tenga relación con el colectivo de que se trate, aunque no forme parte del mismo y la agravante de discriminación “por error” en la percepción del sujeto activo sobre la pertenencia de la víctima a un determinado grupo⁴⁸⁶.

Además, la FGE consideró que la existencia de los móviles discriminatorios previstos en el Cp. suponga por sí solo la existencia de una situación de vulnerabilidad:

El origen del delito de odio está relacionado con la protección a los colectivos desfavorecidos, pero la vulnerabilidad del colectivo no es un elemento del tipo delictivo que requiera ser acreditado, sino que el legislador, haciendo ese juicio de valor previo, al incluirlo en el tipo penal, ha partido de esa vulnerabilidad intrínseca o situación de vulnerabilidad en el entorno social. Tampoco lo es el valor ético que pueda tener el sujeto pasivo. Así una agresión a una persona de ideología nazi, o la incitación al odio hacia tal colectivo, puede ser incluida en este tipo de delitos (Circular, p. 11).

⁴⁸³ Definición recogida en el Diccionario panhispánico del español jurídico (v. <https://dpej.rae.es/lema/sujeto-pasivo> consultado el 12-3-2022).

⁴⁸⁴ *Ibidem* pp. 10-11.

⁴⁸⁵ La cual está sujeta a un *numerus clausus*, razón por la que la Circular destaca que quedaran fuera de este tipo penal los supuestos de aporofobia y de gerontofobia. Sin perjuicio de valorar «si cabe la aplicación del art. 173 CP, u otras agravantes, como puede ser el abuso de superioridad».

⁴⁸⁶ *Ibidem* conclusión 15ª. Esta postura fue defendida años atrás por AGUILAR GARCÍA—Fiscal delegado de la especialidad de delitos de odio en la Fiscalía Provincial de Barcelona—, vide: AGUILAR GARCÍA, Miguel Ángel (director) y otros: *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*. Generalitat de Catalunya, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2015.pp. 27 a 29.

La tesis de la FGE sobre la no necesidad de pertenencia al colectivo vulnerable de la víctima fue recientemente acogida por el legislador de manera expresa. Así, la disposición final 6.1 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia estableció dentro de las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal del art. 22:

*4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta*⁴⁸⁷.

- Sin embargo, para el TS debe concurrir esa condición personal/discriminatoria en el sujeto pasivo. Así lo ha establecido en relación a las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal (v.gr. STS (Sección 1ª) nº 458/2019 de 9 de octubre de 2019, FD V, caso Alsasua⁴⁸⁸): «no operará cuando la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio no concorra en el sujeto pasivo del delito».

- Desde el punto de vista doctrinal, DAUNIS RODRÍGUEZ discrepó frontalmente de la posición de la FGE. En lugar de poner el acento en la motivación del sujeto activo consideró que lo relevante es que las víctimas/sujetos pasivos pertenezcan realmente a los colectivos que el Cp. trata de proteger: «no parece descabellado, ni tampoco incompatible con el principio de legalidad, entender que el sujeto pasivo solo puede estar comprendido por individuos que pertenezcan a grupos discriminados⁴⁸⁹». De modo que, en su opinión, la motivación del sujeto activo no puede determinar la respuesta del derecho penal.

⁴⁸⁷ Dicha redacción puso sobre la mesa dos cuestiones: en primer lugar, si la motivación por *error* o por *asociación* es aplicable como criterio de interpretación al resto de delitos de odio. En segundo lugar, supuso desaprovechar la reforma legislativa para incluir la *aporofobia* o la *exclusión social* no sólo como circunstancia agravante, sino también para incluirlas dentro del catálogo de protección de colectivos del art. 510 Cp. No obstante, en la reforma de 2022 con la Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación sí se aprovechó para incluirlas.

Como veremos al analizar *infra* la STS (Sección 1ª) nº 66/2022, de 27 de enero, FD III parece que el TS sigue decantándose por la necesidad de que la acción se dirija contra el sujeto pasivo que se trata de proteger con el tipo penal.

⁴⁸⁸ A su vez se apoya, entre otras, en las SSTS 983/2016, de 11 de enero de 2017, 302/2015, de 19 de mayo, y 314/2015, de 4 de mayo.

⁴⁸⁹ LAURENZO COPELLO, Patricia y DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto: *Odio, Prejuicios y Derechos humanos*. Comares, Granada, 2021, p. 291. Según DAUNIS RODRÍGUEZ si no se establecen criterios restrictivos existe el riesgo de desnaturalizar los delitos de odio y que los mismos en lugar de proteger a los más discriminados, sean utilizados para proteger a los poderosos o incluso a las propias instituciones incluso frente a meras opiniones (*ibidem* p. 310).

- GARCÍA ÁLVAREZ en un sentido crítico con la postura de la FGE reflexionó que lo verdaderamente importante es que concurren en los colectivos las condiciones previstas en el Cp. En sus palabras:

(L)as notas o factores diferenciadores que conforman el delito del artículo 510 CP necesitan de una interpretación que permita entender cuándo efectivamente la conducta realizada en atención a las mismas, se hace merecedora del reproche penal, precisamente en atención al origen histórico de este tipo de delitos (45). Por ello considero que siempre habrá de tratarse de notas diferenciadoras que permitan caracterizar al colectivo por ellas identificado como un colectivo histórica y sistemáticamente marginado (46). Lo contrario supondría desatender, como pone de manifiesto Lorenzo Copello, el componente discriminador propio del concepto internacional del «discurso del odio»⁴⁹⁰.

- HERNÁNDEZ ROYO también fue crítico con la Circular de la FGE. El autor se alineó con la posición de considerar a los sujetos pasivos como aquellos que tienen esas notas diferenciadoras. El acento lo puso en que de no ser así podríamos generar inseguridad, y dar más importancia al sujeto activo que al hecho que comete —nos acercáramos al Derecho Penal de autor—. Así señaló que:

(C)ualquier colectivo atacado ha pretendido ser sujeto pasivo del delito de odio por excelencia y, por ende, objeto de tutela jurídica, obviándose que el art. 510 CP protege a miembros de colectivos especial, histórica y supuestamente vulnerables (20). [...] La falta de claridad del precepto —y su trasfondo de represión de la heterodoxia— ha conllevado su utilización para fines políticos, ocupando noticias sobre imputaciones absurdas desde un punto de vista jurídico, pero de un gran rédito electoral.

Y es que la necesidad de certeza es conditio sine qua non para evitar la arbitrariedad en la aplicación de la norma penal y, además, frenar la peligrosa tendencia actual de política criminal que nos conduce a una expansión sin freno del ius puniendi, con una limitación excesiva de derechos y libertades en aras a garantizar el interés público, reconsiderándose el enemigo, que ha pasado de ser el «parásito», «subhumano» o «enemigo del Estado», como sucedió en los totalitarismos del siglo XX, al mero disidente o crítico con el Sistema, que verá cómo el poder represivo del Estado se instrumentaliza con la limitación de la libertad de expresión y la tipificación de conductas incómodas, desde un punto de vista político, como discurso del odio, produciéndose una confusión entre la ineficacia de la norma y la ineficacia de la personalidad asignada al individuo por la norma penal. Señalaba Günther JAKOBS, quien acuñó la expresión «Derecho Penal del enemigo», que sus características eran: a) adelantamiento de la punibilidad; b) falta de proporción en la pena, y c) pérdida de garantías procesales. Como se verá a lo largo del presente estudio, tales circunstancias

⁴⁹⁰ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora: “El artículo 510.1.a) del Código Penal a la luz de la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal”, *Editorial Wolters Kluwer, La Ley Penal, Sección Legislación aplicada a la práctica*, n° 151, Julio-Agosto 2021, pp.10-11.

La autora es dura con la posición de la FGE: es irrelevante el punto de vista ético argumentado por la misma en la Circular. Para ella no puede gozar de la misma protección un nazi en una agresión porque se desnaturalizan los delitos de odio: «La ideología nazi podrá ser minoritaria, pero la misma no convierte al grupo que la profesa en un colectivo merecedor de protección. No es una cuestión del valor «ético» del sujeto pasivo. Es que esa nota diferenciadora, por mucho que sea una cuestión de ideología, no los convierte en un grupo desfavorecido ni vulnerable».

se dan, todas ellas, en el delito del art. 510 CP, vulnerándose con ello el principio de responsabilidad por el hecho, rector de nuestro Derecho Penal⁴⁹¹.

- Por su parte CORRECHER MIRA criticó la Circular de la FGE en primer lugar porque consideró que banaliza los delitos de odio al olvidar que la esencia del art. 510 Cp. es proteger a los colectivos vulnerables:

Dentro de este ámbito, puede destacarse el contenido de la Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado (FGE) sobre pautas para interpretar los delitos de incitación al odio tipificados en el art. 510 CP, donde se establece una extensión de los sujetos pasivos del delito, abandonando la referencia a la noción de vulnerabilidad que integra la interpretación del tipo, para considerar cualquier grupo o colectivo susceptible de ser protegido por el precepto, con la consiguiente restricción de la libertad de expresión que ello supone. Esta tendencia ha sido asumida por los tribunales, abrazando una interpretación extensiva del art. 510 CP, desvirtuando su significado y banalizando la posición que ocupa dentro de la normativa penal antidiscriminatoria⁴⁹².

En segundo lugar, afirmó que no puede protegerse a los grupos nazis y, en este sentido, reprochó que la Circular de la FGE pueda llegar a considerarles sujetos pasivos:

(L)a Circular 7/2019, la FGE considera que, pese a la conexión del art. 510 CP con la protección de colectivos desfavorecidos, no es necesario acreditar la vulnerabilidad del grupo como elemento constitutivo del tipo. Después de esta matización, continúa afirmando que tampoco se considerarán valoraciones de tipo ético, pasando a sostener, como desafortunado ejemplo, la posibilidad de proteger mediante el art. 510 CP a los grupos nazis cuando puedan ser sujetos pasivos de discursos de odio. Así, esta Circular muestra otra forma de tolerancia institucional hacia el discurso xenófobo, en tanto que la protección ofrecida a estos colectivos, además de desvirtuar la esencia del art. 510 CP, supone blanquear la ideología que da cabida a estos colectivos⁴⁹³.

⁴⁹¹ HERNÁNDEZ ROYO, Alejandro: “El delito de incitación al odio del artículo 510 CP: cuando la vieja excepcionalidad deviene en nueva normalidad” *Editorial LA LEY, Diario La Ley Penal, Sección Estudios*, n° 145, Julio-Agosto 2020, pp. 5 y 6.

⁴⁹² CORRECHER MIRA, Jorge: “La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?.”, *InDret* n° 2, 2021, p.89

⁴⁹³ *Ibid.*, p.98. La crítica se desarrolló en las pp. 140-141:

Asimismo, por lo que respecta a la posición del Estado en la gestión de los conflictos derivados del ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas, resulta del todo incoherente la instrucción contenida en la Circular de la FGE, donde se considera que los grupos de ideología nazi, incluyendo aquí cualquier tipo de ideología fundada en la intolerancia y la negación de los valores democráticos, pueden ser considerados sujetos pasivos del art. 510 CP. El daño que produce esta Circular no se inserta sólo en la mera interpretación dogmática del tipo, sino que supone una afirmación dudosa desde la perspectiva de un Estado democrático respetuoso con los Derechos Humanos, esto es, la equiparación en el plano discursivo de la ideología nazi con cualquier otra opción política, del mismo modo que considera que una persona defensora de esta tendencia requiere de la misma protección que, por ejemplo, un migrante en situación irregular empleado en los invernaderos de la provincia de Almería. Esta posibilidad, además de ignorar lo dispuesto por los estándares internacionales en materia de interpretación del discurso del odio —la reciente jurisprudencia del TEDH es una buena muestra de ello— supone de facto una legitimación institucional del pensamiento intolerante. Con esto no quiere decirse que estos grupos no tengan derecho a expresar libremente sus opiniones en el marco de un Estado democrático, cuestión del todo saludable desde la perspectiva de la libertad de expresión, sino que lo que se discute es la protección institucional que la literalidad de la Circular ofrece a la ideología nazi pues, al considerarla objeto de protección, la equipara a cualquier otro motivo discriminatorio (raza, género, identidad sexual, etc.) recogido por el art. 510 CP. En su defensa extrema de la (in)tolerancia, la Circular viene a sesgar la posibilidad de, en el plano discursivo, mostrar el necesario rechazo que cualquier Estado democrático, también su ciudadanía, debería manifestar ante una posición ideológica que, precisamente, persigue la supresión de las políticas antidiscriminatorias que terminan dando abrigo a su intolerancia.

En tercer lugar, criticó de la Circular que la existencia de los móviles discriminatorios previstos en el Cp. suponga por sí solo la existencia de una situación de vulnerabilidad:

El art. 510 CP contempla entre los motivos discriminatorios cuestiones como la ideología, raza, la situación familiar o la orientación sexual. Si no se ha errado en la interpretación de la Circular, lo que su apartado 2.4 aduce es que estos móviles, per se, reflejan una situación de vulnerabilidad, sin entrar en las distintas opciones que estas categorías encierran. Esto es, si la orientación sexual representa en sí misma una categoría vulnerable, lo que sostendría una interpretación estricta de la Circular es que se puede castigar cualquier tipo de expresión de opiniones contrarias, por ejemplo, a una opción tan convencional, y tan lejos de la vulnerabilidad, como la heterosexualidad. Lo mismo podría decirse en relación con la situación familiar, si entendiéramos que mensajes contra la institución del matrimonio podrían ser considerados como discurso de odio. O, por cerrar esta enumeración, si se estima que la categoría raza tiene atribuida de forma directa la etiqueta de vulnerabilidad, de forma que pueda castigarse cualquier comunicación pública contraria a las personas de raza blanca⁴⁹⁴.

Finalmente, CORRECHER MIRA concluyó que si no se tiene en cuenta que se trata de proteger a colectivos vulnerables lo que se logra es ampliar la intervención del Derecho Penal, y banalizar este tipo de delitos en detrimento de la libertad de expresión.

(A)partarse de la noción de vulnerabilidad y abrir la aplicación del art. 510 CP a cualquier grupo o colectivo que se identifique con los motivos discriminatorios descritos en el tipo, no sólo limita la libertad de expresión, sino que supone una desnaturalización del impacto antidiscriminatorio que se le presupone a este tipo penal. Obviamente, esto no obsta para considerar que se haría un flaco favor a estos colectivos si se considerara que sólo mediante el recurso al castigo penal se puede erradicar la discriminación en el medio social. Todo lo contrario, como se ha expuesto en estas líneas, la consideración del Derecho penal como ultima ratio impone que el Estado despliegue las políticas públicas necesarias para limitar la propia vulnerabilidad de estos grupos, reservándose la sanción penal que representa el art. 510 CP para los casos más extremos, para así garantizar la propia promoción de lo dispuesto por el art. 14 CE, pero también para salvaguardar el respeto a la libertad de expresión recogida en el art. 20 CE⁴⁹⁵.

- GÓMEZ MARTÍN, por el contrario, se acercó más a la postura de la FGE, y en relación con la interpretación de las circunstancias agravantes defendió su aplicación cuando el móvil discriminatorio esté en el sujeto activo, aunque no concurra en las víctimas/sujetos pasivos:

Para que pueda apreciarse la circunstancia, basta con que el sujeto activo del delito actúe impulsado por la motivación especialmente indeseable, con independencia de si la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio concurre efectivamente o no en el sujeto pasivo de la conducta. Por esta razón, la circunstancia también será aplicable, por ejemplo, cuando se lesiona a una mujer por estar casada con alguien de una determinada raza, o a un periodista o político por defender a minorías raciales, ideológicas, etc. Del mismo modo, y en contra de lo afirmado por la el art. 22.4ª CP también será de aplicación cuando el sujeto activo actúe por motivos racistas o discriminatorios creyendo erróneamente que concurre en el sujeto pasivo la cualidad objeto del móvil (pertenencia a una determinada raza, homosexualidad, etc.). No

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p.123.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, pp.140-141.

obstante, la jurisprudencia mayoritaria no considera aplicable la circunstancia cuando la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio no concurre en el sujeto pasivo del delito⁴⁹⁶.

6.4.3.4- Motivos de odio/elemento subjetivos del tipo

El concepto de elemento subjetivo del tipo tiene varias acepciones:

1. Pen. Elemento psíquico requerido por el tipo delictivo.

El tipo delictivo contiene siempre, además de elementos objetivos, algún elemento subjetivo, normalmente el dolo, pero en algunos delitos basta con la falta del cuidado debido, la imprudencia, elementos que determinan el desvalor subjetivo de la acción, sin el cual no hay infracción de norma alguna y por ello no habrá antijuridicidad, injusto. No obstante, la doctrina más tradicional considera que dolo e imprudencia son elementos de la culpabilidad.

2. Pen. Elemento anímico específico distinto del simple dolo en cualquiera de sus formas (o de la imprudencia), requerido adicionalmente por un tipo de injusto; son, por tanto, elementos subjetivos específicos del tipo, que se denominan también, desde la perspectiva de la antijuridicidad, elementos subjetivos del injusto o del ilícito.

Ello sucede en los delitos de tendencia o tendencia intensificada, que requieren dolo directo y no se conforman con el dolo eventual; en los delitos de intención o de tendencia trascendente, tipos que requieren un ánimo que trasciende o va más allá del propio tipo, lo que sucede tanto en el delito cortado de resultado, que exige finalidad de causar un resultado más allá del propio tipo, como en el delito mutilado de dos actos, que exige la finalidad de llevar a cabo un segundo acto no contenido en el tipo; o en tipos con elementos de actitud interna, como los móviles bajos o la crueldad o ensañamiento⁴⁹⁷.

Para la FGE: «Los delitos de odio se configuran como tipos delictivos dolosos. No se exige un ánimo específico, sino que basta con el dolo genérico consistente en conocer los elementos del tipo penal y actuar conforme a esa comprensión. La jurisprudencia también es reiterada en este sentido».

A continuación examinaremos los diferentes «motivos de odio» que recoge el Cp. Para ello partiremos de las definiciones dadas por los diferentes instrumentos internacionales recogidos en por la Circular de la FGE, añadiremos referencias a sentencias del TS, y, en su caso, a comentarios doctrinales que enriquezcan su comprensión.

A. Motivos racistas:

- FGE:

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965 (BOE de 17 de mayo

⁴⁹⁶ GÓMEZ MARTÍN, Víctor: “Los delitos de odio y discriminación en el código penal español. Nuevo escenario tras la reforma de 2015”. Ponencia organizada dentro de la *Actividad formativa: Unión Progresista de Fiscales. Delitos de odio* organizada por el CEJ, Madrid, 20-21 de noviembre de 2018, pp.6 y 7.

El autor citó p.ej. las SSTs 1145/06, 23-11, F.J. 6º; 1341/02, 17-7, que precisamente exigen que las cualidades recaigan en el sujeto pasivo.

⁴⁹⁷ <https://dpej.rac.es/lema/elemento-subjetivo-del-tipo> (consultado el 2-4-2022).

de 1969) define la expresión discriminación racial como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública” (art. 1.1).

- Para AGUILAR GARCÍA el racismo ha mutado, y aunque la base del mismo sustenta una creencia de superioridad, en la actualidad no se centra solo en la raza, sino que engloba etnias y culturas:

El racismo es una creencia y una actitud discriminatorias que consiste en considerar la superioridad natural de un grupo sobre otro, tanto en el aspecto individual como en el institucional. Ello comporta involucrar prácticas discriminatorias que protegen y mantienen la posición de ciertos grupos y hacen perseverar la posición inferior de minorías raciales, étnicas o nacionales.

En la actualidad, el concepto de racismo, vinculado al término raza, ha evolucionado sufriendo una mutación clara y eufemística, ya que no se refiere únicamente a razas, sino también a etnias y culturas, dando lugar al llamado nuevo racismo o racismo sutil, contra el que es más difícil luchar⁴⁹⁸.

- DÍAZ LÓPEZ consideró que la raza en sentido amplio abarca factores culturales:

No parece aconsejable admitir una “noción biológica” de raza, pues ello carece de sustento científico alguno (en puridad, se podría hablar de razas humanas para diferenciar a un homo sapiens de un homo erectus, pero no para distinguirnos conforme a nuestro color de piel). Puede, por el contrario, admitirse una noción amplia de raza que incluiría en buena medida el origen étnico. Esta noción amplia de raza es, además, la que parece compartir nuestro Tribunal Constitucional. Por lo tanto, admitiendo que raza y etnia no son sinónimos, pero que resulta difícil diferenciar los conceptos, podríamos admitir que por raza se entiende la construcción cultural (propia de ideologías racistas) para incluir o excluir a las personas en determinados grupos, en función de su genotipo o de su fenotipo: un criterio esencial sería el color de la piel, aunque también podrían incluirse otras características morfológicas si inciden de forma análoga en la identidad personal.

La etnia, que podría entenderse subsumida en la noción omnicompreensiva de raza, pondría el acento en las características culturales como factor de diferenciación [...] ⁴⁹⁹.

⁴⁹⁸ AGUILAR GARCÍA, Miguel Ángel (director) y otros: *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*. Generalitat de Catalunya, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2015, p.44.

⁴⁹⁹ DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto: *Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio*. Secretaría General de Inmigración y Emigración, Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, 2020, pp. 64-65. En el mismo lugar, puso como ejemplo una sentencia de la AP de Madrid que consideró la lengua como una particularidad que puede ser una diferencia a nivel cultural:

A este respecto, la SAP de Madrid nº 115/2005, de 28 noviembre, consideró que vascos y castellanos pertenecían a la misma raza. Sin embargo, puede que no pertenezcan a la misma etnia, en tanto que pueden existir divergencias a nivel cultural (como la lengua). Esta noción de “etnia” es amplia, y puede llegar a abarcar otras condiciones personales que mencionadas expresamente por los listados de los delitos de odio (nacionalidad, religión, etc.). Por lo tanto, si la raza incluye las diferencias de tipo físico, y existen otras condiciones personales enumeradas por los listados que pueden considerarse como manifestaciones particulares de la etnia, podemos dotar de sentido a la específica mención a la “etnia” (concepto general) interpretando que abarca la lengua.

B. Motivos antisemitas:

- FGE:

La RPG n° 15 ECRI define el antisemitismo como “el prejuicio, odio o discriminación contra los judíos como grupo étnico o religioso”. Se trata de un fenómeno sui generis, puesto que abarca una combinación excepcional de formas diversas discriminación por motivos étnicos, religiosos, culturales, sin descartar los de tipo económico y político.

C. Motivos referentes a la ideología, religión o creencias

- FGE:

La ideología, señalan algunos autores, viene referida exclusivamente al ámbito político, es decir, a las distintas concepciones sobre la forma de organización de un Estado, por la forma en que la víctima cree que debe ser la organización del modelo político. Desde esta perspectiva la ideología incluiría cualquier creencia en una determinada forma de organización política del Estado: ya sea con el mantenimiento del actual Estado español como monarquía parlamentaria, su transformación en un Estado totalitario, su mutación en República federal, su disolución y creación de otros Estados independientes, o cualesquiera otras formas de organización política.

Ello, no obstante, la ideología puede exceder del ámbito exclusivamente político. En efecto, puede también referirse al sistema social, económico e incluso al cultural. Es cierto que la ideología referida a estas facetas puede y suele tener su cauce de expresión a través de la ideología política, pero no tiene por qué ser siempre así. Cabe la posibilidad, a modo de ejemplo, de que el sujeto pasivo sea un grupo ecologista, un grupo feminista o una organización de protección de los derechos de los trabajadores o de defensa de los inmigrantes, todos ellos sin adscripción política expresa.

La motivación por la religión o las creencias se reserva para los dogmas o doctrinas referentes a la divinidad, a una concepción del mundo en clave espiritual o trascendente, o a un sistema ético o moral.

En estos conceptos también han de incluirse las convicciones ateas o agnósticas. Como señalan las sentencias del TEDH de 25 de mayo de 1993, Kokkinakis contra Grecia, y de 15 de enero de 2013, Eweida y otros contra Reino Unido, la libertad de pensamiento, conciencia y religión protege “los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero también es un bien preciado por los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes”.

Finalmente, aunque la religión no aparece en la definición de discriminación racial contenida en el art. 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en la Recomendación General n° 35 sobre la Lucha contra el discurso de Odio Racista (CERD/C/GC/35, de 26 de septiembre de 2013), reconoce que el discurso de odio se extiende al “dirigido contra las personas pertenecientes a determinados grupos étnicos que profesan o practican una religión distinta de la mayoría, por ejemplo las expresiones de islamofobia, antisemitismo y otras manifestaciones de odio similares contra grupos etnorreligiosos, así como las manifestaciones extremas de odio tales como la incitación al genocidio y al terrorismo”.

- El TS: En la STS (Sección 1ª) n° 458/2019 de 9 de octubre de 2019, FD V, caso Alsasua analizó la circunstancia agravante de ideología.

Los hechos enjuiciados consistieron en la agresión que en octubre de 2016 sufrieron un Teniente y un Sargento de la Guardia Civil y sus parejas cuando después de cenar se dirigieron al

bar Koxka en la localidad de Alsasua. Una vez en el interior fueron increpados por estar en dicho bar y, en un momento dado unas 25 personas les rodearon y agredieron por ser Guardias Civiles.

La aplicación en primera instancia de esta agravante se basó en que los acusados actuaron «guiados por su clara animadversión y menosprecio hacia la guardia civil». Sin embargo, el TS de forma mayoritaria desechó la concurrencia de esta circunstancia agravante por las siguientes razones:

En primer lugar, el TS entendió que en los hechos probados de la sentencia no se hizo una descripción minuciosa de qué ideología tenían las víctimas y, por tanto, no se pudo analizar la situación de discriminación. El TS aclaró que el hecho de pertenecer a un cuerpo policial no implica tener una ideología determinada:

El hecho probado es escueto en la expresión de lo que pueda ser calificado como presupuesto fáctico de la agravación. No se describe una situación de discriminación, no se describe la ideología, tampoco se establece una comparación entre situaciones desiguales sobre las cuales fundar la discriminación, ni hecho probado contiene una definición ni expresión de la situación objetiva de desigualdad derivada de una ideología del sujeto pasivo del hecho delictivo. Y no puede considerarse que el hecho de pertenecer a un instituto policial sea una ideología. Consecuentemente el hecho probado no permite la aplicación de la circunstancia de agravación.

En segundo lugar, la posición mayoritaria analizó la intención del legislador para sentar un criterio de interpretación. En este sentido, concluyó que con la circunstancia agravante de actuar por motivos ideológicos se trata de proteger a colectivos vulnerables —con lo que los cuerpos policiales quedarían fuera del ámbito de protección⁵⁰⁰—:

La Exposición de Motivos es clara al respecto al señalar como fundamento de la circunstancia de agravación “la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita y que se presentan bajo banderas y símbolos de ideología nazi, obliga a los estados democráticos a emprender una acción decisiva para luchar contra ella” las sucesivas reformas refieren distintos supuestos discriminatorio, y abordar la necesidad de alejar situaciones de violencia contra colectivos vulnerables, todavía, en nuestra cultura.

⁵⁰⁰ El TS aclaró que la comisión de delitos puede darse en circunstancias de confrontación, motivadas por odio, pero sólo se aplicará la agravante cuando vaya más allá y afecte no sólo a la víctima, sino a la sociedad:

En todo hecho delictivo, ciertamente se plantea un contexto de enfrentamiento donde pueden emerger sentimientos de odio, ira o rabia, y no por ello la punición del delito precisa una especial valoración jurídica que se traslade a la agravación en el reproche penal, pese a existir esa situación de odio, ira, rabia o venganza. Se hace preciso constatar la existencia de un plus delictivo por el cual es preciso que la sociedad, en su conjunto, se conmueva ante lo discriminatorio de la situación porque en el delito concurre, además de la situación como la descrita en la tipicidad, un plus que afecta a la tolerancia, que afecta la convivencia pacífica, haciendo que la situación fáctica del delito conlleve además una conmoción social sobre el contenido de respeto y de quebranto de la necesaria tolerancia. De esta manera, el hecho no sólo perturba a la víctima, sino también el conjunto de la sociedad puesto que el hecho, además, pone de manifiesto un problema de convivencia por la discriminación en el que se basa.

El legislador al incluir como agravación un contenido propio del derecho antidiscriminatorio otorga protección a las personas vinculadas a colectivos discriminados que se encuentran en desventaja para un desarrollo en libertad de su vida, evitando que ésta pueda sufrir una situación de discriminación por la mera pertenencia a un colectivo minoritario y vulnerable.

Un segundo criterio de interpretación surge del contexto en el cual aparece la agravante de discriminación por ideología. El artículo 22.4 del código penal hace referencia los motivos racistas, antisemitas, religiosos o creencia de la víctima, la etnia, la raza o nación a la que pertenezca, su sexo su orientación sexual, razones de género, enfermedad que padezca o discapacidad. Es decir, se trata de colectivos que presentan unas situaciones objetivas de vulnerabilidad que el legislador tiene en cuenta para proteger de forma especial y conformar un modelo social de tolerancia y de convivencia pacífica, sancionando conductas que perturban, o ponen en peligro, esa convivencia pacífica, al tiempo que persigue conformar una sociedad basada en la necesaria tolerancia. La interpretación de lo que se entienda por discriminación por ideología ha de ser realizada teniendo en cuenta ese contexto de situaciones necesitadas de una especial protección para garantizar la convivencia pacífica y la tolerancia entre distintos grupos sociales a los cuales es preciso respetar.

En tercer lugar, y como recopilatorio, el TS estimó que cuando las víctimas son miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad puede aplicarse la agravante de actuar por razones de ideología, siempre y cuando en los hechos probados se incluya una descripción de la ideología que tenían en concreto —más allá de su pertenencia a un cuerpo policial—. En otro caso, el hecho de ser agente de la Autoridad ya estaría protegido/comprendido en la aplicación del tipo penal de atentado:

Podríamos representarnos una situación a la que fuera de aplicación la agravación de discriminación por ideología a un supuesto en el que la víctima fuera miembro de una fuerza de seguridad del Estado, pues ciertamente la agravación va más allá de su consideración de agente de la autoridad, y no es incompatible, con la pertenencia a un cuerpo policial y el respeto que debe generar como depositario del principio de autoridad, pero sería preciso que en el hecho probado resultara patente una situación de discriminación y demás requisitos de la agravación. Reiteramos que en el hecho probado no refiere una situación de comparación, ni refiere una situación de desigualdad, ni una situación ideológica que el autor haya tenido en cuenta como móvil de su actuar.

El que fueran guardias civiles ya ha sido tenido en cuenta para conformar la tipicidad en el delito de atentado, por lo que es de observancia la interdicción del art. 67 Cp., cuando dispone que no se aplicarán [a] las circunstancias agravantes o atenuantes que la ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse (principio de inherencia) . Por otra parte, tampoco se describe una situación objetiva de especial vulnerabilidad, y por tal no puede ser tenida la guardia civil. Por todo ello, se estima el motivo y se suprime la aplicación de la agravante de discriminación del art. 22.4 CP

Los magistrados MAGRO SERVET y DEL MORAL GARCÍA emitieron un voto particular que partió de la premisa de que, efectivamente, la Guardia Civil como institución es políticamente neutra:

Hemos de coincidir en la premisa de que una institución del Estado como es la Guardia Civil es políticamente neutra; no tiene una ideología más allá de que como todas las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado adquiera un compromiso de especial defensa de la Constitución y las leyes, así como de los derechos

y libertades que, principios éstos que, así descritos, no constituyen una ideología en el sentido del art. 22.4 CP.

Sentado lo anterior, los magistrados discreparon del sentir mayoritario en tres aspectos fundamentales: en primer lugar, razonaron que «el concepto “ideología de la víctima” excluiría a la guardia civil como sujeto pasivo del acto de discriminación». Para los magistrados MAGRO SERVET y DEL MORAL GARCÍA lo que determinó la agresión fue precisamente la ideología que tenían los acusados en relación a las víctimas. El móvil giró en torno a la idea de aquellos de que las víctimas representaban al Estado y fueron atacadas no simplemente por ser Guardias Civiles, sino por lo que eso conllevaba para los acusados —ser miembros del Estado—:

Los actos excluyentes a las personas que representan instituciones del Estado son actos de discriminación por una cuestión de ideología contra lo que representa el Estado y se proyecta en las víctimas como sujetos pasivos por razón de la distinta ideología que para los autores tienen respecto de ellos en este posicionamiento excluyente y, por tanto, discriminatorio.

[...] No se le agrede por esto, por ser guardia civil. Es algo más. Es un plus en la acción desplegada, en la intención de que su “ideología” como miembro perteneciente a una institución del Estado español, era diferente a la de los condenados. Y es un hecho diferencial impuesto por los recurrentes [...].

En segundo lugar, disintieron de que «la discriminación ya está embebida en el delito de atentado y, en consecuencia, se produciría una infracción del principio non bis in ídem si se aplicara el delito de atentado y al mismo tiempo la agravante del art 22.4 CP». El motivo de diferenciación radica en que el fundamento del delito de atentado y de la agravación son diferentes y, en consecuencia, compatibles —pueden concurrir ambos—. Ello por cuanto con el primero se castigan los ataques contra los agentes de la Autoridad, mientras que con el segundo se sancionan las acciones discriminatorias. En el caso concreto, los acusados fueron más allá de una agresión por ser agentes de la Autoridad, quisieron expulsarles de Alsua, discriminarles por pertenecer a una institución del Estado. En sus palabras:

a.- La agravante del art. 22.4 CP va mucho más allá de una mera ofensa al principio de autoridad y supone, y debe suponer, un mayor reproche penal que el mero hecho de atentar, simplemente a un agente por el hecho de ser agente de la autoridad.

b.- La agravante del art. 22.4 CP tiene un matiz diferenciador cuya reprochabilidad penal se enraiza en una mayor de carga diferenciar entre el sujeto activo y el pasivo primando el matiz subjetivo de desprecio, apartamiento, anulación, deseo de prohibición de residir en el mismo lugar que el sujeto activo, y, sobre todo, con la carga de odio que conllevan los actos que integran la discriminación y que quedan perfectamente descritos en los hechos probados, con una mayor fuerza que el mero hecho de atacar el principio de autoridad.

c.- Este plus en el ataque debe conllevar la proporcionalidad punitiva de una agravante y una respuesta penal más grave que el mero ataque al principio de autoridad, ya que el hecho probado no describe, tan solo, un mero ataque al principio de autoridad, sino un componente de odio a los sujetos pasivos por su pertenencia a un colectivo. Y ello conlleva la exigencia del reconocimiento de una mayor gravedad del hecho, y, por consiguiente, de un mayor reproche penal.

d.- Se habla, así, de la triple identidad de hechos, sujeto y fundamento, que es lo que constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE

e.- Y la inexistencia de vulneración del principio "non bis in idem" radica, precisamente, en que una cuestión es el dato objetivo que integra el tipo penal de la condición de agente de la autoridad y que conforma el atentado y otra bien distinta es la intención, como elemento subjetivo de agredir a las víctimas por su condición y pertenencia a un colectivo con la intención clara de discriminarlas por su exclusión social en su zona de acción de los recurrentes. No puede darse, por ello, una prohibición del non bis in idem si se desafecta el dato objetivable de la condición de agente, de la verdadera intención que subyacía al ataque a las víctimas del delito y que integra la agravante de discriminación.

Finalmente, MAGRO SERVET y DEL MORAL GARCÍA se opusieron al argumento de que «la agravante del art 22.4 CP solo puede aplicarse a colectivos dignos de una especial protección y aquellos sobre los que se trate de personas desvalidas, no estando el colectivo de la Guardia civil en este supuesto de especial protección». La separación del sentir mayoritario se basó en la redacción del art. 22.4 Cp. que, a diferencia de lo que sucede con los «delitos de odio», no exige con carácter imperativo que se dirija contra personas/colectivos vulnerables:

No es preciso que los sujetos pasivos representados en el art. 22.4 CP tengan que referirse a personas dignas de protección o desvalidas. No lo exige categóricamente el precepto. Y así, por razón de raza, no es preciso que la raza del sujeto pasivo sea digna de protección y, sin embargo, se les protege si se le agrede por su "raza diferente", pertenecer a una determinada religión y ser atacado por ello, católica, ortodoxa, etc. no exige que los miembros de esa pertenencia a la religión deban ser dignos de especial protección, y, sin embargo, si se les agrede por esa condición, y, queda probado esa intención de agredir a una persona por su religión, se aplica la agravante sin ser preciso que su religión sea precisa de una protección específica.

Es el acto y su intención lo que conlleva la aplicación de la agravante, no si ese colectivo precisa de protección. [...] Se les discrimina por su pertenencia al colectivo citado, y lo que éste representa como institución del Estado español, y por eso se les agrede. Eso es discriminar por hacerlo al "diferente". De lo que se trataba es de llevar a cabo un ataque a una institución representativa del Estado español y su odio por su presencia en la zona geográfica con un deseo de desaparición del lugar, que es lo que motiva el ataque.

- Más reciente la STS nº 155/2022 de 22 de Febrero, FDIII, caso de los tirantes, analizó el recurso interpuesto por el condenado por un delito de asesinato en el que en primera instancia se apreció la concurrencia de la circunstancia agravante de actuar por motivación ideológica.

Los hechos ocurrieron en la madrugada de diciembre de 2017 en el exterior de un bar en Zaragoza. La víctima estaba sentada y un amigo del agresor le contó que «era de extrema derecha o neonazi y que en ocasiones llevaba tirantes con los colores de la bandera española». A partir de ahí comenzó una agresión que terminó con la muerte de la víctima.

El TS no apreció la agravante de discriminación ideológica en atención al contexto —no quedó suficientemente probado dicha motivación como la que le llevó a asesinar—:

(N)o aparece claramente determinado que el actuar lesivo para la vida, el segundo de los descritos, fuera condicionado por un comportamiento de tipo discriminatorio por la ideología de la víctima. El hecho primero, el de los insultos, sí refieren una agresión verbal por motivos ideológicos, pero el posterior puede tener otra causa, principio in dubio pro reo, ajena a la ideología y concretada en la conversación que ambos tuvieron en el exterior del bar cuyo contenido se ignora⁵⁰¹.

- DESDE UN PUNTO DE VISTA DOCTRINAL, LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS propuso la redacción de una ley integral dedicada a la protección contra los delitos de odio en la que se recordase a los diferentes responsables religiosos la responsabilidad que tienen por sus palabras:

*Los predicadores -como personas públicas que son-, deben ser conscientes de la trascendencia de sus intenciones y palabras, y también deben tener en cuenta quienes son los destinatarios de sus discursos religiosos, evitando en todo momento que dichos discursos sean vejatorios, discriminatorios o que fomenten o inciten al odio*⁵⁰².

*Desde diversas instituciones y colectivos se reclama una Ley de protección integral contra los delitos de odio que incorpore políticas públicas antidiscriminatorias. Esta ley, desde nuestro punto de vista, debería contener una referencia explícita a los ministros de culto, reconociendo su labor humanitaria y su contribución a la convivencia social y, a la vez, que exhortara a los líderes religiosos de los que dependen a formarlos en valores inclusivos y cívicos y a evitar por todos los medios prédicas discriminatorias, vejatorias o que fomenten el odio, sancionándolas en el derecho intraconfesional o, en caso de comisión de delitos, por el derecho penal*⁵⁰³.

- PAREJO GUZMÁN después de recordar qué es la libertad religiosa⁵⁰⁴ explicó que las tensiones que pueden existir son bidireccionales; esto es, hay discursos que atacan convicciones religiosas, pero también se dan alocuciones religiosas que pueden ofender a quienes no lo son:

*[...] hay que tener en cuenta que dichos conflictos no solo tienen una dirección sino que pueden provenir de ataques verbales que son difamatorios u ofensivos para las creencias religiosas o también de ciertos discursos que son de inspiración religiosa que pueden ser considerados como contrarios a otros derechos fundamentales. Por lo que este discurso del odio puede darse en estas dos direcciones*⁵⁰⁵.

La autora concluyó que parte del discurso del odio es antirreligioso y que de forma intencionada o no, puede atacar a la religión —en especial a la católica—. Con esa finalidad se pueden señalar discursos religiosos que al menos en apariencia atacan contra la mujer desde la

⁵⁰¹ Tal y como apuntó Vicente Magro Servet en la STS n° 437/2022 de 4 de mayo ponente, FD IV (estudiada más adelante): «en ese caso, de haberse hecho constar o declarar probado que el ataque tuviera esa connotación, la agravante del art. 22.4 CP se hubiera aplicado, pero no lo fue ante la duda de las razones del ataque final no expresadas y sin constancia clara».

⁵⁰² LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS, José Luis: “Responsabilidades de los ministros de culto que inciten al odio”, *Libertad de expresión y discurso de odio por motivos religiosos*, Colección Estudios Jurídicos y Sociales, ediciones Licregdi, 2019, p. 314.

⁵⁰³ *Ibid.*, p.319

⁵⁰⁴ «(E)l derecho fundamental que se refiere a la opción que tiene cada persona de poder elegir libremente su religión, de no elegir ninguna, o incluso de no creer en la existencia de un Dios». *Vide* PAREJO GUZMÁN, María José: “Libertad religiosa y libertad de expresión: la tolerancia y el discurso del odio religioso por razones de género”, *Libertad de expresión y discurso de odio por motivos religiosos*, Colección Estudios Jurídicos y Sociales, ediciones Licregdi, 2019, p.326.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 333.

perspectiva de género. Por este motivo, invitó a ser cautelosos y distinguir cada caso en concreto para no criminalizar cualquier discurso de inspiración religiosa como delito de odio:

(L)o que opinamos que está claro es que “todo Estado como el nuestro debe ir en la línea de actuación de no permitir que la libertad religiosa sea la vía para negar a las mujeres el derecho a construir y ejecutar un proyecto de vida en condiciones de igualdad”. En este sentido, “para que la libertad de religión no sea contraria a los derechos de la mujer es indispensable que el derecho a la diferencia implicado por esa libertad no se entienda como un derecho a la indiferencia ante la condición de la mujer. Opinamos pues que, por contra a esta inacción, existe la conveniencia de acometer las modificaciones legislativas que sean necesarias en nuestro país para garantizar cuestiones tan básicas e importantes en un Estado social y democrático de Derecho como es el nuestro tales como el reconocimiento, respeto y protección de la dignidad de la mujer, la igualdad sexual y los derechos y libertades más fundamentales”.

[...] Como conclusión final diremos que, no obstante, en cualquier caso, consideramos que hay que tratar de objetivar los supuestos que se nos planteen en los que se sospeche que pueda estar produciéndose un discurso de odio religioso por razón de género. Esto es, juzgarlos uno a uno y sin perder de vista los elementos que acabamos de indicar, pero analizando en profundidad, para poder proteger a la figura de la mujer evitando así cualquier posible discriminación por razón de género, si en cada uno de ellos la libertad de expresión ejercida merece ser limitada y restringida porque se esté ejerciendo de una forma tan, permítaseme la expresión, “bárbara” que pueda estar produciendo la comisión de un delito punible penalmente como una conducta propia del discurso de odio religioso por razón de género. En esto consiste lo que proponemos, en analizar los supuestos cuidadosamente uno a uno, sin caer por tanto jamás en generalizaciones o establecimiento de reglas generales para todos los supuestos que puedan producirse, comprobando con detenimiento todos y cada uno de los elementos que acabamos de señalar para saber si de verdad en cada supuesto se está produciendo la comisión del delito de discurso de odio religioso por razón de género del 510 del Código Penal o no. En definitiva, lo que estamos queriendo decir es que hay que tener cuidado porque, de lo que puede ser algo tan loable como tratar de proteger a la figura de la mujer ante un delito de discriminación en el seno de una confesión religiosa, puede caerse, de forma inconsciente y/o de forma premeditada, en utilizar de forma excesiva el recurso a la posible comisión de este delito del discurso de odio religioso por razón de género para aprovechar las ganas de algunos de arremeter contra determinadas confesiones religiosas, que además, por suerte o por desgracia, suelen ser la católica y la musulmana como hemos visto en los supuestos analizados en este trabajo⁵⁰⁶.

- SANJURJO RIVO también estudió el discurso religioso que puede catalogarse como «odioso» por razón de género, orientación e identidad sexual. Al igual que PAREJO GUZMÁN exhortó a ir caso por caso. Para él lo relevante es que el mensaje analizado en su contexto genere o no un riesgo/peligro concreto y no en abstracto. En otro caso, supone castigar la «idea odiosa» en lugar de la «acción odiosa»:

El adelantamiento de la barrera punitiva y el vaciamiento de la carga incitadora del discurso odioso aleja cada vez más la punición de la posible acción intolerante en la misma medida que la aproxima a la de la idea intolerante. Idea que, además, como se ha visto, se somete a un juicio de peligrosidad abstracta, pudiendo incluso desvincularse del concreto contexto en que se emite; o a un juicio de peligrosidad potencial o hipotética en el que la situación de peligro ni siquiera es un elemento del tipo, de suerte que lo que parece penalizarse y, por tanto, excluirse de las expectativas de conducta cubiertas por el derecho fundamental a la libertad de expresión es la mera transmisión de este tipo de ideas (odiosas). [...]

⁵⁰⁶ Ob. cit. pp. 342 a 346.

No cabe duda de que este tipo de expresiones en general, y en particular —y en lo que concierne a este trabajo— las dirigidas contra mujeres y minorías sexuales, provocan rechazo e incluso repulsión, al menos en la mayoría de la sociedad, y desde luego no facilitan y pueden ser efectivamente nocivas para la convivencia. Pero una cosa es que esa mayoría trate de evitar que este tipo de discursos se conviertan en hegemónicos o dominantes, lo cual constituye un objetivo político legítimo y deseable, y otra distinta es que esa misma mayoría se arrogue la facultad de excluir del debate público este tipo de discursos o ideas execrables. La distancia que media entre una y otra alternativa es exactamente la misma que existe entre la implementación de ciertas políticas públicas (educación cívica, etc.) orientadas, por así decirlo, a generar una inmunidad de grupo frente a este tipo de expresiones, y el recurso a la represión penal para extirparlas del espacio público de debate. Ello no quiere decir, sin embargo, que, en aquellos supuestos —como en algunos de los descritos en este trabajo— en los que este tipo de discursos provocan ciertamente un riesgo de lesión de los bienes jurídicos protegidos no esté justificada la utilización de la vía penal. No lo está, en cambio, a nuestro juicio, cuando —como en la mayoría de los casos con los que se inicia este texto— el hacerlo supone tipificar conductas a pesar del alejamiento y difuminación del riesgo de lesión de los bienes jurídicos objeto de protección que tales conductas ocasionan, lo cual, por una parte, repugna a los principios que informan el derecho penal y, por otra, violenta la configuración constitucional del derecho de libertad de expresión⁵⁰⁷.

D. Motivos relativos a la situación familiar

- FGE:

El art. 23.1 PIDCP establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. En coherencia con lo anterior, el art. 39.1 CE señala que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”.

La definición de familia, sin embargo, se ha ido modulando progresivamente en función de la evolución histórica y social de cada comunidad, admitiendo formas de organización diversa. El TEDH ha reconocido que la noción que se recoge en el art. 8.1 CEDH (“toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar”) no se limita a la fundada en vínculos matrimoniales y acoge otras situaciones de hecho (STEDH de 26 de mayo de 1994, *Keegan contra Irlanda*).

Sea como fuere, bajo esa denominación de “situación familiar” se pueden englobar las conductas que discriminen por razón de la filiación, del estado civil o de cualquier otra condición, actividad, expresión o creencia de los familiares, tutores, adoptantes, o personas encargadas de la guarda o acogimiento.

E. Motivos por pertenencia de sus miembros a una etnia, a una raza, antigitanismo⁵⁰⁸

⁵⁰⁷ SANJURJO RIVO, Vicente A: “¿Es el discurso religioso odioso por razones de género, orientación e identidad sexual un discurso de odio?”, *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º 112, septiembre-diciembre 2021, pp. 212-213.

⁵⁰⁸ Se trata de odio hacia las comunidades gitanas. En la obra de AGUILAR GARCÍA, Miguel Ángel (director) y otros: *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*. Generalitat de Catalunya, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2015, pp. 64 y 65 encontramos la siguiente definición:

[...] hacer referencia a una forma específica de racismo, intolerancia y discriminación hacia las comunidades gitanas. Para describir esta realidad, aunque con algunos matices, se utilizan también términos como *romafobia* y *antiziganismo*.

Para describir esta realidad, aunque con algunos matices, se utilizan también términos como *romafobia* y *antiziganismo*. La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa define el antigitanismo como «una forma específica del racismo, una ideología basada en la superioridad racial, una forma de deshumanización y de racismo institucional alimentado por una discriminación histórica, que se manifiesta, entre otras cosas, por la violencia, el discurso del miedo, la explotación y la discriminación en su forma más flagrante, haciendo hincapié en el hecho de que el antigitanismo es una forma de racismo particularmente persistente, violenta, recurrente y banalizada, y convencida de la necesidad de combatir este fenómeno a todos los niveles y por todos los medios».

- FGE:

Tal y como expresa la STEDH de fecha 13 de diciembre de 2005, Timishev contra Rusia, “La etnicidad y la raza están relacionadas y son conceptos que se solapan. Mientras la noción de raza está basada en la idea de clasificación biológica de los seres humanos en subespecies según características morfológicas como el color de la piel o características faciales, la etnicidad tiene su origen en la idea de grupos sociales marcados por una nacionalidad común, afiliación tribal, creencias religiosas, lenguaje compartido u orígenes y antecedentes culturales y tradicionales”. Por lo tanto, el concepto raza hace referencia a cuestiones de índole físico o biológico, mientras que la noción de etnia es más amplia por cuanto abarca aspectos de naturaleza cultural o social.

F. Motivos relativos a la nación, al origen nacional

- FGE:

La introducción ex novo del término “nación” no ha impedido mantener el “origen nacional” -recogido con anterioridad en el precepto- de forma diferenciada. El origen nacional debe interpretarse como lugar de nacimiento o procedencia, ya que puede tratarse de una nación distinta de aquella a la que actualmente se pertenezca o en la que se resida.

El origen nacional responde al concepto de “ascendencia” de la DM 2008/913/JAI.

- MAGRO SERVET como ponente de la STS nº 437/2022 de 4 de mayo, FD IV, confirmó la condena impuesta por la AP de Barcelona por tres delitos de odio (tres delitos contra la integridad moral del art. 173.1 CP en concurso de normas con tres delitos contra el ejercicio de los derechos fundamentales del art. 510.2 siendo estos de aplicación por el principio de especialidad del art. 8.1 CP.)

Los condenados pertenecían a un grupo radical violento llamado *desperdicis* que en junio de 2016 en Barcelona atacaron a un grupo de la plataforma *Barcelona con la selección* que había instalado una carpa «que tenía por objetivo hacer una campaña divulgativa en defensa de la instalación de pantallas gigantes para que la ciudadanía pudiera ver los encuentros deportivos en los que jugara la selección y entre ellos, los correspondientes al torneo de la Eurocopa de Francia de 2016». Los hechos probados recogieron el motivo de la agresión:

[...] puestos de común acuerdo y guiados con el ánimo de animadversión ideológica a todo lo que representa España y lo español, y con la voluntad de hostigar y humillar a los voluntarios que allí se encontraban, una vez supieron de la existencia de la citada carpa y de cuál era su simbología sobre las 19:30 horas, de forma súbita irrumpieron en el lugar gritando "putas españolas, fuera de aquí, os vamos a matar, putos españoles de mierda, perras españolas, iros a vuestro país, hijos de putas" y comenzaron a destrozar la carpa, propinando patadas a las sillas, mesas y cuanto material había allí. Con ánimo de menoscabar la integridad física y de humillar por sus ideas a Lidia, Teresa y Paula, comenzaron a darles patadas y

empujones provocando que Lidia cayera al suelo donde continuaron agrediendo e insultando hasta que se marcharon rápidamente del lugar llevándose consigo el bolso de Teresa con efectos tasados en 95 euros y 50 euros en metálico. [...] Posteriormente y cuando las víctimas se reponían de lo acontecido y comenzaban a recoger las cosas dispersadas y rotas, apareció el acusado Claudio conduciendo el vehículo Renault Clio matrícula ..., y con igual ánimo de vejación, humillación y animadversión a lo español y con el fin de crear miedo y desasosiego personal se dirigió a Lidia increpándola con expresiones como "¿qué es esto?, esto no debería estar aquí, fuera la bandera española, puta España!!!, puta de mierda!!!", "sois unos hijos de punta, aquí no tenéis que estar putos españoles, tú eres una cerda española, hija de puta", "iremos a por vosotras!!!" os mataremos", todo ello a la vez con cara de odio y haciendo el gesto de cortar el cuello, procediendo acto seguido con ánimo de vejarse y humillar a escupirle y tirarle un vaso con lo que parecía cerveza que llevaba y abandonando el lugar conduciendo el vehículo con el que dió un fuerte volantazo para incrementar el miedo de su víctima [...].

La defensa argumentó que no debía aplicar el artículo 510 Cp. por cuanto las víctimas no pertenecían a un colectivo vulnerable. Sin embargo, el TS consideró que lo que movió a los recurrentes fue el odio a la nación española y no era necesario que perteneciesen a un grupo minoritario. Así, en primer lugar, respecto de la motivación razonó lo siguiente:

[...] se perpetra el odio a las víctimas por razón del concepto nación pretendiendo la exclusión personal presencial de lo que pueda simbolizar a España además de por la ideología sobre lo que representa la nacionalidad. No se trata de odio por razones deportivas o futbolísticas. No es eso lo que se desprende de los hechos probados

[...] ataque a las víctimas (lo fue) por su nacionalidad de pertenencia a España, pero también por la ideología sobre la nacionalidad y la creencia sobre ese dato objetivo, y, obviamente, por instalar una carpa que hacía referencia a la selección española, pero esencialmente un ataque a lo que representa la nacionalidad española y los que allí estaban apoyándolo.

Por ello, el ataque se produce por razón de:

1.- La nacionalidad española de las víctimas y el odio que exponen y manifiestan hacia ello con sus actos los autores.

2.- La ideología sobre la nacionalidad de las víctimas que representa para los autores con un componente de odio hacia las mismas.

3.- La creencia sobre ese dato objetivo que para los autores se expresa con sus actos agresivos de odio a lo que no aceptan por razón de nacionalidad e ideología sobre lo que conlleva ser español y sus significación de exclusión para los autores.

En segundo lugar, el TS no compartió la tesis de la defensa, no consideró que fuera necesario que las víctimas fuesen vulnerables al no exigirlo expresamente el tipo penal:

Hay que señalar que ni el art. 173 ni el 510.2 a) CP señalan que las víctimas sean vulnerables. El concepto de la "vulnerabilidad" no es un elemento del tipo, ya que no forma parte de la estructura de exigencias de los elementos que los conforman, y si el legislador lo hubiera querido así lo hubiera hecho constar. No se trata de una interpretación extensiva o restrictiva del tipo penal, sino de adecuación a las exigencias de lo que dice el precepto, y ninguno de ellos exige la vulnerabilidad en las víctimas del delito.

Como apunta el Fiscal de Sala, la diferencia entre uno y otro tipo penal radica en que el sujeto pasivo del art. 173.1 del Código Penal puede ser cualquier persona mientras que en el art. 510.2 a) lo son las personas que encajen en alguno de los motivos de discriminación expresamente previstos en el citado tipo penal.

Y, por ello, en este caso la agresión se cometió por el mero y simple hecho de ser españolas y defender la españolidad, en este caso representada por los colores de la selección española de fútbol, en definitiva por su nacionalidad y por no aceptar sus ideas. Son dos los motivos de discriminación que concurren en el caso presente: nación, en este caso representada por la nación española, e ideología, al no aceptar las ideas de las víctimas en defensa de sus postulados.

[...] cuando se acredita que el ataque se produce en razón a la ideología forma parte del discurso del odio al diferente, y consta la ideología en el art. 510.2 a) CP pero que en este caso a la ideología sobre la nacionalidad se añade que el ataque se produce por el concepto afectante al odio a "lo español" y por ser españoles las víctimas y por querer desterrar del lugar donde estaban en la carpa todo lo que se relacione con España, aunque en este caso era la selección española de fútbol. No supuso, pues, un acto de odio a la selección española de fútbol, sino a lo que representa la misma y, en virtud de ello, la presencia de las víctimas en la carpa potenciaba en la mente de los recurrentes la presencia de España en el lugar, que era lo que querían desterrar los recurrentes y así lo expresaron con claridad y consta en los hechos probados.

G. Motivos por razón de su sexo, orientación o identidad sexual

- FGE:

La RPG n° 15 ECRI define la "orientación sexual" como "la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas". De lo que se deduce su diferencia conceptual con el "sexo", entendido éste como sexo biológico, y con la identidad sexual.

En efecto, de nuevo la RPG n° 15 ECRI se refiere a la identidad de género como "la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado en el momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medio médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales". En definitiva, la identidad sexual debe entenderse como la forma que cada persona siente que se define sexualmente, con independencia del sexo biológico.

H. Motivos por razones de género

- FGE:

Como recuerda el Preámbulo de la LO 1/2015, la palabra "género" ha de ser entendido de conformidad con el Convenio n° 210 del Consejo de Europa, sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011. En ese documento se define el género como "los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres". En este sentido, se habría manejado un concepto social o cultural del género que puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo.

No obstante, hoy en día está ampliamente aceptado que la mención al "género" ha de entenderse referida a las mujeres. Y en tal sentido, la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 (BOE 21/03/1984), define la discriminación contra la mujer como "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de

los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (art. 1).

La STS 565/2018, de 19 de noviembre, dice: “En suma, y como dice la doctrina más autorizada, la agravante de género debe aplicarse en todos aquellos casos en que haya quedado acreditado que el autor ha cometido los hechos contra la víctima mujer por el mero hecho de serlo y con intención de dejar patente su sentimiento de superioridad frente a la misma, es decir, en aquellos casos en que se cometió el hecho por esa motivación, que atenta contra el principio constitucional de igualdad. Por el contrario, la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal responde a parámetros objetivables relacionados directa o indirectamente con la convivencia. Es por ello que responden a fundamentos distintos y pueden aplicarse de manera conjunta respecto de un mismo supuesto, siempre que en el relato fáctico de la Sentencia se hagan constar los hechos que dan lugar a la aplicación de una y otra”.

- El TS ha continuado en la misma línea, p.ej. la STS (Sección 1ª) nº 444/2020 de 14 de septiembre, FD III al considerar que la agravante de género se basa en una concepción desigual de la mujer en base a concepciones sociales; razón por la cual se protege a todas las mujeres —sin que sea preciso para su apreciación que el agresor sea o haya sido pareja—.

Los términos sexo y género aluden a diferentes realidades. Ambos han sido definidos por la OMS: "El sexo se refiere a las características biológicas y fisiológicas que definen a los hombres y a las mujeres. El género se refiere a los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente, que la sociedad considera apropiados para los hombres y para las mujeres". No es el sexo de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios cuando de discriminación por razones de género se trata, sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y/o del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. Desigualdad no sustentada en la condición biológica de la mujer, sino ensamblada en una concepción social sobre los roles de relegación y subordinación al varón que tradicionalmente se le han atribuido.[...]

A partir de tales pautas, como señaló la STS 565/2018, de 19 de noviembre, marcando una línea seguida por otras posteriores, el ámbito de aplicación de la agravante de discriminación por razones de género extravasa las relaciones conyugales o de pareja. En cuanto a los delitos sobre los que puede operar, siempre que su configuración lo permita, en principio no habrá que establecer más exclusiones que la de aquellos que incluyan en su descripción típica factores de género. En concreto, su compatibilidad con los delitos contra la libertad sexual, que no incorporan en su descripción típica, ya lo hemos dicho, ningún elemento vinculado al género, queda fuera de toda duda. Así lo refrendó expresamente la STS 99/2019, de 26 de febrero. No olvidemos, en la órbita de lo señalado por el Convenio de Estambul, la violencia sexual, especialmente en el ámbito de víctimas adultas, afecta desproporcionadamente a las mujeres.

[...] No requiere la agravante de un elemento subjetivo específico entendido como ánimo dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer, (así lo hemos dicho en la STS 99/2019) pero sí que objetivamente, prescindiendo de las razones específicas del autor, los hechos sean expresión de ese desigual reparto de papeles al que es consustancial la superioridad del varón que adquiere así efecto motivador. Todo ello determinado a partir de las particulares circunstancias que rodean los hechos y del contexto relacional de agresor y víctima, no limitado al ámbito conyugal o de pareja, desde luego no lo impone el precepto (artículo 22.4 CP), sino a todos aquellos en los que se conciten hombres y mujeres, y sean susceptibles de reproducir desiguales esquemas de relación que están socialmente asentados. Por ello bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado de cuenta de tales elementos que aumentan el injusto, porque colocan a la mujer víctima en un papel de subordinación que perpetúa patrones de discriminación históricos y socialmente asentados; y en lo subjetivo, que al autor haya asumido consciente y voluntariamente ese comportamiento que añade el plus de gravedad.

El de las relaciones sexuales es claramente uno de estos ámbitos en el que tradicionalmente han operado marcados estereotipos de género que relegaban a la mujer a la procreación, o a la condición de mero objeto de placer. Ahora bien, no todo delito contra la libertad sexual perpetrado por un varón sobre una mujer será tributario de la agravación, pues además de ese ámbito relacional es necesario que las circunstancias que rodean los hechos, revelen que se trata de un acto de dominio machista. Circunstancias que podrán ser de toda índole, en cuanto rebasen los elementos de tipicidad de la modalidad aplicada, sea la básica o alguna de las agravadas, en todo caso huyendo de supuestos de doble incriminación. Sin la pretensión de elaborar un catálogo exhaustivo, habrá de colocarse el foco, en la especial vinculación entre agresor y víctima, en las expresiones proferidas, el carácter especialmente denigratorio las prácticas desarrolladas, el número de actores, el simbolismo de determinados actos, entre otros [...].

Más reciente la STS (Sección 1ª) n.º 66/2022, de 27 de enero, FD III, abordó otro supuesto del que se pueden extraer consecuencias para todos los motivos de discriminación. El TS descartó la aplicación de la circunstancia agravante de género en un caso en el que se condenó a un hombre por matar a otro por el único motivo de relacionarse con su ex pareja. Las acusaciones defendieron que lo que movió al condenado a matarle fue precisamente su relación con su ex mujer, como una forma de hacerle daño a ella. Sin embargo, el TS razonó que pese a la disposición final 6.1 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia es preciso que la motivación se refiera a condiciones de la víctima; y que la actuación delictiva se proyecte sobre la víctima en sentido estricto —sin que se pueda extender al concepto legal de víctima conforme al Estatuto de la víctima—. En este sentido valoró que la Exposición de Motivos no modificó la estructura de la agravante. En sus palabras:

Si bien la mención del último inciso expresa que la agravación se aplicará con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recae la conducta, esto no supone que el legislador haya dejado de exigir que el autor proyecte su desprecio sobre el sujeto pasivo de la acción delictiva. El artículo 22.4.ª del Código Penal sigue exigiendo que la motivación que impulsa el delito esté referida a determinadas condiciones que atribuye a la víctima, si bien aclara que, a efectos de aplicar la agravación, resulta irrelevante que estas circunstancias sean realmente concurrentes o que se hayan atribuido a la víctima de forma errónea o ficticia, subrayando así que no será necesario realizar un juicio probatorio sobre la concurrencia de tal condición.

13.7. Consecuentemente, la disección de los elementos precisos para la aplicación de la circunstancia de agravación, con la conclusión de que el artículo 22.4.ª del Código Penal exige que el autor haya impulsado el delito por proyectar su discriminación sobre la víctima, impone aclarar lo que debe entenderse por víctima del delito.

Al respecto, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, ofrece en su artículo 2 el alcance del concepto de víctima, previendo:

i) Que por víctima directa se entiende a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o su patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito y

ii) Que el concepto únicamente se expande hacia perjudicados indirectos, en los casos de muerte o de desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se trate de los responsables de los hechos, considerando que en estos supuestos se atribuirá la condición de víctima:

1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran

con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraran bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraran bajo su acogimiento familiar y

2.º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

Una consideración legal de víctima que se establece para definir su estatuto, pero que no puede ser susceptible de interpretación extensiva para su operatividad en preceptos penales sancionadores.

- Desde un punto de vista doctrinal, según SIMÓN CASTELLANO la STS 444/2020 creó una nueva y autónoma circunstancia agravante de carácter genérico:

[...] estamos delante de la creación jurisprudencial ex novo de una agravante, autónoma, que no es lo mismo que recoge strictu sensu el artículo 22.4 del Código Penal, que se limita a incluir un motivo discriminatorio más.

Las referencias a los móviles racistas y homófonos operan, como decíamos anteriormente, en pie de igualdad, y son equiparables a los motivos sexistas, entre los que se encuentran la discriminación por razón de sexo, orientación sexual, identidad de género o razones de género.

No siempre empero resultará fácil poder acreditar ante los tribunales la capacidad cognoscitiva y volitiva relacionada con el origen de la agresión. Una acción que tenga su origen en una inepción arraigada en sesgos discriminatorios bien puede pasar desapercibida a ojos de terceros, incluidos nuestros jueces y tribunales, por mucha que sea la carga de la prueba y por las dificultades prácticas en probar aquello que no ha exteriorizado de forma alguna el autor.

Así las cosas, parece indudable que el artículo 22.4 no puede ser interpretado desde una óptica subjetiva o subjetivante, más bien al contrario, está condenado a ser interpretado de forma restrictiva y a resultar, en definitiva, una circunstancia agravante apreciable sólo en aquellos casos en los que el autor ha acompañado la acción de un efecto propagandístico o intimidatorio.

Su aplicación, entonces, en el ámbito de la discriminación racista, quedaría reducida a los supuestos en los que el autor con ello pretende perpetuar la idea de superioridad racial; o, en el ámbito de las agresiones sexistas, a los supuestos en los que el autor exterioriza la idea de dominación masculina y de discriminación secular contra mujeres o contra varones no heterosexuales (en caso de agresiones homofóbicas).

Sea como fuere, y para lo que aquí interesa, lo que hizo el legislador en sentido estricto fue incorporar un nuevo motivo discriminatorio. La jurisprudencia, sin embargo, parece haberse alejado de la interpretación literal de la dicción del precepto y ha contribuido a crear de facto una nueva agravante, en la medida que cada vez son más las resoluciones que interpretan que en realidad lo que incorpora el artículo 22.4 del CP es una agravante genérica para delitos contra las personas. Tal interpretación amplía la protección más allá de los tipos penales que ya contemplan una modalidad agravada por violencia de género (arts. 153 y 171.4, entre otros), y permite apreciar la agravante en aquellas conductas movidas o basadas en la idea de dominación del hombre sobre la mujer, cuando la acción se exterioriza acompañada de connotaciones propias de la subcultura machista⁵⁰⁹.

- CUENCA GARCÍA destacó, por un lado, que la agravante de género no se limita a un ámbito privado, sino también público: «violencia por razones de género no sólo se produce en el ámbito privado de las relaciones de pareja, sino que puede aparecer, también, en un ámbito público,

⁵⁰⁹ SIMÓN CASTELLANO, Pere: “La construcción jurisprudencial de la agravante de género: notas a la STS de 14 de septiembre de 2020”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, Sección Tribuna, n° 9728, 4 de Noviembre de 2020.

espacio éste ahora abarcado por la nueva circunstancia, no condicionando su aplicación a la previa relación entre autor y víctima⁵¹⁰».

De otro lado, se planteó en hipótesis la posibilidad de que la víctima fuera un hombre —que para los agresores no cumple con sus deberes/funciones de género masculinas—:

[...] Pues bien, como lo más probable es que se mantenga el sistema mixto que he señalado, considero que el ámbito de aplicación de esta nueva circunstancia discriminatoria, en aras a garantizar el principio de igualdad del art. 14 CE, no sólo debe proteger a la mujer por el hecho de ser mujer, sin exigir ninguna relación de pareja o expareja, sino también al hombre cuando su comportamiento o su forma de hacer no se corresponde con su supuesto género. Si bien es cierto que su aplicación se circunscribirá, en la mayoría de los casos a los supuestos en los que el hombre cometa los hechos contra la víctima mujer por el mero hecho de serlo, y con la intención de dejar patente su dominación y superioridad; también cabrá encontrarse supuestos en los que la víctima sea hombre, en los que el autor o autores justifique o fundamente su ataque por el hecho de que no actúa de acuerdo al estereotipo que le corresponde como hombre⁵¹¹.

- SÁNCHEZ MELGAR planteó que la razón de ser de la agravante de género reside en que se incrementa la antijuridicidad de la acción y tiene su base en castigar los ataques contra las mujeres (sin ser necesario que el agresor sea o haya sido pareja) por el mero hecho de serlo y por considerarlas como unos seres inferiores:

(L)a agravante de género supone una situación de subyugación o dominación por parte del sujeto activo del delito sobre el pasivo, pero con la novedad de que no se concreta de forma exclusiva el ámbito de aplicación de la agravante sólo a las relaciones de pareja o ex pareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer⁵¹².

Lo relevante es acreditar la existencia de los actos de dominación⁵¹³.

I. Aporofobia

Conforme a la RAE se define como «Fobia a las personas pobres o desfavorecidas⁵¹⁴».

⁵¹⁰ CUENCA GARCÍA, María José: “Ámbito de aplicación de la nueva circunstancia agravante de discriminación por razón de género (art. 22.4 cp.): análisis doctrinal y jurisprudencial”, *La investigación en Derecho con perspectiva de género*, Dykinson, 2020, pp. 348.

⁵¹¹ *Ibid.*, p.351.

⁵¹² SÁNCHEZ MELGAR, Julián: “La agravante de género, fundamento y requisitos: repaso jurisprudencial”, *Derecho penal, Tirant lo Blanch*, 2021, p.601.

⁵¹³ El autor pone ejemplos según se produzcan dentro de la relación de pareja o fuera de ella: Por ejemplo, dentro de la relación de pareja con actos de control de la manera de vestir, relaciones sociales, de su autonomía económica, o con actos de humillación diciendo que no vale para nada, etc. Por ejemplo, fuera de la relación de pareja se darán en supuestos de delitos contra la libertad sexual en los que dentro de su ejecución se dan actos de naturaleza sexual humillantes para la víctima. *Vide* p. 609.

⁵¹⁴ <https://dle.rae.es/aporofobia> (consultado el 16-3-2023).

*Se trata del desprecio a los pobres, la fobia, la aversión, o el rechazo u odio al pobre, al sin techo, a las personas sin hogar*⁵¹⁵.

J. Motivos por enfermedad

- FGE:

La RAE define el término enfermedad como “alteración más o menos grave de la salud”. El Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (1946) define el término “salud” como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

Estas nociones, sin embargo, son demasiado amplias. La enfermedad como categoría de discriminación contemplada en el precepto penal parece limitarse a la de carácter permanente o duradero, como sostienen algunos autores. El caso más común, aunque no el único, es el de quienes actúan por odio discriminatorio a personas portadoras del VIH (en este sentido, Resolución 1536 [2007], de 25 de enero, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre VIH/Sida en Europa).

K. Motivos por discapacidad

- FGE:

En este punto habrá que remitirse a la interpretación recogida en el art. 25 CP, según el cual:

“A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Asimismo, a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”.

Finalmente hay que señalar que la ausencia de una cláusula general de cierre que abarque otras situaciones o circunstancias personales o sociales, y la aplicación de principios básicos del Derecho Penal como la interpretación restrictiva y la taxatividad de los tipos penales, impide aplicar el art. 510 CP a supuestos distintos de los previstos expresamente en este precepto.

Al igual que ocurriera con el elemento doloso, la concurrencia de una motivación de odio o discriminación ha de acreditarse normalmente a través de parámetros indiciarios, que serán objeto de especial tratamiento en el apartado siguiente.

6.4.3.5- Conductas típicas/elementos de los tipos penales

La conducta típica tiene varias acepciones:

⁵¹⁵ AGUILAR GARCÍA, Miguel Ángel (director) y otros: *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*. Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2015, p.63. El término fue fijado por la catedrática de Ética de la Universidad de Valencia Adela Cortina y es el resultado de la unión de dos palabras griegas: áporos ('pobre', 'escaso de recursos', 'sin salida') y fobia ('temor'), que permite definir una realidad, constatada en sus estudios, que no tenía definición.

Pen. Conducta o actuación humana descrita con sus características objetivas y, en su caso, subjetivas en el tipo de delito.

No se trata de la existencia de una conducta o acción humana en general, positiva o excepcionalmente pasiva, como base de cualquier delito, sino precisamente de la clase de conducta activa u omisiva legalmente tipificada, que puede consistir exclusivamente en uno o varios actos o en la no realización de un acto en los delitos de mera conducta: de mera actividad o de omisión pura o propia, o en los tipos resultativos o de resultado en describir la causación de un resultado, bien de cualquier modo o manera en los delitos puros de resultado, bien especificando las actividades concretas que causan el resultado en los delitos de resultado con modalidades limitadas de ejecución o de acción.

*acción, conducta, delito con modalidades limitadas de acción o de ejecución, delito de mera actividad, delito de resultado, omisión, tipo*⁵¹⁶.

En definitiva, se trata de plasmar en el Cp. aquellos comportamientos que pretenden sancionarse por la sociedad.

A continuación, analizaremos la jurisprudencia generada al interpretar los diferentes preceptos que integran los delitos de odio:

- 510.1

- 510.1. 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 aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos 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, aporofobia, enfermedad o discapacidad.

La interpretación jurisprudencial ha tratado de acotar/delimitar la interpretación del precepto para evitar una expansión indeseada. Así:

B.1.- STS (Sección 1ª) nº 488/2022, de 19 de mayo⁵¹⁷, FD II y III.

El recurrente fue condenado por un delito contra los derechos fundamentales del art. 510.1 a) y 3 del Código Penal a dos años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y al pago de una multa de nueve meses y un día de multa con una cuota diaria de dos euros; así como a la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativo, el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por tiempo de siete años.

⁵¹⁶ Definición recogida en el Diccionario panhispánico del español jurídico (v. <https://dpej.rae.es/lema/conducta-t%C3%ADpica> consultado el 5-6-2022).

⁵¹⁷ Confirmó la STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, nº 223/2020, de 24 de septiembre.

Los hechos que motivaron la condena consistieron en que el recurrente hizo uso de la red social Facebook (a través de tres perfiles) para difundir el discurso de odio. En concreto, en primera instancia se consideró probado que la usó para:

dar publicidad a su conversión a aquella religión y exteriorizar públicamente la superioridad de la misma, no solo respecto a las demás religiones sino también en relación a las otras ramas del Islam, al propio tiempo ha utilizado tales perfiles para comunicar y promover sentimientos de repulsión, intolerancia y discriminación hacia determinados colectivos y personas individuales en tales colectivos integradas y en razón de su pertenencia a los mismos, instigando la hostilidad y aversión hacia los mismos y sugiriendo e instigando a la realización de actos violentos contra ellos.

Los grupos hacia los que dirigió los mensajes fueron catalogados del modo siguiente: «(e)n relación con otras ramas del Islam»; «(e)n relación al pueblo español en general y a los andaluces en particular»; «(e)n relación a su intolerancia respecto a la diversidad sexual»; «(e)n relación al colectivo de las mujeres»; y «(e)n relación con la ideología política que identifica de derechas»⁵¹⁸.

⁵¹⁸ P.ej. en relación con otras ramas del Islam:

*Cada noble musulman/ Es un asesino en potencia de/ Injustos y tiranos
Cada vez k me acuerdo del Hadiz de las cebollas Acre/ Me dan ganas de coger un cuchillo y degollar suni por suni
Es la historia de los primeros musulmanes honrados/ Rodeados de musulmanes subnormales e hijos de la gran puta/ Suni se hacen llamar*

P.ej. respecto al pueblo español en general y a los andaluces en particular:

*"Español subnormal/ Español de mierda/ Español hijo de puta/ Español payaso/ Español idiota/ Español imbécil/
Español gilipollas/ Español hijo de la gran puta de mierda/ Español vendepatrias/ Español gasta pensiones de sus mayores/
Español roba oportunidades laborales para sus hijos/ Español hace entender k el lo paso peor k tu/ después de gastarse el oro americano y el generado por esclavos privatizar industria y sanidad/ Después de haber kemado en la hoguera al k decía/ La tierra gira alrededor del sol/ Español te mereces bombas/ Español te mereces tiros en la nuca/ Español te mereces k Dios levante tu tierra y le de la vuelta/ Como Sodoma y Gomorra./
Soy español/ Y para un desarrollo optimo del ser humano l Es necesario matarnos/ A nosotros y nuestros primos Europeos norteamericanos y asutralianos. l Si tu hijo pasa hambre Mata a un español o a sus primos/ Si tu hijo no tiene ropa para vestirse/ Mata a un español o a sus primos/ Cuantos mas españoles o a sus primos mates/ Mejor vivirá tu hijo/ Amin/.me gustaría asesinar españoles orgullosos de su patria/
Pero sobre todo me gustaría desangrar a los andaluces... la basura andaluza no tiene remedio/*

P.ej. por intolerancia hacia la diversidad sexual:

*Ya ni los fachas tiene cojones de matar marikones/.
Apoyo a ese autobús/ Fusilarla a los homosexuales fundamentalistas/.
La identidad de genero es fascismo/ Lo promueve la derexa / Y los subnormales de izquierda lo apoyan alegando k los gays son oprimidos/ Oprimidos del cilo marikones/ / tuerce botas/ Gracias a esa puta mierda de identidad de genero, llevo sin ver a mi hija l año y medio/ / Por supuesta violencia/*

P.ej. contra el colectivo de las mujeres:

*A la mujer rebelde/ La pegas/ A la mujer rebelde/ Le das un par de quantazos/ Amin/.
Putas y borrasas de mierda/ Son las putas españolas/ Putas y borrasas de mierda/ Come poyas multiples/ No valen ni como esclava/.
La violencia de genero es fascismo/ Hay violencia fisica/ Hay violencia económica/ Hay violencia familiar/ Si un hombre obedece las indicaciones feministas/ Sera el hombre el k sufra/ La violencia fisica/ La violencia económica/ La violencia familiar/ Estoy cansado de ese egocentrismo femenino k hace k el daño k sufren las/ mujeres sea mas importante k el daño k sufren*

La defensa argumentó que «no promovió ni incitó al odio con sus palabras, ya que sólo expresaba sus opiniones o ideas, sin organizar ninguna estrategia que suponga la elaboración de un plan para promover alguna actuación conjunta o en grupo».

Sin embargo, el TS no acogió dicha argumentación: en primer lugar, analizó la antijuridicidad de la conducta (FD II). Al hacerlo puso de relieve la dificultad interpretativa que presenta el precepto. No se trata de castigar los sentimientos, sino acciones; tampoco se pueden considerar delictivos los hechos simplemente porque sean *intolerables*; ni se deben castigar discursos porque no se consideren *éticos*. En sus palabras:

No es, desde luego, tarea fácil la fijación del espacio de tipicidad de un precepto como el art. 510 del CP, [...] La dificultad se deriva, no sólo de la necesidad de delimitar, en cada caso concreto, qué afirmaciones están amparadas por la libertad de expresión, sino de cuestionarse en qué medida el derecho penal puede ser utilizado como un instrumento para evitar un sentimiento que forma parte de la propia condición humana. La tendencia al odio, la aversión hacia alguien cuyo mal se desea puede definir el estado de ánimo en cualquier persona. Desde esta perspectiva, es obvio que el derecho penal no puede impedir que el ciudadano odie. El mandato imperativo ínsito en la norma penal no puede concebirse con tal elasticidad que conduzca a prohibir sentimientos.

Pero la claridad de esta idea, que ha de operar como inderogable premisa, es perfectamente compatible con la necesidad de criminalizar, no sentimientos, sino acciones ejecutadas con el filtro de esa aversión que desborda la reflexión personal para convertirse en el impulso que da vida a conductas que ponen en peligro las bases de una convivencia pacífica.

A estas dificultades ligadas a la punición de lo que se ha llamado en plástico epigrama «discurso del odio» ya nos hemos referido en otras ocasiones. Hemos apuntado que la necesidad de ponderar en nuestro análisis los límites a la libertad de expresión y de hacerlo a partir de esa equívoca locución con la que pretende justificarse la punición, no hacen sino añadir obstáculos a la labor interpretativa. Las dificultades se multiplican cuando de lo que se trata es de determinar, como en tantas otras ocasiones, el alcance de lo intolerable.

El significado de principios como el carácter fragmentario del derecho penal o su consideración como ultima ratio, avalan la necesidad de reservar la sanción penal para las acciones más graves. No todo mensaje inaceptable o que ocasiona el normal rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. Entre el odio que incita a

los hombres / Yo creo no he asesinado a una expareja k secuestro a mi hija / Por las ingentes cantidades de porros k me fumo / Pero sin en lugar de fumar porros / Bebo güiski / Ya la hubiera atropellado o apaleado o disparado o cualquier cosa para / acabar con su existencia de borraxa guarra cocainomana /

por mi mente solo pasa apuñalar a las mujeres de la ett, atropellar catalanes en la rambla con mi furgoneta y kemar las oficinas de la ett

P.ej. «(e)n relación con la ideología política que identifica de derechas:

Los nazis hacían jabon con / Comunistas gitanos y judíos / Los nazis ayudaron a Franco / Franco a Fraga / Y Fraga a Miguel Angel Blanco / Menos mal k vino eta y le pego un tiro en la nuca a ese faxa de mierda

Soy Ali HAKim Alcazar Lusa / Si consigues armamento / te ayudo a matar faxas /

Debemos organizarnos para asesinar a los lideres de dextera... hay que asesinar faxas o el mundo será peor

Ya sabeis donde estoy, un arma, información, no me importa acabar muerto o en la cárcel si es tratando de asesinar faxas

Hay k rajar el cuello a Abascal / Y k aprendan el resto / Como al líder ultraderechista alemán / Pero sin dejarle vivo»

(sic).

la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no es acogible en la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo.

Tampoco ayuda a la labor exegética la extendida invocación de los nocivos efectos del discurso del odio como razón justificadora de su punición. De nuevo hemos de apartarnos de la tentación de construir el juicio de tipicidad trazando una convencional y artificiosa línea entre el discurso del odio y la ética del discurso. El derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia. Por si fuera poco, el vocablo discurso, incluso en su simple acepción gramatical, evoca un acto racional de comunicación cuya punición no debería hacerse depender del sentimiento que anima quien lo pronuncia. Tampoco puede afirmarse un único significado a una locución — discurso del odio— cuyo contenido está directamente condicionado por la experiencia histórica de cada Estado. El discurso del odio puede analizarse en relación con problemas étnicos, religiosos, sexuales o ligados a la utilización del terrorismo como instrumento para la consecución de fines políticos (cfr. STS 4/2017, 18 de enero).

El TS, valoró que las frases difundidas por el recurrente tenían pleno encaje en el art. 510 Cp. sin que cupiese excluir la antijuridicidad de las mismas: no cabe apreciar la libertad de expresión como una causa de justificación del art. 20.7 Cp. —ejercicio legítimo de un derecho—. En este sentido, el TS citó la STC 112/2016, de 20 de junio:

*puede considerarse necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir formas de expresión que propaguen, promuevan, o justifiquen el odio basado en la intolerancia. La función jurisdiccional consiste, en estos casos, en valorar, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la expresión de las ideas vertidas y las circunstancias concurrentes esto es, si la conducta que se enjuicia constituye el ejercicio legítimo **ilícito** del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad o, por el contrario, la expresión es atentatoria a los derechos y a la dignidad de las personas a que se refiere, situación que habrá de examinarse en cada caso concreto.*

En concreto, el TS consideró que «el discurso del acusado tiene un potencial efecto erosivo de los pilares de la tolerancia que hacen posible la convivencia»; ya que « invita a la acción, a la violencia, a la lucha armada». Así, destacó que *al menos en dos ocasiones, se ofrece a aquél que pueda proporcionarle armas*: «...ya sabéis donde estoy, un arma, información, no me importa acabar muerto o en la cárcel si es tratando de asesinar faxas». Y en otro momento dijo: «...soy Ali Hakim/ Si consigues armamento/ te ayudo a matar faxas»».

En segundo lugar, el TS (FD III) consideró que el elemento subjetivo que exige el precepto no es específico, basta con legitimar/justificar el uso de la violencia:

la plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje de odio en el que se menosprecia todo aquello que resulta no aceptado por la particular visión del mundo y de la vida que suscribe el emisor y en los que se invita a luchar contra el «enemigo» recurriendo, si resulta preciso, a la violencia. Basta con asumir como propia la justificación de una forma violenta de enfrentarse a los «diferentes». Es suficiente, en fin, con la reiteración consciente de esos mensajes [...].

En tercer lugar, el TS remarcó que se trata de un peligro en abstracto⁵¹⁹, y no de resultado, lo que conlleva que no es preciso que «ese mensaje desencadene de forma efectiva acciones ejecutadas por terceros estimulados por el mensaje destructivo del agente».

B.2.- STS (Sección 1ª) nº 675/2020, de 11 de diciembre, FD I y II.

Los recurrentes eran miembros de los grupos musicales *RAC/ OI, Batallón de Castigo y Más Que Palabras*, que celebraron conciertos en el año 2010 en las localidades de Sabadell y de Madrid. Dichos conciertos fueron grabados, y se pudo acceder a su contenido a través de *Internet*. Fueron condenados a un año de prisión, y al pago de una multa de seis meses.

Los hechos fueron cometidos antes de que entrase en vigor la reforma del Cp. operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo; en relación a lo cual, el TS recordó que es «*fundamental la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, en la que se hace un repaso por el derecho a la libertad de expresión, que, para lo que aquí nos ocupa, podemos resumir diciendo que no ampara mensajes racistas o xenófobos, porque no es un derecho absoluto*». De este modo, el TS recalcó que se trata de un delito de peligro en abstracto. En sus palabras:

lo fundamental no es entrar en disquisiciones sobre si la provocación ha de ser directa o indirecta, adjetivos cuyos contornos no siempre no están claros, sino en precisar la eficacia de esa provocación, esto es, si es capaz de incitar al odio, la violencia o la discriminación, porque, si esto es así, el delito, como de riesgo abstracto que es, quedará consumado.

El TS analizó las actuaciones (incluso la interacción/*feedback* entre los grupos y los asistentes), las letras, su difusión (tuvo en cuenta tanto el número de asistentes, como el alcance/reproducciones por *Internet*), y concluyó que con sus canciones se defendió la supremacía de la raza y se provocaron sentimientos xenófobos y antisemitas⁵²⁰:

⁵¹⁹ El tenor literal fue:

«...debe exigirse para considerar legítima la sanción penal, además de la difusión de ideas, que ello implique una incitación o una provocación al odio a determinados grupos que se detallan en el precepto, de manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de violencia, odio o discriminación contra aquellos grupos o sus integrantes como tales. Por lo tanto, los actos de difusión de esta clase de ideas o doctrinas son perseguidos penalmente en cuanto que suponen, en la forma antes dichas, un peligro real para los bienes jurídicos protegidos. No es preciso un peligro concreto, siendo suficiente el peligro abstracto, si bien puede entenderse que es suficiente el peligro potencial o hipotético a medio camino entre aquellos, según el cual lo que importa es la capacidad de la conducta para crear el peligro relevante» (AATS 16 de noviembre de 2020, causa especial 20280/2020 y 14 de abril de 2021, causa especial 21021/2019).

⁵²⁰ Entre otras letras, el TS destacó del grupo *Batallón de Castigo* las de las siguientes canciones:

Ejecución: Ha llegado ya tu hora, y ahora vas a pillar, mucho tiempo esperando, te vamos a ejecutar, mucho crimen contra el pueblo, muchas peleas a evadir, muchos coches y despachos, pero ahora vas a morir... un poste, doce fusiles, una venda te pondrán, será inútil que grites, porque nadie te oír.

En efecto, en el caso de ambos, tenemos que son compositores de unas canciones cuyas letras están dirigidas en un sentido y que, objetivamente consideradas, son ofensivas, ultrajantes, violentas y de claro sesgo discriminatorio por razones raciales e ideológicas, cuyo contenido, en sí mismo, es provocador; pero que, en el caso de estos dos condenados, no solo es que su actividad sea potencialmente provocadora, sino que ha quedado evidenciado que esa provocación ha surtido efecto, como lo demuestran las frases que consiguen que emita el público que asiste a su concierto, como "Sieg Heil, Sieg Heil, Sieg Heil", o " Jon libertad", pidiendo la libertad de un individuo condenado a 26 años de prisión por un asesinato cometido por motivos ideológicos.

Junto con lo anterior hay que tener en cuenta que la difusión de sus provocadoras ideas las llevan a cabo con la publicidad y mayor expansión que supone que se emitan en un concierto, y si a ello añadimos que ambos divulgan sus violentos y ultrajantes planteamientos discriminatorios por las redes sociales, ese potencial peligro que es inherente a su radicalidad se incrementa exponencialmente, con lo que, también desde este punto de vista, queda colmado el tipo, de ahí la corrección en la calificación que de su conducta se realiza en la sentencia recurrida, que, por lo tanto, en este particular ha de ser confirmada.

Por último, incidir en que la difusión de tal tipo de mensajes, dado su sentido discriminatorio, en modo alguno pueden quedar amparados en el derecho a la libertad ideológica o de expresión, por cuanto que llevan ínsitas expresiones supremacistas de desprecio y/o de hostilidad contra individuos de determinados grupos, por el mero de formar parte de una colectividad que no se tolera.

B.3.- STS nº 72/2018, de 9 de febrero, FD Único

El recurrente fue condenado a la pena de dos años y seis meses de prisión, y al pago de nueve meses de multa con una cuota diaria de 40 euros. Los hechos objeto del procedimiento consistieron en difundir mensajes en contra de las mujeres víctimas de violencia de género, a través de la red social *Twitter*⁵²¹.

***Bestias:** Son esclavos de otras tierras, que surgen en la oscuridad, desembarcan en las playas, invadiendo nuestra sociedad, se deslizan como serpientes, ocupando tu espacio vital, venden veneno en las calles, lo tenemos que evitar, son los que ya sabemos, que se intentan camuflar, pero a nosotros nunca se nos pondrá engañar, son los que ya sabemos, que se intentan camuflar, pero a nosotros nunca nos podrán engañar, dicen que somos hermanos, imploran tu caridad, hablan de derechos humanos y te apuñalan por detrás, no creas que me ablandan, yo no me trago su cuento, acabaré con toda la especie, allá en Ecuador, dicen que somos hermanos".*

Del grupo *Más Que Palabras*:

"Gloria y honor... Con una sola mirada voy a pelear, mi honor se llama fidelidad, soy un NS, vas a combatir, tu espíritu es valiente, tu estandarte rompe el cielo gris, nada podrá hacerme detener, soy un NS y vas a combatir, Y no temo a la muerte, con sangre y fuego la ahuyentaré, mi patria voy a proteger, Sieg Heil !...Soy un NS hasta combatir, y no temo a la muerte, con sangre y fuego la ahuyentaré, mi patria te va a proteger, SIEG HEIL, SIEG HEIL, SIEG HEIL, soy un vasco NS SIEG HEIL, SIEG HEIL, Soy un vasco NS SIEG HEEEEIL / Más que palabras: Contamos con la fuerza para seguir molestando, gritar por Jon que está encarcelado.

Camisas Pardas ... Con los rojos y judíos no habrá piedad, sus mentiras y conflictos iban a pagar, iiaa, cerdo comunista sabes cual es tu destino, lo jóvenes SA te han marcado como objetivo, corre, corre, corre !, intenta escapar, las camisas pardas te están a punto de alcanzar, corre escóndete o asume la realidad, o esta noche firmarás tu sentencia final, rebeldes con la esvástica lucían los muros, acabando con propaganda de marxistas y usureros, los años de injusticia los pagaréis muy caros, porque por la noche salen los gatos pardos, iiaaa, cerdo comunista sabes cual es tu destino , los jóvenes SA te han marcado como objetivo, corre corre corre, intenta escapar, los olas salvajes te están a punto de atrapar".

⁵²¹ Las expresiones divulgadas a través de la red social fueron:

1-En fecha de 17 de diciembre de 2015 "53 asesinadas por violencia de género machista en lo que va de año, pocas me parecen con la de putas que hay sueltas. "

El TS consideró que dichas expresiones constituyeron discurso de odio por razón de género, en atención a su contenido y contexto. En sus palabras: «[...] el contenido de las frases revela el carácter agresivo de las expresiones y la constatación del odio al ir referidas a situaciones en las que desea encontrar a mujeres a las que se refiere en términos agresivos en un contexto de género (art. 510 1 a) Cp.».

- 510.1. b)

Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos 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, aporofobia, enfermedad o discapacidad.

B.4.- STS (Sección 1ª) nº 675/2020 de 11 de diciembre, FD III

Esta misma sentencia, reseñada *supra*, confirmó la condena por el contenido de los materiales intervenidos:

merchandising tales como camisetas, polos, sudaderas, parches, banderas, insignias, posters, bolsos, llaveros, pulseras, carteras, pins.....de contenido racista, xenófobo, antisemita y homófobo así como reproducción de simbología propia del régimen del III Reich de Alemania y de sus líderes, entre ellos Adolf Hitler.

El TS valoró que las ventas de los mismos (ya físicamente, ya por *Internet*) pretendió extender el odio y la violencia generada por la homofobia, xenofobia y antisemitismo. Lo relevante para el TS es que se trata de un delito de peligro en abstracto, de mera actividad. De manera que, los recurrentes eran conscientes del riesgo potencial de la distribución de dichos materiales. Y sin que, en ningún caso, pudieran ser amparados por la libertad ideológica o de expresión «dado ese sentido supremacista de desprecio y/o de hostilidad contra individuos de determinados grupos, por

2-El 30 de diciembre de 2015 "Y 2015 finalizará con 56 asesinadas, no es una buena marca pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos esa cifra, gracias"

3-El 31 de diciembre de 2015" Ya tengo los explosivos preparados para esta noche liarla en Sol, Feliz Año, Alá es grande"

4-El 31 de diciembre de 2015 "Ahora solo falta un atentado en Madrid, unos cuantos españoles muertos y un 2015 de puta madre."

[...]

5-El 10 de enero de 2016"Ya no se ven atentados como los del 11S, estos de la Yihad no valen, sin van a masacrar a gente que lo hagan con estilo, vuelve Bin Laden."

6-El 14 de enero de 2016 " Beatriz era feminista y se tiró al río porque las mujeres se mojan por la igualdad."

7-El 14 de enero de 2016"A mi me gusta follar contra la encimera y los fogones, porque pongo a la mujer en su sitio por parte doble."

8-En 16 de enero de 2016 comparte la imagen de una mujer (no consta si fue víctima de maltrato o violencia de genero), con el lema "Ya la he maltratado, tu eres la siguiente."

el mero de formar parte de una colectividad que no se tolera».

- 510.1. c)

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, antigitanos, 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, aporofobia, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

- **SAP Barcelona (Sección 8ª) nº 99/2020, de 3 de marzo**

La Audiencia de Barcelona condenó (con la conformidad del acusado) por un delito del art. 510.1.a) y .3 y .5 en concurso ideal del art. 77.1 y .2 con un delito del 510.1.c) y .3 y .5 a la pena de dos años de prisión y multa de 9 meses con una cuota diaria de 5 euros.

El acusado era el cantante y guitarrista del grupo *WolfSS Sturm* —que se define como *NSBM (Nacional Socialista Black Metal)*— e interpretó música *R.A.C* ⁵²². En concreto, se enjuiciaron dos álbumes: *Our Enemies must burn* y *Unión Bélica Antisemita*. En atención a las letras de las canciones ⁵²³

⁵²² Según los hechos probados *WolfSS Sturm* es una palabra que en lengua alemana combina las palabras "wolf" (lobo)+S+Sturm (tormenta), intercalando "SS", letras que son el emblema de los escombros Sig de Schultzstaffel, una organización de la Alemania Nazi que nació en 1925 de la mano de Adolf Hitler y guardia personal de la alta jerarquía del Partido Nacional Socialista. La música *R.A.C* (*Roc Against Communism*) o música "OI" explica la sentencia que además de ser difundidas masiva e indiscriminadamente por Internet y redes sociales, [...], se interpretan en conciertos que difunden el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia más extrema.

⁵²³ La sentencia destacó fragmentos de las letras de las canciones:

Por un lado, el texto de 6 millones de mentiras:

"... 6 millones de mentiras sobre nuestra historia falseados testigos pagados por judíos, indignados desde el 45 falso porvenir de paz ensangrentada, madre Europa tus hijos lucharán madre Europa honor y lealtad.
Peste inmigrante, manipulados votantes cortaremos sus cabezas para que Europa no desaparezca.
Tus hijos volarán ansiosos al combate tu nombre invocarán banderas y estandartes..."
"...Hombres y mujeres lucharán con orgullo, mis enemigos son los tuyos formar a los combatientes para esta misión esa fue su meta el honor de una nación, el honor de una nación, el honor de una nación, el honor de una nación, el honor de una nación..."
"...6 millones de mentiras sobre nuestra historia falseados testigos pagados por judíos, indignados desde el 45 falso porvenir de paz ensangrentada, madre Europa tus hijos lucharán madre Europa honor y lealtad..."
"...Sieg Heil, Sieg Heil, Sieg Heil, Sieg Heil, Sieg Heil, Sieg Heil, Sieg Heil..."

Por otro lado, la canción *Parásitos*:

.... Una nación sin decisión para defenderse, una vez más el parásito de toda patria, un lio de vender igualdad y tolerancia, una vez más enemigo de nuestra raza, nos bombardean con terroristas e inmigrantes, refugiados enviados por sionistas, no hay musulmanes moderados o radicales, no! revientan, incitan y matan los animales, (ininteligible) pueblos buenistas, tienen las manos manchadas de sangre, una gesta de esta democracia comunista, por aceptar que arruinen tu Vida, no hay justicia social

distribuidas por redes sociales se consideró que trató de fomentar la intolerancia y odio a extranjeros, judíos y musulmanes. De entre las canciones enjuiciadas destaca *6 millones de mentiras* en clara alusión al Holocausto —cuya realidad negaron—.

- 510.2

- 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, antigitanos 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

para los nacionales, estado sionista haces muy bien tu labor, creando una población de retrasados mentales, (ininteligible), sieg heil

... una nación sin decisión para defenderse, una vez más el parásito de toda patria, un lío de desigualdad y tolerancia, una vez más enemigo de nuestra raza, nos bombardean con terroristas e inmigrantes, refugiados enviados por sionistas, no hay musulmanes moderados o radicales, no! Revientan, incitan y matan animales (ininteligible), pueblos buenistas, tienen las manos manchadas de sangre, una gesta de esta democracia comunista, por aceptar que arruinen tu Vida, no hay justicia social para los nacionales, estado sionista haces muy bien tu labor, creando una población de retrasados mentales, (ininteligible), sieg heil

Y la canción *Acero y Obsidiana*:

*"Conservación Nacional representada por esta nueva y gran unidad,
un gran pasado de batallas, con nuestra sangre nación esta hermandad!!!
En un sueño místico,
vi nuestros pueblos unidos por una misma idea,
de preservar su raza en su esencia,
luchar contra la decadencia.
Limpieza racial y cultural,
dos razas preservando su folklore, su folklore!!!
Luchar contra la decadencia,
limpieza racial y cultural,
dos razas preservando su folklore, su folklore!!!
Con la memoria del lobo noble,
y su enseñanza del socialismo nacional,
aplastando las mentiras de una historia de ficción,
engendrada por quienes atentan contra nuestra humanidad!!!
Por destino el acero y la obsidiana, lucharán!, lucharán!!!
Con la memoria del lobo noble,
y su enseñanza del socialismo nacional
aplastando las mentiras de una historia de ficción.
En un sueño místico,
vi nuestros pueblos unidos por una misma idea,
de preservar su raza en su esencia,
luchar contra la decadencia,
limpieza racial y cultural.
Dos razas preservando su folklore, su folklore!!!
En un sueño místico,
vi nuestros pueblos unidos por una misma idea,
de preservar su raza en su esencia,
luchar contra la decadencia,
limpieza racial y cultural,
dos razas preservando su folklore, su folklore!!!".*

sexual, por razones de género, aporofobia, 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.

B.5.- Ataques homófobos

B.6.- STSJ Madrid nº 187/2022 de 19 de mayo, FD IV

Los recurrentes fueron condenados a las penas de seis meses de prisión; tres años de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre; y seis meses de multa con una cuota diaria de seis euros.

Los hechos consistieron en que los condenados —por motivación homófoba— fueron contra la víctima, cuando salía del baño del establecimiento en que se encontraban. A continuación, le dijeron varias veces: «maricón, maricón de mierda, te estabas pajeando con tu amigo». Asimismo, le cerraron la puerta del aseo de manera violenta, y provocaron en la víctima un sentimiento de humillación.

La AP consideró que realmente insultaron a la víctima, y cuando lo hicieron manifestaron con claridad una alusión a su orientación sexual. En concreto, la AP expuso:

no se limitaron a una transmisión de ideas constitucionalmente amparadas por muy execrables que fueran, sino antes bien insultaron a la víctima aludiendo a una condición personal importante como es la opción en materia de sexualidad, le dirigieron afrentas vituperándola no con una crítica acerada sino con expresiones humillantes para él en su condición individual y como perteneciente a un colectivo y esto es claro si recordamos que se hizo una imputación en extremo grosera que implicaba a otra persona, todo ello con cierta publicidad como demuestra la circunstancia de que fue oído por la testigo Sra. Marta. El carácter doloso de la actuación no ofrece duda, por el propio tenor de las frases, que a la vez presentan intensidad bastante para descartar constituyeran mera reiteración de un estereotipo o sátira, por mucho que sostengan los apelantes son comunes en Latinoamérica locuciones como "marica" o "maricón" empleadas al uso de interjección coloquial o jerga habitual, tibieza en este caso descartable porque a los insultos siguió la otra frase alusiva al comportamiento sexual íntimo, y un acto de violencia física cual es un portazo. [...]

B.7.- Audiencia Provincial de Madrid, Sección 30ª, Sentencia nº 53/2022 de 3 de febrero, FD II:

La AP de Madrid condenó a seis meses de prisión; seis meses de multa con una cuota diaria de 6 euros; e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por tiempo de tres años y seis meses.

Los hechos enjuiciados consistieron en que el acusado estaba dentro de una cervecería, y cuando vio en la terraza a dos hombres y una mujer, se dio cuenta de que ellos eran homosexuales. A partir de ahí, el acusado empezó a burlarse de ellos y a decir *sí, sí, maricón, que sois maricones*, y a repetir partes de la conversación que uno de ellos mantuvo por teléfono. Cuando las víctimas le pidieron explicaciones el acusado les increpó *maricón, sois unos maricones, tenían que ahorcaros a todos*. A partir de ahí, se declararon probados los siguientes hechos:

Tras ese incidente, Sixto se levantó para ir un momento al aseo del bar. Al salir del aseo y antes de volver a la calle pasó por delante de la mesa de Pablo, lo que este aprovechó para darle un pequeño golpe en el hombro y al darse la vuelta Sixto le escupió en la cara al tiempo que volvía a increparle con expresiones como "puto maricón" "os tenían que matar a todos". Serafín se levantó y le pidió explicaciones a Pablo, que siguió recriminándoles reiteradamente con la expresión "maricones", que no eran "hombres", diciendo que eran "la vergüenza de este país" y haciendo ostentación de que era legionario, que cuando los viera por la calle "os voy a matar"[...].

La AP sintetizó los requisitos jurisprudenciales que deben concurrir para apreciar la comisión de este tipo delictivo:

Centrando aún más el debate, siendo que este tipo puede cometerse no sólo contra el colectivo protegido en general, o no sólo contra una parte del mismo, sino también, como sucede en el caso presente, contra cualquier persona que pertenezca a ellos, en este último caso, se exige:

"a) Como conducta típica, una acción del sujeto activo que entrañe humillación, menosprecio o descrédito (términos que ya han sido definidos) del sujeto pasivo.

"b) Dicha acción ha de desarrollarse contra el sujeto pasivo precisamente por razón de su pertenencia a ese colectivo y, por lo tanto, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión, creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual o por razones de género, enfermedad o discapacidad.

Y c) la conducta ha de producir como resultado una efectiva lesión de la dignidad de las personas afectadas, sin que se exija en el tipo penal que la lesión sea grave."

Con dichas premisas la AP descendió a los hechos concretos enjuiciados. Así, en primer lugar, valoró que la conducta desplegada por el acusado supuso de por sí una conducta de menosprecio/humillación para las víctimas. En segundo lugar, ponderó que los hechos se dieron en un local abierto al público al que las víctimas iban con frecuencia. En tercer lugar, se otorgó especial importancia al hecho de que no hubo un incidente previo entre ellos, el móvil/ánimo del acusado fue homófobo —su acción fue gratuita—:

Es relevante señalar que tales insultos o menosprecios no surgieron en el curso de un enfrentamiento acaecido por otras motivaciones, como elemento ofensivo adicional, sino que el acusado actuó de forma totalmente gratuita, interfiriendo en una conversación ajena y, cuando el incidente parecía concluido, provocando a uno de los afectados de forma grave y atentatoria contra su dignidad. Por tanto, actuó por razones de intolerancia y homofobia, ya que no había ninguna otra razón explicativa de su comportamiento, sin otra finalidad aparente que cercenar o limitar la libertad de los sujetos pasivos, por su condición sexual, de desenvolver su personalidad en un espacio público.

Finalmente, en cuarto lugar, se consideró que la lesión a la dignidad fue grave, ya que por las circunstancias expuestas y conjuntamente valoradas era razonable que las víctimas temiesen encontrarse de nuevo con el acusado (al haberse producido los hechos en un local al que solían ir).

La lesión a la dignidad de los afectados es grave. Se produce en un lugar público, en la localidad en la que habitan y en un local que frecuentan. El efecto intimidatorio que produce este tipo de comportamientos es relevante, ya que las víctimas temen encontrarse ante una situación similar y pueden acabar eludiendo su presencia en dichos lugares para evitar el conflicto. Así se han expresado los interesados, que temen encontrarse con el acusado en situaciones similares.

En el mismo sentido, la SAP Madrid (Sección nº 16) nº 516/2021 de 5 de octubre,⁵²⁴ FD I.

B.8.- Supuestos de nacionalidad

B.9.- STS nº 437/2022 de 4 de mayo⁵²⁵ FD IV

Los recurrentes fueron condenados por distintos delitos, de diferente naturaleza. En lo que nos interesa, la mayor parte de los recurrentes fue condenada a nueve meses de prisión, y nueve meses de multa con una cuota diaria de 6 euros por la comisión de delitos contra la integridad moral en concurso de normas con los delitos contra el ejercicio de los derechos fundamentales.

Los hechos tuvieron lugar en junio de 2016 en Barcelona, cuando con motivo de la Eurocopa de Francia los integrantes de la plataforma *Barcelona por la selección* instalaron una carpa de apoyo a la selección española. Los voluntarios iban con camisetas de la selección, y habían instalado banderas de España, y productos de la selección. En este contexto, los acusados, fueron hacia ellos y comenzaron a increparles "putas españolas, fuera de aquí, os vamos a matar, putos españoles de mierda, perras españolas, iros a vuestro país, hijos de putas". Acto seguido, causaron desperfectos, y les agredieron físicamente causándoles lesiones. Tras lo cual, cuando las víctimas comenzaron a recoger uno de los acusados condujo un vehículo y:

[...] con igual ánimo de vejación, humillación y animadversión a lo español y con el fin de crear miedo y desasosiego personal se dirigió a Lidia increpándola con expresiones como "¿qué es esto?, esto no debería estar aquí, fuera la bandera española, puta España!!!, puta de mierda!!!", "sois unos hijos de punta, aquí no tenéis que estar putos españoles, tú eres una cerda española, hija de puta", "iremos a por

⁵²⁴ Los hechos declarados probados fueron:

dirigiéndose a Juliana dijo: "hija de puta, déjate de cambiar el corte de pelo que ya sabemos todos lo que eres, que sí, que eres una hija de puta, y que a ti lo que te hace falta es que te metan una polla bien grande que estas falta de eso, lesbiana de mierda, sal fuera que te vas a enterar".

A la vista de su actitud fue invitado a abandonar dicho establecimiento si bien, antes de irse y dirigiéndose a ellas les dijo "sé dónde vivís [...].

⁵²⁵ Se trata de la sentencia que resolvió la agresión a quienes en el verano de 2016 fomentaron el seguimiento de la selección española en Barcelona —*Barcelona por la selección*—.

vosotras!!!" os mataremos", todo ello a la vez con cara de odio y haciendo el gesto de cortarle el cuello, procediendo acto seguido con ánimo de vejlarla y humillar a escupirle y tirarle un vaso con lo que parecía cerveza que llevaba y abandonando el lugar conduciendo el vehículo con el que dió un fuerte volantazo para incrementar el miedo de su víctima. [...]

El eje central de la defensa giró en torno a la condición de los sujetos pasivos para aplicar este precepto penal —*solo los colectivos necesitados de una especial protección, minoritarios o vulnerables son aquellos que merecen dicha protección penal*—. Sin embargo, el TS razonó, por un lado, que no es precisa esa vulnerabilidad, ya que el precepto no lo exige:

Hay que señalar que ni el art. 173 ni el 510.2 a) señalan que las víctimas sean vulnerables. El concepto de la "vulnerabilidad" no es un elemento del tipo, ya que no forma parte de la estructura de exigencias de los elementos que los conforman, y si el legislador lo hubiera querido así lo hubiera hecho constar. No se trata de una interpretación extensiva o restrictiva del tipo penal, sino de adecuación a las exigencias de lo que dice el precepto, y ninguno de ellos exige la vulnerabilidad en las víctimas del delito.

Como apunta el Fiscal de Sala, la diferencia entre uno y otro tipo penal radica en que el sujeto pasivo del art. 173.1 del Código Penal puede ser cualquier persona mientras que en el art. 510.2 a) lo son las personas que encajen en alguno de los motivos de discriminación expresamente previstos en el citado tipo penal.

[...] Es importante destacar que el objetivo de protección del tipo penal del odio del art. 510 tiene su base en los ataques a la igualdad y, en consecuencia, en la creación de la desigualdad que se origina con el odio al diferente por cualquiera de las razones o de la pertenencia a los grupos reflejados en el tipo penal. Pero el término "minorías" o el término "colectivos desfavorecidos" no está previsto ni exigido en el tipo penal, no es un elemento del tipo, dado que se debe proteger el principio de igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 CE) y la prohibición absoluta de discriminación prevista en el art. 14 CE, por tanto, como no puede ser de otra manera, protege a toda la sociedad, sean los afectados minoría o mayoría, estén o no estén desfavorecidos en la actualidad o en el pasado.

De lo contrario, de entender que solo una persona vulnerable, o determinados colectivos desfavorecidos son los protegidos por el delito de odio nos llevaría a concluir que los no vulnerables pueden ser atacados con la intención dimanante del odio y por su pertenencia a una nación, raza, creencias, ideología, su sexo, orientación o identidad sexual, o por razones de género.

[...] Resulta, así, evidente, que en este último caso el odio al género no lo es a las mujeres que sean vulnerables, sino en el ataque a la mujer por ser mujer, y al llevar a cabo actos de humillación a la misma con sentimiento de dominación o menosprecio, pero sin que pueda entender que si se llevan a cabo estos actos contra mujer no vulnerable pueda entenderse que la discriminación no se ha producido.

Por ello, los preceptos citados y el art. 22.4 CP protegen a toda la ciudadanía siempre que la persona o personas afectadas encajen en uno de los motivos de discriminación taxativamente establecidos por el legislador, sean o no minoritarios, sean o no vulnerables, o sean, o no, desfavorecidos. Lo relevante y exigente es que participen de la razón del ataque en alguno de los conceptos y/o grupos que se integran en el precepto ya antes citados, pero sin aplicación excluyente a los no vulnerables o que no pertenezcan a colectivos desfavorecidos por entenderse que estos "no pueden ser odiados", o que si se les odia esta conducta no es antijurídica, típica, culpable y punible.

Hay que recordar que las conductas discriminatorias por el menosprecio implícito que conllevan hacia la persona discriminada, están vinculadas per se no sólo con la igualdad sino también con la dignidad humana, y, por ello, no solo se protege con la tipicidad del odio a la dignidad y derecho a la igualdad de quien tiene el concepto de "vulnerable", sino a quien esté ubicado en uno de los grupos del art. 510 CP. Es la igualdad y dignidad de todos, no de algunos, lo que se protege ante el discurso del odio, ya que no puede

dejar de ser típica la conducta cuando se odia a un "no vulnerable" pero que está en uno de los grupos identificados en el tipo penal. [...]

Por otro lado, el TS consideró que el ataque/la agresión se produjo precisamente por razones ideológicas —por ser españoles y defender la *españolidad*—. El tenor literal de la sentencia fue:

Se produce y consta en los hechos probados que se perpetra el odio a las víctimas por razón del concepto nación pretendiendo la exclusión personal presencial de lo que pueda simbolizar a España además de por la ideología sobre lo que representa la nacionalidad. No se trata de odio por razones deportivas o futbolísticas. No es eso lo que se desprende de los hechos probados.

[...] Por ello, el ataque se produce por razón de:

1.- La nacionalidad española de las víctimas y el odio que exponen y manifiestan hacia ello con sus actos los autores.

2.- La ideología sobre la nacionalidad de las víctimas que representa para los autores con un componente de odio hacia las mismas.

3.- La creencia sobre ese dato objetivo que para los autores se expresa con sus actos agresivos de odio a lo que no aceptan por razón de nacionalidad e ideología sobre lo que conlleva ser español y su significación de exclusión para los autores.

Para llegar a esta conclusión el TS analizó varios factores: en primer lugar, las circunstancias de los recurrentes —quienes pertenecían a grupos violentos⁵²⁶—. En segundo lugar, no se trató de un encuentro casual, sino que los condenados fueron directamente al lugar, en cuanto tuvieron conocimiento de la instalación de la carpa. En tercer lugar, las expresiones humillantes hicieron clara referencia a la nacionalidad española:

los recurrentes se pusieron de común acuerdo y que estaban guiados con el ánimo de animadversión ideológica todo lo que representa España y lo español insistiendo que con la voluntad de hostigar y humillar a los voluntarios que se encontraban y conocida la simbología de la carpa entraron gritando "putas españolas, fuera de aquí, os vamos a matar, putos españoles de mierda, perras españolas, iros a vuestro país hijos de puta, destrozando la carpa propinando patadas y con la intención de menoscabar la integridad física y de humillar por sus ideas a las víctimas les dieron patadas y empujones con el resultado que consta en los propios hechos probados todo lo cual fue grabado y colgado en Internet.

En cuarto lugar, la acción desplegada no terminó con ese primer ataque, sino que uno de los acusados volvió contra las víctimas:

⁵²⁶ En los hechos probados se hizo constar que los recurrentes:

[...] han pertenecido y pertenecen al denominado grupo "desperdicis". Este grupo está calificado policialmente como radical violento y fue fundado en 2007 por personas relacionadas con el movimiento red skin del barrio de Sant Andreu de Barcelona siendo que sus miembros y simpatizantes, además de sus ideas radicales, comparten la pasión por el fútbol. Este grupo se integra en la grada de animación del club de fútbol Unión deportiva Sant Andreu, definiéndose como "grada antifascista" donde están representadas ideologías como: el independentismo revolucionario, el socialismo, el comunismo y el anarquismo. Como grupo no asisten a ningún acto relacionado con la extrema izquierda ni muestran su simbología salvo en el campo de fútbol donde juegue el Sant Andreu, si bien algunos de sus miembros y a título individual han dado soporte a diferentes vertientes políticas, destacando las realizadas por la "Plataforma antifascista de Barcelona" la cual ha realizado ataques a colectivos calificados de "españolistas" en algunas celebraciones como, entre otras, las del Día de la Hispanidad en Barcelona, donde la "Plataforma antifascista" convoca actos en contra de esta celebración. [...].

Más tarde también Claudio insistió en la misma actuación insultando a los que ahí estaban presentes y señalándoles fuera la bandera española, puta España, puta de mierda no tenéis que estar aquí putos españoles eres una cerda española, e hija de puta, e iremos a por vosotras y os mataremos; todo ello con cara de audio y haciendo el gesto de cortarle el cuello.

- **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, antigitanos 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, aporofobia, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

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.

- **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.

B.10.- La STS (Sección 1ª) nº 488/2022, de 19 de mayo, FD III

Como hemos visto *supra* en esta sentencia se condenó por difundir el discurso del odio a través de la red social *Facebook*. La defensa consideró que dichas manifestaciones tan solo llegaron a unas 13 ó 14 personas; es decir, no alcanzó a un elevado número de personas. Sin embargo, el TS ponderó otras circunstancias, que se consideraron probadas en el juicio histórico de la sentencia combatida. En concreto, atendió al número de perfiles creados, su uso prolongado en el tiempo, la cifra de seguidores, la vocación de permanencia y al carácter transnacional de *Internet*. En sus palabras:

El acusado creó tres perfiles de Facebook y su utilización se prolongó durante los años 2017 a los primeros días de 2019. La defensa subraya que sólo eran entre 13 y 14 seguidores, pero la Audiencia Provincial -inferencia avalada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia- puntualiza que contaba con 540 o 550 «amigos». Es un hecho notorio que la condición de «seguidor» o «amigo» en una página de Facebook no puede identificarse, ni mucho menos, con el de aquella persona que ha tenido acceso al mensaje de odio. Tres páginas de Facebook activadas durante el tiempo en el que el acusado se valió de ellas para difundir sus mensajes, que cuenta con más de una docena de seguidores y más de medio millar de amigos, colma las exigencias del tipo, que no exige una cuantificación pericial del impacto en la red que los mensajes pudieron haber tenido.

Es cierto que la extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios. Quien hoy incita a la violencia en

una red social sabe que su mensaje se incorpora a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad. Además, carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión. Los modelos comunicativos clásicos implicaban una limitación en los efectos nocivos de todo delito que hoy, sin embargo, está ausente. Este dato, ligado al inevitable recorrido transnacional de esos mensajes, ha de ser tenido en cuenta en el momento de ponderar el impacto de los enunciados y mensajes que han de ser sometidos a valoración jurídico-penal (cfr. STS 4/2017, 18 de enero).

B.11.- STS nº 72/2018, de 9 de febrero, FD único

El TS confirmó la aplicación del tipo agravado por utilizar la red social *Twitter* para difundir el discurso del odio contra mujeres víctimas de violencia de género:

es obvio que tales expresiones se vierten a través de la red social cuyos contenidos se encuentran en Internet, por lo tanto, son de aplicación las respectivas agravaciones previstas en el articulado que invoca. La fundamentación de la agravación radica en la proyección, buscada por el autor, del mensaje que se emite.

Consecuentemente procede, con estimación del recurso formalizado por Miguel, absolver al acusado del delito de enaltecimiento del terrorismo, manteniendo la condena por el delito de incitación al odio, el cual, con estimación del recurso puesto por el Ministerio fiscal declaramos la concurrencia del apartado tres del artículo 510 por llevarlo a cabo a través de Internet.

• 510.4⁵²⁷

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.

• 510.5

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.

La interpretación de este precepto no ha generado discrepancias: su carácter imperativo ha supuesto su aplicación sistemática en todos los casos⁵²⁸.

• 510.6

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

⁵²⁷ En el momento de depósito de la tesis no constan interpretaciones jurisprudenciales acerca de su aplicación.

⁵²⁸ Como supuestos más recientes, entre otros, la SAP de Valencia (Sección 3ª) nº 366/2022 de 27 de junio, dictada por conformidad: se impusieron cinco años de inhabilitación especial para profesión u oficio educativo en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre.

Los hechos probados consistieron en diferentes publicaciones a través de distintos perfiles de la red social de *Facebook* constitutivos de discurso de odio contra: el judaísmo, el colectivo *LGTBI*, los chiitas, el cristianismo, y contra España.

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.

El carácter categórico de la disposición ha supuesto su aplicación constante⁵²⁹.

6.4.3.6- Casos paradigmáticos de supuestos excluidos

A. Insultos entre aspirantes a elecciones

- **SAP de Cáceres (Sección 2ª) nº 250/2021, de 30 de septiembre, FD III**

La AP de Cáceres confirmó la absolución en un caso en el que se investigaron las expresiones vertidas entre los candidatos, tras el recuento de votos de unos comicios electorales. En concreto, los investigados se dirigieron a otros aspirantes de etnia gitana y les gritaron «gitanos de mierda, que habéis venido aquí a ocupar el pueblo, a ver si creéis que vais a ganar las elecciones, gitanos de mierda».

La sala valoró que las expresiones objetivamente sí eran propiamente *discurso de odio* dirigido hacia una determinada etnia. Sin embargo, consideró que no concurrió el elemento subjetivo del tipo en atención a las concretas circunstancias —«nos encontramos en un supuesto de "situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar⁵³⁰»—.

B. Mensajes de odio contra pensamientos políticos

- **ATS (Sección 1ª) causa especial nº 20430/2021, de 10 de enero, FD II**

⁵²⁹ Entre otras, la SAP Barcelona (Sección 8ª) nº 99/2020, de 3 de marzo (antes citada), acordó conforme a este precepto en relación con los arts. 127 y ss. Cp. y arts. 8 y 11 de la Ley 34/2002, de 11 julio reguladora de los Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, el comiso y destino legal de contenidos concretos de *YouTube*, *Facebook*, *Blog spot* y *Twitter*.

⁵³⁰ El contexto según los hechos probados fue:

[...] estamos en la noche electoral; la acusada, esposa de uno de los candidatos a la Alcaldía, actúa (así se declara probado) "presa de un importante estado de agitación nerviosa y de la ira, y en el seno de un clima general de acaloramiento y exaltación colectivo de los ánimos entre distintos convecinos por lo ajustado del resultado electoral entre las opciones políticas en liza", dirigiéndose a Laura, a su marido Sebastián, candidato rival "a voz en grito, mas siempre de forma directa a individualizada a los tres" con las indicadas expresiones "gitanos de mierda, que habéis venido aquí a ocupar el pueblo, a ver si creéis que vais a ganar las elecciones, gitanos de mierda".

El TS confirmó la inadmisión de una querrela contra una ministra del Gobierno que había llamado nazi al partido político VOX en el transcurso de las elecciones a la Asamblea de Madrid en 2021⁵³¹. El TS se basó principalmente en dos aspectos, por un lado, en la calificación jurídica de la expresión y, por otro lado, en atención al sujeto pasivo en los delitos del odio. De suerte que, la expresión más que calificable de discurso de odio era subsumible en un insulto:

El discurso del odio, para que sea delictivo, se dirige frente a determinados colectivos sociales que son de esta forma vilipendiados, cosificados, vejados y sujetos a un riesgo, al menos potencial, de agresión física, pretendiéndose en muchos casos su desaparición o erradicación. De ahí la gravedad del delito y su justificación como un tipo penal de indudable impacto social y de soporte jurídico para luchar contra este tipo de comportamientos, porque son la antesala de la agresión, la destrucción o, como hemos dicho, la erradicación del colectivo.

Pero en el caso sometido a nuestra consideración, estamos más bien ante un insulto, desde luego conducta reprochable e impropia para el mantenimiento de las relaciones que deben presidir la confrontación dialéctica concurrente en cualquier debate público, que se integra más bien por un rechazable e inapropiado comportamiento de descalificación del adversario, pero sin que pueda generar el delito de odio tipificado en el art. 510 del Código Penal.

Por otro lado, el TS consideró que los partidos políticos no son sujeto pasivo del delito de odio:

El delito de odio protege de tales injustos ataques y riesgos inherentes a los mismos, a esas minorías sociales, citadas en el texto del precepto comentado, pero no a otros colectivos, como es el caso de los partidos políticos, cuyo acomodo más natural se residencia en los delitos contra el honor, siempre que concurran sus requisitos.

- **ATS (Sección 1ª) nº 10452/2020 de 16 de noviembre, FD IV**

El TS archivó la querrela interpuesta contra un miembro del partido político VOX, quien en el transcurso de una tertulia televisada (a propósito de la exhumación de los restos de Franco del Valle de los Caídos) se pronunció acerca de la memoria histórica y *las 13 rosas*⁵³² en los siguientes términos:

"- Pedro (nombre ficticio dado al querrellado): *"Si hablamos de memoria histórica, hablemos de toda la memoria histórica, no solo de una parte. Contemos a las generaciones actuales y a las futuras todo lo que ocurrió en esa guerra, para que nunca vuelva a ocurrir*

- ENTREVISTADOR: *Está documentado en todos los libros de historia*

- Pedro: *"No, no, ¿A que Vd. ha visto pocos reportajes?, seguramente ha visto pocos reportajes hablando de las checas de Madrid, por ejemplo.*

- ENTREVISTADOR: *Bueno, unos cuantos hay*

⁵³¹ <https://elpais.com/espana/2021-09-08/el-supremo-archiva-una-querrela-de-vox-contr-la-ministra-ione-belarra-por-llamarles-nazis-a-cara-descubierta.html> (consultado el 14-8-2022)

⁵³² <https://elpais.com/espana/2020-11-26/el-supremo-no-ve-delito-en-las-afirmaciones-de-ortega-smith-sobre-las-trece-rosas-y-archiva-el-caso.html> (consultado el 14-8-2022).

- Pedro: *¿Sabe Vd. las torturas que se hacían en las checas? ¿sabe Vd. cómo se ha mentido en la historia hablando de algunas de las que llamaban las trece rosas que resulta que lo que hacían era torturar, violar y asesinar vilmente... ?*

- ENTREVISTADOR: *¿Las trece rosas violaron?*

- Pedro: *SÍ, sí, cometieron crímenes brutales en las checas."*

La base de la decisión del TS para archivar fue, por un lado, el principio de proporcionalidad en el uso del derecho penal; y, de otro lado, la inexistencia de riesgo en las manifestaciones realizadas. En cuanto al principio de proporcionalidad, el TS consideró que un uso excesivo del derecho penal puede suponer una limitación en la libertad de expresión: «no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático».

Respecto de la inexistencia de peligro, el TS atendió de una parte al tiempo transcurrido en relación a los hechos a que hizo referencia el querellado (más de 80 años) y que al final de su intervención introdujo unas matizaciones que el TS consideró conciliadoras:

"¿ Sabe Vd. lo que ocurre? Al final una guerra es una situación terrorífica en la que se pierde cualquier concepto de justicia y se prima la fuerza cuando se comete este, esta situación en un país, lo que hay que hacer, lo que hay que hacer es buscar la fraternidad, curar heridas e intentar evitar que las generaciones futuras vuelvan a (sentir). Hay jóvenes que no han conocido la guerra..."

• **Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 276/2021, de 13 de octubre, FD IV y V**

El TSJ de Valencia confirmó la absolución en un caso en el que se investigaron los comentarios realizados a través de *Facebook* con carácter *anticomunista*⁵³³. En primera instancia, la

⁵³³ Los hechos probados atribuidos al acusado en la red social de *Facebook* fueron:

[...]" Justiniano , me cago en ti y tú comunismo, chavista de mierda, proasesino de tu pueblo de querer que tu pueblo pase miserias, repito me cago en ti y en tu comunmierdas hijo de perra".

Dicho mensaje provocó que otros seguidores de la cuenta de Justiniano contestaran a dicho mensaje en términos recriminatorios. Así, el usuario de la red social *Facebook* que se identifica como Raúl, le contestó "habla cuando tus palabras sean mejor que tú silencio y visto lo visto por el bien del planeta para decir esos argumentos mantén la boca cerradita y deja que la gente no vea lo inepto que eres y podrías disimularlo, a le que le den..."

Tras dicho mensaje, Leopoldo publicó otro en la cuenta de Justiniano, con el siguiente contenido literal: "Pero pedazo de idiota podemierdas me cago en ti y en tu comunismo tu ladras mierda y yo te digo lo que hay, eres un idiota que está a favor de matar a tu pueblo como el inmaduro, que bueno fue don Francisco con vuestros abuelos ARRIBA ESPAÑA hijos de la gran puta, os ganamos en dos guerras civiles y os volveríamos a ganar panolis de mierda y repito ARRIBA ESPAÑA HIJOS DE LA GRAN PUTA".

Dicho mensaje encontró respuesta en el usuario de la red social identificado como Jose Miguel , que publicó en la cuenta de Justiniano un mensaje con el siguiente texto: "Leopoldo, me parece que tu comentario es repugnante, y faltas al respeto insultando no a una persona, sino a muchas más. Con esa actitud excluyente seguro que te buscas problemas".

Leopoldo publicó entonces el siguiente mensaje: "El único problema és eliminar mierda comunista como vosotros me cago en vuestra madre que bueno fue don Francisco Franco con vuestros abuelos joder".

absolución se fundamentó en que dichos mensajes no tuvieron repercusión «para colaborar en la creación de un estado de opinión agresivo contra personas que compartieran la ideología comunista».

El TSJ explicó que al tratarse de un recurso contra una sentencia absolutoria debía respetar los hechos probados —sin poder realizar nuevas valoraciones probatorias—. No obstante, si coincidió en que hubo un

absoluto desbordamiento del derecho a la libertad de expresión que tiene lugar con tal tipo de mensajes (con expresiones que en los sucesivos mensajes van incrementando en su intensidad) con un contenido plenamente rechazable en un Estado democrático de Derecho, y que se revelan como justificativas del proceso judicial y enjuiciamiento realizado, conllevando no sólo su absoluta falta de respeto a personas que tienen otra ideología sino que denotan una desproporcionada y rechazable exclusión del discrepante político, e, inclusive, en los aumentos de intensidad de los mensajes cuando son contestados, hacen referencia a la eliminación del mismo ("eliminar mierda comunista", "que bueno fue don Francisco Franco con vuestros abuelos joder", "Regelios de mierda al paredón, que blando fue don Francisco Franco con vuestros abuelos").

C. Fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado

- **SAP Teruel (Sección 1ª) nº 32/2020 de 18 de junio, FD IV**

En el caso enjuiciado se valoraron las expresiones vertidas por diferentes usuarios en las redes sociales con motivo del asesinato de dos agentes del Cuerpo de la Guardia Civil⁵³⁴.

Contestó en la cuenta de Justiniano el identificado como Jose Miguel, con frases tales como "Ensalzas a Franco diciendo que fué bueno con nuestros abuelos (¿??), como si tú fueses nacional de pura cepa y sin tacha. Estás orgulloso de lo que hizo tu familia durante una guerra civil. Eso te retrata.- Dices que no (¿??) habéis ganado en dos guerras civiles....¿Quién ha ganado a quién?. ¿A quién has ganado tú?. (Aparte de tu aplastante derrota sobre el sentido común). Digo más, ¿QUÉ DOS GUERRAS CIVILES? aunque una cosa tienes razón: las sabandijas y los besaculos han ganado todas las guerras de este país, porque siempre acaban mamando de la polla del vencedor.- Una cosa que voy a alabar de tu intervención es tu habilidad para combinar palabras, como sociomierdas. Muy buena. Yo también voy a probar: montacargas, sacapuntas, fachirrancio, besabanderas...". Posteriormente, Leopoldo, en la cuenta de Justiniano, publicó los siguientes mensajes: "Regelios de mierda al paredón, que blando fue don Francisco Franco con vuestros abuelos ARRIBA ESPAÑA cabrones comunistas". "Podemierdas os daba p'al pelo cabrones chavistas podemierdas".

⁵³⁴ Se consideraron como hechos probados los siguientes:

(Los acusados) tras conocer la noticia del brutal asesinato en la provincia de Teruel de dos agentes de la Guardia Civil mientras se encontraban realizando las funciones propias de su cargo suscribieron en las redes sociales Twitter y Facebook los siguientes comentarios:

Belinda, Usuario"@ DIRECCION000, Link: cuenta ilimitada, a las 21,34 horas del día 14 de diciembre de 2017: "Mata a un nazi en Zaragoza y a dos guardias civiles en Teruel... si es que últimamente todos son buenas noticias en Aragón". De inmediato consignó otro diciendo: "Espero no ir a la cárcel por esto". Debido a los mensajes de recriminación remitidos por otros usuarios de la red, a las 22,30 horas la acusada privatizó su cuenta y a las 9:30 horas del día 15 de diciembre vuelve a hacer público su perfil para emitir un Tweet de disculpa.

Primitivo, Usuario@ DIRECCION001, Link: https://twitter.com/ NUM000, El contenido del mensaje traducido del catalán: "Pues que hubieran estudiado, en vez de alistarse en un cuerpo militar de matón y ablanda abuelas. Siento el trance de la familia, pero es el mismo trance de la familia de cualquier heroinómano de los 80. Ellos han elegido el camino que querían".

La AP consideró que la policía no puede ser sujeto pasivo/víctima de los delitos de odio; ya que no forma parte de los colectivos protegidos por el precepto penal —sin perjuicio de poder incardinarse en otros tipos penales—. El razonamiento jurídico fue del siguiente tenor literal:

Pero no cualquier colectivo o grupo social de personas puede ser víctima de este delito, que por su propia definición típica solo puede referirse a aquellos que puedan considerarse vulnerables y se identifiquen como tales por razón de alguna condición personal o social. El discurso de odio u hostilidad contra la autoridad o contra los agentes de la misma no puede ser sancionado conforme al artículo 510 del Código Penal, sin perjuicio de las consecuencias penales previstas para aquellas expresiones y conductas llevadas a cabo contra ellos por razón o con ocasión del ejercicio de sus funciones que puedan ser constitutivas de la proposición para delinquir o de la provocación para la comisión de un delito o de apología del mismo, en los casos especialmente previstos en la ley, entre los cuales se encuentran las referidas a los atentados y la resistencia grave a agentes de la autoridad (art. 553); o que, en su caso, puedan ser calificadas de injurias y amenazas graves a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, este último delito previsto y penado en el artículo 504.2 Código Penal que será estudiado en el siguiente fundamento jurídico de la presente resolución por cuanto también ha sido objeto de acusación.

En este contexto, la sentencia objeto de recurso debe ser confirmada en este punto por cuanto considera atípica la conducta de los acusados porque las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no son el grupo o parte del grupo objeto de protección en este precepto penal según ha determinado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su sentencia 89/2018. Y ello se comprende fácilmente al valorar el contenido de los derechos fundamentales y el carácter estricto que a sus limitaciones impone la Constitución. Por más amplio que se quiera interpretar el concepto de grupo protegido, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no poseen las condiciones de vulnerabilidad previstas por razón del principio de igualdad y no discriminación.

Éste no está trazado en función de las instituciones y poderes del Estado, sino de los ciudadanos y grupos de ciudadanos, grupos que se identifican desde los principios del pluralismo político, ideológico y religioso. Por ello, no es concebible que las referidas instituciones del Estado, formando parte del poder ejecutivo, puedan considerarse un grupo comprendido en el marco de protección de la norma [...]

D. Colectivo taurino

• Juzgado de lo Penal nº 1 de Segovia, en su sentencia nº 419/2019 de 15 de noviembre, FD II y III

Adela Usuario DIRECCION002. Link: <https://www.facebook.com/permalink.php?story>. El comentario, al hilo del confeccionado por la Sra. Belinda, con fecha 14 de diciembre escribió: "estoy de acuerdo con esta muchacha, últimamente son buenas noticias de policías muertos y guardia civil, y ver como los matan o se quitan la vida puff..." para añadir a continuación: "ya os dejo mi número de teléfono NUM001 por si queréis venir a detenerme o denunciarme, me cago en la memoria de estos perros bastardos y tengo antecedentes perras que me alegro de estas putas".

Este perfil fue eliminado durante la noche del 16 de diciembre de 2017, meses más tarde, en concreto en el mes de mayo de 2018, desde un perfil de Facebook con usuario "David" se publicó lo siguiente: "Odio tanto a la policía que ojalá un día los hiyadistas tiren una bomba en una comisaría y ver el sufrimiento de las víctimas..." "últimamente son buenas noticias guardias civiles muertos me burlo de la memoria de los guardias civiles "perros malditos".

La acusada Adoracion, mayor de edad y sin antecedentes penales, Usuario@DIRECCION003, Link: cuenta protegida, escribió en la red social Twitter, en un hilo iniciado por la noticia del luctuoso suceso de referencia, la palabra "karma" en respuesta a DIRECCION004 [...].

La sentencia consideró atípica la conducta consistente en publicar en la red social de *Facebook* comentarios en los que a raíz de la muerte de un torero arremetió contra el mismo y contra el colectivo taurino⁵³⁵. La *ratio decidendi* de la absolución fue el principio de legalidad⁵³⁶: «los entes

⁵³⁵ La noticia puede leerse en: <https://www.rtve.es/noticias/20160709/muere-torero-victor-barrio-tras-recibir-cornada-plaza-teruel/1368960.shtml> (consultado el 14-8-2022).

La sentencia declaró probado que el acusado publicó en la red social de *Facebook*:

tras el triste fallecimiento del torero Iván, con fecha de 10 de julio de 2016, había colgado a través de su perfil de Facebook, con gran difusión pública, el siguiente mensaje "MUERE UN TAL Iván DE PROFESIÓN ASESINO DE TOROS EN TERUEL (EN SU CASA LO CONOCERÍAN A LA HORA DE LA SIESTA) YO QUE SOY UN CIUDADANO MUY "EDUCADO" HASTA EL PUNTO DE SER MAESTRO ME ALEGRO MUCHO DE SU MUERTE, LO ÚNICO QUE LAMENTO ES QUE DE LA MISMA CORNADA NO HAYAN MUERTO LOS HIJOS DE PUTA QUE LO ENGENDRARON Y TODA SU PARENTELA, ESTO QUE DIGO LO RATIFICO EN CUALQUIER LUGAR O JUICIO. HOY ES UN DÍA ALEGRE PARA LA HUMANIDAD. BAILAREMOS SOBRE SU TUMBA Y NOS MEAREMOS EN LAS CORONAS DE FLORES QUE TE PONGAN ¡¡CABRÓN!!"

Asimismo, se consideró probado que el acusado hizo otra publicación con anterioridad:

También se denuncia que con fecha de 22 de mayo de 2014 en su perfil de la red social Facebook, redactó un epíteto a modo de "poesía" bajo el título "Toreros Tuertos" al torero Juan José Padilla, tras recibir la cornada en la que perdió el ojo izquierdo, en los siguientes términos "AHORA ADEMÁS DE GILIUERTAD Y TORERO PRESUMES DE SER TUERTO Y CORNEADO, MÁS CORNADAS DABA EL HAMBRE, PERO TÚ VAS MERECIENDO SERIAMENTE RECIBIR OTRAS CUARENTA. ADEMÁS DE SER DE ESE TIPO DE TONTO AL QUE NO DAN NI SIQUIERA CAPIROTE. NO TE ALCANZA EL INTELLECTO PARA TANTO EL OJITO DE CRISTAL SO GELIPOYAS. PREFIERES AMENAZARNOS CON EL PARCHE CONTINUAS CON LA MUERTE POR MONTERA Y PERSISTES EN MATAR SERES INDEFENSOS. QUE ERES UN ANALFABETO FUNCIONAL SE DISTINGUE A CUATRO LEGUAS QUE TE COMPRA LOS GAYUMBOS TU MAMA QUE TE LIMPIAS MAL EL CULO CUANDO CAGAS PORQUE ERES ALGO TORPE CON EL ORTO. CONTINÚA AVERGONZANDO A TU FAMILIA DESTROZAS EL AMBIENTE CON TU PRESENCIA TENEMOS QUE CONTENERNOS SERIAMENTE PARA NO SACARTE EL OJO QUE TE QUEDA Y ACABAR CON LA MASACRE DE TENER QUE SOPORTARTE. LUEGO HARÍAMOS UNA FIESTAV DE CAGARNOS EN TU CAPOTE COLORADO CON LA PUNTA DE LA MONTERA TRATARÍAMOS DE EVITAR UNA EMORRAGIA METIÉNDOLA EN LA CUENCA, NO VAYA A SER QUE TE MUERAS. DE MOMNETO VES PASEANDO CON EL PARCHE YA QUE ERES TAN MACHOTE Y PELUDITO Y SI NO TIENES BASTANTE CON LOS TOROS QUE ASESINAS LE METES UN ESTOQUE POR EL OJETE A LA PUTA DE TU MADRE [...].

⁵³⁶ El tenor literal de la fundamentación jurídica fue:

ATIPICIDAD POR FALTA DE PREVISIÓN LEGISLATIVA DE LA CONDUCTA OBJETO DE ENJUICIAMIENTO. El aforismo en latín "Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege" ("Ningún delito, ninguna pena sin ley previa") se utiliza en Derecho penal para expresar el principio de que, para que una conducta sea calificada como delito, debe estar establecida como tal y con anterioridad a la realización de esa conducta por el legislador. No cabe sancionar si la conducta analizada no se acomoda literalmente a lo que el legislador ha marcado como delito. Es el legislador, depositario de la soberanía popular (art.1.2 de la CE) el que señala que conducta resulta perseguible y cual no y lo hace de un modo muy restrictivo no pudiendo el juez extralimitarse en sus competencias y crear nuevos delitos basado en conductas paralelas o semejantes, debemos recordar que dicha actividad suplantadora, que soslaya el principio de separación de poderes, no solo se encuentra prohibida sino incluso puede llegar a ser penalizada (art.446 o 447 del CP). Es el legislador no el juez que nos indica cuando hay delito y cuando no, y quien está protegido por el delito y quién no. En nuestra Constitución el principio de legalidad (art.9.1. y 3 de la Carta Magna) tiene un enfoque específico en el área de la defensa de los denominados derechos fundamentales de primera línea de protección, (Sección 1ª del Capítulo III del Título I de la Norma Normarum) en el apartado 1º del artículo 25 proclama como derecho fundamental el principio de legalidad penal configurándolo como una garantía para los ciudadanos. Implica la denominada "lex certa" se traduce en el principio de tipicidad, estricto en el ámbito penal (artículos 10 y 12 del Código Penal) concretado como principio de taxatividad. Ello significa que las exigencias de seguridad jurídica reclaman una determinación exacta de los actos y omisiones punibles y de las sanciones que dicha comisión acarrea. La ya referenciada lex certa (ley cierta) implica que el supuesto de hecho ha de hallarse estrictamente delimitado y ajustado al caso concreto analizado, tal y como exige la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, desde la STC 62/1982, de 15 de octubre, a la STC 13/2003, de 28 de enero. Este es el problema del presente caso donde el supuesto de hecho invocado por sendas acusaciones no encaja dentro del tipo penal invocado, lo que nos reconduce a la absolución.

subjetivos protegidos (por los delitos de odio) son los mismos y no incluyen al gremio de la tauromaquia como ya apuntamos dentro de los denominados grupos diana señalados expresamente por el legislador, no pudiendo extrapolarse e incorporar este grupo».

- **Juzgado de lo Penal nº 2 de Valencia nº 42/2019, de 19 de septiembre, FD I**

Esta sentencia resolvió en el mismo sentido que la anterior en relación a comentarios contra un niño que padecía cáncer y quería ser torero⁵³⁷. Si bien la *ratio decidendi* fue que las expresiones no tuvieron la gravedad suficiente para lesionar la dignidad:

[...] sin que pese al palmario mal gusto, alcancen la gravedad suficiente para considerar que las mismas puedan tener repercusión penal, sin perjuicio que, por ese ataque al honor y por los perjuicios que haya sufrido la familia, la normativa de naturaleza civil ampare y tutele los derechos de la persona que se siente ofendida.

E. Acciones feministas contra la religión cristiana

- **Juzgado de lo Penal nº 10 de Sevilla nº 448/2019 de 9 de octubre, FD III**

Conforme a la sentencia, de igual modo, no tienen encaje en los delitos de odio respecto de acciones feministas en contra de la religión cristiana con independencia de la repercusión que dichos hechos pudieran tener en los medios sociales⁵³⁸:

⁵³⁷ <https://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/2019/09/20/5d850004fdddff70848b45bd.html> (consultado el 22-8-2022)

Se declaró probado que los acusados —tras la celebración el día 8-1-2016 de un *festival benéfico de torero* en Valencia para recaudar fondos para un niño enfermo de cáncer y aficionado a los toros—subieron a las redes sociales los siguientes comentarios:

[...] el encausado Porfirio, el día 8 de octubre de 2016 sobre las 21:26 horas, publicó en twitter, a través de su cuenta de usuario: @ DIRECCION008 e identificándose con el Nick: DIRECCION009, el siguiente tuit: "Que gasto más innecesario se está haciendo con la recuperación de Javier, el niño este que tiene DIRECCION006, quiere ser torero y cortar orejas. No lo digo por su vida, que me importa 2 cojones, lo digo porque probablemente ese ser esté siendo tratado en la sanidad pública, con mi dinero. Pero bueno chic@s, esto es la misma mierda de siempre, no merece la pena ni hablar, escribir...Sólo un gobierno futuro solucionará esto"

La encausada Estibaliz, el día 9 de octubre de 2016, publicó en facebook, utilizando el Nick Estibaliz el siguiente tuit: "Que qué opino? Yo no voy a ser políticamente correcta. Qué va. Que se muera, que se muera ya. Un niño enfermo que quiere curarse para matar a herbívoros inocentes y sanos que también quieren vivir. Anda yaaaaa! Javier, vas a rnorir"

El encausado Pedro, el día 10 de octubre de 216, publicó en twitter, a través de su cuenta, de usuario @ DIRECCION012 y utilizando el Nick DIRECCION013, el siguiente tuit: "Patético es que defendáis a un niño que prefiere matar a un animal, ojalá el Javier mate a vuestra madre y se muera" Los encausados realizaron dichas afirmaciones, a sabiendas de que Javier, era un menor de edad, se, encontraba enfermo de DIRECCION006 y era un gran aficionado a los toros [...]

⁵³⁸ https://elpais.com/politica/2019/10/03/actualidad/1570091358_434950.html (consultado el 14-8-2022).

Se trata del caso de la manifestación del *coño insumiso*, en el que se consideró probado que las acusadas:

[...] El citado precepto castiga el hecho de fomentar y promover o incitar directa o indirectamente al odio y ello no ocurre en el presente caso por la sencilla razón que durante la celebración de la profesión del coño insumiso no se efectuaron por parte de las acusadas arengas ni proclamas de este tipo y es más, la realidad de pensamiento existente en la sociedad antes y después de dicha procesión fue exactamente la misma. El hecho de que tuviera repercusión en medios sociales la citada procesión, se quedó en lo anecdótico pues aquellos que estaban satisfechos con el "trabajo" realizado ya tenían el pensamiento formado y aquellos otros que se enteraron en ese momento o incluso después tampoco consta que haya modificado sus ideas hacia la religión católica. Sí hay que reconocer en este punto que la acusación particular puso de manifiesto una realidad, y es el hecho de que las acusadas defienden a las mujeres, a las cuales deberían defender en su totalidad y sin ningún tipo de exclusión y sin embargo, en el largo listado que ofrecen dentro de sus documentos internos y del que dio lectura la acusación particular vía informe, no aparecen las católicas o cristianas y sí por ejemplo las que profesan otras religiones en las que el papel de la mujer, como mínimo, puede estar cuestionado. Quizás este tipo de colectivos conoce cuál es la realidad del sentimiento cristiano, basado esencialmente en el perdón a diferencia de otras religiones en las que las consecuencias por realizar actos atentatorios contra la libertad religiosa de esa concreta religión serían muchísimo peores, y por ello la religión cristiana es un blanco fácil [...].

[...] participaron con ocasión de la manifestación realizada en Sevilla el día 1 de mayo de 2014 y en compañía de otras personas que no han sido identificadas, dentro de la convocatoria de lo que se llamó "aquelarre feminista", en la exhibición pública por las calles del centro de Sevilla (el itinerario comenzó a las 11:00 horas en la plaza del pumarejo) de una vagina de látex de grandes dimensiones que portaban en andas, bajo el nombre de "procesión de la anarcofradía del santísimo coño insumiso y el santo entierro de los derechos socio-laborales" y con la que pretendían efectuar reivindicaciones de tipo sociales, laborales y feministas. Dicha estructura estaba acompañada de ornamentos que usualmente distinguen a las imágenes de representación de la Virgen María en los pasos que se procesionan en la Semana Santa, estando adornada por un manto similar a los que normalmente se usan, portando flores en la base y estando vestida las portadoras del mismo, bien con los capirote que suelen usar los nazarenos pero al modo y manera que lo hacen los penitentes, bien, con la mantilla que durante el Jueves Santo gustan de vestir las mujeres que acompañan ese día señalado a las Sagradas imágenes. Además, durante la procesión y utilizando un megáfono se efectuaron varias proclamas entre las cuales se incluyen "la Virgen María también abortaría", expresión que profirió en concreto la señora María Antonieta o "vamos a quemar la conferencia episcopal", expresión que no se puede imputar a persona determinada. Igualmente durante el recorrido de la procesión se leyó un texto del siguiente tenor literal "creo en mi coño todopoderoso, creador del cielo y de la tierra, creo en mi orgasmo, mi única norma, nuestro placer, que fue concebido por obra y gracia de mis pulsiones sexuales, nació de mi decisión libre, padeció bajo el poder del terrorismo machista, fue condenado, quemado e invisibilizado, descendió a los infiernos, con el pasar de los siglos resucitó de entre las represalias y subió a los cielos, está localizado en la parte superior de mi vulva y desde allí viene a proporcionarme placer, mientras esté viva y hasta que muera, creo en mi útero sagrado, me lo suda la Santa Iglesia Católica, creo en el bukake de los santos, el pendón desorejado, la eyaculación de la carne y la corrida eterna. Himen". En similares términos se reprodujo durante la procesión otro texto del siguiente tenor literal "Dios te salve vagina, llena eres de gracia, el coño es contigo, bendita tú eres entre todas nuestras partes y bendito es el fruto de tu sexo, el clitoris. Santa vagina, madre de todos, ruega por nosotras liberadas, ahora y en la hora de nuestro orgasmo. Himen". Y por último "ni en el nombre del padre, ni del hijo, sino de nuestro santísimo coño". Ninguna de estas expresiones proferidas durante la manifestación, se puede atribuir a persona determinada. La mencionada procesión, además de recorrer calles de gran afluencia del centro de Sevilla, pasó durante su itinerario desde la plaza del pumarejo hasta encontrarse con la manifestación convocada por la festividad del 1º de mayo, por delante de varias iglesias, fue grabada en video y fue difundida en diversas páginas web. En concreto la procesión recorrió las calles San Luis, arrayán, feria, resolana, arco de la Macarena, andueza, San Juan de Ribera y doctor Fedriani y a la altura del hospital universitario Virgen Macarena se unió a la manifestación convocada por el 1º de mayo, prosiguiendo ambas manifestaciones juntas en el itinerario previsto por la calle San Juan de Ribera, calle parlamento de Andalucía, calle resolana, calle feria y calle relator, finalizando en la Alameda de Hércules. Al pasar por la Iglesia de la Macarena, se encontraba en la puerta una representación de la Hermandad De Nuestra Señora Del Mar De Isla Cristina, sin que dicho encuentro hubiese sido previamente previsto por la manifestación y sin que existieran confrontaciones o insultos dirigidos a aquellos. En estas fechas existía un intenso debate social sobre el contenido del proyecto sobre la reforma de la regulación del aborto que, impulsado por el Ministerio de Justicia bajo la denominación Ley de Salud Sexual y Reproductiva e Interrupción Voluntaria del Embarazo, se encontraba en ese momento sometido a la fase de informe del Consejo General del Poder Judicial, no habiendo sido todavía emitido [...].

F. Por falta de prueba de los elementos del tipo

B.12.- STS (Sección 1ª) nº 155/2022 de 22 de febrero, FD III

El TS desestimó la concurrencia de la circunstancia agravante del art. 22.4 CP. de actuación por motivación ideológica⁵³⁹. Los hechos consistieron en un asesinato acaecido en 2017 en un bar de la ciudad de Zaragoza, y se desencadenaron cuando un amigo del recurrente le contó que la víctima «era de extrema derecha o neonazi y que en ocasiones llevaba tirantes con los colores de la bandera española». A partir de ahí, el TS distinguió dos momentos, el primero cuando el acusado fue hacia la víctima y le dijo *facha y fascista, y que ese era un barrio antifascista, que no querían nazis en el barrio, y que no era bienvenido*. Y un segundo momento, tras encontrarse fuera del establecimiento, de modo que no se sabe de qué discutieron en esa ocasión —previa al fatal desenlace—, con lo cual el TS consideró que no estaba acreditada la concurrencia de dicha agravante:

en un momento posterior sitúa a los intervinientes en otro escenario, esta segunda no aparece sujeta a la ideología, sino que ambos "mantuvieron un encuentro fuera del establecimiento y Paulino se volvió a meter hacia el fondo del bar". Ese segundo momento tiene un contenido que se ignora, no se sabe de qué hablaron y de qué discutieron en el exterior, solo que fue posterior a los insultos con un contenido no precisado. Ese último hecho pudo ser el acto determinante de la posterior reacción agresiva que produjo el resultado de muerte. En este sentido el motivo se estima pues no aparece claramente determinado que el actuar lesivo para la vida, el segundo de los descritos, fuera condicionado por un comportamiento de tipo discriminatorio por la ideología de la víctima. El hecho primero, el de los insultos, sí refieren una agresión verbal por motivos ideológicos, pero el posterior puede tener otra causa, principio in dubio pro reo, ajena a la ideología y concretada en la conversación que ambos tuvieron en el exterior del bar cuyo contenido se ignora.

B.13.- STSJ Madrid nº 89/2022 de 8 de marzo de 2022, FD III

El TSJ confirmó la absolución del acusado por la publicación en el año 2019 en la red social de *Twitter* de la siguiente expresión: «El otro día me hicieron la mejor mamada de mi vida. El secreto fue que la chica uso muchas babas. alguna ventaja tenía que tener el síndrome de Down⁵⁴⁰».

La defensa argumentó que se ejerció la libertad de expresión en su vertiente artística, ya que su autor era humorista. El TSJ consideró que si bien la conducta era a todas luces reprochable no apreció «móviles discriminatorios, ni entidad para lesionar la dignidad del colectivo al que se refiere». En este sentido, destacó que se trató de un mensaje aislado; que la cuenta en la que se difundió contenía publicaciones humorísticas, y sin estar destinadas a ningún *colectivo vulnerable o diana*; y que, poco después publicó una explicación desde su punto de vista y pidió disculpas.

⁵³⁹ <https://www.elmundo.es/espana/2022/03/15/62306fd4fc6c83400a8b457e.html> (consultado el 14-8-2022).

⁵⁴⁰ <https://elpais.com/espana/madrid/2021-12-23/absuelto-el-humorista-david-suarez-hay-que-saber-distinguir-el-mal-gusto-de-lo-que-es-delito.html> (consultado el 14-8-2022).

G. Otros supuestos

- **STS nº 1023/2021 de 17 de enero de 2022**

El procedimiento que dio lugar a que el TS se pronunciase tuvo por objeto las publicaciones en la red social de *Twitter* en relación a la desgracia del menor *Julen* en el año 2019 —murió atrapado en un pozo⁵⁴¹—:

"HOY SE GUARDARÁ UN MINUTO DE SILENCIO POR David EN TODOS LOS CAMPOS DE GOLF; UN JUZGADO ABRE DILIGENCIAS EN EL CASO David . VEIS COMO NO ESTABA EN EL POZO, SINO EN UN CARRUAJE PARA VIAJEROS?; SOLUCIONES HABITACIONALES David; David , EL ESPERMATOZOIDE DE DIOS; EMBUTIDOS EL POZO PATROCINA ESTE RESCATE, EL POZO LOHA HECHO UN POZO NO? PUES VIOLENCIA MACHISTA; COMO HAS PODIDO CAER TAN BAJO, David ; SI ESMOLESTO AGUANTAR LAS OBRAS DEL VECINO, IMAGINAD LO AGOBIADO QUE TIENE QUE ESTAR David CON LAS PERFORACIONES, etc.»

Por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Madrid se acordó continuar el procedimiento por un delito contra la dignidad de las personas del art. 510 CP. y dio traslado para formular acusación. Dicha decisión fue recurrida y la AP de Madrid (Sección 29) acordó el sobreseimiento libre por considerar que los hechos no eran constitutivos de delito. Contra su decisión se interpuso recurso de casación y el TS acordó revocar el sobreseimiento y continuar el procedimiento para en el seno del juicio oral valorar la concurrencia o no de los elementos subjetivos y objetivos del delito. Lo relevante fue que lo hizo en relación a un delito contra la integridad moral del art. 173 Cp., pero no por un delito de odio que no entendió justificado⁵⁴².

No obstante, hubo un voto particular por parte del Magistrado Javier Hernández quien consideró que debió confirmarse el sobreseimiento libre al considerar que los hechos no tenían encaje penal y debió acudir a la vía civil:

8. Pues bien, en el caso, coincido plenamente con mis colegas que conforman la mayoría que el ejercicio de la libertad de expresión no puede servir de excusa para el insulto, ni tampoco convertirse en un instrumento para menoscabar la dignidad del ser humano y su propio valor como persona. También comparto, sin matices, que el contenido de los tuits redactados y divulgados por el Sr. Jose Francisco , durante el proceso de búsqueda del cuerpo del niño David y de su posterior sepelio, pese a su pretendido tono sarcástico y humorístico, patentizan, de contrario, inhumanidad e insensibilidad hacia el dolor y el sufrimiento de los familiares del niño fallecido en tan traumáticas circunstancias. Y que, por ello, pueden suponer una fuente de daño moral que podría justificar su condena al resarcimiento.

9. Pero creo que dicha obligación de reparación debería exigirse exclusivamente por la vía civil ex artículo 1902CC y L.O 1/82. Considero, como anticipaba, que los hechos no son constitutivos de delito y que su provisoria subsunción en el tipo del artículo 173.1 CP, como título de inculpación, no supera, ya en

⁵⁴¹ <https://www.rtve.es/noticias/20200113/ano-muerte-julen-tras-caer-pozo-totalan-rescate-titanico-mantuvo-vilo-espana/1995417.shtml> (consultado el 14-8-2022).

⁵⁴² De hecho la sentencia no entró a valorar la concurrencia de indicios respecto del delito de odio; sino que, analizó la estructura del delito contra la integridad moral.

este momento del proceso, la primera condición del test convencional de restricción pues creo que no hay acción típica -sin perjuicio, además, de la marcada desproporcionalidad que podría darse en caso de condena por la imposición de una pena privativa de libertad que podría llegar a los dos años de prisión-.

6.4.3.7- Síntesis de la interpretación jurisprudencial de los delitos de odio

En primer lugar, el ámbito de aplicación de los delitos de odio ha resultado difícil de determinar. El recurso al derecho penal para combatir expresiones *intolerables* ha obligado al TS a delimitar su extensión. El propio TS ha reconocido expresamente la dificultad para fijar el alcance de los delitos de odio. En este sentido, resulta muy interesante partir de lo que no persigue Cp.: no se trata de castigar los sentimientos, sino acciones; tampoco se pueden considerar delictivos los hechos simplemente porque sean *intolerables*; ni se deben castigar discursos porque no se consideren *éticos*. En palabras del TS⁵⁴³:

No es, desde luego, tarea fácil la fijación del espacio de tipicidad de un precepto como el art. 510 del CP, [...] La dificultad se deriva, no sólo de la necesidad de delimitar, en cada caso concreto, qué afirmaciones están amparadas por la libertad de expresión, sino de cuestionarse en qué medida el derecho penal puede ser utilizado como un instrumento para evitar un sentimiento que forma parte de la propia condición humana. La tendencia al odio, la aversión hacia alguien cuyo mal se desea puede definir el estado de ánimo en cualquier persona. Desde esta perspectiva, es obvio que el derecho penal no puede impedir que el ciudadano odie. El mandato imperativo ínsito en la norma penal no puede concebirse con tal elasticidad que conduzca a prohibir sentimientos.

Pero la claridad de esta idea, que ha de operar como inderogable premisa, es perfectamente compatible con la necesidad de criminalizar, no sentimientos, sino acciones ejecutadas con el filtro de esa aversión que desborda la reflexión personal para convertirse en el impulso que da vida a conductas que ponen en peligro las bases de una convivencia pacífica.

[...] El significado de principios como el carácter fragmentario del derecho penal o su consideración como ultima ratio, avalan la necesidad de reservar la sanción penal para las acciones más graves. No todo mensaje inaceptable o que ocasiona el normal rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. Entre el odio que incita a la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no es acogible en la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo. [...]

En segundo lugar, la interpretación jurisprudencial del elemento subjetivo considera suficiente para colmarlo que legitime/justifique el uso de la violencia/intimidación. No cabe apreciar la libertad de expresión como una causa de justificación del art. 20.7 Cp. —ejercicio legítimo de un derecho—. Basta con que se sea consciente del riesgo potencial de la conducta desplegada.

⁵⁴³ STS (Sección 1ª) nº 488/2022, de 19 de mayo, FD II y III.

En tercer lugar, se trata de un delito de peligro en abstracto, de mera actividad; no es preciso que «ese mensaje desencadene de forma efectiva acciones ejecutadas por terceros estimulados por el mensaje destructivo del agente»:

*No es preciso un peligro concreto, siendo suficiente el peligro abstracto, si bien puede entenderse que es suficiente el peligro potencial o hipotético a medio camino entre aquellos, según el cual lo que importa es la capacidad de la conducta para crear el peligro*⁵⁴⁴.

En cuarto lugar, del análisis jurisprudencial podemos destacar los factores a ponderar en cada caso concreto: primero, las circunstancias de los acusados (p.ej. si pertenecían a grupos violentos). Segundo, el lugar y momento en que ocurren los hechos —no es lo mismo que suceda de modo casual/fortuito, que directamente perseguido—. Tercero, los propios hechos, las acciones, y expresiones realizadas: su naturaleza ofensiva/agresiva, intensidad, duración en el tiempo (si fue fugaz e ininterrumpida; o constante y reiterada), medios empleados para su realización, nivel de difusión, etc. El uso de *Internet* conducirá a la aplicación del tipo penal agravado en atención al número de perfiles usados en redes sociales, su uso prolongado en el tiempo, la cifra de seguidores, la vocación de permanencia y al carácter transnacional de *Internet*⁵⁴⁵.

En quinto lugar, resulta claro que quedan excluidos de la protección dada por los delitos de odio (sin perjuicio de acudir a otros tipos penales) aquellos supuestos en los que las víctimas/sujetos pasivos son: aspirantes a elecciones; los partidos políticos; las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; el colectivo taurino y sus simpatizantes; acciones feministas contra la religión cristiana; y en general, en todos los casos en que con motivo de una desgracia (que sufre una persona no incluida en el ámbito de protección) se hace escarnio de la misma.

Los motivos de exclusión recogidos por la jurisprudencia se basan en diferentes principios. Por un lado, y como presupuesto imprescindible, por el principio de legalidad —*nullum crimen nulla poena sine lege*— recogido en el art. 25 CE.: «1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

Por otro lado (en relación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado), por no poseer las condiciones de vulnerabilidad:

⁵⁴⁴ STS (Sección 1ª) n° 675/2020, de 11 de diciembre, FD I y II.

⁵⁴⁵ La STS (Sección 1ª) n° 488/2022, de 19 de mayo, FD III.

no poseen las condiciones de vulnerabilidad previstas por razón del principio de igualdad y no discriminación.

Éste no está trazado en función de las instituciones y poderes del Estado, sino de los ciudadanos y grupos de ciudadanos, grupos que se identifican desde los principios del pluralismo político, ideológico y religioso. Por ello, no es concebible que las referidas instituciones del Estado, formando parte del poder ejecutivo, puedan considerarse un grupo comprendido en el marco de protección de la norma [...]

En otras ocasiones, se llegará al mismo resultado por aplicación del principio de proporcionalidad en el uso del derecho penal; y, de otro lado, la inexistencia de riesgo en las manifestaciones realizadas. En cuanto al principio de proporcionalidad, un uso excesivo del derecho penal puede suponer una limitación en la libertad de expresión: «no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático». Respecto de la inexistencia de peligro, será relevante el tiempo transcurrido en relación a los hechos a que hizo referencia y que si durante su intervención se introdujeron matizaciones conciliadoras.

Finalmente, no se puede olvidar que en nuestro ordenamiento jurídico tenemos unos cánones de garantías constitucionales esenciales; conforme a los cuales nos encontraremos con causas en que *prima facie* podemos entender que concurren los requisitos analizados; y, sin embargo, tras el despliegue de pruebas en el plenario, no resultan acreditados de manera suficiente para enervar la presunción de inocencia.

6.4.5- Origen del delito de injurias a la Corona con la CE de 1978

Desde el momento en el que la Constitución española de 1978 estableció como «forma política del Estado español» la Monarquía parlamentaria (art. 1.3 CE) se planteó la necesidad de proteger penalmente a la Corona.

Es interesante destacar que el Ministerio Fiscal, en los albores constitucionales, reflexionó acerca de cómo acometer dicha función de protección, así como los demás encargos que le encomendó la

CE en su artículo 124⁵⁴⁶. La *Circular de la FGE* n° 7/1978, de 30 de diciembre, *Misiones en relación con los preceptos contenidos en la Constitución*⁵⁴⁷ fue el fruto de dicho estudio.

Dentro de la Circular se dedicó un apartado entero a la protección de la Corona, habida cuenta de que a falta de un nuevo Código Penal ésta no podía quedar indefensa⁵⁴⁸. A lo largo de la circular se plantearon una serie de cuestiones sobre las que, incluso en la actualidad, siguen pivotando los debates. Así, en primer lugar, se destacó la aparente *antinomia* entre la inviolabilidad del Rey y el derecho a la libertad de expresión. En sus palabras:

Los señores Fiscales deben atender cuidadosamente a superar la aparente antinomia que pudiera deducirse entre la declaración contenida en el artículo 1.3 de la Constitución respecto a la forma política del Estado como Monarquía parlamentaria, el contenido de todo el Título II, «De la Corona», que la consagra con la categoría supralegal que la inclusión en el texto constitucional representa y la inviolabilidad que se atribuye a la persona del Rey en el artículo 56.3, de una parte, y los derechos a la libertad de expresión que se consignan en el artículo 20 de la Constitución, y que pudieran alegarse como fundamento para cuestionar aquellos principios o sustentar otros contrarios, de otra.

En segundo lugar, el bien jurídico protegido con la Corona es su carácter simbólico de la unidad y permanencia del Estado⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ Su tenor literal es:

1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.
2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.
3. La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.
4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial.

⁵⁴⁷ Vide: RCL 1979\613, Thomson Reuters Aranzadi.

⁵⁴⁸ Hasta entonces la protección a las formas de Gobierno se contemplaba en los arts. 163 y 164 del Código Penal de 1973 aprobado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre:

Sección 3.ª Delitos contra la forma de Gobierno

163. El que ejecutare actos directamente encaminados a sustituir por otro el Gobierno de la Nación, a cambiar ilegalmente la organización del Estado o a despojar en todo o en parte al Jefe del Estado de sus prerrogativas y facultades, será castigado con la pena de reclusión mayor si el culpable fuere promovedor o tuviere algún mando, aunque fuere subalterno, o estuviere constituido en autoridad, y con la de prisión mayor en los demás casos.

Cuando para la consecución de dichos fines se empleare la lucha armada, la pena será de reclusión mayor a muerte para los promotores y jefes, así como para quienes cometieren actos de grave violencia, la de reclusión menor para los meros participantes.

164. Serán castigados con la pena de reclusión menor:

1.º Los que en las manifestaciones o reuniones públicas o en sitios de numerosa concurrencia dieran vivas u otros gritos que provocaren aclamaciones directamente encaminadas a la realización de cualquiera de los fines determinados en el artículo anterior.

2.º Los que en dichas reuniones y sitios pronunciaren discursos, leyeren o repartieren impresos o llevaran lemas o banderas que provocaren directamente a la realización de los fines mencionados en el artículo anterior.

⁵⁴⁹ El art. 56 CE establece:

1. El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes.

En tercer lugar, los ataques de los que se debe de proteger comprenden no solamente las ofensas, sino también las informaciones maliciosas, en cualquier forma:

No sólo el insulto o la ofensa, en cualquiera de sus formas de expresión, sino la información maliciosa, la utilización insidiosa del nombre o de la imagen, el dibujo o la alegoría atrevidos -y en todo caso políticamente innecesarios- la impugnación o discusión pública de la legítima autoridad del Rey, deben entenderse como actos dolorosos contra la más alta representación pública y exterior del Estado y de la Patria y, por lo tanto, incursos en los citados artículos del Código punitivo. La política es discutible; el rey es inviolable.

En cuarto lugar, el respeto a la libertad de expresión tendrá como límites en su forma de manifestarse que la misma no suponga un ataque/agresión virulentos⁵⁵⁰ contra la Monarquía:

Habrán de reconocerse compatibles con los principios constitucionales la expresión y difusión de pensamientos, ideas u opiniones favorables a formas de gobierno distintas a la Monarquía parlamentaria. Sin embargo, cuando esas ideas u opiniones constituyan agresión a la misma o se conformen como actos de ataque o contradicción a sus símbolos o representaciones o, en fin, de planteamiento beligerante contra la forma de gobierno que se ha dado libremente el pueblo español, pueden incidir según su virulencia, en actividad penal, puesto que la de los partidos políticos, expresión del pluralismo que conforma la democracia, declara su libertad (art. 6) «dentro del respeto a la Constitución y a la Ley».

Dicho sea con expresión más concreta: Esta Fiscalía General del Estado entiende lícita la libre expresión ideológica de cuantas ventajas puedan entender los ciudadanos respecto a formas políticas de Estado distintas de la Monarquía parlamentaria, pero considera penalmente ilícito e incurso en la tipología del artículo 163 del Código Penal, cuanto de irrespetuosa y agresiva discrepancia con el texto constitucional se plantee, exprese y difunda con ánimo de sustituir por caminos de ilegalidad o con ánimo de pública perturbación, la forma de gobierno que conforma el Estado español.

6.4.6- Redacción del delito de injurias y calumnias a la Corona en el Código Penal dada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

Inicialmente⁵⁵¹ el proyecto de Ley el nº 3 del art. 469 tenía la siguiente redacción:

Al que calumniare o injuriare al Rey o a su cónyuge, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona, en su presencia o en escrito a ellos dirigido será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si fueren graves, y con la de multa de seis a doce meses si no lo fueren

Por su parte el art. 470 era del siguiente tenor literal:

-
2. Su título es el de Rey de España y podrá utilizar los demás que correspondan a la Corona.
 3. La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el artículo 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el artículo 65, 2.

⁵⁵⁰ La Circular (en otro apartado) apeló a la prudencia como primera virtud cardinal del Ministerio Fiscal a la hora de interpretar las normas: «Y para cuando la Ley escrita ofrezca dudas o confusiones, deben los Fiscales, con la prudencia que -como primera virtud cardinal debe ser norma de su actuación- interpretar las normas, ayudándose, entre otros criterios, por el de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y atendiendo a su espíritu y finalidad».

⁵⁵¹ El proyecto de ley se puede consultar en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/BOCG/A/A_077-01.PDF (consultado el 24-10-2020). Su regulación se encontraba dentro de los delitos contra la Corona, capítulo II del Título XVIII relativo a *Delitos contra la Constitución*.

1. Las calumnias o injurias contra cualquiera de las personas mencionadas en el artículo anterior inferidas fuera de su presencia o por escrito que no estuviere a ellas dirigido serán castigadas con la pena de multa de seis a veinticuatro meses si fueren graves, y con multa de cuatro a diez meses si fueren leves.

2. Se impondrá la pena de multa de seis a veinticuatro meses al que utilizare la imagen del Rey, o de su cónyuge, o del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero, de cualquier forma que pueda dañar el prestigio de la Corona.

Para entender el proceso de evolución desde esa simiente hasta su redacción final hemos de transitar por los trámites parlamentarios que tuvieron lugar.

Enmiendas introducidas en el Congreso de los Diputados⁵⁵²

En relación al art. 469.3:

E. Enmienda n.º 479, del G.P. Popular. Se trata de una enmienda de modificación, cuyo tenor literal era:

Al que calumniare o injuriare al Titular de la Corona, o a su consorte, sus ascendientes o descendientes, al Regente o algún miembro de la Regencia o al sucesor ...

*JUSTIFICACION En coherencia con las enmiendas a los artículos anteriores*⁵⁵³.

En esta enmienda, se trató de ajustar la extensión personal/familiar de las personas protegidas por el precepto penal.

F. Enmienda n.º 831, del G. P. Federal IU-IC. Se trata de una enmienda de modificación. Su tenor literal fue de sustituir: [...] *en su presencia o escrito a ellos dirigido* por [...] *en el ejercicio de sus funciones*.

MOTIVACION Limitar el desacato a la función, no a la persona.

Con esta enmienda, se trató de distinguir a las personas que integran la institución de la Corona en sí. El motivo de dotarlas de mayor protección se debe a la función que realizan, no a su linaje.

Respecto del art. 470:

⁵⁵²Fueron las enmiendas con n.º 479 y 831. El índice de las mismas se encuentra en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/BOCG/A/A_077-07.PDF (consultado el 24-10-2020). Y el cuerpo de las mismas se localiza en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/BOCG/A/A_077-06.PDF (consultado el 24-10-2020).

Las modificaciones propuestas fueron discutidas en el seno de la Comisión de Justicia e interior y quedaron recogidas en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n.º 516 de 7-6-1995: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLIST&BASE=puw5&DOCS=1-1&QUERY=%28CDC199506070516.CODI.%29#\(P%C3%A1gina15755\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLIST&BASE=puw5&DOCS=1-1&QUERY=%28CDC199506070516.CODI.%29#(P%C3%A1gina15755)) (consultado el 25-10-2020).

⁵⁵³ Se entiende mejor técnica y redacción.

Por un lado, se propuso su supresión por las enmiendas 832 y 833 presentadas por el G.P IU-IC, al apartado 1 en base a las siguientes justificaciones:

- Eliminar figuras que, como las calumnias o injurias cualificadas, no responden a un principio de intervención mínima del derecho penal.

El precepto, habida cuenta de que el apartado 1 castiga las injurias, sólo puede castigar comportamientos amparados por la libertad de expresión y de crítica, o que, por su carácter baladí, deben quedar al margen de la tutela penal.

Por otro lado, en el mismo sentido la enmienda nº 160 presentada por dº CHIQUILLO BARBER del Grupo Mixto de Unió Valenciana, propuso la supresión del apartado 2 en base a la siguiente justificación:

La expresión «prestigio de la Corona» es demasiado amplia, parece una cláusula general que intente recoger todo tipo de críticas hacia la Corona, algo peligroso en un sistema democrático, teniendo en cuenta que ya está penada aparte las injurias y las calumnias vertidas hacia los miembros de la Corona, pudiéndose pues, introducir estas actuaciones en estos delitos.

Por su parte el G.P. Popular en la enmienda nº 480 propuso modificar el art. 470.2 en el sentido de sustituir *O de su cónyuge* por *la Reina o su consorte*.

4.4.3.1- Enmiendas presentadas en el Senado⁵⁵⁴

En relación al art. 469.3:

G. Enmienda nº 691 del G.P. Popular en los mismos términos que en el Congreso.

Enmiendas propuestas en relación a los delitos de injurias y calumnias en general

Es interesante e importante destacar otras enmiendas que fueron presentadas, tanto en el Congreso, como en el Senado, en relación a otros tipos penales de injurias y calumnias. Ello en la medida en que la motivación de las mismas recoge un poso, unas ideas base, que sustentan en la actualidad los debates que giran en torno a la figura de los delitos contra la Monarquía.

Por un lado, en el Congreso de los Diputados, se plantearon las enmiendas nº 834 y 841 por parte del Grupo Federal IU-IC, que, en definitiva, postularon la supresión de estos tipos delictivos por los siguientes motivos:

Eliminar figuras que no responden a un principio de intervención mínima del derecho penal, los supuestos que se pretende cubrir ya están en otros tipos.

⁵⁵⁴Fueron las enmiendas con nº 91, 154, 410, 700, 701 y 702. Vide http://www.congreso.es/public_oficiales/L5/SEN/BOCG/II/II0087C.PDF (consultado el 25-10-2020).

Eliminar figuras que, como las calumnias o injurias cualificadas, no responden a un principio de intervención mínima del derecho penal.

En el Senado, se introdujeron las enmiendas n° 36 a 40⁵⁵⁵ del G.P Mixto presentadas por los senadores MARTÍNEZ SEVILLA y NIETO CICUENDEZ. Fueron enmiendas de supresión de distintos artículos relativos a la tipificación de delitos de injurias y de calumnias. La motivación se basó en:

Eliminar figuras que, como las calumnias o injurias cualificadas, no responden a un principio de intervención mínima del derecho penal. La solidez de las instituciones democráticas es la que les proporciona y asegura su dignidad, debiendo poder soportar las eventuales críticas, incluso si éstas son exageradas sólo puede castigar comportamientos amparados por la libertad de expresión y de crítica, o que, por su carácter baladí, deben quedar al margen de la tutela penal.

El precepto, [...] castiga las injurias, sólo puede castigar comportamientos amparados por la libertad de expresión y de crítica, o que, por su carácter baladí, deben quedar al margen de la tutela penal.

4.4.3.2- Tras la discusión de las diferentes enmiendas a lo largo de los trámites que acabamos de exponer, se llegó al art. 490.3, cuyo tenor literal fue:

El que calumniare o injuriare al Rey o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la de multa de seis a doce meses si no lo son.

Y el art. 491:

- 1. Las calumnias e injurias contra cualquiera de las personas mencionadas en el artículo anterior, y fuera de los supuestos previstos en el mismo, serán castigadas con la pena de multa de cuatro a veinte meses.*
- 2. Se impondrá la pena de multa de seis a veinticuatro meses al que utilizare la imagen del Rey o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o de la Reina consorte o del consorte de la Reina, o del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero, de cualquier forma que pueda dañar el prestigio de la Corona.*

Síntesis de las ideas surgidas durante la tramitación parlamentaria

Podemos agrupar en dos bloques las ideas que fueron eje de la discusión:

4.4.7Limitaciones: La mayoría parlamentaria no cuestionó la necesidad de proteger penalmente a la institución. El debate, en primer lugar, giró en torno a la extensión personal/miembros de la institución protegidos; y, en segundo lugar, acerca de la limitación de la protección a los casos en que actuasen en relación a su función constitucional.

⁵⁵⁵ Se refirieron a los arts. 483.1., 488, 483.2, 496 y 497 respectivamente.

En cuanto a la extensión personal de la protección, con motivo de una mejor redacción del tipo, se incluyó a los *ascendientes o descendientes*.

Respecto de la limitación de la protección, ésta se acotó a que el ataque contra la Corona protegido por el art. 490.3 CP lo fuera *en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas*. Es decir, como el amparo lo es a la institución en sí, la extensión del mismo, por su propia naturaleza, se limita al ejercicio de las encomiendas constitucionales a la Monarquía. El art. 491 CP cubriría la protección frente a injurias y calumnias fuera del ejercicio de sus funciones constitucionales.

4.4.8 Supresión de tipos penales de injurias y calumnias:

A lo largo de la tramitación parlamentaria hubo una minoría parlamentaria que defendió la supresión de este tipo de delitos. Se apeló al principio de mínima intervención del derecho penal; a la solidez de las instituciones democráticas para soportar las críticas; y a la relevancia de la libertad de expresión para dejar fuera de la tutela penal las críticas.

6.4.7- Redacción dada al precepto por la 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.

En la nueva redacción dada al precepto por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se equiparó la figura de la Reina y de la Princesa de Asturias, a la del Rey y Príncipe de Asturias, respectivamente. En concreto, el artículo 259 dispuso:

Sustitución de términos en el Código Penal.

1. *Todas las referencias contenidas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al Rey se sustituyen por los términos «Rey o Reina».*

2. *Todas las referencias contenidas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al Príncipe heredero de la Corona se sustituyen por «Príncipe o Princesa de Asturias».*

En su tramitación, en el Congreso de los Diputados se sometió a debate la supresión, con carácter general, de los delitos destinados a proteger a la Corona y, en particular, los relativos al delito de injurias. Ambas posiciones fueron defendidas por el Grupo Mixto representado por TARDÀ I COMA⁵⁵⁶. En primer lugar, en la enmienda a la totalidad, la n° 1, se postuló su supresión en aras de una «mayor calidad democrática». En sus palabras:

[...] Finalmente, apelando a una mayor calidad democrática, asegurando la aplicación plena del derecho a la libertad de expresión, nuestro grupo no puede sino reiterar la necesidad de derogar los delitos contra la Corona, previstos en los artículos 490.3 y 491, y de ultrajes a España, previsto en el artículo 543, en la línea de lo previsto en otros Estados de larguísima tradición democrática. Sin embargo, con el presente Proyecto se desaprovecha, una vez más, la oportunidad de adecuar el Código Penal español

⁵⁵⁶El índice y contenido de las enmiendas puede encontrarse en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-2.PDF (consultado el 15-11-2021).

a los principios que deben regir en cualquier democracia avanzada que garantice plenamente los derechos y libertades de la ciudadanía [...]

En segundo lugar, en la enmienda nº 377 se propuso la derogación del art. 490.3, con apoyo en la libertad de expresión:

La libertad de expresión es el derecho fundamental de toda persona a expresar ideas libremente, y por tanto sin censura. De hecho, el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que «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 de recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.»

Apelando a una democracia avanzada y moderna donde la ciudadanía tenga asegurado su pleno derecho de la libertad de expresión y tomando como ejemplo otros países de larga tradición democrática, como Estados Unidos de América, en el que su derecho constitucional considera que la quema y otros actos de sacralización de la bandera norteamericana están protegidos, por considerarlos muestras de libertad de expresión. Este ejemplo debería imitarse en el Estado Español, pues que toda vez la tipificación como delitos de la quema de banderas o la sacralización de la imagen del rey y de su familia, que lleva a acusar de delitos contra la Corona, aquellos que haciendo uso de la libertad de expresión, hacen tiras cómicas sobre la imagen del heredero de la Corona como ocurrió con la portada de la revista El jueves o queman la imagen del rey, como ocurrió en 2007 en Girona en razón de la visita del Monarca español, no debieran figurar en el Código penal español, pues deberían ser consideradas como muestras, de un gusto discutible si se quiere, de la libertad de expresión contemplada como derecho fundamental en la Constitución española.

Sin embargo, esta enmienda⁵⁵⁷ no salió adelante, más de la mitad de los diputados presentes votaron en su contra.

RESULTADO DE LA VOTACIÓN			
	TOTAL	% SOBRE VOTO EMITIDO	% SOBRE COMPOSICIÓN (350)
PRESENTES	319	100	91,14
SI	19	5,96	5,43
NO	182	57,05	52,00
ABSTENCIONES	118	36,99	33,71
NO VOTAN	31	-	8,86

1 Gráfico obtenido de la web del Congreso de los Diputados

6.4.8- Interpretación jurisprudencial del precepto

6.4.7.1- Bien jurídico protegido:

En relación a las injurias y a las calumnias del art. 490.3 CP tratan de proteger la institución de la Corona como bien de interés público/colectivo: «El bien jurídico protegido, por la posición

⁵⁵⁷El resultado de las votaciones puede consultarse en: https://www.congreso.es/webpublica/.opendata/votaciones/Leg10/Sesion238/20150121/Votacion033/VOT_20201204164523.pdf (consultado el 15-11-2021).

constitucional otorgada a la Corona, no puede considerarse nimio o que no merezca protección penal⁵⁵⁸».

Se protege a las personas a que se refiere el tipo penal, como encarnación de la institución, y sólo cuando ejercen sus funciones, o con motivo o con ocasión de estas. En palabras de la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 1ª) 5 de diciembre de 2008⁵⁵⁹,

En el caso de las injurias a las personas señaladas en el artículo 490.3 CP, el bien jurídico protegido es la incolumidad de estas, pues en ellas se personaliza la institución constitucional de la Corona, de modo que a través de la protección de aquellas, cuando están en el ejercicio de sus funciones constitucionales - "en el ejercicio de sus funciones o con motivo o con ocasión de éstas", dice el tipo penal- se protege la Institución, reconduciendo el bien jurídico al interés general.

En el concreto caso del Rey se protege, directamente, la incolumidad del Jefe del Estado que como máxima autoridad de la Nación es objeto de una especial protección, más intensa que la del resto de los ciudadanos pero no más amplia.

A través de este tipo penal, sólo se protege el honor del Rey en tanto vaya asociado al ejercicio de su función constitucional, de modo que cualquier otro ataque a su honor fuera de ese ámbito no tendrá más protección que la general de las injurias de los artículos 208 y siguientes del Código Penal.

Por lo tanto, la injuria contra el Rey o las personas mencionadas como sujetos pasivos en el artículo 490.3 CP, no protege bienes jurídicos individuales sino colectivos (FJ III).

Por un lado, se protege la dignidad/honor de las personas que encarnan la institución de la Corona. Por otro lado, se protege a la propia institución: «son delitos pluriofensivos en cuanto que son dos los bienes protegidos jurídicamente: la dignidad personal de quien encarna la Corona y el respeto a la Institución que representa⁵⁶⁰».

Las calumnias e injurias que queden fuera de las funciones constitucionales ejercidas por la Corona quedarán amparadas por el art. 491⁵⁶¹.

6.4.7.2- Elemento subjetivo del tipo

El dolo debe de abarcar el conocimiento de que se ataca a un sujeto pasivo en concreto⁵⁶²:

⁵⁵⁸ SAN (Sección 1ª) n° 12/2018, de 24 de abril, FD III.

⁵⁵⁹ Esta sentencia dio origen a la famosa STEDH (Sección 3ª) Asunto de Stern Taulats y Roura Capellera c. España (Demandas n° 51168/15 y 51186/15), de 13 de marzo de 2018.

⁵⁶⁰ En el caso concreto la consideró probado que los calificativos «borrachos, puteros, idiotas, descerebrados, cabrones, ninfómanos, vagos y maleantes» se referían al Rey Juan Carlos.

No obstante, los magistrados GRANDE MARLASKA GÓMEZ, SÁEZ VALCÁRCEL, DE PRADA SOLAESA y RUIZ POLANCO emitieron un voto particular. Consideraron que el artículo pretendió hacer una crítica política al sistema de sucesión de la Corona, y a la inviolabilidad e irresponsabilidad del Rey. Y, en consecuencia, valoraron que al tratarse de un debate público, de interés general, cabe: «recurrir a ciertas dosis de exageración o provocación, incluso a mostrarse un poco inmoderado».

⁵⁶¹ SAN (Sección 1ª) n° 3/2018, de 2 de marzo, FD III. La sentencia confirmó la condena por los comentarios, frases y archivos subidos a su perfil de Twitter (unos 1.915).

⁵⁶² *Ibidem* FJ IV.

[...] Este delito es, según lo expuesto, un delito pluriofensivo y de sujeto pasivo restringido, no un delito especial. Como consecuencia, la condición del sujeto pasivo y su conocimiento por parte del sujeto activo son jurídico-penalmente relevantes. Estas circunstancias tienen que estar abarcadas por el dolo del agente y determinan la aplicación de este tipo penal en vez de los comunes porque el artículo 490.3 CP es ley especial, no un delito especial, con relación a los tipos comunes de los artículos 205 y siguientes.

6.4.7.3- Elementos de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto

La clave para la valoración acerca de qué derecho debe prevalecer —libertad de expresión u honor— será determinar si las expresiones ofensivas fueron o no innecesarias⁵⁶³. También en los casos en los que se plantee el conflicto con la libertad ideológica⁵⁶⁴. Asimismo, será relevante valorar la fuerza que en su conjunto tienen las expresiones vertidas⁵⁶⁵. Los márgenes de la libertad de crítica son amplios, aunque «pueda molestar, inquietar o disgustar a quienes se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad

⁵⁶³ *Ibidem* FJ VII, que en el caso concreto consideró innecesaria la quema de fotografías del Rey para expresar una opinión crítica. En sus palabras:

[...] los dos condenados apelantes, con la cara tapada, se dirigen al centro de la reunión con una gran fotografía del Rey y la Reina y, poniéndola bocabajo, le prenden fuego entre la algarabía general para, seguidamente, retirarse e intentar confundirse con el resto de los asistentes.

Esta acción es innecesaria para defender la opinión de los concentrados y es formalmente injuriosa, sobrepasa los límites amparados por el derecho fundamental a la libertad de expresión y lesiona el derecho al honor de la Institución, la Corona, como institución constitucional democrática.[...].

La SAN (Sección 1ª) nº 3/2018, de 2 de marzo, FD III atendió, por un lado, a la gravedad de los *tuits* publicados, para lo que se tuvo en cuenta que con ellos se imputó «delitos inexistentes, como asesinato, robo, connivencia con golpe de Estado e incluso se llega a amenazar a Leon Hipolito y a la Monarquía, con el desahucio o la toma de su Palacio, evidentemente de forma violenta». Por otro lado, se valoró la publicidad que obtuvo.

No obstante, la magistrada FERNÁNDEZ PRADO emitió un voto particular. Entendió que por mucho que pudiera provocar actuó dentro de la libertad de expresión. Consideró que:

[...] lo que se está criticando es el despilfarro de la Corona, y también las relaciones que ha venido manteniendo el [...] con la monarquía saudí, ésta última acusada en múltiples publicaciones de amparar de alguna manera al ISIS. Estos mensajes emplean un lenguaje soez, con expresiones como mafioso o mierda, y contienen una crítica acida, pero no por ello puede entenderse que superen los límites de la libertad de expresión y la crítica frente a las instituciones públicas.

⁵⁶⁴ SAN (Sección 1ª) nº 1/2009 de 18 de mayo, FD II. La sentencia consideró que «la quema de la figura a tamaño real del Rey de España» no puede ampararse en el derecho fundamental a la libertad ideológica ni a la libertad de expresión, ya que el hecho de no tiene relación con idea política o forma de expresar una controversia de tal carácter.

⁵⁶⁵ SAN (Sección 1ª) nº 12/2018, de 24 de abril, FD III: «nos encontramos con un mensaje que es caldo de cultivo de un clima de odio hacia el Monarca, que trata de promover acciones violentas contra él, al presentarlas como aceptables, deseables y sobre todo como posibles». La sentencia confirmó la condena por los comentarios vertidos en un perfil de Facebook que tenía una imagen del Rey emérito: «corrupto, mal parido, putos descendientes». A dichos comentarios añadió que hubiera podido «cortar la cabeza al malparido de la imagen», «tic tac plato pum...un gran traidor sin cabeza menos».

democrática⁵⁶⁶». Sin embargo, no existe un derecho al insulto⁵⁶⁷.

6.4.7.4- Casos paradigmáticos

A. Caso Valtonyc: STS (Sección 1ª) nº 79/2018, de 15 de febrero, FD III.

El recurrente fue condenado a la pena un año de prisión, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por el delito de calumnias e injurias graves a la Corona del art. 490.3 Cp⁵⁶⁸.

⁵⁶⁶ SAN (Sección 4ª) nº 14/2018, de 4 de mayo, FD I. La sentencia absolvió por entender que el manifiesto titulado «Por la pitada al Himno Español y al Rey Barbón» publicado en el perfil de Facebook por Catalunya Acció no contenía epígrafes injuriosos contra el Rey. Por ello, consideró que lo que se hizo fue «aprovechar un acto deportivo al que acudía el Rey para que de forma incívica, impropia, desafortunada y con manifiesta falta de educación, los organizadores evidenciaran con la pitada su radical desacuerdo ante la imposibilidad de seguir adelante con los planes independentistas».

⁵⁶⁷ SAN (Sección 4ª) nº 41/2009 de 18 de septiembre, FD V. La sentencia confirmó la condena impuesta a un alcalde por un discurso que contenía, entre otras, las siguientes expresiones: «El Borbón es el hijo de un crápula», «El Borbón (era) de condición deleznable y el presente no es menos de lo que su padre fue» e «hijo de una persona de condición licenciosa, deplorable, deleznable, no menos licenciosa que la de su esposa», «si atropellara a una niña lo haría por su acostumbrada vinculación etílica», etc.

Como recuerda URÍAS MARTÍNEZ la doctrina constitucional que niega la existencia de un «pretendido derecho al insulto» nace de la STC 105/1990, y se ha consolidado hasta la actualidad. Vide URÍAS MARTÍNEZ, «Insultos en el Tribunal Constitucional (sobre un requisito para el ejercicio de las libertades de expresión e información)», *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 121, 2021, p.278. URÍAS MARTÍNEZ (*ibidem*) verificó que:

La locución «pretendido derecho al insulto» con cita expresa de la sentencia del caso original aparece hasta en treinta y cinco sentencias entre 1990 y 2020, sin contar las decisiones referidas a libertad de expresión en el ámbito judicial, en las que suele incluirse su propia cita relativa a la prohibición de insultos en el terreno forense. A partir de 2009 el Tribunal habla ya de «la prohibición constitucional de insultos» integrada como requisito en la delimitación de las libertades comunicativas.

⁵⁶⁸ También fue condenado por un delito de amenazas no condicionales del art. 169.2 Cp. a seis meses de prisión y a indemnizar con 3.000 euros en concepto de responsabilidad civil. Para VÁZQUEZ ALONSO este delito de amenazas constituye un ejemplo de cuándo la libertad artística como libertad de expresión se excede y entra en el campo del derecho penal:

Pues bien, creo que el caso del rapero Valtonyc podría servirnos como exponente de cuándo un artista se sitúa al margen de los límites de este derecho. De las tres condenas que le fueron impuestas por sus canciones, una es por la comisión de un delito de amenazas dirigidas a una persona en particular mediante las letras de sus canciones. Los vídeos a través de los cuales difundía estas composiciones incorporaban una foto de la persona aludida, la cual, además, ya había sido objeto de anteriores amenazas condenadas por la justicia, y había, por lo tanto, pruebas evidentes de que existía un peligro real y cierto de que sus bienes y su propia integridad física se vieran agredidos. Entre otras cosas, la composición del rapsoda Valtonyc, insistía, refiriéndose a esta persona, en expresiones como: «Ilegaremos a la nuez de tu cuello», y en singular, «le arrancaré la arteria y lo que haga falta». Como se ha señalado más arriba, ciertos géneros musicales no pueden entenderse sin su irreverencia radical, la cual se manifiesta en muchos casos a través de expresiones distorsionadoras y ofensivas que, entendidas dentro de ese código, no pueden ser, en mi opinión, susceptibles de represión penal. En este caso, sin embargo, lejos de encontrarnos ante exabruptos genéricos, lo que existe es una elaborada estrategia atemorizadora con un objetivo muy concreto, pudiéndose interpretar que es esa búsqueda del amedrentamiento la que prevalece en una composición. Dicho de otra forma, tomando en consideración de forma objetiva el material musical difundido, y sin excluir un análisis contextual que se sitúe dentro de los códigos propios de su género, se puede concluir que nos encontramos ante un tipo de expresión que, por la singularización que se hace de la persona aludida y por el propio contexto en el que se difunde, puede subsumirse dentro del tipo penal de las amenazas.

Vide VÁZQUEZ ALONSO, Víctor Javier: «Artistas abyectos y discurso del odio». ALONSO SANZ, Lucía (dir.), VÁZQUEZ ALONSO, Víctor Javier (dir.): *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Athenaica Ediciones Universitarias, 2017, p. 297.

Lo esencial para este autor será el análisis contextual del caso concreto:

Los hechos enjuiciados por el delito de injurias contra la Corona se centraron en las canciones que el recurrente difundió a través de internet, usando la red social de *YouTube*. El tenor literal de alguna de ellas fue:

En el Tema 13, titulado "Chillon Y Javier Sebastian, "QUE SE LEVANTEN LOS CAIDOS" Chillon, aparece lo siguiente:

"Mi puta lengua envenena la fuente de la que bebéis, si contagia la rabia resurgida del treinta y seis";

"El Rey tiene una cita en la plaza del pueblo, una soga al cuello y que le caiga el peso de la ley";

"Mi ansia aumenta cada vez que reprimen comunistas y vuelan mis ganas de entrar en la guerrilla, así que, que sigan que sigan y el próximo paracuellos será en mi puta isla";

"Te quedas atrás reformista y eso me quema, entorpeces la lucha formando parte del problema, encima quieres dar lección al que anda en prisión, por combatir la opresión y dar su vida entera, cadena perpetua para los que no claudican, pero tu afirmas que no existen presos políticos";

"Hace más ruido un solo hombre rugiendo que todo un ejército pasivo callando y sirviendo";

"¿soy un molotov en la sede de UPyD?"; "siete tiros de la glock de Alexander Doroteo al juez";

En el disco "Mallorca es Ca nostra", el Tema 2 es una canción titulada "EL Luciano Maximiliano", en la que se contienen diversas expresiones que traducidas al Español son del siguiente tenor:

"El Luciano Maximiliano y sus movidas no sé si era cazando elefantes o iba de putas, son cosas que no se pueden explicar, como para hacer de diana utilizaba a su hermano, ahora sus hermanastros son los árabes y les pide dineritos para comprar armas, le hacen hacer la cama y fregar los platos y de mientras Doña Valle Zaira en un yate follando y eso duele claro que si!!";

"Haremos que Romulo Felix curre en un Burguer King que la Infanta Adelina Vanesa pida disculpas,(puta), por ser analfabeta y no ir a estudiar a Cuba";

"Por qué no se fractura la cabeza y no la cadera"; "si no secuestraremos al capitán del Concordia para que coja el Fortuna y se pegue una ostia; "sarcástico como el Rey dando la mano a Gaddaffi y después celebrando tener petróleo fácil (hijo de puta), puede ser que de la república solamente queden fósiles, pero quedamos nosotros, y del Rey los negocios!!.

"La tercera edad también pasa hambre pero aplauden a los monarcas, masoquistas ignorantes!!, no podemos escoger, no tenemos ninguna opción, pero un día ocuparemos DIRECCION003 con un kalasnikof";

"Él respetuoso con la Constitución, en cambio los derechos humanos se los pasa por los cojones";

"El Maximino Urbano se da cuenta y se quiere morir, que su abuelo un dictador lo escogió, que pertenecía a los GAL y que no es democrático sino un dictador enmascarado". [...].

Por la defensa se argumentó que se escogieron para su condena expresiones sueltas de las canciones. Las mismas sólo pretendieron ser una crítica política, y no personal. Se defendió que quizás incurrieran en un exceso no protegido por el derecho, pero no en un delito.

En definitiva, y por terminar, la libertad artística ampara las expresiones extremas o incluso abyectas pero no en todo caso. En tanto el lenguaje artístico se desenvuelve normalmente en un espacio genérico, ficcional y figurativo, es muy difícil asumir que estos «actos del lenguaje» —por seguir la terminología de Austin— puedan producir unos efectos perlocutivos sobre ciertos bienes jurídicos lo suficientemente ofensivos como para merecer una respuesta penal. Ahora bien, es cuando después de un análisis contextual pueda concluirse que el artista abandona de forma deliberada e incontestable ese espacio genérico y autorreferencial al que antes hacíamos alusión, cuando su lenguaje pierde el amparo específico de la libertad de creación artística y es susceptible de ser enjuiciado desde una lógica común a la hora de valorar y probar la naturaleza objetivamente ofensiva o amenazante de sus expresiones.

Ob.cit.p. 228.

Sin embargo, el TS consideró que dichas canciones «injurian, calumnian y amenazan de muerte al Rey o a miembros de la Familia Real». Así explicó que se rebasó el ámbito de la libertad de expresión al no ser proporcional —superando lo que serían críticas *hirientes, molestas* o *desabridas*—. En suma, por tratarse de un ataque personal gratuito, que afectó al núcleo último de su dignidad.

B. Caso Pablo Hasél: STS (Sección 1ª) nº 135/2020 de 7 de mayo, FD III.

El recurrente fue condenado a la pena de doce meses de multa con una cuota diaria de 30 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de 6 meses, por un delito de injurias y calumnias contra la Corona, y utilización de la imagen del Rey del art. 491.1 y .2 CP.

Las expresiones contenidas en las canciones, que sustentaron la condena, fueron:

*"El mafioso del Borbón de fiesta con la monarquía saudí, entre quienes financian el ISIS queda todo
El ladrón del Borbón no debe dar crédito a la impunidad que tiene para burlarse de nosotr@s
Constancia en la lucha hasta que un día el desahuciado sea Jose Ángel con toda su familia de
parásitos enemigos del pueblo*

El mafioso del rey dando lecciones desde el palacio millonario a costa de la miseria ajena. Marca España.

Si tanta monarquía quiere el pueblo como dicen los tertulianos mercenarios, que suelten a la familia real sin escoltas por nuestras calles.

Llaman banda criminal a grafiteros y no a la monarquía. Menudo estado demencial

La monarquía mafiosa que da lecciones a países donde nadie es desahuciado. Comic donde aparece el Rey emérito junto a un saudita decapitando.

*Los amigos del reino español bombardeando hospitales mientras Estanislao se va de putas con ellos
Mientras llaman terrible tiranía a Cuba donde con menos recursos no se desahucia ocultan los negocios mafiosos del Estanislao con Arabia Saudí*

El estado español dando armas a los criminales amigos de la monarquía para que puedan bombardear Yemen. Que se sepa.

Reyes no le llamara criminal al Rey por vender armas a Arabia Saudí o vivir a todo lujo a costa de la miseria, criminaliza la huelga

Un año más con la mafiosa y medieval monarquía

Además, la letra de la canción contenida en un video reza entre otras expresiones:

"Cuantos millones y millones... han saqueado y derrochado durante tantos años... tantos miembros de la familia real.

Luego los psicópatas que nos gobiernan dicen que no hay dinero... para derechos de primera necesidad.

Pero tienen los años contados... se acerca la república popular. Es la historia de Estanislao Picon que quieren ocultar... Contar quien es y que hace es delito, apuntaba maneras cuando mató a su hermano Adrian (risas).

Quien se cree que fue un accidente... ni Maruhenda imaginando a Alexander desnudo cuando miente.

Torrente es un santo al lado de Juanea, ya denunciaron que a Florinda maltrata.

Que legitimidad tiene el heredero de Cecilio que en juergas y putas nuestra pasta está tirando.

Se ríe de su impunidad en un chalé de Suiza.

Imagínalo borracho diciendo "que buena mi hija".

Con la pija de su amante recuerda cazas de elefantes mientras aumenta el hambre y no hay justicia que lo cace.

A la cárcel van los pobres y no la infanta Inocencia, pero medio país le desea la guillotina.

A/o sabe ni hablar, "porque no te callas". A mí no me cierra la boca semejante canalla.

Estanislao Picon, capo mafioso saqueando el reino español.

En televisión vomitan que es útil, si claro, pa su camello y pal dueño del puti.

Estanislao Picon, tomará su palacio la revolución.

No... no habrá Guardia Real que evite que los republicanos juzguemos a Jose Ángel.

Procrear con miembros de la misma familia pasa factura, ya procura la censura proteger su caradura").

Haga lo que haga lo alaba la Guardia Civil y lo arregla con un "me he equivocado y no volverá a ocurrir".

Tertulianos a sus servicios lo amparan diciendo que una república saldría más cara.

Te preguntas como puede manipular tanto... si... pues por todo lo que tienen en el banco.

Dicen en la tele pública "que mona va la princesa"... el pueblo quiere república ese debate no les interesa.

Silencia sus negocios sucios en Arabia Saudí y por contarlos quieren condenarme a mí.

Les venden armas que van al ISIS, lucha contra el yihadismo más falsa que la salida de la crisis.

No soy un súbdito, no me someto apestoso cacique tu trono obsoleto no merece respeto, pronto se irá a pique.

Estanislao Picon, capo mafioso saqueando el reino español.

En televisión vomitan que es útil, si claro, pa su camello y pal dueño del puti.

Estanislao Picon, tomará su palacio la revolución.

No... no habrá Guardia Real que evite que los republicanos juzguemos a Jose Ángel.

Viva la república popular de la clase trabajadora.

Una vez más contando la verdad y que los censores se yodan.

2016 y aún como anarquía parece el medievo mientras nos explotan y Picon entre lujos se rasca los huevos.

Falso demócrata, mano a mano con la oligarquía fascista, para ir de jefe le vino muy bien el autogolpe del 23F.

Utilizando al pelele convencido de Tejero... pa maquillarse con cuatro reformas superficiales y ganar aún más dinero.

Estanislao Picon se librará como el fascista de Fraga, pero sus herederos picarán piedra por tanto crimen que no pagan... cada parásito será juzgado.

La historia no perdona ni a la escoria con corona y cada oprimido será juez de una jodida vez.

El futuro será republicano y Estanislao el borracho tirano, será recordado como la basura mafiosa que es.

Estanislao Picon, tomará tu palacio la revolución".

La defensa argumentó que con las canciones se trató de reprobar el comportamiento del Monarca. Asimismo, razonó que la posición del Rey no puede impedir que sea criticado. En sus palabras:

La posición de neutralidad del Rey en el debate político, de árbitro y de símbolo de la unidad del Estado, no lo pone al abrigo de toda crítica en el ejercicio de sus funciones oficiales o -como en los hechos enjuiciados- en tanto que representante del Estado, al que simboliza, en particular de parte de aquéllos que contesten legítimamente las estructuras constitucionales de este Estado, incluyendo su régimen monárquico. [...] la protección constitucional de la que gozan los miembros de la Corona no es un cheque en blanco para acallar cualquier conducta reprochable de sus componentes.

El TS comenzó su análisis dejando claro que no cabe admitir que la monarquía tenga una «servidumbre de carga», que le obligue a soportar injurias y calumnias vertidas con publicidad. A partir de ahí, el TS comenzó su argumentación citando expresamente la STEDH de 13 de marzo de 2018⁵⁶⁹. El TS afirmó que dicha STEDH no admitió la existencia de esa servidumbre, ni que «pertenecer a la monarquía suponga una minusvaloración de los derechos que se tengan a la protección del honor». De ser así, supondría anular el tipo penal.

A partir de ahí, el TS analizó el bien jurídico protegido con los delitos de injurias y calumnias, que es el honor. En sus palabras:

La doctrina apunta que el honor puede ser interno o externo. El honor interno, sería el «ideal e intangible, que posee el hombre como ser racional y que se identifica con la dignidad de la persona». El honor externo sería el juicio que la comunidad proyecta sobre el individuo, es decir, la reputación o fama social. Ambos tipos de honor han sido objeto de perturbación en este caso con las expresiones proferidas.

A continuación, el TS estudió los límites de la libertad de expresión en el delito de injurias: cuando «se supera la barrera del límite de la mera crítica», más allá de «los comentarios que molesten o inoportunen». Por esta razón, el TS concluyó que, en realidad, hubo ataques al honor de la familia real, claros y graves.

En cuanto al delito de calumnias, el TS expuso sus elementos, y los ánimos/intenciones, que excluyen su relevancia penal. Así, las calumnias son consideradas como una modalidad agravada de las injurias. En sus palabras consisten en:

en atribuir un hecho falso constitutivo de delito a otra persona, sea éste perseguible de oficio o a instancia de parte, por lo que la doctrina señala que constituye un tipo agravado de la injuria. Y aquí la doctrina destaca que se requiere un temerario desprecio hacia la verdad, que debe entenderse en el sentido de que se requiere el dolo, es decir, el conocimiento eventual (doloso) de que el hecho de que se imputa es falso. Por consiguiente, «para estimar que concurre calumnia, a ese conocimiento ha de añadirse el de que la expresión que se profiere es ofensiva, sin que quepa exigir un ulterior animus injuriandi, ni utilizar este elemento como un criterio delimitador entre dos derechos fundamentales (la libertad de expresión y el honor) cuyos respectivos límites han de trazarse objetivamente» Y es aquí donde claramente se sobrepasa con las expresiones antes citadas claramente referenciales de imputación de delitos que conlleva la comisión de la calumnia.

Los casos en los que se excluye la aplicación del tipo penal son aquellos en los que concurren algunas de las siguientes intenciones:

- 1.- *El animus criticandi o propósito de criticar o censurar constructivamente el comportamiento ajeno» (STC 51/1989).*
- 2.- *Animus narrandi: Elimina toda injuria por desenvolverse dentro del campo jurídico y de la ética.*

⁵⁶⁹ Léase STEDH (Sección 3ª) Asunto de Stern Taulats y Roura Capellera c. España (Demandas nº 51168/15 y 51186/15), de 13 de marzo de 2018.

3.- *Animus iocandi*: cuando hay una expresión deshonrosa pero dentro de un espíritu de amistad o de broma que excluye toda intencionalidad de ofender. En el caso de la calumnia, hablaríamos del *animus difamandi* o voluntad de difamar.

A continuación el TS analizó la concurrencia del *animus injuriandi* que se aprecia cuando lo que se pretende es:

[...] *promover en la sociedad el rechazo social hacia una persona mediante una expresión de desprecio, vejativa, pretendiendo el autor causar un daño en el honor del ofendido a través de la imputación (STC 170/1994). Y, además, como se sostiene por la doctrina, la calumnia es un supuesto agravado de la injuria. Se trata de una ofensa al honor a la que hay que añadir la imputación de un delito que puede suponer la posibilidad de que la autoridad judicial instruya el correspondiente sumario contra el agraviado.*

Delimitados los hechos, los bienes jurídicos protegidos, y los elementos del tipo, en especial los subjetivos, el TS analizó la meritada STEDH para dilucidar los límites entre la libertad de expresión y el derecho penal. En primer lugar, estableció con claridad que la «crítica política» queda fuera del derecho penal⁵⁷⁰. En segundo lugar, fijó que la clave está en la ponderación de los derechos fundamentales implicado. De un lado, la libertad de expresión. De otro lado, el derecho al honor. Siendo esto así el TS definió el conflicto en los siguientes términos:

[...] *en esa actitud de ponderación de la misma (la libertad de expresión) y de confrontación de derechos en una sociedad democrática, hay que destacar que, también, en esta misma sociedad democrática en la que se tienen derechos de libertad de expresión existe el mismo derecho de las personas a que no se atente a su honor ni que se les calumnie. Y este es el juego de la ponderación de los derechos de libertad de expresión y el del honor, en donde el exceso exacerbado en el primero entra de lleno en el ataque al segundo.*

En tercer lugar, como resultado de la ponderación, el TS consideró que hubo un exceso y que éste fue grave. Como apoyo argumentativo citó la STEDH antedicha:

[...] *la tolerancia y el respeto de la igualdad de la dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y plural. De ello resulta que en principio se pueda juzgar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar, incluso prevenir, todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa), si se vela por que éstas "formalidades", "condiciones", "restricciones" o "sanciones" impuestas sean proporcionales a la finalidad legítima perseguida".*

Por ello el TS concluyó, en suma, que se puede criticar, pero no existe un derecho al insulto⁵⁷¹:

⁵⁷⁰ En palabras del TEDH: «el interés de un Estado en proteger la reputación de su propio Jefe de Estado no puede justificar que se le otorgue a este último un privilegio o una protección especial con respecto al derecho de informar y de expresar opiniones que le conciernen».

⁵⁷¹ El TS recogió en dicho fundamento jurídico un resumen de ideas históricas acerca de la libertad de expresión. Entre ellas citó expresamente a Stuart Mill, y la libertad de pensamiento para el descubrimiento. También citó a los jueces estadounidenses Oliver Wendell Holmes Jr. y Louis Brandeis (cuyas opiniones estudiamos en los apartados dedicados a la jurisprudencia de EE.UU) como exponentes del concepto del *mercado de las ideas*. El TS concluyó que el exceso

la libertad de expresión comprende el derecho a la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida o ácida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, siempre y cuando, no se incurra en el insulto formal, o en expresiones intrínsecamente vejatorias, como en este caso se ha producido.

Sin embargo, los magistrados COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA y FERRER GARCÍA emitieron un voto particular. Su análisis partió de considerar los delitos aplicados como «delitos de expresión». La cuestión que subyace en esta materia es, en sus palabras: «la pulsión entre el interés protegido por la norma penal y las libertades de expresión y, en su caso, ideológica, que exige un equilibrado ejercicio de ponderación». A continuación, recordaron la jurisprudencia del TC en relación a la libertad de expresión⁵⁷². Los magistrados destacaron que los límites a la libertad de expresión actúan cuando su ejercicio lleva a la «violencia» y a la «intolerancia». En sus palabras:

Por supuesto que es un derecho limitable, especialmente cuando desencadena un reflejo de hostilidad que incita a la violencia y a la intolerancia, incompatibles con los valores democráticos. Pero no es el caso. Los mensajes analizados carecen objetivamente de tal carácter, lo que les diferencia de otros supuestos a los que se les ha reconocido relevancia penal. Por ejemplo, en el caso del también rapero Arsenio (STS 79/2018 de 15 de febrero) o el del ahora acusado por los hechos que propiciaron su anterior condena (STS 106/2015 de 19 de febrero), sustancialmente diferentes a los ahora empleados.

verbal punible no entra dentro de la libertad de expresión; sino que, se trataría de otra categoría, que denominó como *libertinaje de expresión*.

URIAS MARTÍNEZ, (*ibidem* p.299) concluye que la libertad de expresión carece de protección cuando se lesiona la dignidad; los insultos contaminan, y excluyen el ejercicio legítimo de otras libertades. En sus palabras:

La configuración constitucional del insulto como único límite a las libertades de expresión e información tiene su razón de ser en una reflexión sobre el valor de la dignidad. Su utilidad radica en remarcar que los actos comunicativos lesivos de la dignidad carecen radicalmente de cualquier protección constitucional. De esa forma, la presencia de insultos contamina cualquier contenido que los acompañe, excluyendo el ejercicio legítimo de otras libertades: la constatación prima facie de que una actividad comunicativa atenta deliberadamente contra el valor mínimo que merece cada persona exime de mayor indagación sobre un eventual ejercicio legítimo de las libertades de información o expresión: si hay insulto, resulta irrelevante si el mensaje es veraz o socialmente relevante.

[...] La extensión de esta auténtica interpretación constitucional a nuevas categorías, como es el caso de los discursos de odio, solo podría justificarse en la constatación de una afectación actual, no meramente potencial, de la dignidad. Solo si un mensaje busca exclusivamente la humillación ajena, excluyendo ulteriores intenciones comunicativas, podrá excluirse de modo tan radical y apriorístico la concurrencia de alguno de los derechos del art. 20 de la Constitución.

⁵⁷² En concreto las sentencias STC 177/2015 de 22 de julio y 112/2016 de 20 de junio de las que destacaron:

[...] que la libertad de expresión comprende «la libertad de 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"; y que la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones "acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población", ya que en nuestro sistema "no tiene cabida un modelo de `democracia militante, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución ... El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas»

Por todo ello, consideraron en definitiva que al no existir incitación a la violencia y a la intolerancia debió de estimarse el recurso⁵⁷³.

6.4.8. Delitos contra los sentimientos religiosos

6.4.8.1- Redacción de los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

Inicialmente el proyecto de Ley⁵⁷⁴ contempló su ubicación en los arts. 502 a 505 y tenía la siguiente redacción:

Artículo 502.

El que con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, si el hecho se hubiere cometido en lugar destinado al culto, y con la de multa de cuatro a diez meses si se realizare en cualquier otro lugar

Artículo 503.

⁵⁷³ Para VÁZQUEZ ALONSO la sentencia reflejó una especie de *persecución de la inquina* en la que en lugar de valorar la puesta en riesgo de los bienes jurídicos se valoró la presencia de desprecio en el emisor del discurso. En sus palabras:

[...] la idea de discurso odioso ha sido un argumento recurrente a la hora de excluir del ámbito protegido por la libertad de expresión ciertas manifestaciones, instaurándose, de este modo, una suerte de «test de la inquina», en cuya aplicación, muy a menudo, lejos de contrastarse la adecuación real de ciertas expresiones para poner en riesgo determinados bienes jurídicos, o siquiera para generar una atmósfera favorable a la discriminación de colectivos históricamente preteridos y con dificultades materiales para hacer valer sus derechos, se ha juzgado, en último término, lo que podríamos calificar como la mismidad del odio, es decir, la presencia de un sentimiento de desprecio en el emisor del discurso. El binomio prohibición del discurso del odio y tutela de las minorías ha sido sustituido en muchas ocasiones por una argumentación donde la constatación de la inquina tras una determinada expresión es considerada presupuesto para situar extramuros de la libertad de expresión ciertas manifestaciones y, simultáneamente, y casi como consecuencia obligada, considerar su tipicidad.

Vide VÁZQUEZ ALONSO, Víctor Javier: “Hasél II o La persecución penal de la inquina (a propósito de un texto de Jacobo Dopico)”. *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º. 21, 2021, p. 394.

Sin embargo, de esta manera se relativiza el uso del derecho penal —para considerar más típicas penalmente las expresiones empleadas—, lo que consigue el efecto de popularizar a sus autores:

El caso Hasél II demuestra, en este sentido, que el cambio que se produce en nuestra cultura constitucional a la hora de entender qué es y qué no discurso protegido, es paralelo también a una relativización de ciertos principios basilares del derecho penal, dentro de este ámbito de los delitos de expresión, que, en último término, tiene como consecuencia que nuestros jueces operen con juicios sustantivos demasiado favorables a la hora de considerar la tipicidad penal de ciertas expresiones. Todo ello con el peaje no menor de colmar de celebridad a sus autores⁵⁷³.

Ob. cit., p. 397.

⁵⁷⁴ El proyecto de ley se puede consultar en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/BOCG/A/A_077-01.PDF (consultado el 24-10-2020).

El que en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas, ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de cuatro a diez meses.

Artículo 504.

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, hicieren públicamente, de palabra por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, ritos o ceremonias, o vejaren, también públicamente, a quienes los profesaren.

2. En las mismas penas incurrirán los que hicieren públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesaren religión alguna.

Artículo 505.

El que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere o dañare las urnas funerarias, será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de tres a seis meses

Para entender los preceptos hemos de transitar por los trámites parlamentarios que tuvieron lugar.

6.4.8.2- Enmiendas introducidas en el Congreso de los Diputados⁵⁷⁵

En relación al art. 502:

A. Enmienda n° 501, del G. P. Popular que propuso una modificación del siguiente tenor literal: «Debe añadirse después «del Ministerio de Justicia e Interior», la mención «o de las asociaciones ideológicas». Asimismo, debe añadirse después de «lugar destinado al culto», «o a los ritos»».

Dicha propuesta se justificó en el principio de igualdad, que, en sus palabras: «exige idéntica tutela de las libertades religiosa e ideológica».

Respecto del art. 503:

A. Enmienda n.º 502, del G. P. Popular propuso como modificación incluir la mención de creencias no religiosas:

«El que, en lugar destinado al culto o a los ritos, o en ceremonias, ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos o de cualesquiera creencias legalmente tutelados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años.

⁵⁷⁵Fueron las enmiendas con n°. El índice de las mismas se encuentra en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/BOCG/A/A_077-07.PDF (consultado el 24-10-2020). Y el cuerpo de las mismas se localiza en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/BOCG/A/A_077-06.PDF (consultado el 24-10-2020).

Las modificaciones propuestas fueron discutidas en el seno de la Comisión de Justicia e interior y quedaron recogidas en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n° 516 de 7-6-1995: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw5&DOCS=1-1&QUERY=%28CDC199506070516.CODI.%29#\(P%C3%A1gina15755\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw5&DOCS=1-1&QUERY=%28CDC199506070516.CODI.%29#(P%C3%A1gina15755)) (consultado el 25-10-2020).

Si los hechos se realizaren fuera de los lugares u ocasiones mencionados en el párrafo anterior, se impondrá esta pena en su mitad inferior.»

La motivación de la enmienda descansó igualmente en el principio de igualdad:

[...] El principio de igualdad penal exige proporción punitiva entre los delitos de interrupción de actos (artículo 502) y profanación (artículo 503), toda vez que esta última puede ofender tanto más las creencias religiosas o ideológicas que aquella. Esta razón justifica asimismo la incriminación de la profanación en lugar u ocasión distintos de los mencionados por el texto del Proyecto, y de acuerdo con el vigente artículo 208, párrafo 2.º

La utilización del término «ritos», en esta como en otras enmiendas, corresponde a la doctrina del Comité de Derechos del Hombre de la ONU (Observación de 20 de julio de 1993) según la cual el concepto de rito, como diferente del de culto, comprende los actos rituales y ceremoniales que expresan directamente una «convicción», en cuanto diferente de una «religión».

B. Enmienda n.º 503, del G. P. Popular por la que se propuso un incremento de las penas al considerarlo conveniente:

«El que en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas, ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.»

En referencia al art. 504:

A. Enmienda n.º 504, del G. P. popular fue de adición (por las mismas razones de igualdad y de penalidad agravada) de las referencias a asociaciones ideológicas inscritas, así como aludir a las creencias para protegerlas:

Debe añadirse a la expresión «confesión religiosa» y a continuación lo siguiente: «o asociación ideológica inscritas».

Después de «escarnio de sus dogmas», debe añadirse lo siguiente: «o creencias».

En el párrafo 2.º a continuación de «religión», debe añadirse «o creencia».

Por último, debe ser incluido un párrafo 3.º que diga:

«3 .Los que realizaren los mismos hechos del párrafo 1.º en el lugar u ocasión mencionados en el artículo precedente (503), serán castigados con la pena superior en grado.»

B. Enmienda n.º 848, del Grupo. Federal. IU-IC, al apartado 2. Propusieron la supresión por considerar que no respondían al principio de mínima intervención del derecho penal.

Suprimir, desde «... hicieren públicamente...» hasta «... ceremonias, o...», y «..., también públicamente, ... ».

MOTIVACION

Eliminar figuras que no responden a un principio de intervención mínima del derecho penal.

En relación al art. 505:

6.4.8.1- Enmienda n.º 505, del G. P. Popular. de modificación para tratar de abarcar más acciones que afectasen al lugar donde descansan los muertos:

«El que, faltando el respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje destruyere o dañare las urnas funerarias, cometiere actos de vandalismo, como escribir en los muros de un cementerio o panteón, lápida o nicho o borrar o ensuciar sus leyendas, será castigado con la pena de...».

JUSTIFICACION

Se trata de sancionar penalmente los actos externos -como las «pintadas»- que suponen alteración del cerramiento del lugar donde los muertos descansan.

6.4.8.3- Enmiendas presentadas en el Senado⁵⁷⁶

En relación al art. 515 (art.502 en la numeración original):

A. Enmienda nº 708 del GP Popular de modificación en el mismo sentido que propusieron en el Congreso.

Debe añadirse después «del Ministerio de Justicia e Interior», la mención «o de las asociaciones ideológicas». Asimismo, debe añadirse después de «lugar destinado al culto», «o a los ritos».

JUSTIFICACIÓN

La modificación propuesta obedece al principio de igualdad, que exige idéntica tutela de las libertades religiosa e ideológica.

En relación al art. 516 (art.503 en la numeración original):

A. Enmiendas nº 709 y 710 del GP Popular, ambas de modificación:

La enmienda 709 fue del siguiente tenor:

«El que, en lugar destinado al culto o a los ritos, o en ceremonias, ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos o de cualesquiera creencias legalmente tutelados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años.

Si los hechos se realizaren fuera de los lugares u ocasiones mencionados en el párrafo anterior, se impondrá esta pena en su mitad inferior.»

JUSTIFICACIÓN

La mención de creencias no religiosas, se incluye por las mismas razones que las expuestas en el artículo anterior.

El principio de igualdad penal exige proporción punitiva entre los delitos de interrupción de actos (artículo 5 15) y profanación (artículo 5 16), toda vez que esta última puede ofender tanto más las creencias religiosas o ideológicas que aquélla. Esta razón justifica asimismo la incriminación de la profanación en

⁵⁷⁶El índice de las enmiendas en el Senado está recogido en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L5/SEN/BOCG/II/II0087D.PDF y su desarrollo en https://www.congreso.es/public_oficiales/L5/SEN/BOCG/II/II0087C.PDF . Si bien hay que tener en cuenta que el articulado que tuvieron presente cambió de numeración siendo los arts. 514 a 518 conforme al texto remitido por el Congreso de los Diputados: https://www.congreso.es/public_oficiales/L5/SEN/BOCG/II/II0087A.PDF (las URL fueron consultadas el 15-1-2023).

lugar u ocasión distintos de los mencionados por el texto del proyecto, y de acuerdo con el vigente artículo 208, párrafo 2.º

La utilización del término «ritos», en esta como en otras enmiendas, corresponde a la doctrina del Comité de Derechos del Hombre de la ONU (Observación de 20 de julio de 1993) según la cual el concepto de rito, como diferente del de culto, comprende los actos rituales y ceremoniales que expresan directamente una «convicción», en cuanto diferente de una «religión».

Por su parte, la enmienda 710 propuso la siguiente redacción:

«El que en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas, ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.»

JUSTIFICACIÓN

Es conveniente agravar las penas para las conductas tipificadas

En relación al art. 517 (art.504 en la numeración original):

A. Enmienda nº 711 del GP Popular

Debe añadirse a la expresión «confesión religiosa» y a continuación lo siguiente: «o asociación ideológica inscritas».

Por último, debe ser incluido un párrafo 3.º que diga:

«3. Los que realizaren los mismos hechos del párrafo 1.º en el lugar u ocasión mencionados en el artículo precedente, serán castigados con la pena superior en grado.»

JUSTIFICACIÓN

Idénticas razones a las que ya expuestas, justifican la inclusión de «asociación ideológica». Parece conveniente mantener una penalidad agravada, como lo hace el artículo 209 del Código Penal vigente para la comisión del delito en el lugar destinado al culto o a los ritos.

En relación al art. 518 (art.505 en la numeración original):

B. Enmienda nº 712 del GP Popular de modificación:

«El que, faltando el respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje destruyere o dañare las urnas funerarias, cometiere actos de vandalismo, como escribir en los muros de un cementerio o panteón, lápida o nicho o borrar o ensuciare sus leyendas, será castigado con pena de ...» (el resto igual).

JUSTIFICACIÓN

Se trata de sancionar penalmente los actos externos-como las «pintadas»- que suponen alteración del cerramiento del lugar donde los muertos descansan.

Tras la discusión de las diferentes enmiendas a lo largo de los trámites que acabamos de exponer, se llegó a la siguiente redacción:

Sección 2.ª De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos

Artículo 522.

Incurrirán en la pena de multa de cuatro a diez meses:

1.º Los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos.

2.º Los que por iguales medios fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen.

Artículo 523.

El que con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, si el hecho se ha cometido en lugar destinado al culto, y con la de multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar.

Artículo 524⁵⁷⁷.

El que en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas, ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de cuatro a diez meses.

Artículo 525.

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.

Artículo 526⁵⁷⁸.

El que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere, alterar o dañar las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos, será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de tres a seis meses.

Síntesis de las ideas surgidas durante la tramitación parlamentaria

La redacción propuesta y aprobada giró en torno a la libertad religiosa y los sentimientos religiosos. Sin embargo, las propuestas de enmiendas formuladas por el Grupo Popular quisieron aumentar las penas e incluir dentro de la protección a las asociaciones ideológicas, así como las creencias no religiosas. La base de su postulación descansó en el principio de igualdad.

Por su parte, el Grupo. Federal. IU-IC, lo que planteó en la enmienda que presentó fue la supresión al entender que «no responden a un principio de intervención mínima del derecho penal»

⁵⁷⁷ Fue modificado por el art. único.152 de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre:

Artículo 524.

El que en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses.

⁵⁷⁸ Fue modificado por el art. único.153 de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre:

Artículo 526.

El que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere, alterar o dañar las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

6.4.8.3- Interpretación jurisprudencial de los delitos contemplados en los arts. 524 y 525

6.4.8.3.1- Bien jurídico protegido:

Estos preceptos penales tratan de proteger la libertad religiosa, los sentimientos religiosos⁵⁷⁹.

Desde el punto de vista jurisprudencial se plasma esta idea en «la necesidad de proteger incluso bajo la coerción penal, a los creyentes, no de una determinada creencia, sino de cualquier creencia de la sociedad española, ante las agresiones y ataques que puedan sufrir por razón de estas mismas creencias» (v.gr. AAP de Sevilla (Sección 1ª) n° 438/2021 de 25 de julio, FD III). Dicha protección debe ponderarse cuando entra en juego la libertad de expresión, y atender a cada caso concreto.

*Ambos bienes jurídicos, susceptibles y dignos de protección, tanto constitucional como legalmente, entran en colisión en no pocas ocasiones [...] (la libertad de expresión) tiene límites y se trata sencillamente de poner en una balanza los bienes jurídicos en conflicto, analizar caso a caso y atendiendo a las circunstancias concretas, y decidir de manera razonada, ponderada y a luz de la jurisprudencia, que suele ser muy amplia a la hora de fijar dichos límites, pero existen*⁵⁸⁰.

Para una parte de la doctrina se trata de proteger la libertad religiosa. Así, para RODRÍGUEZ LAINZ⁵⁸¹ «la libertad religiosa y de conciencia y sus manifestaciones, auténtico bien jurídico protegido que se extiende a todos los tipos penales que serán objeto de análisis». Por tanto, el autor propone que se debe atender al sentimiento religioso. En sus palabras, «(l)a valoración de las conductas típicas debe realizarse desde una dimensión interna, de la valoración del sentimiento religioso desde la perspectiva de quienes profesan esa religión».

⁵⁷⁹ AAP de Barcelona (Sección 10ª), de 14 de febrero de 2017, FD III

En la tutela de libertad religiosa, el Código Penal quiere proteger no sólo su ejercicio material sino también los íntimos sentimientos que a la misma se asocian. No se trata de defender a un determinado grupo religioso, sino de proteger la libertad de los individuos, religiosos o laicos (ver artículo 525.2), en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Se reconoce además que esta libertad religiosa se integra no sólo por la realización de actos materiales que la exterioricen, sino también, y en ocasiones principalmente, por el respeto a los sentimientos que conforman su esfera íntima. Es cierto que tales sentimientos pueden parecer de escaso interés para quienes no participan de determinada creencia, pero el legislador ha querido valorar la realidad del sentimiento religioso como un aspecto relevante del desarrollo de la personalidad del individuo. No se trata aquí de salvaguardar cualquier sentimiento, se trata de reconocer que existe un sentimiento religioso colectivo de quienes profesan, en este caso, la religión católica, sentimiento que es digno de protección también para el Estado laico.

⁵⁸⁰ SAP de Madrid (Sección 16ª) Rec. 747/2016 de 16 de diciembre, FD I.

⁵⁸¹ RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: “Los delitos contra los sentimientos religiosos” *Diario La Ley, Wolters Kluwer*, n° 8985, Sección Doctrina, 23 de Mayo de 2017.

También BAGES SANTACANA considera que el bien jurídico protegido es la libertad religiosa —que conecta con la dignidad de la persona⁵⁸²— y en este tipo de delitos hay que ponerla en relación con la libertad de expresión. Para él la cuestión clave será la «gravedad del ataque». En sus palabras:

Cuando se trata de un ataque mínimo, el conflicto se resuelve a favor de la libertad de expresión declarando la irrelevancia penal de la conducta. En cambio, cuando el ataque reviste mayor entidad, la prevalencia de la libertad de expresión pasa por decretar que la conducta está justificada —por consistir en el ejercicio legítimo de un derecho—, pese a su lesividad para la libertad religiosa. Por último, tan sólo cuando el comportamiento no consiste en el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, es posible afirmar que la conducta realiza el tipo de injusto de un delito contra la libertad religiosa⁵⁸³.

Para este autor se trata de proteger que una persona se pueda autorrealizar en el entorno en el que vive:

La protección penal de los sentimientos religiosos únicamente está justificada por su afectación de las posibilidades de autorrealización individual en el entorno social. La tutela penal del sistema de ideas de una religión considerado en sí mismo —esto es, al margen de sus consecuencias sobre la personalidad de los creyentes— supondría un posicionamiento del Estado en cuanto a la corrección o veracidad del dogma en cuestión, lo que dinamitaría la neutralidad ideológica que los poderes públicos deben observar en un régimen democrático. Si en éste la protección penal de los sentimientos religiosos siempre debe relacionarse con intereses individuales, la prohibición de la difamación de las religiones a través de los delitos de blasfemia resulta inadmisibles. No existe ninguna razón de peso para excluir el islam de este criterio general de “prohibición de la prohibición” de la difamación de las religiones.⁵⁸⁴

Para otra parte de la doctrina se trata de proteger los sentimientos religiosos, así según LANDETE CASAS:

Su nota común es la de proteger la integridad de las creencias religiosas de una persona o confesión. Defienden los sentimientos religiosos frente a cualquier intromisión ilícita. Protegen la dimensión estática de la libertad religiosa, o dicho de otro modo, limitan la actuación de los demás en aras al respeto debido a los sentimientos religiosos de la persona o confesión religiosa⁵⁸⁵.

Para MUÑOZ CONDE el factor que aglutina estos delitos es el sentimiento religioso:

la esencia de estos delitos consiste en una ofensa global a sentimientos que generalmente tienen un contenido relacionado con la libertad religiosa y de culto consagrada en el art. 16.1 CE, aun cuando también pueden afectar a otros bienes jurídicos más específicos [...] Este «sentimiento religioso» se convierte así en el verdadero factor aglutinante de estos delitos, por más que sea un concepto difuso y difícil de precisar. Pero la misma imprecisión y vaguedad del concepto choca con la libertad ideológica, religiosa y de culto a la que se refiere el art. 16.1 CE. Por eso hay que interpretar restrictivamente estos preceptos y reducir su aplicación

⁵⁸² BAGES SANTACANA, Joaquín: *La Protección Penal de los Sentimientos Religiosos*, Tirant lo Blanch, 2019, p.309.

⁵⁸³ BAGES SANTACANA, Joaquín: *La Protección Penal de los Sentimientos Religiosos*, Tirant lo Blanch, 2019, p.161.

⁵⁸⁴ Ibidem conclusión XIV, p. 312.

⁵⁸⁵ LANDETE CASAS, José: “La reforma de los delitos contra la libertad religiosa”, p.376. Dentro de la obra colectiva José León Alapont (dir.) *Temas clave de derecho penal presente y futuro de la política criminal en España*, J.M. Bosch, 2021.

*a aquellos casos en los que la ofensa al sentimiento religioso se concreta además en la ofensa a algún otro bien jurídico más específico*⁵⁸⁶.

Para este autor el art. 524 Cp. lo que protege «no sólo es la libertad religiosa o ideológica [...], sino un sentimiento religioso (o en el art. 525.2, no profesar ninguno»⁵⁸⁷).

En la misma línea, para BERNAL DEL CASTILLO los sentimientos religiosos:

*constituyen un auténtico bien jurídico entendido como una de las concreciones del derecho fundamental a la libertad religiosa. Los sentimientos fundados en el hecho religioso expresan y concretan lazos sociales fuertes y condicionan la vida relacional de numerosas personas, también en el campo de intercambio de ideas y opiniones, razón por la cual puede sostenerse el merecimiento de la protección penal de esos sentimientos*⁵⁸⁸.

6.4.8.3.2- Elementos del tipo

A. Art. 524 CP.

Exige la acreditación de los siguientes elementos del tipo (v.gr. *SAP de Madrid (Sección 16ª)* de 16 de diciembre de 2016, FD III; y *SAP de Madrid (Sección 30ª)*, nº 102/2019 de 21 de febrero, FD I, b) .3 y .4)

- a) *Debe ejecutarse un acto de profanación*
- b) *Dicho acto debe ser ejecutado en templo o lugar destinado a culto o en ceremonias religiosas, y*
- c) *Dicho acto debe llevarse a cabo con intención de ofender y debe además ofender los sentimientos religiosos.*

B. Art 525 CP.

Precisa la concurrencia de los siguientes requisitos (v.gr. *AAP de Barcelona, (Sección 10ª)*, de 14 de febrero de 2017, FD III):

Por un lado, un elemento objetivo que consiste en «hacer escarnio» y otro subjetivo que consiste en querer ofender:

El tipo penal exige una conducta objetiva, descrita por el legislador como el "hacer escarnio" público de dogmas, creencias, ritos o ceremonias propios de una confesión religiosa. Se define escarnio por la RAE como "burla tenaz que se hace con el propósito de afrentar". La definición hace por tanto referencia a una burla, pero no a cualquiera, sino sólo a aquella que se cualifica como "tenaz"; incluye además la definición lo que llamaríamos un elemento subjetivo, señalando que la acción ha de tener un propósito; el de afrentar, es decir, "causar afrenta, ofender, humillar, denostar".

[...] Este elemento subjetivo del tipo ha sido definido por el Tribunal Supremo y la doctrina como el dolo específico que exige el tipo penal qué nos ocupa, entendido éste como ánimo deliberado de ofender los sentimientos religiosos legalmente tutelados. Es decir, es necesario que la acción ejecutada por el autor esté específicamente destinada a obtener o conseguir dicha finalidad, de forma que, por definición, no es posible

⁵⁸⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 2022, p. 819.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, p. 820.

⁵⁸⁸ BERNAL DEL CASTILLO, Jesús: "Protección penal de los sentimientos religiosos y delito de escarnio", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* nº 55, 2021, p.21.

cometer este tipo de delitos, no sólo a título imprudente sino tampoco mediante otras modalidades del dolo, distintas al dolo directo, singularmente el dolo eventual, desde el momento en que dicho tipo de dolo es incompatible con la exigencia legal de que el sujeto actúe movido por una especial y concreta finalidad o intención, en el presente caso, la de ofender los sentimientos religiosos de las personas

6.4.8.3.3- Casos paradigmáticos

Del art. 524 CP.:

A. Rita Maestre⁵⁸⁹: SAP de Madrid (Sección 16ª) de 16 de diciembre de 2016, FD III.

Fue condenada en primera instancia a la pena de 12 meses de multa. Sin embargo, resultó absuelta en segunda instancia.

Los hechos por los que fue enjuiciada consistieron en:

" Sobre las 13,00 horas del día 10 de Marzo de 2011, la acusada Adela, mayor de edad y sin antecedentes penales, entró junto con un grupo de personas a la Capilla del Campus de Somosaguas, portando alguna de ellas imágenes del Papa con una cruz esvástica, y , en presencia de varios estudiantes que se encontraban orando, la acusada ADELA en unión y de acuerdo con otras mujeres no identificadas, con intención de ofender los sentimientos religiosos de los allí presentes y del colectivo católico invadieron el espacio destinado al altar, rodeando el mismo leyendo el siguiente manifiesto:

"La Iglesia Católica ha sido y continua siendo una de las instituciones patriarcales por excelencia, desde tiempos inmemoriales ha emprendido una cruzada contra toda forma de orientación sexual diversa a la oficial. En la Edad Media quemaban en la hoguera a las diferentes, hoy les linchan en el terreno mediático.

La iglesia es una institución basada en códigos antidemocráticos y machistas, dentro de la cual las mujeres ocupan un papel secundario y los homosexuales no existen.

Pero la Iglesia no se limita a regirse por normas obsoletas y misóginas, sino que intenta extrapolar su concepción de mujer, sexualidad y familia al resto de la sociedad. Ayer , hoy y siempre la Iglesia nos cubre y nos ataca:

1. *"No es el hombre que decide, es Dios el que decide quien es hombre y quien mujer (Benedicto XVI, Papa)*

2. *"¿No sabéis acaso que los injustos no heredaran el Reino de Dios?. ¡No os engañéis!. Ni los impuros, ni los idólatras, ni los adúlteros, ni los afeminados, ni los homosexuales, heredarán el Reino de Dios" (1 Corintios 6 9-10)*

3. *"La Unesco tiene un plan para los próximos 20 años, hacer que la mitad de la población mundial sea homosexual, destinada a romper con el plano de Dios para la familia que consiste en la unión estable de un varón y una mujer" (Demetrio Fernandez, Obispo de Córdoba)*

4. *"La mujer escuche la instrucción en silencio, con plena sumisión. No consiento que la mujer enseñe, ni domine al marido, sino que ha de estar en silencio" (1ª carta a Timoteo)*

5. *"Los matrimonios canónicamente constituídos tienen menos casos de violencia doméstica que aquellos que son parejas de hecho o personas que viven inestablemente" (Reig Pla, obispo de Alcalá de Henares)*

6. *"La prueba científica para explicar la imperfección somática, sensorial, intelectual y moral de la mujer es que su constitución es más húmeda, más abundante de humores"(Tomás de Aquino)*

⁵⁸⁹ <https://www.publico.es/politica/rita-maestre-absuelta-del-delito.html> (consultado el 23-1-2023).

7. "Creo que el fenómeno de la homosexualidad es algo que perjudica a las personas y a la sociedad. A la larga pagaremos las consecuencias como las han pagado otras civilizaciones" (Bernaldo Alvarez, Obispo de Tenerife)

8. "Si tu marido sugiere la unión, entonces accede humildemente, teniendo siempre en cuenta que su satisfacción es más importante que la de una mujer. Cuando alcance el momento culminante, un pequeño gemido por tu parte es suficiente para indicar cualquier goce que hayas podido experimentar. Si tu marido te pidiera prácticas sexuales inusuales, sé obediente y no te quejes" (Sección Femenina)

9. "Puede haber menores que sí lo consientan y , de hecho, los hay. Hay adolescentes de 13 años que son menores y están perfectamente de acuerdo y , además, deseándolo. Incluso si te descuidas te provocan" (Sobre el abuso de menores, Bernardo Alvarez)

Por sus declaraciones sexistas y homófobas, por su moral puritana y opresiva, porque su discurso caduco y reaccionario tenemos que soportarlo cada día en los medios de comunicación, en las calles y en los colegios, por su intolerable presencia en una universidad pública, hoy, nos apropiamos de su espacio para gritarles que somos quienes queremos y nos reímos de sus identidades excluyentes y obsoletas:

Ni impura, ni virgen, libre!

Transmaricabollo!

Viciosa!

Maricón!

Putas!

Deseante!

Autónoma!

Lesbiana!"

Finalizada dicha lectura, la acusada ADELA se quitó la camiseta, quedándose en sujetador, y , otras mujeres se desnudaron de cintura para arriba, dándose, asimismo, dos mujeres un beso en la boca, tras lo cual se dirigieron hacia fuera de la Capilla gritando: "Vamos a quemar la conferencia episcopal", "menos rosarios y más bolas chinas", " contra el Vaticano poder clitoriano", "sacad vuestros rosarios de nuestros ovarios", siendo filmados por una de las personas que entró en la capilla, los referidos hechos.[...].

La defensa alegó que la intención fue únicamente la de protestar, «quejarse de la actitud de la jerarquía católica para con las mujeres y reivindicar la separación entre la Iglesia y los poderes del Estado».

La AP centró su análisis en el elemento objetivo del tipo y en concreto acerca de si hubo un acto de profanación. Al respecto destacó la escasa jurisprudencia existente y citó algunos supuestos de sentencias condenatorias de los que concluyó que deben reflejarse «situaciones o actos físicos de claro contenido profanador en la medida en que implican un trato directo vejatorio, físicamente violento, contra algún elemento básico de la liturgia católica o de las representaciones propias de esta religión». Centrado así el elemento objetivo consideró que no se acreditó la comisión del delito, ya que:

No tocaron el sagrario, no alteraron la disposición del altar (según algún testigo, se movió el mantel que lo cubre, sin llegar a caer), no accedieron a ningún elemento de la capilla, no llevaron a cabo actos obscenos ni grotescos (un beso difícilmente puede ser calificado de tal) y salieron a continuación. Esto es, para entendernos, se podría hablar, quizás, de un acto de profanación virtual o gestual, pero no de un acto físico de profanación, pues no llegaron a entrar directamente en contacto con ningún objeto sagrado.

Quede claro, no obstante, que podemos comprender que en ciertos ámbitos este acto puede ser valorado como claramente irrespetuoso en cuanto que se considere altera el silencio y el respeto exigible en el interior de una capilla donde en ese momento varios feligreses se encontraban orando, pero ese componente de profanación exigible por el tipo a nuestro juicio no concurre. El hecho de que en la costumbre más tradicional desnudarse ante el público, y mucho más si ello ocurre dentro de un templo, pueda interpretarse como una falta de consideración y de respeto, la inadecuada vestimenta o ciertos gestos inapropiados no pueden constituir un acto de profanación por sí mismos⁵⁹⁰.

B. Activistas Femen⁵⁹¹: SAP de Madrid (Sección 30ª), nº 102/2019 de 21 de febrero, FD I, b) .3 y .4

Fueron absueltas en primera instancia y la AP las condenó a la pena de 12 meses de multa al estimar el recurso de apelación.

Los hechos declarados probados fueron:

Junto a la calle Bailén de esta ciudad se alza la Catedral de la Almudena, templo consagrado al culto de los católicos. Su carácter catedralicio le confiere la cualidad de templo católico principal de la Archidiócesis de Madrid, teniendo también relevancia monumental, estando además muy próxima a otros importantes monumentos de la Villa de Madrid, entre ellos, el Palacio Real, el Teatro Real o la Plaza de Oriente.

En el interior de la Catedral, en concreto en su presbiterio, se alza una cruz de grandes dimensiones, con la imagen de Cristo crucificado, destinada a presidir las ceremonias religiosas que se celebran en el templo. El madero vertical de la cruz está enclavado en una gran peana, proporcional al tamaño de la cruz, y, en su extremo inferior, se haya rodeado por una estructura decorativa, que incluye, en su zona superior, un forjado de hierro a modo de celosía enrejada.

⁵⁹⁰ El razonamiento de la AP continuó del siguiente modo:

En una sociedad democrática avanzada como la nuestra que dos jóvenes se desnuden no debe ya escandalizar a nadie, como tampoco el hecho de que algunos de ellos se besen sí. Estamos habituados a que activistas del grupo Femen lleven a cabo actos de protesta de esta naturaleza en los lugares más inverosímiles y ante personalidades de toda índole y por diferentes motivos. Desde luego, no es lo mismo desnudarse en un lugar público que hacerlo en el interior de una iglesia, pero una cosa es la falta de respeto a las normas comunes de vestimenta en determinados lugares y otra que dicha falta de respeto y decoro, también en la forma de vestir o en la parte del cuerpo que muestras, constituya un ilícito penal castigado con penas privativas de libertad o multa. Entiende este Tribunal que esta consideración como delito debe producirse, interpretando la voluntad del legislador, cuando se trata de un acto de profanación claro, directo, evidente y, por supuesto, físico, y no derivado del simple hecho de incumplir determinadas normas sociales, por mucho que ello pueda herir sentimientos religiosos de quienes profesan determinada religión, aunque para este Tribunal resulten comprensibles.

Para acabar de explicar de un modo práctico la posición de los integrantes de esta Sala, imaginemos que un grupo de mujeres accede a una mezquita en un país de tradición musulmana en el momento en el que no se desarrolla ningún rito religioso y lo hacen desprovistas del correspondiente velo, para a continuación leer un comunicado criticando la actitud de ciertos imanes en relación a la posición de la mujer, siendo penalmente perseguidas por su acción. Sin duda, para quienes profesan el islam, el acceso a una mezquita de una mujer sin velo o sin cubrirse las piernas, puede constituir un atentado a sus normas tanto como para algún católico hacerlo desnudo en una iglesia, si bien tales hábitos o conductas, desde luego reprochables, difícilmente pueden ser calificadas dentro de un sistema democrático como constitutivas de un delito de ofensa a los sentimientos religiosos.

Es por ello que se considera, desde un punto de vista estrictamente técnicojurídico, sin valoraciones ético-morales, que no concurre dicho elemento objetivo del tipo y que los hechos declarados probados no alcanzan a integrar un acto de profanación en sentido estricto, por lo que no concurre el tipo penal del artículo 524 del C. Penal y la apelante deberá ser absuelta, con estimación del recurso de apelación interpuesto.

⁵⁹¹ https://www.eldiario.es/sociedad/profanacion-activistas-femen-encadenaron-almudena_1_1662549.html (consultado el 23-1-2023).

Sobre las 09:00 horas del día 13 de junio de 2014, las acusadas, Sacramento y Sandra, ya reseñadas, una vez abierta la Catedral al público, accedieron a su interior, se dirigieron a la citada cruz, se desvistieron de cintura para arriba dejando su torso completamente desnudo, se subieron a la peana de la Cruz citada y se encadenaron a la celosía enrejada antes descrita, con la intención de que solo pudieran ser desalojadas con la rotura de las cadenas, lo que impediría que el mismo pudiera efectuarse de forma inmediata. En su torso llevaban escritas las expresiones "Altar para abortar", "Gallardón inquisidor", "aborto ilegal" o "tomemos el altar". Además, verbalmente, durante unos cinco minutos del tiempo total que estuvieron encadenadas, gritaron expresiones del tipo "Altar para abortar", "aborto ilegal, tomemos el Altar", "aborto es sagrado" y "libertad para abortar", haciendo Sandra varias veces el gesto de santiguarse.

Los Agentes actuantes tuvieron que cortar las cadenas con una cizalla ante la negativa de las acusadas a abrir los candados con los que las habían cerrado.

Se tomó la decisión de cerrar la Catedral en tanto que se ponía fin al incidente, volviendo a abrirse después.

En estas fechas existía un intenso debate social sobre el contenido del proyecto sobre la reforma de la regulación del aborto que, impulsado por el Ministerio de Justicia bajo la denominación Ley de Salud Sexual y Reproductiva e Interrupción Voluntaria del Embarazo, se encontraba en ese momento sometido a la fase de informe del Consejo General del Poder Judicial, no habiendo sido todavía emitido.

Las acusadas, activistas del movimiento "Femen", ante el hecho de que la Conferencia Episcopal Española se mostraba favorable a una modificación de la Legislación vigente sobre el aborto, que consideraba una de las que menos protegía la vida humana en el mundo entero, decidieron realizar la acción antes descrita como modo de dar relevancia pública a la posición por ellas defendida, la de considerar el aborto un derecho irrenunciable.

La AP aludió a la sentencia de 2016 y explicitó que el precepto penal no exige contacto físico, sino actos físicos:

"el delito debe producirse, interpretando la voluntad del legislador, cuando se trata de un acto de profanación claro, directo, evidente y, por supuesto, físico, y no derivado del simple hecho de incumplir determinadas normas sociales, por mucho que ello pueda herir sentimientos religiosos de quienes profesan determinada religión, aunque para este Tribunal resulten comprensibles".

Aplicada dicha doctrina, que es compartida por este Tribunal, al caso que nos ocupa, sí se observa la existencia de un acto de profanación, en tanto en los hechos probados se declara que las acusadas "se dirigieron a la citada Cruz, se desvistieron de cintura para arriba dejando su torso completamente desnudo, se subieron a la peana de la Cruz citada y se encadenaron a la celosía enrejada antes descrita, con la intención de que sólo pudieran ser desalojadas con la rotura de las cadenas, lo que impediría que el mismo pudiera efectuarse de forma inmediata. En su torso llevaban escritas las expresiones "Altar para abortar", "Gallardón inquisidor", "aborto ilegal" o "tomemos el altar". Además, verbalmente, durante unos cinco minutos del tiempo total que estuvieron encadenadas, gritaron expresiones del tipo "Altar para abortar", "aborto ilegal", "tomemos el altar", "aborto es sagrado" y "libertad para abortar", haciendo Sandra varias veces el gesto de santiguarse".

La descripción de hechos probados recoge actos físicos directos sobre el elemento representativo de la religión católica como es la Cruz, como fueron subirse a la peana de la Cruz y encadenarse a la celosía enrejada que la rodea, que unido a la actuación de encontrarse con el torso desnudo, gritando las expresiones que también llevaban escritas en aquél, como "altar para abortar" o "tomemos el altar", mientras una de ellas se santiguaba, que suponen una evidente falta de respeto y con un claro contenido vejatorio para los sentimientos de los católicos.

Por tanto, no nos encontramos aquí ante una mera profanación virtual o gestual, que no traspasaría el límite de la ofensa verbal, sino ante un acto de profanación encajable en el tipo penal del art. 524 CP.

La AP consideró que la conducta de las acusadas no podía considerarse amparada por la libertad de expresión por la gravedad de sus acciones, y porque fueron preparadas para que tuvieran una gran repercusión pública (entraron acompañadas de periodistas). El tenor literal del razonamiento fue:

[...] pues resulta de los hechos probados que eligieron un templo católico simbólico en Madrid, como es La Almudena, la Catedral de Madrid, para realizar los actos físicos gravemente ofensivos y vejatorios para los sentimientos de los católicos, asegurando además que tendrían la máxima repercusión pública posible, al ir acompañadas de periodistas que grabaron su actuación y fue divulgada con posterioridad a través de múltiples medios de comunicación, con lo que dicha acción tenía por destinatarios a todos los católicos, ofender los sentimientos de los católicos mediante actos ofensivos al símbolo más importante de la Religión Católica como es la Cruz, que no se justifican por su desacuerdo con las ideas de la iglesia Católica acerca de la reforma de la ley del aborto, y que pudieron expresar libremente en otro lugar diferente.

Del art. 525 CP.

A. Leo Bassi⁵⁹²: AAP de Valladolid, (Sección 2ª), nº 251/2011 de 9 de junio, FD III

La AP confirmó el archivo de la querella por entender que los hechos objeto de la misma no eran constitutivos de delito: se trató de un espectáculo desarrollado en la Universidad de Valladolid en octubre de 2010. La AP valoró que el protagonista se autodefine como *payaso* y que el espectáculo fue dirigido a adultos con capacidad crítica. A lo largo del mismo se hizo parodias y se trataron diversos temas polémicos. En concreto, el auto recogió los siguientes:

[...] La imitación del Papa de la Iglesia católica, no deja de ser una parodia pero sin llegar a contener elementos denigrantes o humillantes por representarlo (en algunos momentos, no en todos) con un andar escasamente ágil o como una persona de avanzada edad.

En cuanto al tema de los preservativos, no advertimos esa equiparación con el acto de la Consagración señalada en la querella. No se acompaña con expresiones de la liturgia propia de ese acto que así lo hagan pensar, incluso la simulación de tirar los preservativos, y en la forma que lo hace, no es identificable con la administración de la sagrada forma en la Eucaristía. Por lo tanto, de ello no cabe extraer una interpretación clara o unívoca con ese acto de la Consagración.

Las referencias en torno a las noticias de abusos sexuales cometidos por sacerdotes, no pasan de ser interrogantes críticos sobre el silencio de algunos estamentos dentro de la Iglesia en relación a lo que han hecho "esos curas" (sic), utilizando esta expresión significativamente delimitadora, sin que tales comportamientos vengan atribuidos a todos los sacerdotes, ni a los católicos en general.

Finalmente se argumenta que ataca los dogmas más importantes del Cristianismo y del Catolicismo al decir: "Los actos más profundos de la religión cristiana, ¿cuál puede ser?, el nacimiento de Jesús, la Navidad, llega el Mesías, la inocencia del bebé todo el ritual y las ceremonias que hay alrededor del nacimiento de Jesús. ¿Pero qué es el nacimiento de Jesús sino una decisión del obispo de Milán de recuperar las fiestas romanas donde el 25 de diciembre el bebé Apolo, dios del sol nace?. O "Pascua es una fiesta neolítica, la fiesta de los animales que nacen". O "la catedral de Santiago es un lugar de druidas y todos

⁵⁹²<https://www.elnortedecastilla.es/20110610/local/valladolid/audiencia-valladolid-archiva-querella-201106101329.html> (consultado el 28-1-2023).

los itinerarios y peregrinaje a Santiago de Compostela han sido concurridos desde 10.000 o 15.000 años ..". Consideramos que tales expresiones carecen de virtualidad para escarnecer los sentimientos religiosos de los católicos.

El hecho de no creer en los dogmas de una determinada religión o pensar que no son ciertos y manifestarlo públicamente, entra dentro de la libertad ideológica y de la libertad de expresión, por lo que en sí mismo no entraña ningún comportamiento censurable penalmente.

Atendiendo a las frases vertidas, únicamente reflejan una opinión sobre la eventual coincidencia de fiestas religiosas o lugares de culto con costumbres arraigadas en anteriores épocas históricas y culturales, lo cual puede acercarse -aunque quizá de un modo escasamente científico- a las tesis sobre el sincretismo religioso o cultural; opinión que ciertamente carece de entidad en sí misma ofensiva o denigrante de los sentimientos religiosos, realizándose en el ámbito del libre debate social.

LA AP consideró que no se dieron no elementos objetivos del tipo al entender que no hubo escarnio, ni elemento subjetivo: no apreció un dolo de ofender sentimientos religiosos, sino ánimo *iocandi*.

B. Dolors Miquel⁵⁹³: AAP de Barcelona, (Sección 10ª), de 14 de febrero de 2017, FD III.

La AP desestimó el recurso contra la inadmisión de la querella dirigida contra la poetisa y la alcaldesa de Barcelona por el poema recitado en la gala de entrega de Premis Ciutat de Barcelona 2015. La letra del poema era⁵⁹⁴:

*Mare meva, que no ni sé on ets,
de qui només en tinc el nom...
Mare nostra que esteu en el zel
sigui santificat el vostre cony
l'epidural, la llevadora,
vingui a nosaltres el vostre crit
el vostre amor, la vostra força.
Faci's la vostra voluntat al nostre úter
sobre la terra.
El nostre dia de cada dia doneu-nos avui.
I no permeteu que els fills de puta
avortin l'amor, facin la guerra,
ans deslliureu-nos d'ells
pels segles dels segles,
Vagina.*

La AP consideró que no hubo escarnio, sino que el poema era una creación artística provocadora:

[...] simplemente se ha tratado de convertir en protagonista o destinataria de esa petición a una deidad femenina y no masculina, que no tiene que identificarse necesariamente con la imagen de la Virgen María tal y como se concibe por la religión católica, papel, el de la madre de Dios, que otras manifestaciones cristianas marginan, y no por ello blasfeman de ella en el sentido en que apunta la querellante.

⁵⁹³ <https://www.elperiodico.com/es/barcelona/20170220/audiencia-barcelona-considera-poema-mare-nostra-de-dolors-miquel-una-satira-5849370> (consultado el 28-1-2023)

⁵⁹⁴ <https://www.catorze.cat/biblioteca/mare-nostra-13231/y>
<https://www.youtube.com/watch?v=orm6ltMWsM8> (consultado el 28-1-2023).

[...] En el presente supuesto, las referencias que se contienen a la vagina, al útero o al coño (que es la palabra malsonante utilizada para referirse a la vagina o la vulva), en modo alguno puede suponer una ofensa, máxime hoy día en que en los planes educativos se incluye el estudio del cuerpo humano y de los órganos, tanto masculinos como femeninos, que cumplen no sólo una función reproductora sino también secretora; por su parte, la expresión "fills de puta", aparece referida en la polémica oración a aquéllos que tratan de abortar el amor (como ya se dijo, en todas sus manifestaciones y no sólo en su vertiente heterosexual), es decir, impedirlo, y hacer la guerra, notas que no parece que identifiquen a los miembros de la comunidad católica ni cristiana en el sentido de que sus sentimientos religiosos compartan tales propósitos o se basen en ellos. Igualmente, la referencia a la epidural o a la comadrona apuntan a la conveniencia de hacer uso de los avances tecnológicos que salvan vidas, que han encontrado no pocas dificultades ante las reticencias de algunos sectores de las comunidades religiosas, y no sólo católicas, a la hora de su aplicación por contravenir, supuestamente, los principios o dogmas religiosos. Como se ve, dicha crítica, que bien pudiera aludir a la religión católica en sus planteamientos más conservadores o reaccionarios, se halla amparada por la libertad de expresión

La AP remarcó que sería contrario a los principios de legalidad y seguridad jurídica considerar acreditado el delito por la mera idoneidad objetiva de la conducta, sin valorar si las acciones constituyen escarnio y si se realizan para ofender los sentimientos religiosos⁵⁹⁵.

C. Willy Toledo: SAP Madrid (Sección 6ª) nº 452/2020 de 5 de noviembre.

La AP confirmó la absolución acordada por la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 26 de Madrid con nº 20/2020, de 21 de febrero.

Los hechos consistieron en diversos comentarios publicados en la red social *Facebook*. En concreto:

- El día 12 de octubre de 2015 y en relación con la celebración de la fiesta de la hispanidad escribió "me cago en el 12 de octubre. Me cago en la fiesta nacional (yo me quedo en la cama igual pues la música militar nunca me supo levantar). Me cago en la monarquía y en sus monarcas. Me cago en el "descubrimiento". Me defeco en los "conquistadores" codiciosos y asesinos. Me cago en la "conquista" genocida de América. Me cago en la Virgen del Pilar y me cago en todo lo que se menea. Nada que celebrar. Mucho que defecar. Boas noites.

- El 5 de julio de 2017 publico en su perfil de Facebook el siguiente mensaje: tres compañeras serán juzgadas por (presuntamente) organizar la procesión del Coño insumiso de Sevilla. Según la energúmena de la jueza dicha procesión "constituye un escarnio al dogma de la santidad y virginidad de la Virgen María".

⁵⁹⁵ El riesgo sería que la existencia o no del delito dependería de lo que considerase cada creyente:

Pero es que, aunque no se compartieran los razonamientos anteriores y se estimara que los actos realizados por las querelladas encajarían en las acciones típicas del delito previsto en el artículo 525, faltaría, para poder apreciar la existencia de dicho tipo penal, el elemento subjetivo del injusto que el legislador introdujo en este precepto y que se recoge en la expresión "para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa". En caso contrario, si para integrar el tipo delictivo sólo se exigiera, no ya el efecto subjetivo en determinadas destinatarios, sino, incluso, la mera idoneidad objetiva de la conducta para herir los sentimientos religiosos de la generalidad de los miembros de determinada confesión, prescindiendo de que esa acción constituya, precisamente, un escarnio y se realice justamente para ofender, el catálogo de posibles conductas típicas sería tan amplio como extenso lo es el de las confesiones religiosas y sus distintas corrientes, de modo que dejaríamos en manos de cada creyente la existencia o no del delito, atentando, sin lugar a dudas, contra los principios de legalidad y seguridad jurídica; de tal suerte que, por ejemplo, podría ser delito el sacrificio público de algunos animales, el consumo de alguna de sus variedades o el sacerdocio femenino para aquéllos que, conforme a su religión o creencia, lo tienen prohibido.

Se les imputa un delito contra “contra los sentimientos religiosos”. Para empezar con la represión, la jueza exige una fianza de 3.600 euros para cubrir la multa pedida por la acusación particular de Abogados Cristianos. Yo me cago en dios y me sobra mierda para cagarme en el dogma de “la santidad y virginidad de la Virgen María”. Este país es una vergüenza insoportable. Me puede el asco. Iros a la mierda. VIVA EL COÑO INSUMISO. Muy buenas y muy españolas tardes.”

En relación a las expresiones vertidas explicó que

[...] no quería ofender a nadie, que solo quería expresar sus sentimientos y opiniones, ejercitar su derecho a la libertad de expresión. Afirmó que no tenía intención de ofender a los cristianos, que siente respecto y admiración por la gente católica, que su familia es católica y que el mismo está bautizado. Reiteró que su intención no era lado ofender los sentimientos religiosos de nadie, por el contrario su objetivo era político. Criticaba el día de la fiesta nacional se celebrara el día que empezó el genocidio de América. En el segundo de los textos defendía la libertad de expresión de sus compañeras del Coño insumiso que en esos días estaban siendo investigadas judicialmente por una protesta que hicieron.

La sentencia del penal (v. *FD IV*) se centró en el estudio de la prueba documental que acreditó la existencia de las publicaciones referidas. A partir de las mismas ponderó el contexto, y en especial el momento y modo de difusión — «iban dirigidas a sus seguidores, y personas que compartan las ideas del acusado el gusto por su especial estilo literario»— y llegó a la conclusión de que no resultó probado el elemento subjetivo del tipo penal:

Del tenor literal de las publicaciones y su contexto se evidencia la falta de educación, el mal gusto y el lenguaje soez utilizado por el acusado, y que caracteriza sus publicaciones, pero no acreditan por si solos la comisión por parte del mismo de un delito de escarnio contra los sentimientos religiosos por el que ha sido acusado.

7. CONCLUSIONES

La libertad de expresión es uno de los pilares de la democracia y, tal y como ya estableció STUART MILL, una de las herramientas fundamentales para la búsqueda de la verdad y para alcanzar el «bienestar intelectual de la humanidad (del que depende todo otro bienestar)⁵⁹⁶». El derecho a la libertad de expresión exige admitir en el debate las «malas ideas», que «deben de refutarse con buenas ideas en el libre mercado de las ideas⁵⁹⁷», y el discurso con el que no estamos de acuerdo, ya que «nos permite descubrir que las verdades establecidas son en realidad falsas y, por lo tanto,

⁵⁹⁶ STUART MILL, John: *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, p.120.

⁵⁹⁷ El Juez OLIVER WENDELL HOLMES en la sentencia *Abrams v. U.S.*, 250, U.S. 616 (1919) (*vide* <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep250/usrep250616/usrep250616.pdf>) consideró que: «el libre intercambio de ideas [...] la mejor prueba de la verdad es el poder del pensamiento para ser aceptado en la competencia del mercado, y esa verdad es el único terreno sobre el cual sus deseos pueden llevarse a cabo de forma segura. Eso es, en todo caso, la teoría de nuestra Constitución».

fomenta la posibilidad de nuevas verdades⁵⁹⁸». Incluso, como ha señalado el TEDH, la libertad de expresión admite expresiones *que hieren, ofenden o inquietan* en base al respeto al *pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe sociedad democrática*⁵⁹⁹.

No obstante, como todo derecho fundamental, el derecho a la libertad de expresión no es absoluto. El límite debe estar en los derechos reconocidos a las demás personas, especialmente el derecho al honor o el derecho a la intimidad. La libertad de expresión no puede incluir el derecho al insulto ni puede amparar intromisiones en la intimidad de las personas. Esos límites están recogidos en nuestra Constitución (artículo 20.4) y están amparados por los tribunales, debiéndose analizar caso por caso. Es más recientemente cuando se reconoce que la dignidad humana exigiría no solo preservar los derechos fundamentales de los individuos, sino también de las instituciones, grupos o sentimientos colectivos. A partir de ese momento se reconoce que el odio hacia instituciones, grupos o sentimientos colectivos puede ser también un límite a la libertad de expresión. En este sentido, el Tribunal Constitucional español reconoce por primera vez en 1991 como titular del derecho al honor al “pueblo judío”. Señala el Alto Tribunal:

*La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18.1 C.E.), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. 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. [...] ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social*⁶⁰⁰.

Una vez reconocida la titularidad del derecho al honor no ya a un individuo, sino a un colectivo, el siguiente paso será la introducción de los delitos de odio en nuestro Código Penal. Estos delitos pretenden preservar la dignidad humana⁶⁰¹, “fundamento del orden político y de la paz

⁵⁹⁸ O'REGAN, Catherine: “Hate speech online: an (intractable) contemporary challenge?”, *Current Legal Problems*, 2018, p. 9:

incluso el discurso con el que no estamos de acuerdo, nos permite descubrir que las verdades establecidas son en realidad falsas y, por lo tanto, fomenta la posibilidad de nuevas verdades. Esta afirmación epistémica se basa en el trabajo de JS Mill y Milton y a menudo se conoce como el argumento de Mill de la falibilidad. Subraya la tesis de que la libertad de expresión permite "un mercado de ideas" como se articula en la famosa disidencia del juez Holmes en Abrams v US en la que dijo (y yo parafraseo) que la mejor prueba de la verdad es su poder para ser aceptado en la competencia de la market. Es este principio el que informa el argumento de que la cura para el mal discurso es más discurso.

⁵⁹⁹ STEDH (Sección 3ª) Asunto de Stern Taulats y Roura Capellera c. España (Demandas nº 51168/15 y 51186/15), de 13 de marzo de 2018.

⁶⁰⁰ STC (Sala 1ª) 214/1991, de 11 de noviembre.

⁶⁰¹ Las posturas mayoritarias se decantan bien por la dignidad humana, bien por el derecho a la igualdad/a la no discriminación. A partir de ahí, nos encontramos con posiciones híbridas que interrelacionan estas dos ideas.

En primer lugar, a favor de la consideración de la dignidad humana como bien jurídico protegido tenemos:

- Para la FGE el bien jurídico protegido es la dignidad humana: no basta con que tengan lugar conductas discriminatorias que atenten contra el principio de la igualdad, sino que además, es necesario cuanto menos una mínima lesión de la dignidad (*vide Circular FGE n° 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal*).
- El TS también defiende que el bien jurídico protegido es la dignidad humana. En este sentido, señala que «(e)l bien jurídico protegido por el tipo penal del art. 510 es la dignidad de las personas, y colectivos de personas, a los que por su especial vulnerabilidad el Código otorga una protección específica en el mencionado artículo» (*v.gr. STS (Sección 1ª) 646/2018 de 14 de diciembre, FD Único; STS (Sección 1ª) n° 185/2019, de 2 de abril, FD III; y STS (Sección 1ª), n° 47/2019, de 4 de febrero, FD II*).
- En el mismo sentido, SÁNCHEZ MELGAR, afirmó que el bien jurídico protegido es la «dignidad humana» (*vide SÁNCHEZ MELGAR, Julián: “Discursos discriminatorios (Art. 510). Apología y negación del genocidio. Enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas”, Revista del Ministerio Fiscal, Fiscalía General del Estado, Madrid, n° 7, 2019, p.122*).
- Para el TC el bien jurídico protegido es la dignidad STC (*v.gr. STC (Sala 1ª) 214/1991, de 11 de noviembre*).

En segundo lugar, parte de la doctrina considera que el bien jurídico protegido es el derecho a no ser discriminado:

- GARCÍA ÁLVAREZ consideró que el enfoque de la FGE era equivocado y postuló que el bien jurídico en estos delitos es el «derecho a no ser discriminado» —cuando el sujeto pasivo es una persona individual— y el derecho a no ser discriminado respecto del resto de la sociedad —cuando el sujeto pasivo es un grupo/colectivo— (*vide GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora: “El artículo 510.1.a) del Código Penal a la luz de la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal”, Editorial Wolters Kluwer, La Ley Penal, Sección Legislación aplicada a la práctica, n° 151, Julio-Agosto 2021, pp. 4 a 6.*).
- CORRECHER MIRA con apoyo en otros autores, se refirió más que a un derecho a no ser discriminado, a la «prohibición de discriminación». Se trataría de proteger a colectivos y a sus miembros, que ya son vulnerables por una situación estructural (*vide CORRECHER MIRA, Jorge: “La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?.”, InDret n° 2, 2021, p.123.*).
- ANDRÉS DOMÍNGUEZ vendría a considerar que si de lo que se trata es de proteger el derecho a la no discriminación, la solución pasaría por penalizar sólo la incitación directa a dicha discriminación, y no la indirecta (*vide ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina: “Los denominados delitos de odio: análisis dogmático y tratamiento jurisprudencial”, Estudios penales y criminológicos, vol. XLI, 2021, p. 597.*).
- DAUNIS RODRÍGUEZ sostuvo que el bien jurídico es doble, según se atente contra el individuo o el colectivo al que pertenece. En lo que respecta al plano individual identifica la dignidad con el derecho a no ser discriminado y viceversa. En todo caso, la base en la que se sustenta el bien jurídico protegido es el derecho a no ser discriminado. Desde el punto de vista colectivo lo que se trata de proteger con los delitos de odio son las condiciones de seguridad del mismo (*vide LAURENZO COPELLO, Patricia y DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto: Odio, Prejuicios y Derechos humanos. Comares, Granada, 2021, pp. 295 y 296*).
- Para TAPIA BALLESTEROS el elemento esencial de los delitos de odio descansa en proteger la igualdad de personas o colectivos que tienen unas circunstancias particulares (*vide TAPIA BALLESTEROS, Patricia: “El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación”, en Entre la libertad de expresión y el delito [Cuestiones de la parte especial de los delitos de opinión], Aranzadi, 2021*).

En tercer lugar, el derecho a la igualdad conectado con la dignidad humana

- COMAS DE ARGEMIR CENDRA sostiene una posición mixta que se caracteriza por la estrecha relación entre la dignidad y el derecho a la igualdad (*vide COMAS DE ARGEMIR CENDRA, Montserrat: “Evolución jurisprudencial*

social” (art. 10 CE), en instituciones, grupos o sentimientos colectivos, especialmente si son de carácter minoritario. Tal y como se señala en el Anexo a la *Recomendación No R (97) 20 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el “discurso del odio”* a la que se remite el TEDH, se entiende que son discursos de odio *todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, que se manifiestan a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes o personas de origen inmigrante.*

Pues bien, con el objetivo de precisar lo máximo posible la aplicación del «delito de odio» como límite a la libertad de expresión, este trabajo ha realizado un análisis pormenorizado de la jurisprudencia, tanto nacional como internacional, incluyendo también la jurisprudencia de EEUU por su relevancia, sobre el odio como límite a la libertad de expresión. Se trataría, a partir del análisis de los delitos de odio tipificados en nuestro Código Penal, de dar seguridad jurídica a la aplicación de un límite a un derecho fundamental que es basilar en toda sociedad democrática. A continuación, concretamos cuáles –desde nuestro punto de vista- serían las propuestas de *lege ferenda* que permitirían una precisión legal adecuada para alcanzar la seguridad jurídica en esta materia, así como los criterios jurisprudenciales que se han de aplicar en su interpretación.

7.1- LA NECESARIA PRECISIÓN LEGAL EN LA LIMITACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

en los delitos de provocación al odio y a la discriminación: los límites a la libertad de expresión”, *Cuadernos Digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, n° 32, 2015, p.2.).

- Por su parte, MONTERDE FERRER expresa dicha conexión entre la igualdad y la dignidad como que aquella no deja de ser una manifestación de la dignidad (*vide* MONTERDE FERRER, Francisco: “Delito de odio. ¿existe?”, *Diario La Ley*, n° 9951, 2021.)

Finalmente, hay quien sostiene que el bien jurídico protegido es el orden democrático y social

- DOLZ LAGO argumentó que, en realidad, los delitos de odio protegen los valores constitucionales. Para él es un error confrontar la libertad de expresión con los delitos de odio. Estos no constituyen los límites negativos de la libertad de expresión, sino que su existencia serviría precisamente para garantizar la libertad de expresión: «sin libertad no existirían los delitos de odio, que son su negación, y sin delitos de odio no hay libertad, que es protegida por ellos» (*vide* DOLZ LAGO, MANUEL-JESÚS: “OÍDO A LOS DELITOS DE ODIO (ALGUNAS CUESTIONES CLAVES SOBRE DE LA REFORMA DEL ART. 510 CP POR LO 1/2015)”, *EDITORIAL LA LEY, DIARIO LA LEY*, N° 8712, 2016, p. 10.).

La extensión y límites de la libertad de expresión no puede depender de la concepción que acerca de la «democracia» tenga el juzgador. A lo largo del estudio, he podido comprobar que existen diferencias interpretativas irreconciliables. Por ello, creo que hay que tratar de alcanzar unos «mínimos» que en el plano teórico nos permitan «convivir» y, en el plano práctico, cuanto menos, nos faciliten «coexistir».

Es responsabilidad del Poder Legislativo legislar. Desde el punto de vista constitucional, para proteger los derechos fundamentales como la libertad de expresión, es ineludible que las leyes sean *precisas* y absolutamente *claras*. He aquí la esencia del principio de legalidad (art. 9.3 CE): no basta simplemente que las normas se vistan de leyes, sino que han de tener un mínimo de calidad. De suerte que no es posible trasladar la responsabilidad de arreglar el ropaje jurídico al Poder Judicial. Corresponde al Poder Legislativo establecer el marco jurídico a aplicar para que cualquiera de nosotros conozca con claridad y previamente *las reglas del juego*. En este sentido, dentro de la técnica jurídica, no cabe emplear términos o conceptos excesivamente abiertos e interpretables. Y menos en el ámbito penal donde rige el principio de taxatividad.

Conforme a Naciones Unidas el principio de legalidad no se refiere únicamente al rango de la norma necesario para poder establecer límites a la libertad de expresión, sino que también abarca cómo debe de ser redactada. La ley ha de ser clara y precisa, sin ser excesivamente abierta, para que todos podamos conocer *ex ante* qué comportamientos son «correctos» y cuáles no⁶⁰². En el mismo sentido

⁶⁰² La libertad de expresión tiene unos límites igualmente universales que están recogidos en los artículos 19 y 20 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. El Comité de Derechos Humanos en la Observación General 34, CCPR/C/GC/34, Ginebra, 11 a 29 de julio de 2011 en relación al PIDCP remarcó que cualquier restricción debe sujetarse a una serie de requisitos (*vide* § 22) como son el principio de legalidad, finalidad legítima, necesidad y proporcionalidad. En cuanto al principio de legalidad explicó que no se refiere únicamente al rango de la norma necesario para poder establecer límites a la libertad de expresión, sino que también abarca cómo debe de ser redactada. La ley ha de ser clara y precisa para que todos podamos conocer *ex ante* qué comportamientos son «correctos» y cuales no (*vide* § 24 a 26):

24. Las restricciones deben estar previstas en la ley. Por "ley" se puede entender las normas relativas a la inmunidad parlamentaria y al desacato a los tribunales. Habida cuenta de que cualquier restricción a la libertad de expresión constituye una grave vulneración de los derechos humanos, no es compatible con el Pacto que una restricción esté consagrada en el derecho tradicional, religioso u otras normas consuetudinarias análogas.

25. A efectos del párrafo 3, para ser calificada de "ley", la norma debe estar formulada con precisión suficiente para que una persona pueda regular su comportamiento de conformidad con ella, y hacerse accesible al público. Las leyes no pueden conferir a los encargados de su aplicación una discrecionalidad sin trabas para restringir la libertad de expresión. Las leyes deben proporcionar suficientes orientaciones a los encargados de su ejecución para que puedan distinguir cuáles expresiones pueden restringirse correctamente y cuáles no.

[...] Las leyes no deben vulnerar las disposiciones del Pacto relativas a la no discriminación ni establecer penas que sean incompatibles con el Pacto, como los castigos corporales.[...]

Por su parte, el «Test de Rabat» (recogido en el anexo del Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/22/17/Add.4 de 11 de enero de 2013 en relación a la DUDH) entiende que el principio de legalidad no sólo significa que la restricción se establezca por ley, sino que además ha de hacerse de forma

se pronuncia el TEDH: la ley ha de tener una mínima calidad, «requiriendo que sea accesible para el interesado y previsible en cuanto a sus efectos⁶⁰³».

Las mismas exigencias de claridad y precisión en la limitación legal del derecho a la libertad de expresión se establecen en el ordenamiento jurídico español. Según ha determinado el Tribunal Constitucional, «por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (artículo 81.1 CE), ora limite o condicione su ejercicio (artículo 53.1 CE), precisa una habilitación legal» (por todas, STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4). Por tanto, en primer lugar, para que un poder público (un gobierno) limite un derecho se exige que el Parlamento, como representante de la soberanía popular, prevea esa posible limitación. Además, cuando se trate de restringir derechos de la Sección I del Capítulo II del Título Primero, como el derecho a la libertad de expresión (art. 20 CE), no es suficiente con una ley ordinaria, tiene que preverse la limitación por una ley orgánica, que exige mayoría absoluta (la mitad más uno) para su aprobación (art. 81 CE).

Pero, en esta tarea, el legislador no es libre. Tiene que respetar el contenido esencial del derecho (art. 53.1 CE). Durante más de cuarenta años de jurisprudencia constitucional, el Tribunal Constitucional ha ido precisando el significado del «contenido esencial» del derecho que debe respetar el legislador. Muy tempranamente el TC (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8) mencionó dos caminos complementarios que pueden conducir al análisis del contenido esencial:

1) El TC delimita el contenido esencial de un derecho subjetivo como «aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al

clara y precisa, sin ser excesivamente abierta. Asimismo, en el anexo se remitió a los principios de Camden, en concreto al n° 11:

[...] *Los Estados no deberán imponer restricciones a la libertad de expresión que no se conformen con las normas expuestas en el Principio 2.2 y, en particular, las restricciones deberán estar previstas por la ley, servir para proteger los derechos o las reputaciones de otras personas, la seguridad nacional o el orden público, o la salud o la moralidad pública, y ser necesarias en una sociedad democrática para proteger estos intereses. Esto significa, entre otras cosas, que las restricciones:*

- i. Sean clara y estrechamente definidas y que respondan a una necesidad social apremiante.*
- ii. Sean la medida disponible menos intrusiva, en el sentido que no hay otra medida que fuera efectiva pero al mismo tiempo la menos restrictiva de la libertad de expresión.*
- iii. No sean demasiado amplias, en el sentido que no restrinjan el discurso de una manera extensa o sin límites, ni vayan más allá de lo que constituye el discurso dañino para excluir el discurso legítimo.*
- iv. Sean proporcionadas en el sentido que el beneficio para el interés protegido supera el daño a la libertad de expresión, incluso respecto a las sanciones que autorizan [...].*

⁶⁰³ En la STEDH (Sección 3ª) *Stomakhin c. Rusia* (Solicitud n° 52273/07) de 9 mayo 2018 el Juez Keller emitió un voto particular en el que consideró que dicho principio no se respetó. En sus palabras: «Esta ley es en última instancia poco más que un cheque en blanco que permite a las autoridades nacionales imponer una amplia gama de sanciones, sin proporcionar mucha claridad o previsibilidad a los posibles acusados».

tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose». En esta configuración ha de tenerse presente «el momento histórico de que en cada caso se trata y las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales».

2) Lo considera también como «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y específicamente protegidos». El contenido esencial del derecho queda, pues, violado, rebasado o ignorado cuando «queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».

La evolución de la jurisprudencia constitucional ha llevado a precisar los límites al legislador y a concretar cuándo el derecho se hace irreconocible o impracticable. En este sentido, señala el Tribunal constitucional que un derecho fundamental puede ser restringido «por medio de la ley, siempre que ello responda a **un fin de interés general, y los requisitos y el alcance de la restricción estén suficientemente precisados en la ley y respeten el principio de proporcionalidad**» (STC 76/2019, FJ 5). Si la ley que restringe el derecho carece de la precisión necesaria, «no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho (STC 104/2000, FJ 7, por todas), sino que al mismo tiempo dicha ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio (SSTC 11/1981, FJ 15; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4, y 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 7)».

Como ha explicado el propio Tribunal Constitucional en sus sentencias, son dos las razones que explican la necesaria previsión legal de la limitación de derechos fundamentales. Por una parte, ha de ser el Parlamento, como sede de la pluralidad política y representante de la soberanía popular, el que fija la necesidad de estas limitaciones y sus condiciones. Por otra parte, «en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos “únicamente al imperio de la Ley” y no existe, en puridad, la vinculación al precedente constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas» (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4).

7.2- ¿EL ODIOS A INSTITUCIONES, GRUPOS O SENTIMIENTOS COLECTIVOS COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN? EL FIN DE INTERÉS GENERAL QUE PERSIGUEN LOS DELITOS DE ODIOS

Según la normativa internacional, los delitos de odio tratarían de impedir que puedan darse de nuevo fatalidades como el *Holocausto*.

En primer lugar, el CERD en la Recomendación general N° 15 relativa al artículo 4 de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial recordó la obligación de los Estados miembros de castigar:

[...] *cuatro categorías de comportamiento indebido:*
i) *la difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial;*
ii) *la incitación al odio racial;*
iii) *los actos de violencia contra cualquier raza o grupo de personas de otro color y origen étnico;*
y iv) *la incitación a cometer tales actos.*

En segundo lugar, el TEDH ha confirmado las condenas impuestas en Alemania⁶⁰⁴ por hechos relativos al nazismo en base a la experiencia histórica. Esa necesidad social de evitar el resurgimiento del nazismo y de mantener la paz política constituyen el marco dentro del cual Alemania tiene un margen de apreciación para sancionar penalmente las conductas tal y como recoge su Código Penal: «los Estados que han experimentado los horrores nazis tienen una responsabilidad moral especial de distanciarse de las atrocidades masivas perpetradas por los nazis⁶⁰⁵».

Al hilo de la prohibición de partidos políticos que pretenden la instauración de regímenes totalitarios, y de forma consecuente, el TEDH también ha considerado que no violan el artículo 10 del CEDH aquellas condenas a organizaciones políticas con doctrinas incompatibles con el CEDH por llevar a cabo determinadas actividades. Así el TEDH ha considerado que el Nacional Socialismo es una doctrina totalitaria incompatible con la democracia y con los derechos humanos y, por tanto contraria al propio CEDH⁶⁰⁶. Por ese motivo no ampara nunca actividades por las que se ensalza al Tercer Reich, las SA, las SS o se niega, el asesinato sistemático de judíos en las cámaras de gas⁶⁰⁷.

El TEDH es absolutamente claro y tajante, no cabe tampoco la utilización de símbolos de organizaciones inconstitucionales. «(L)os Estados que han experimentado los horrores nazis tienen una responsabilidad moral especial de distanciarse de las atrocidades masivas perpetradas por los

⁶⁰⁴ Y también en Austria (*v.gr.* Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos (Sala 1ª) Herwig Nachtmann c. Austria, (Solicitud n° 36773/97) de 9 de septiembre de 1998).

⁶⁰⁵ Decisión del TEDH (Sección 5ª) Nix c. Alemania (Solicitud n° 35285/16) de 13 de marzo de 2018. En el mismo sentido en la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos (Sala 1ª) Gerd Honsik c. Austria (Solicitud n° 25062/94), de 18 de octubre de 1995 en relación a publicaciones que se alejaban de cualquier objetividad científica para negar el asesinato de judíos en los campos de concentración mediante el uso de gas tóxico.

⁶⁰⁶ Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos B.H, M.W, H.P y G.K. c. Austria (Solicitud n° 12774/87), de 12 de octubre de 1989.

⁶⁰⁷ Decisión del TEDH (Sección 5ª) Hans Jorg Schimanek c. Austria (Solicitud n° 32307/96) de 1 de febrero de 2000

nazis⁶⁰⁸». Sólo cabe el uso de simbología nazi con una oposición clara y obvia a la ideología nazi y se hace con el objetivo de «servir a la educación civil, a combatir los movimientos inconstitucionales, promover el arte o la ciencia, la investigación o la enseñanza, informar sobre acontecimientos actuales o históricos, o servir con fines similares⁶⁰⁹».

Con igual rotundidad el TEDH condena el negacionismo, las doctrinas que niegan la realidad histórica del asesinato sistemático de millones de judíos en cámaras de gas en el régimen del Nacional Socialismo, que es una doctrina totalitaria incompatible con la democracia y con los derechos humanos⁶¹⁰. No se puede tratar de utilizar la libertad de información para llevar a cabo publicaciones contrarias al texto y al espíritu del CEDH. Tales doctrinas son contrarias a los pilares básicos del CEDH, a la justicia, la paz, y a la discriminación racial y religiosa⁶¹¹. No importa que la negación se produzca en otro país y en un momento pasado. Lo que es relevante es el comportamiento de quien sostiene dicha doctrina mientras se refiere a ella. Así si se refieren a dichas doctrinas en el marco de una entrevista con relación a declaraciones pasadas es muy relevante valorar si el entrevistado pidió o no que la misma no se transmitiera en un Estado Miembro o que hubiera negociado cómo se publicaría⁶¹².

En tercer lugar, en la STC (Pleno) 235/2007, de 7 de noviembre⁶¹³ el máximo intérprete de la CE tuvo ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de castigar la negación y la justificación del genocidio; y concluyó que sí era constitucional el castigo de «la difusión de ideas o doctrinas

⁶⁰⁸ Decisión del TEDH (Sección 5ª) Nix c. Alemania (Solicitud nº 35285/16) de 13 de marzo de 2018.

⁶⁰⁹ *Ibidem*.

⁶¹⁰ Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos (Sala 1ª) Herwig Nachtmann c. Austria, (Solicitud nº 36773/97) de 9 de septiembre de 1998.

⁶¹¹ Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos (Sala 1ª) Gerd Honsik c. Austria (Solicitud nº 25062/94), de 18 de octubre de 1995.

⁶¹² Decisión del TEDH (Sección 5ª) Williamson c. Alemania (Solicitud nº 64496/17) de 8 de enero de 2019.

⁶¹³ En ella el TC sintetizó las posturas de la Abogacía del Estado y del Ministerio Fiscal que se basaron en el riesgo:

A su modo de ver, la negación o justificación de un genocidio encierra un peligro potencial para bienes jurídicos de la máxima importancia y, por ello, no puede considerarse amparada por el derecho a la libertad de expresión. Dicho peligro potencial supondría, además, justificación suficiente para su punición, sin que ello supusiera confrontación alguna con el principio de intervención mínima propio del Derecho penal.

En palabras del TC será negación la «mera expresión de un punto de vista sobre determinados hechos, sosteniendo que no sucedieron o no se realizaron de modo que puedan ser calificados de genocidio». Mientras que la justificación «no implica la negación absoluta de la existencia de determinado delito de genocidio sino su relativización o la negación de su antijuricidad partiendo de cierta identificación con los autores».

La STC (Sala 1ª) 112/2016, de 20 de junio recordó la doctrina establecida en la STC 235/2007 en cuanto a que para castigar penalmente una conducta como manifestación del «discurso del odio» es necesario que se genere «una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho de la libertad de expresión por ser necesaria esa injerencia en una sociedad democrática».

tendientes a justificar un delito de genocidio» siempre y cuando supongan una incitación indirecta a la comisión de delitos como el genocidio o «provo(quen) de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio».

En definitiva, se trata de establecer un mecanismo de prevención general capaz de evitar que las semillas del odio florezcan y se materialicen en delitos concretos dirigidos contra determinados colectivos y/o sus miembros. La vía civil en estos casos podría ser útil, pero insuficiente. El principio de excepcionalidad, el carácter fragmentario y de mínima intervención favorece acudir a la vía penal como último recurso: en atención a que el mal que se trata de evitar es superior al perjuicio de la pena que pudiera recaer. No se trata de perseguir el *odio* por tener un contenido *odioso*, sino por suponer un peligro de que se llegue a emplear la violencia, intimidación o intolerancia, que erosione la dignidad de las personas; y, en definitiva, ponga en riesgo la convivencia pacífica.

7.3- LA NECESARIA PRECISIÓN LEGAL DEL SUJETO PASIVO EN LOS DELITOS DE ODIO

Una de las características de los delitos de odio es que el sujeto pasivo es colectivo o individual siempre que pertenezca al grupo protegido. Este rasgo se desprende, por un lado, del marco internacional y la interpretación de nuestro TC. Y, de otro lado, al analizar el bien jurídico que se trata de proteger con este tipo de delitos.

En primer lugar, desde el plano internacional, el Comité de Derechos Humanos⁶¹⁴ en la Observación General 34 (CCPR/C/GC/34, Ginebra, 11 a 29 de julio de 2011 en relación al PIDCP) especificó que por «derechos» habrán de entenderse los reconocidos en el propio PIDCP y «los demás» comprende tanto a personas individuales como a colectivos: «La expresión "los demás" puede referirse a otras personas a título individual o como miembros de una comunidad, por ejemplo a una comunidad definida por su fe religiosa o a un grupo étnico».

En segundo lugar, en nuestro ordenamiento interno, el Tribunal Constitucional como hemos reseñado *supra* reconoció por primera vez en 1991 al “pueblo judío” como titular del derecho al honor.

⁶¹⁴ También en EE.UU se contempla a los colectivos: «solo puede ser restringida cuando incite a la violencia y genere un “peligro claro e inminente” sobre el colectivo al que se dirige el discurso odioso» (VALERO HEREDIA, Ana: “Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 110, 2017, p. 330.).

En tercer lugar, desde el punto de vista del bien jurídico protegido, considero que conviven tanto los colectivos como los individuos. Para el TC⁶¹⁵, el TS⁶¹⁶ y la FGE⁶¹⁷ el bien jurídico protegido es la dignidad humana, tanto en su dimensión individual como colectiva. Y, la doctrina aunque defiende otras posturas (como hemos recogido *supra*), coincide en la dimensión colectiva del sujeto protegido.

Desde esta triple perspectiva resulta claro que existe consenso acerca de la necesidad de castigar los delitos de odio cuando afecten a determinados colectivos o grupos; sin que sea suficiente con proteger a través de los derechos fundamentales a cada uno de los individuos afectados. En esencia porque de esta manera se pretende alcanzar una protección global, de todos los miembros que integran el colectivo, sin necesidad de que hayan sido personal y directamente atacados (anticipando su protección, antes de que sean verdaderamente dañados).

Desde mi punto de vista, ambos, el individuo y la comunidad, están íntimamente conectados: si solo se protege al individuo se dejará desprotegido al resto que comparte las mismas cualidades como grupo (es insuficiente la protección individual para salvaguardar al colectivo). Considero insuficiente una protección individualizada a través de los derechos fundamentales atinentes a la persona directamente atacada. Por un lado, supone cargar excesivamente a las víctimas con la responsabilidad de defender sus derechos no solo por ellas mismas en particular, sino como un esfuerzo por el bien del colectivo al que pertenecen. Por otro lado, me parece ineficaz desde el punto de vista de la prevención general, que se trate de proteger a todo un grupo de la sociedad a través de un procedimiento particular⁶¹⁸.

Desde esta perspectiva me decanto por considerar que la base fundamental de los delitos de odio es la protección de la dignidad humana tanto a nivel personal como de grupo. En mi opinión, se trata de proteger nuestra esencia, lo que nos hace humanos, nuestra dignidad, frente a los ataques que tratan de discriminar y combatir al *diferente* mediante una intolerancia violenta, intimidante, hostil y discriminatoria.

⁶¹⁵ Vide STC (Sala 1ª) 214/1991 de 11 de noviembre, STC (Sala 2ª) 176/1995 de 11 de diciembre, STC (Pleno) 235/2007, de 7 de noviembre, STC (Pleno) 177/2015, de 22 de julio y STC (Sala 1ª) 112/2016, de 20 de junio.

⁶¹⁶ V.gr. STS (Sección 1ª) 646/2018 de 14 de diciembre, FD Único; STS (Sección 1ª) nº 185/2019, de 2 de abril, FD III; y STS (Sección 1ª), nº 47/2019, de 4 de febrero, FD II.

⁶¹⁷ Vide Circular FGE nº 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal.

⁶¹⁸ Cuestión distinta sería la protección penal de derechos sin una dimensión pública o social como el derecho al honor: se limitaría la protección a través de las figuras de las injurias y de las calumnias. Si bien creo que este tipo de delitos deben desaparecer conforme explicaré *infra*.

Sentado lo anterior, considero que la protección debe limitarse a las minorías (y personas que las integran). A favor de esta postura contamos con la normativa internacional en la que literalmente se alude a «minorías»: el Anexo a la *Recomendación No R (97) 20 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el “discurso del odio”* hace una mención expresa a las minorías:

*todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, que se manifiestan a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad **contra las minorías**, los inmigrantes o personas de origen inmigrante.*

Más recientemente la Decisión Marco 2008/913/JAI obligó a la tipificación de la negación del genocidio —como forma de incitar al odio **contra las minorías**—. De hecho, la modificación del artículo 510 del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, obedeció a dichas exigencias internacionales, además de prestar la debida atención a la STC n° 235/2007, de 7 de noviembre, que supuso una novedad en relación a la interpretación del delito de negación del genocidio: sólo sería sancionable cuando constituyese «una incitación al odio u hostilidad **contra las minorías**».

Tanto la Fiscalía General del Estado como el Tribunal Supremo, y la doctrina han reflexionado acerca de si en los delitos de odio es preciso que los sujetos pasivos sean o no vulnerables, y de si esa vulnerabilidad ha de concurrir necesariamente o no en el sujeto pasivo.

Para la Fiscalía General del Estado⁶¹⁹ los motivos de discriminación penalmente relevantes son un *numerus clausus* (tan solo los integran los expresamente contemplados en el Cp.) y consideró que la existencia de los móviles discriminatorios previstos en el Cp. supone por sí solo la existencia de una situación de vulnerabilidad. En el mismo sentido se alineó el legislador con posterioridad a la Circular de la FGE⁶²⁰. Por tanto, desde la perspectiva de la FGE, en el sujeto no debe concurrir necesariamente la cualidad de vulnerabilidad.

⁶¹⁹ Para la Circular FGE n° 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal la esencia del delito recae en la «motivación discriminatoria». De hecho, la FGE, de forma expresa en relación a las circunstancias agravantes del art. 22. 4 Cp. consideró que no es necesario que el sujeto pasivo/las víctimas pertenezcan a un colectivo vulnerable; sino que basta con que el sujeto activo crea (por error o por asociación) que la víctima pertenece o está relacionada con ese colectivo, y por ello atenta contra ella.

En el lado opuesto, el TS considera que debe concurrir esa condición personal/discriminatoria en el sujeto pasivo. Así lo ha establecido en relación a las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal (v.gr. STS (Sección 1ª) n° 458/2019 de 9 de octubre de 2019, FD V, caso Alsasua): «no operará cuando la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio no concorra en el sujeto pasivo del delito».

⁶²⁰ Así, la disposición final 6.1 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia estableció dentro de las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal del art. 22:

GÓMEZ MARTÍN también defendió la tesis de la FGE: «basta con que el sujeto activo del delito actúe impulsado por la motivación especialmente indeseable, con independencia de si la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio concurre efectivamente o no en el sujeto pasivo de la conducta⁶²¹».

Discrepo de esta tesis porque considero que la realidad objetiva que se trata de proteger (pertenencia a un colectivo) debe primar sobre lo que se representa el sujeto activo que es (aunque no sea).

Por su parte, el TS también considera que la protección otorgada por el Cp. lo es en atención a que el legislador ha incluido en el precepto «(e)l bien jurídico protegido por el tipo penal del art. 510 es la dignidad de las personas, y colectivos de personas, a los que por su especial vulnerabilidad el Código otorga una protección específica en el mencionado artículo⁶²²». Si bien no hay que acreditar que exista una vulnerabilidad concreta en las víctimas, ya que el tipo penal no lo exige⁶²³. Me parece una postura que da seguridad jurídica y evita tener que ir más allá de lo que exige el tenor literal del precepto. En mi opinión es muy importante recalcar que no se trata de proteger sentimientos y emociones. Qué sea o no delito de odio nunca puede depender de la sensibilidad de cada cual — dependiendo del grosor de la piel unas conductas serían típicas y otras no—. Ello conduciría inexorablemente a la inseguridad jurídica, lo que es contrario a los principios del derecho penal.

Coincido con DAUNIS RODRÍGUEZ⁶²⁴ en que lo importante no es la atención en exclusiva a la motivación del sujeto activo, sino que las víctimas/sujetos pasivos pertenezcan realmente a los colectivos que el Cp. trata de proteger. A efectos probatorios facilita la acreditación del tipo y evita una extensión innecesaria e hiperbólica del derecho penal según la exclusiva voluntad del autor/a (lo que rayaría el derecho penal del enemigo). En este sentido estoy de acuerdo con las críticas de HERNÁNDEZ ROYO en la medida en que puede vulnerarse el principio de responsabilidad por el

4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta.

⁶²¹ GÓMEZ MARTÍN, Víctor: “Los delitos de odio y discriminación en el código penal español. Nuevo escenario tras la reforma de 2015”. Ponencia organizada dentro de la *Actividad formativa: Unión Progresista de Fiscales. Delitos de odio* organizada por el CEJ, Madrid, 20-21 de noviembre de 2018, pp.6 y 7.

⁶²² V.gr: STS (Sección 1ª) 646/2018 de 14 de diciembre, FD Único; STS (Sección 1ª) n° 185/2019, de 2 de abril, FD III; y STS (Sección 1ª), n° 47/2019, de 4 de febrero, FD II.

⁶²³ STS n° 437/2022 de 4 de mayo, FD IV.

⁶²⁴ LAURENZO COPELLO, Patricia y DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto: *Odio, Prejuicios y Derechos humanos*. Comares, Granada, 2021, p. 291.

hecho rector de nuestro Derecho Penal si la tipificación se usa con fines políticos y se obvia *que el art. 510 CP protege a miembros de colectivos especial, histórica y supuestamente vulnerables*⁶²⁵.

Suscribo la importancia de que concurren en los sujetos pasivos la condición de haber sido consideradas históricamente marginadas/discriminadas como expuso GARCÍA ÁLVAREZ:

(L)as notas o factores diferenciadores que conforman el delito del artículo 510 CP necesitan de una interpretación que permita entender cuándo efectivamente la conducta realizada en atención a las mismas, se hace merecedora del reproche penal, precisamente en atención al origen histórico de este tipo de delitos (45). Por ello considero que siempre habrá de tratarse de notas diferenciadoras que permitan caracterizar al colectivo por ellas identificado como un colectivo histórica y sistemáticamente marginado (46). Lo contrario supondría desatender, como pone de manifiesto Lorenzo Copello, el componente discriminador propio del concepto internacional del «discurso del odio»⁶²⁶.

Y en esta línea me parece esencial la coherencia: no podemos proteger de igual manera y por el mismo precepto a «víctimas» y «verdugos». No se pueden proteger del mismo modo a *nazis y judíos*. Al respecto me parecen acertadas las críticas de CORRECHER MIRA:

*(L)a Circular 7/2019, la FGE considera que, pese a la conexión del art. 510 CP con la protección de colectivos desfavorecidos, no es necesario acreditar la vulnerabilidad del grupo como elemento constitutivo del tipo. Después de esta matización, continúa afirmando que tampoco se considerarán valoraciones de tipo ético, pasando a sostener, como desafortunado ejemplo, la posibilidad de proteger mediante el art. 510 CP a los grupos nazis cuando puedan ser sujetos pasivos de discursos de odio. Así, esta Circular muestra otra forma de tolerancia institucional hacia el discurso xenófobo, en tanto que la protección ofrecida a estos colectivos, además de desvirtuar la esencia del art. 510 CP, supone blanquear la ideología que da cabida a estos colectivos*⁶²⁷.

El TEDH es claro al inadmitir las solicitudes en virtud del art.17 del CE? que han presentado por ser condenados por hechos relativos al nazismo. De algún modo me parece un contrasentido: no podemos equiparar/poner al mismo nivel de protección a quienes siguen corrientes neonazis que a

⁶²⁵ HERNÁNDEZ ROYO, Alejandro: “El delito de incitación al odio del artículo 510 CP: cuando la vieja excepcionalidad deviene en nueva normalidad” *Editorial LA LEY, Diario La Ley Penal, Sección Estudios*, n° 145, Julio-Agosto 2020, pp. 5 y 6.

⁶²⁶ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora: “El artículo 510.1.a) del Código Penal a la luz de la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal”, *Editorial Wolters Kluwer, La Ley Penal, Sección Legislación aplicada a la práctica*, n° 151, Julio-Agosto 2021, pp.10-11.

La autora es dura con la posición de la FGE: es irrelevante el punto de vista ético argumentado por la misma en la Circular. Para ella no puede gozar de la misma protección un nazi en una agresión porque se desnaturalizan los delitos de odio: «La ideología nazi podrá ser minoritaria, pero la misma no convierte al grupo que la profesa en un colectivo merecedor de protección. No es una cuestión del valor «ético» del sujeto pasivo. Es que esa nota diferenciadora, por mucho que sea una cuestión de ideología, no los convierte en un grupo desfavorecido ni vulnerable».

⁶²⁷ CORRECHER MIRA, Jorge: “La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», *InDret* n° 2, 2021, p.98.

los judíos (grupo históricamente perseguido por aquellos). La razón de ser de los delitos de odio es proteger a grupos vulnerables. En este caso, a partir del tremendo exterminio ocurrido durante el *Holocausto* surgió la necesidad de proteger a sus víctimas (no a sus *verdugos*).

A lo largo de este trabajo hemos visto diferentes puntos de vista acerca de quién debe considerarse como destinatario de la protección en los delitos de odio. Como acabamos de ver a nivel internacional se considera que han de ser minorías. En mi opinión, no todos los colectivos están protegidos por medio de los «delitos de odio», sino solamente aquellos que protegen a minorías históricamente discriminadas y recogidas en el Cp. Una vez contempladas en el precepto considero que no debe acreditarse una vulnerabilidad especial de la persona que forma parte del mismo. Desde este punto de vista, no basta con que el sujeto activo considere (acertada o erróneamente) que concurren en la víctima las circunstancias que le instan a atacarle, considero que la realidad objetiva que se trata de proteger (pertenencia a un colectivo) debe primar sobre lo que se representa el sujeto activo que es. A efectos probatorios facilita la acreditación del tipo y evita una extensión innecesaria e hiperbólica del derecho penal según la exclusiva voluntad del autor/a (lo que rayaría el derecho penal del enemigo) lo que es contrario al principio penal de responsabilidad por el hecho.

En definitiva, resultaría esencial para la aplicación del delito que en las víctimas concorra la condición de haber sido consideradas históricamente marginadas/discriminadas. Y por coherencia con el marco internacional y de respeto a las víctimas históricamente consideradas, no podemos proteger de igual manera y por el mismo precepto a «víctimas» y «verdugos».

7.4- LA NECESARIA DESTIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA SENTIMIENTOS RELIGIOSOS O INSTITUCIONES

Coincido con STUART MILL en cuanto a que las formas de expresarse tienen límites. Y suscribo sus palabras:

*[...] sea cualquiera la parte del argumento en que se coloque, debe ser condenado todo aquel en cuya requisitoria se manifiesta la mala fe, la maldad, el fanatismo o la intolerancia, pero no deben inferirse otros vicios del partido que la persona tome, aunque sea lo opuesto al nuestro en la cuestión; y debe reconocerse el merecido honor a quien, sea cual sea la opinión que sostenga, tiene la calma de ver y la honradez de reconocer lo que en realidad son sus adversarios y sus opiniones, sin exagerar nada que pueda desacreditarlas, ni ocultar lo que pueda redundar en su favor. Esta es la verdadera moralidad en la discusión pública [...]*⁶²⁸.

⁶²⁸ STUART MILL, John: *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, p. 122.

El odio debe funcionar como límite a la libertad de expresión, también, desde mi perspectiva, en caso de odio dirigido a grupos y sentimientos colectivos, tal y como he precisado, que sean minoritarios. Pero desde el principio de excepcionalidad y proporcionalidad que deben regir en el derecho penal, los supuestos protegidos deben ser precisos y limitados. Desde esta perspectiva, considero que debería quedar fuera de la órbita penal, residenciándola bien en la vía civil, bien en la vía administrativa, la protección de los sentimientos religiosos o instituciones. En ninguno de los dos casos concurre la vulnerabilidad que justifica la protección penal.

En primer lugar, los delitos contra *los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos* de los arts. 524 y 525 Cp. no pueden considerarse como «delitos de odio» y, por tanto, no es necesaria su penalización. La razón estriba en que a nivel internacional no se protegen creencias, ideologías o religiones sino a grupos de personas. Tal y como establece el «Test de Rabat⁶²⁹», no existe un derecho a que la religión o creencia propios no sea objeto de crítica o de burla. Se trata de proteger a las personas tanto individualmente como a las comunidades que formen. No se protegen sistemas de creencias o de religiones, que pueden ser legítimamente criticados. En términos parecidos se

⁶²⁹ Vide § 19 del apéndice del «Test de Rabat» recogido en el anexo del Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/22/17/Add.4 de 11 de enero de 2013 en relación a la DUDH. En cuanto a la prohibición de hacer críticas contra la religión o sistemas de creencias, incluidas las «leyes sobre la blasfemia», no es compatible con el PIDCP según el Comité de Derechos Humanos (Observación General 34, CCPR/C/GC/34, Ginebra, 11 a 29 de julio de 2011 en relación al PIDCP).

El razonamiento de base descansa en que cualquier penalización de los ataques contra una religión o sistema de creencias concreto supone discriminar a unas por encima de otras. No existe un derecho a que la religión o creencia propios no sea objeto de crítica o de burla. En este sentido, las «leyes contra la blasfemia» son contraproducentes porque censuran el diálogo, y, en ocasiones, son utilizadas para perseguir las religiones o creencias minoritarias o disidentes. Se trata de proteger a las personas tanto individualmente como a las comunidades que formen. No se protegen sistemas de creencias o de religiones, que pueden ser legítimamente criticados.

pronuncia también la «Declaración de Beirut⁶³⁰» y el TEDH⁶³¹: la libertad religiosa comprende la libertad de no creer; protege tanto a los creyentes, como a los no creyentes, como a los agnósticos. Cuestión distinta será si hay «ataques personales mediante el insulto, la ridiculización o la difamación de determinados colectivos y de grupos específicos de población, o la incitación al odio y a la violencia contra una persona por razón de su religión» cuya sanción vendría no por estos preceptos, sino como «delito de odio»⁶³².

⁶³⁰ La «Declaración de Beirut» del Consejo de Derechos Humanos A/HRC/40/58 de 5 de marzo de 2019 recoge:

§ 55 [...] *El derecho internacional obliga a los Estados a adoptar un enfoque moderado a la hora de abordar las tensiones entre la libertad de expresión y la libertad de religión o de creencias.*

Ese enfoque tiene que basarse en criterios de limitación que reconozcan los derechos de todas las personas a la libertad de expresión y a la libertad de manifestación de la religión o las creencias, independientemente de que sea de índole crítica la opinión, la idea, la doctrina o las creencias, o de si esa expresión perturba, ofende o molesta a otras personas, siempre y cuando no se convierta en una apología del odio religioso constitutiva de incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

§ 57 *Cada vez más, las limitaciones a la libertad de expresión relacionadas con la religión o las creencias adoptan la forma de leyes contra el “discurso de odio”. El artículo 20, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que los Estados han de prohibir por ley toda apología del odio religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia. Al mismo tiempo, en la observación general núm. 34 (2011) se subraya que las prohibiciones previstas en el artículo 20, párrafo 2, tienen que ajustarse al régimen de limitaciones establecido en el artículo 19, párrafo 3. Además, la apología del odio requiere una respuesta matizada que incluya sanciones penales y medidas civiles, administrativas y de política. Los Estados han de velar por que las sanciones penales se impongan solo en los casos más graves y que se basen en una serie de factores contextuales, incluida la intencionalidad.*

⁶³¹ STEDH (Sección 3ª) Ibragim Ibragimov y otros c. Rusia (Solicitudes nº 1413/08 y 28621/11) de 28 de agosto de 2018. Cuando la materia objeto del discurso es religiosa corresponde a los estados actuar de manera neutral e imparcial y proteger el pluralismo para garantizar el orden público. Los estados no pueden intervenir eliminando una forma de tensión, sino que deben de garantizar la tolerancia. El límite de lo tolerable se encuentra en que esa difusión de creencias religiosas no suponga la difusión de doctrinas hostiles a la fe de los demás, ni incite al odio o a la intolerancia religiosa.

⁶³² STEDH (Sección 5ª) Sanchez c. Francia (Solicitud nº 45581/15) de 2 de septiembre de 2021:

86. [...] *El lenguaje utilizado incitaba claramente al odio y a la violencia contra una persona por razón de su religión, lo que no puede disfrazarse o minimizarse por el contexto electoral (véase, mutatis mutandis, Féret, citada anteriormente, § 76) o por la voluntad de invocar los problemas locales. El Tribunal recuerda, a todos los efectos, que la incitación al odio no requiere necesariamente una llamada un acto de violencia concreto o a otro tipo de acto delictivo. Los ataques personales mediante el insulto, la ridiculización o la difamación de determinados colectivos y de grupos específicos de población, o la incitación al odio y a la violencia contra una persona por razón de su religión, como en el presente caso, son suficientes para que las autoridades den prioridad a la lucha contra estas conductas frente a la libertad de expresión irresponsable que atenta contra la dignidad e incluso la seguridad de estos sectores o grupos de población (Féret, citada anteriormente, § 73, y Atamanchuk c. Rusia, nº 4493/11, § 52, de 11 de febrero de 2020). El Tribunal hace asimismo referencia a la exposición de motivos de la Recomendación General nº 15 de la ECRI, de 8 de diciembre de 2015 (párrafo 39 supra), según la cual, en determinados casos, un rasgo característico del uso del discurso de odio es que puede tener la intención de incitar a otros a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a quienes van dirigidas, o cabe razonablemente esperar que tenga tal efecto; el elemento de incitación requiere una clara intención de cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, o bien existe un riesgo inminente de que tales hechos ocurran como consecuencia de haber utilizado el discurso de odio. Se puede considerar que existe intención de incitar cuando la persona que utiliza el discurso de odio, de forma inequívoca, hace un llamamiento a los demás para que cometan los actos pertinentes o se puede deducir por la contundencia del lenguaje utilizado y otras circunstancias destacables, como la conducta previa del orador. Sin embargo, la intencionalidad no siempre es fácil de demostrar, especialmente cuando las observaciones tienen que ver de forma ostensible con hechos pretendidos o cuando se utiliza un lenguaje codificado (véase, asimismo, Kilin c. Rusia, nº 10271/12, § 73, de 11 de mayo de 2021).*

En segundo lugar, deberían suprimirse los tipos penales dirigidos a proteger de las injurias, calumnias, y ultrajes tanto a la Corona como al resto de las Instituciones del Estado y Autonómicas; así como a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Tal y como señala el TS, las instituciones no tienen una «servidumbre de carga», que les obligue a soportar injurias y calumnias vertidas con publicidad. Sin embargo, su protección no debe recaer en el derecho penal —cuya aplicación ha de ser excepcional y proporcional, la *ultima ratio*—. En este sentido, tal y como señala el TEDH, en el supuesto de ampliar la protección al ofendido en detrimento de la libertad de expresión, se conseguiría un resultado perverso «probablemente perjudicaría al pluralismo, a la tolerancia y al espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna sociedad democrática»⁶³³.

Precisamente porque la fortaleza de las instituciones recae en la confianza que generan, y no en el temor al castigo por ser criticadas, considero que no se puede justificar ningún privilegio o protección especial en relación al derecho a expresar opiniones o a informar en relación al mismo. En este sentido, es muy relevante que desde el punto de vista internacional el mensaje es claro: el ejercicio de la libertad de expresión debe prevalecer en el caso de críticas políticas a personajes de relevancia pública o instituciones del Estado⁶³⁴.

⁶³³ STEDH (Sección 3ª) Asunto de Stern Taulats y Roura Capellera c. España (Demandas nº 51168/15 y 51186/15), de 13 de marzo de 2018.

⁶³⁴ Respecto de los «destinatarios» del mensaje emanado del ejercicio de la libertad de expresión el CCPR ha subrayado que debe prevalecer la libertad de expresión en el caso de críticas políticas a personajes de relevancia pública o instituciones del Estado. Ello por cuanto el CCPR entendió que en dichos supuestos no concurre el principio de necesidad para justificar una limitación.

[...] todas las figuras públicas, incluso las que ejercen los cargos políticos de mayor importancia, como los Jefes de Estado o de Gobierno, pueden ser objeto legítimo de críticas y oposición política. En consecuencia, el Comité ha expresado su preocupación en relación con leyes sobre cuestiones tales como la lè se majest é, el desacato, la falta de respeto por la autoridad, la falta de respeto por las banderas y los símbolos, la difamación del Jefe de Estado y la protección del honor de los funcionarios públicos. Las leyes no deben establecer penas más severas según cual sea la persona criticada. Los Estados partes no deben prohibir la crítica de las instituciones, como el ejército o la administración [...]

42. Sancionar a un medio de difusión, a un propietario de un medio o a un periodista por el solo hecho de criticar al gobierno o al sistema sociopolítico al que este se adhiere no puede considerarse nunca una restricción necesaria de la libertad de expresión.

43. Toda limitación al funcionamiento de los sitios web, los blogs u otros sistemas de difusión de información en Internet, electrónicos o similares, incluidos los sistemas de apoyo a estas comunicaciones, como los proveedores de servicios de Internet o los motores de búsqueda, solo serán admisibles en la medida en que sean compatibles con el párrafo 3. Las restricciones permisibles se deben referir en general a un contenido concreto; las prohibiciones genéricas del funcionamiento de ciertos sitios y sistemas no son compatibles con el párrafo 3. Tampoco es compatible con el párrafo 3 prohibir que un sitio o un sistema de difusión de la información publique material por el mero hecho de que ese material pueda contener críticas al gobierno o al sistema político al que este se adhiere.

Respecto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en general y del resto de cuerpos policiales ya sean autonómicos o locales, conforme al TEDH⁶³⁵ no dejan de ser unas instituciones públicas, y como tales, no parece que tengan encaje en la categoría de grupo social vulnerable o desprotegido.

7.4- LA NATURALEZA JURÍDICA. LA CONCRECIÓN DEL PELIGRO Y EL PROBLEMA DE PRUEBA

Existe unanimidad en considerar que los delitos de odio son delitos de peligro. Uno de los nudos gordianos acerca de los delitos de odio es considerarlos delitos de peligro en abstracto, hipotético o concreto.

La postura mayoritaria, sostenida por la FGE⁶³⁶ y por el TS⁶³⁷, así como por la mayor parte de la doctrina⁶³⁸, consiste en entender que los delitos de odio son delitos de peligro en abstracto, lo que

⁶³⁵ STEDH (Sección 3ª) Savva Terentyev c. Rusia (Solicitud n.º 10692/09) de 28 de agosto de 2018:

[...] difícilmente puede describirse como una minoría o grupo desprotegido que tiene antecedentes de opresión o desigualdad, o que se enfrenta a prejuicios profundamente arraigados, hostilidad y discriminación, o que es vulnerable por alguna otra razón, y por lo tanto puede, en principio, necesitar una mayor protección contra los ataques cometidos por el insulto, resistiendo el ridículo o la calumnia [...]

[...] al ser parte de las fuerzas de seguridad del Estado, la policía debería mostrar un grado particularmente alto de tolerancia al discurso ofensivo, a menos que ese discurso inflamatorio pueda provocar acciones ilegales inminentes con respecto a su personal y exponerlos a un riesgo real de violencia física. Sólo ha sido en un contexto muy delicado de tensión, conflicto armado y lucha contra el terrorismo o disturbios carcelario mortales que el Tribunal de Justicia ha constatado que las declaraciones pertinentes podrían alentar la violencia capaz de poner en riesgo a los miembros de las fuerzas de seguridad y, por lo tanto, ha aceptado que la injerencia en tales declaraciones estaba justificada [...].

⁶³⁶ Circular FGE n.º 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal.

⁶³⁷ STS (Sección 1ª) n.º 185/2019, de 2 de abril, FD III y STS (Sección 1ª), n.º 47/2019, de 4 de febrero, FD II, STS (Sección 1ª) n.º 72/2018, de 9 de febrero, FD único y STS (Sección 1ª) n.º 675/2020, de 12 de diciembre, FD I.2.

⁶³⁸

- DOLZ LAGO, Manuel-Jesús: “Oído a los delitos de odio (Algunas cuestiones claves sobre de la reforma del art. 510 CP por LO 1/2015)”, *Editorial LA LEY, Diario La Ley*, N.º 8712, 2016, p. 10. Fundamentó la naturaleza jurídica como delito de peligro en abstracto en la experiencia histórica vivida durante la Segunda Guerra Mundial con el régimen nazi y el holocausto. En sus palabras:

En el marco de estas consideraciones dogmáticas, siempre es bueno «aterrizar» sobre la realidad social y jurídica para darle practicidad a las mismas en el cumplimiento de la finalidad tuitiva penal que demanda el bien jurídico protegido.

Desde esta perspectiva, los delitos de odio, en especial su incitación, que es la que ofrece más discrepancias doctrinales sobre el ajuste constitucional de su tipificación penal, representan por sí misma considerada una conducta cuya peligrosidad queda acreditada por datos históricos innegables.

La peligrosidad de estas conductas debe considerarse ex ante sin que se exija un resultado posterior, sin que sea necesario acreditar la peligrosidad ex post.

Y lo es ex ante por experiencia histórica más que por otras consideraciones. El odio que se incita es destructivo del orden social democrático y se proyecta ante los individuos por razón de su pertenencia a grupos cuya vulnerabilidad social viene acreditada en el transcurso de la historia. Surgieron al finalizar la II Guerra Mundial tras el Holocausto nazi. No es una hipótesis de laboratorio. Y es sabido que los pueblos que no conocen su Historia están obligados a repetirla.

De ahí, que estas conductas están tan próximas al bien jurídico protegido que si queremos ser efectivos en su protección ex art. 9 CE (LA LEY 2500/1978), no podemos sancionarlas como meros actos preparatorios ex art. 18 CP (LA LEY 3996/1995)

significa que es suficiente con generar un riesgo de suscitar sentimientos de *odio, hostilidad, violencia, o de discriminación*; esto es, basta con que exista la probabilidad *ex ante* de «prender la mecha», y que con ello se pueda derivar en producir acciones de violencia o intimidación. Si bien algún autor pone el acento en una interpretación restrictiva del precepto, ya se considere delito de peligro en abstracto, ya de delito de lesión⁶³⁹.

ni como delitos cuya naturaleza exija la prueba de la lesión material del bien jurídico sino sólo su puesta en peligro potencial, ya que esa aptitud es suficiente para colmar la antijuricidad material de la acción y respetuosa con el principio de ofensividad, que justifica a la postre la tipificación penal de las mismas.

- ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina: “Los denominados delitos de odio: análisis dogmático y tratamiento jurisprudencial”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XLI, 2021, pp. 608 a 612 consideró que se trata de delitos de peligro en abstracto. Si bien los criticó por entender que generan inseguridad jurídica y que el precepto infringe los principios rectores del derecho penal:

[...] en ningún momento se exige que dicha conducta implique el riesgo de crear un clima de violencia que puede llegar a cristalizar en actos concretos de discriminación.

[...] Pero, sin duda, de las conductas tipificadas en este apartado primero a) del artículo 510 del Código penal, la que mayores críticas suscita es la relativa a la incitación pública, directa o indirecta, al odio y la hostilidad. El odio y la hostilidad son actitudes o sentimientos que no representan un peligro relevante para los colectivos protegidos. El odio es simplemente un sentimiento que ni siquiera está vinculado a la realización de actos lesivos; incitar al odio es intentar generar una opinión de animadversión por medio de la opinión misma. Al castigarse la incitación directa o indirecta al odio y la hostilidad, se está sancionando con pena la mera creación de un sentimiento de antipatía o aversión fundado en motivos discriminatorios, sin ninguna capacidad para crear o incrementar el peligro de lesión del bien jurídico.

La tipificación de esta conducta vulnera no solo el derecho fundamental a la libertad de expresión, sino, también, los principios más básicos y fundamentales del Derecho penal, en especial, los principios de intervención mínima y de lesividad, ya que se han elevado a la categoría de delito conductas que ni siquiera implican una puesta en peligro del bien jurídico, dando lugar a un adelantamiento excesivo de las barreras de protección penal. Pero la crítica no solo se dirige a las conductas tipificadas en el artículo 510. 1 a) del Código penal, sino que la misma se extiende a la pena señalada en el precepto; se castigan con la misma sanción comportamientos de distinta naturaleza y con distintos niveles de ofensividad, lesionando así el principio de proporcionalidad. En definitiva, el apartado primero a) del artículo 510 del Código penal suscita muchas e importantes dudas sobre su constitucionalidad, por cuanto el mismo colisiona con el derecho fundamental a la libertad de expresión, así como con los principios fundamentales del Derecho penal —tanto en relación con la tipificación de las conductas como con la determinación de la pena— como son los principios de intervención mínima, lesividad, taxatividad o proporcionalidad.

⁶³⁹ DAUNIS RODRÍGUEZ (vide LAURENZO COPELLO, Patricia y DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto: *Odio, Prejuicios y Derechos humanos*. Comares, Granada, 2021, pp. 301 y 302 y 310) opina que lo relevante es que para evitar desnaturalizar estos delitos deben ser interpretados de manera restrictiva:

En puridad, el hecho de calificar el comportamiento como delito de lesión o como delito de peligro no debe impedirnos establecer límites destinados a restringir la aplicación de la norma.

[...] En definitiva, con independencia de que configuremos la prohibición como un delito de peligro o de lesión, resulta imprescindible imponer una serie de criterios restrictivos que limiten la aplicación del tipo, ya que, los verbos típicos pueden convertir la prohibición en un verdadero «coladero» donde cualquier comportamiento basado en el odio merezca reproche penal.

[...] la afición debe tener la suficiente gravedad para afectar a los bienes jurídicos salvaguardados por la norma: de una parte, la dignidad personal de la víctima, y, de otra parte, las condiciones de seguridad existencial del colectivo discriminado. Y no basta con cualquier comportamiento para poder afectar a tales condiciones.

[...] Se hace necesario imponer estos criterios restrictivos para limitar la aplicación de un delito que corre el riesgo de desnaturalizarse por completo y, en lugar de utilizarse para salvaguardar a los colectivos más discriminados, se acabe usando para salvaguardar también a los poderosos o, incluso, a las propias instituciones y no necesariamente ante ataques especialmente lesivos sino también frente a meras opiniones, actos o representaciones con un interés meramente satírico.

Otra parte de la doctrina⁶⁴⁰ defiende que en realidad la postura de la FGE viene a considerar que se trata de delitos de peligro hipotético y, por tanto, es preciso que exista un riesgo de afectación/lesión del bien jurídico protegido por los delitos de odio.

Sin embargo, otros autores, con cita de sentencias del propio Tribunal Constitucional⁶⁴¹, exigen algo más: una concreción del peligro para poder ser castigado penalmente. Dicho de otro modo, es preciso que el riesgo sea de realización de acciones concretas que afecten al bien jurídico protegido. Así, no sería suficiente con crear la probabilidad de que pudieran llevarse a cabo conductas violentas, sino que se exigiría un riesgo claro de materializarse con acciones concretas que atenten con claridad contra los bienes jurídicos protegidos por los delitos de odio.

⁶⁴⁰ Para GARCÍA ÁLVAREZ la argumentación dada por la FGE conduce a pensar que antes de encontrarnos con delitos de peligro en abstracto nos hallaríamos ante delitos de peligro hipotéticos (*vide* GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora: “El artículo 510.1.a) del Código Penal a la luz de la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal”, *Editorial Wolters Kluwer, La Ley Penal, Sección Legislación aplicada a la práctica*, n° 151, Julio-Agosto 2021, p.9):

Si leemos bien esta recomendación o instrucción, hay que concluir que, en realidad, la Fiscalía no está entendiendo esta figura penal como un delito de peligro abstracto sin más, si no, como un delito de peligro hipotético (40), que no es exactamente lo mismo. De hecho, siendo generalmente rechazada por los autores la técnica legislativa de los delitos de peligro abstracto (41), los delitos de peligro hipotético se entienden generalmente admisibles en la medida en que, al menos, se está pidiendo para el castigo de la conducta tipificada, el que ésta revista la idoneidad suficiente como para afectar al bien jurídico protegido. En este caso concreto, la Fiscalía exige que la conducta que se lleve a cabo (enquadable como «discurso del odio») ha de ser idónea para generar no ya sólo un clima de odio o discriminación —que también—, sino que es que exige que esa situación conlleve el riesgo —habrá que entender real— de que se materialicen conductas intolerantes contra los grupos objeto de protección.

⁶⁴¹ La autora ROIG TORRES con apoyó en la jurisprudencia del TEDH y del TC, en especial en la STC (Sala 1ª) n° 112/2016, de 20 de junio y STC (Pleno) n° 35/2020, de 25 de febrero, valoró que conforme a la doctrina del TC relativa al delito de enaltecimiento al terrorismo, y extrapolable a los delitos del art. 510 Cp., el ámbito penal queda restringido a comportamientos que, en definitiva, generen un peligro en concreto; esto es, que inciten a la realización de actos específicos, sin bastar una indeterminada generación de clima/atmósfera que pudiera propiciar el odio, hostilidad y la violencia o intimidación. Debe existir una incitación siquiera indirecta a la comisión de delitos o a realizar actos violentos:

[...] no basta la mera promoción del clima que se prevé en esa norma para sancionar el enaltecimiento, negación y trivialización grave del genocidio y de los demás delitos.

[...] las SSTC 112/2016 y 35/2020 requirieron que dichas expresiones puedan considerarse una manifestación del “discurso del odio” por propiciar o alentar, aunque sea de forma indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. Por tanto, la primera declara que la labor de control de constitucionalidad, bajo el artículo 20.1 CE, debe limitarse a comprobar si la expresión era discurso del odio, que incitaba a la violencia.

[...] De manera que, de acuerdo con la lectura que el ATC 4/2008 y las SSTC 112/2016 y 35/2020 efectuaron de aquella resolución, el enaltecimiento del genocidio y de los demás delitos o de sus autores, ha de conllevar una incitación indirecta al delito o a realizar actos violentos contra las personas pertenecientes a los colectivos discriminados.

[...] Por otra parte, expliqué también que, en mi opinión, no basta la creación del clima que prevé el tipo para provocar esos efectos.

Me parece censurable que una de las máximas instancias jurídico-penales, se aparte de las directrices, tanto de la STC 112/2016, como del TEDH, e inste a los y las Fiscales para que persigan las conductas que puedan propiciar actos de violencia, de discriminación, “de hostilidad”, o algo todavía más paradójico, “actos de odio”. Además, en este caso resulta difícil discernir a qué sucesos se refiere la Fiscalía, en la medida en que el odio es un sentimiento, y, además, esos actos se mencionan de modo separado de los de violencia, hostilidad y discriminación. Por lo tanto, en lugar de hacer una interpretación restrictiva, requiriendo que el clima pueda concretarse en acciones violentas o delictivas, hace lectura confusa que infringe el principio de taxatividad.

Vide ROIG TORRES, Margarita: “El enaltecimiento de los delitos previstos en el art. 510 Cp. a la luz de la última jurisprudencia constitucional”, Estudios penales y criminológicos, vol. XLI, 2021, pp. 278, 279 y 283.

Según mi parecer el considerar los «delitos de odio» como delitos de «peligro en abstracto» lleva aparejado una serie de problemas. Por un lado, el riesgo de incrementar la dificultad probatoria de su comisión. Esa dificultad se traduce en inseguridad jurídica: a mayor dificultad probatoria, mayor inseguridad; a *sensu contrario*, cuanta mayor claridad en la interpretación del tipo, mayor facilidad probatoria, y, en consecuencia mayor previsibilidad de las consecuencias (más certeza jurídica).

Por otro lado, resulta difícil de acreditar la idoneidad de una conducta para generar un *clima* de discriminación, hostilidad, odio y violencia porque para ello, en mi opinión, rebasamos con creces lo que es la práctica habitual del foro en materia de probática. Incluimos aspectos relativos al contexto político, cultural y social, lo que, en definitiva, conduce bien a una inseguridad jurídica, bien a una carga de la prueba excesiva que imperativamente ha de jugar en favor del reo, caer del lado de la presunción de inocencia.

Considero que el precepto penal deberá incluir como delito de odio la negación de hechos históricos condenados por tribunales internacionales⁶⁴² y la incitación al odio a grupos históricamente vulnerables, siempre que se acredite un peligro real e inminente. El resto de discursos habrán de ser objeto de escrutinio individualizado; en atención a las concretas circunstancias, y atendiendo, cada vez más, a las consecuencias reales: «acreditación de un peligro real e inminente». Cuanto menor sea el número de factores con peso a tener en cuenta, tanto mayor la certeza del resultado.

De cara a futuro probablemente, siguiendo la doctrina de EEUU del *clear and present danger*, la naturaleza de los «delitos de odio» en España mutará de «peligro en abstracto» a «peligro concreto/cierto». Y he aquí uno de los *quids* de la cuestión: en la medida en que sean considerados como delitos abstractos estarán más alejados del *clear and present danger*. Por el contrario, estarán más próximos si se valoran bien como delitos de resultado, o cuanto menos, de peligro en concreto. Ese día transitaremos de la dificultad de acreditar *ex ante* un peligro en abstracto, a deber probar un

⁶⁴² En esta misma línea, ELÓSEGUI ITXASO señala que «la tipificación como crimen de la justificación del genocidio en los códigos penales debería referirse explícitamente al Tribunal de Nuremberg y a la Convención de la ONU y/o concretar en qué consisten exactamente esos delitos». Se trataría de fomentar la seguridad jurídica que merece un precepto penal. De suerte que, con carácter previo, se supiera con certeza cuándo se está cometiendo este delito. En este sentido, ELÓSEGUI ITXASO consideró adecuado el criterio seguido por el TEDH. En sus palabras: «resulta más positivo el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que establece que el delito sea la negación y/o justificación de hechos históricos criminales reconocidos y calificados como tales por los tribunales penales internacionales». *Vide*: ELÓSEGUI ITXASO María: “La negación o justificación del genocidio como delito en el Derecho Europeo. Una propuesta a la luz de la Recomendación número 15 de la ECRI”, *Revista de Derecho Político*, nº 98, 2017, pp.284 a 286.

Por el contrario, en la DM de la UE no se exige de este modo, su redacción es facultativa y no se cierra exclusivamente a pronunciamientos de Tribunales Internacionales, lo que ocasiona problemas de inseguridad jurídica. Por ello, me parece que favorece a la seguridad jurídica que en relación al genocidio el derecho penal se remita a genocidios considerados como tales por tribunales internacionales.

peligro concreto y cierto. La consecuencia será que para aplicar las sanciones por delitos de odio la prueba deberá acreditar que los discursos tienen consecuencias fácticas: producen efectivamente violencia, intimidación u odio. De esta manera, se reducirá el número de delitos de odio perseguidos y condenados. Pero a cambio, conseguiremos mayor seguridad jurídica, y evitaremos (o reduciremos sensiblemente) las posibilidades de revocar una posible sentencia condenatoria en las posteriores, y sucesivas múltiples vistas, en las que años después, *ex post*, se ha podido constatar que no se ha materializado el supuesto peligro en acciones reales.

En definitiva, el odio será un límite a la libertad de expresión cuando alcance la posibilidad de incitar, alentar a la acción, violencia, intimidación, hostilidad o discriminación (se rebasa el uso moderado) y se convierte en chispa, en el dedo que aprieta el gatillo. De esta forma, la distancia inicial entre la doctrina de Estados Unidos y la del Consejo de Europa está actualmente en convergencia. La doctrina del *clear and present danger* ha llegado a los instrumentos internacionales

de la ONU⁶⁴³, al TEDH como *imminent risk*⁶⁴⁴ y de ahí está calando en el TC⁶⁴⁵ y en el TS⁶⁴⁶. El derecho penal debe ser la *última ratio* para intervenir, y sólo en los casos más graves. Siguiendo la

⁶⁴³ «Test de Rabat» recogido en el anexo del Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/22/17/Add.4 de 11 de enero de 2013 en relación a la DUDH. §29 (f)

(f) Probabilidad, incluida la inminencia: La incitación, por definición, es un delito incipiente. La acción propugnada a través del discurso de incitación no tiene que ser cometida para que dicho discurso sea un delito. No obstante, debe identificarse cierto grado de riesgo de daño. Esto significa que los tribunales tendrán que determinar que existía una probabilidad razonable de que el discurso lograra incitar a la acción real contra el grupo objetivo, reconociendo que esa causalidad debería ser bastante directa.

⁶⁴⁴ Esta evolución ha podido observarse en las siguientes SSTEDH:

- STEDH (Gran Sala) Karataş c. Turquía (Solicitud n° 23168/94) de 8 de julio de 1999. El Juez BONELLO coincidió con la mayoría, pero apoyándose en la doctrina estadounidense del *clear and present danger*. En su opinión se infringió la libertad de expresión del denunciante porque en el caso no hubo un peligro claro, real e inminente de violencia.
- STEDH (Sección 1ª) Erbakan c. Turquía (Solicitud n° 59405/00) de 6 julio 2006. El TEDH para resolver centró parte de su argumentación en que los tribunales nacionales no razonaron que hubiera un peligro claro e inminente para la sociedad en el momento de iniciar el procedimiento penal.
- STEDH (Sección 2ª) Fáber c. Hungría (Solicitud n° 40721/08) de 24 julio 2012, §40. El Tribunal destacó que al analizar el contexto no se argumentó acerca de si hubo una mayor probabilidad de violencia ni si hubo una clara amenaza o peligro inminente de violencia (*resulted in a clear threat or present danger of violence*).
- STEDH (Sección 3ª) Asunto de Stern Taulats y Roura Capellera c. España (Demandas n° 51168/15 y 51186/15), de 13 de marzo de 2018. Dentro de los argumentos valoró que no hubo incitación a la violencia. Para ello aunque no citó la doctrina del *clear and present danger* tuvo en cuenta la puesta en escena y el contexto presente/ del momento en que se llevaron a cabo los hechos, y no ponderó los incidentes producidos con posterioridad.

§40. De tal forma que el TEDH no está convencido de que, en este caso, en su conjunto, se pueda considerar al acto antedicho como una incitación al odio o a la violencia. Estima que la incitación a la violencia no se puede inferir de un examen conjunto de los elementos utilizados para la puesta en escena y del contexto en el que el acto se ha producido, y que tampoco se pueda establecer en base a las consecuencias del acto que, de acuerdo con los hechos declarados probados por el juez, no ha sido acompañado de conductas violentas ni de alteraciones del orden público. Los incidentes que se habrían producido algunos días más tarde en el marco de unos actos de protesta contra la inculpación de los dos demandantes, a los que se refiere el Gobierno, en nada cambian esta conclusión. No se pueden interpretar estos incidentes como la consecuencia de la puesta en escena organizada por los demandantes sino como una reacción contra la utilización por el Estado de la represión penal.

- STEDH (Sección 5ª) Sanchez c. Francia (Solicitud n° 45581/15) de 2 de septiembre de 2021. Recuerda que un rasgo característico del discurso de odio es la incitación a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación. A la hora de valorarlo es preciso bien una intención clara de cometerlos, bien la existencia de «un **riesgo inminente** de que tales hechos ocurran como consecuencia de haber utilizado el discurso de odio». Es en esta frase donde aprecio siquiera de forma indirecta una alusión a la doctrina del *clear and present danger*.

86. [...] El Tribunal recuerda, a todos los efectos, que la incitación al odio no requiere necesariamente una llamada un acto de violencia concreto o a otro tipo de acto delictivo. Los ataques personales mediante el insulto, la ridiculización o la difamación de determinados colectivos y de grupos específicos de población, o la incitación al odio y a la violencia contra una persona por razón de su religión, como en el presente caso, son suficientes para que las autoridades den prioridad a la lucha contra estas conductas frente a la libertad de expresión irresponsable que atenta contra la dignidad e incluso la seguridad de estos sectores o grupos de población (Féret, citada anteriormente, § 73, y Atamanchuk c. Rusia, n° 4493/11, § 52, de 11 de febrero de 2020). El Tribunal hace asimismo referencia a la exposición de motivos de la Recomendación General n° 15 de la ECRI, de 8 de diciembre de 2015 (párrafo 39 supra), según la cual, en determinados casos, un rasgo característico del uso del discurso de odio es que puede tener la intención de incitar a otros a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a quienes van dirigidas, o cabe razonablemente esperar que tenga tal efecto; **el elemento de incitación requiere una clara intención de cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, o bien existe un riesgo inminente de que tales hechos ocurran como consecuencia de haber utilizado el discurso de odio**. Se puede considerar que existe intención de incitar cuando la persona que utiliza el discurso de odio, de forma inequívoca, hace un llamamiento a los demás para que cometan los actos pertinentes o se puede deducir por la contundencia del lenguaje utilizado y otras circunstancias destacables, como la conducta previa del orador. Sin embargo, la intencionalidad no siempre es fácil de demostrar,

doctrina consagrada en EEUU sobre la necesidad de acreditar *clear and present danger*, debería apostarse por la consideración de que los delitos de odio tienen una naturaleza jurídica de delito de peligro concreto.

7.5- LOS FACTORES A PONDERAR EN EL DELITO DE ODIO POR LOS TRIBUNALES

Tal y como hemos comprobado a lo largo de este estudio, la interpretación jurisprudencial del delito de odio puede resultar muy aleatoria, lo que supone que es muy difícil prever cómo se aplicarán los delitos de odio. No existe seguridad jurídica desde el momento en que no conocemos con certeza cuál será la respuesta judicial final ante una determinada acción. En gran medida, la falta de seguridad jurídica en este ámbito se debe a la cantidad de variables que se toman en cuenta y la relevancia que se le da a cada una de las variables, lo cual depende de la perspectiva del juzgador. A

especialmente cuando las observaciones tienen que ver de forma ostensible con hechos pretendidos o cuando se utiliza un lenguaje codificado (véase, asimismo, Kilin c. Rusia, n° 10271/12, § 73, de 11 de mayo de 2021).

⁶⁴⁵ Hemos podido observar esta evolución en las siguientes SSTC:

- STC (Pleno) 235/2007, de 7 de noviembre. A la hora de redactar tipos penales exigió la necesidad de que recogiesen un peligro cierto que pueda concretarse en actos específicos. En cuanto a la «negación» el TC consideró que el precepto literalmente castigaba la transmisión de ideas, sin exigir una lesión de otros bienes protegidos por la CE. Con ese punto de partida recordó que conforme al ordenamiento constitucional *no (se) permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político*. Por tanto el *quid* de la cuestión era que para poder castigar la transmisión de unas ideas era preciso que dicha comunicación lesionase otros bienes jurídicos; esto es, que *impli(que) necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio*. Respecto de la «justificación» el TC concluyó que sí era constitucional el castigo de «la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio» siempre y cuando supongan una incitación indirecta a la comisión de delitos como el genocidio o «provo(quen) de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio».
- STC (Pleno) 177/2015, de 22 de julio. Hubo tres votos discrepantes con la opinión mayoritaria. En primer lugar el voto particular de la magistrada ASUA BATARRITA al que se adhirió el magistrado VALDÉS DAL-RÉ. La premisa mayor partió de considerar que la libertad de expresión prácticamente no tiene límites cuando «se trata de manifestación de opiniones sobre aspectos políticos o institucionales, sobre la actuación de gobernantes o de quienes desempeñan poderes constitucionales». A partir de ahí el razonamiento discurrió analizando dos límites que afectan a la libertad de expresión. En primer lugar la ausencia de violencia, y, en segundo lugar el «discurso del odio». Respecto de la violencia citó expresamente la doctrina americana del *clear and present danger* y consideró que el sentir mayoritario se basó más bien en hipótesis, ya que no se apoyó en datos fehacientes que acreditasen un peligro real, acuciante e inminente para los Reyes.
- STC (Sala 1ª) 112/2016, de 20 de junio. Recordó la doctrina establecida en la STC 235/2007 en cuanto a que para castigar penalmente una conducta como manifestación del «discurso del odio» es necesario que se genere «una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho de la libertad de expresión por ser necesaria esa inferencia en una sociedad democrática».

⁶⁴⁶ STS (Sección 1ª) n° 135/2020 de 7 de mayo. En el voto particular emitido por los magistrados COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA y FERRER GARCÍA que consideraron en definitiva que al no existir incitación a la violencia y a la intolerancia debió de estimarse el recurso.

este respecto es de destacar la ausencia o minoría de sentencias adoptadas por unanimidad, lo que refleja sin dudas las incertezas y complejidades de la materia que nos ocupa. Al final, el peso de los ojos con que se miran los asuntos tiene su reflejo en soluciones dispares. Estas diferencias de interpretación pueden darse ya desde el inicio (en la misma época en que se deciden por primera vez). E inevitablemente pueden aumentar al tiempo de resolverse por otro tribunal diferente, ya que puede tener lugar en distinta de la época, con un *main stream* distinto.

Tal y como hemos señalado *supra*, para evitar esta inseguridad jurídica es imprescindible la precisión legislativa, aunque siempre habrá algún margen de interpretación, sobre todo en lo concerniente a la existencia de un peligro real e inminente. En este margen de interpretación una ponderación adecuada de los factores implicados⁶⁴⁷ puede llevar a introducir certeza con las propuestas que expondré más adelante. Algunos de estos factores podrían también introducirse legalmente como circunstancias atenuantes en su caso.

7.5.1.- El contexto

El contexto es todo: la mayor barbaridad dicha en soledad no significa absolutamente nada —no genera riesgo—.

• El momento histórico

⁶⁴⁷ Contamos con unos «factores de evaluación» recogidos en el «Test de Rabat» en cuyo §29 recogió los siguientes:

[...] (a) Contexto: El contexto es de gran importancia a la hora de evaluar si es probable que determinadas declaraciones inciten a la discriminación, la hostilidad o la violencia contra el grupo objetivo, y puede tener una incidencia directa tanto en la intención como en la causalidad. El análisis del contexto debe colocar el acto del habla dentro del contexto social y político prevalente en el momento en que se hizo y difundió el discurso;

(b) Orador: Debe considerarse la posición o el estatus del orador en la sociedad, específicamente la posición de la persona u organización en el contexto de la audiencia a la que se dirige el discurso;

(c) Intención: El artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos anticipa la intención. La negligencia y la imprudencia no son suficientes para que un acto sea un delito en virtud del artículo 20 del Pacto, ya que este artículo prevé la "promoción" y la "incitación" en lugar de la mera distribución o circulación de material. En este sentido, requiere la activación de una relación triangular entre el objeto y el sujeto del acto del habla, así como la audiencia.

(d) Contenido y forma: El contenido del discurso constituye uno de los focos clave de las deliberaciones del tribunal y es un elemento crítico de la incitación. El análisis del contenido puede incluir el grado en que el discurso fue provocativo y directo, así como la forma, el estilo, la naturaleza de los argumentos desplegados en el discurso o el equilibrio entre los argumentos desplegados;

(e) Extensión del acto del habla: La extensión incluye elementos tales como el alcance del acto del habla, su naturaleza pública, su magnitud y tamaño de su audiencia. Otros elementos a considerar incluyen si el discurso es público, qué medios de difusión se utilizan, por ejemplo, por un solo folleto o difusión en los medios de comunicación convencionales o a través de Internet, la frecuencia, la cantidad y el alcance de las comunicaciones, si el público tenía los medios para actuar sobre la incitación, si la declaración (o el trabajo) se distribuye en un entorno restringido o es ampliamente accesible al público en general;

(f) Probabilidad, incluida la inminencia: La incitación, por definición, es un delito incipiente. La acción propugnada a través del discurso de incitación no tiene que ser cometida para que dicho discurso sea un delito. No obstante, debe identificarse cierto grado de riesgo de daño. Esto significa que los tribunales tendrán que determinar que existía una probabilidad razonable de que el discurso lograra incitar a la acción real contra el grupo objetivo, reconociendo que esa causalidad debería ser bastante directa.

Las restricciones, términos, y alcance de la libertad de expresión no pueden ser iguales en tiempos de paz que en tiempos de guerra. En los primeros, la libertad de expresión ha de alcanzar las máximas cotas; en los segundos, hay que evitar que su reducción suponga una eliminación, pero, inevitablemente se verán disminuidos. Ello por la máxima que considera a la libertad y la seguridad dos caras de la misma moneda. En tiempos de paz, no se precisa de tanta seguridad, y por tanto, habrá más libertad⁶⁴⁸. Sin embargo, cuando la guerra acecha, la libertad, se verá inevitablemente reducida⁶⁴⁹.

- El interés público

En cuanto a la relevancia para la opinión pública, la injerencia en la libertad de expresión estará menos justificada si es en el ámbito de la discusión y debate político⁶⁵⁰ o si se refiere a una cuestión de «interés público», que no afecte a la vida privada⁶⁵¹. Respecto de la persona destinataria de la crítica, si se trata de un «hombre político», está sujeto a un mayor control público (p. ej. periodístico), y, por tanto, debe ser más permisivo con las críticas que se le puedan hacer cuando se trate de cuestiones políticas, fuera de su vida privada⁶⁵².

El interés público del discurso o el carácter público del sujeto pasivo pueden servir de excluyentes de la responsabilidad penal o de atenuantes de la misma.

- El debate histórico

⁶⁴⁸ La sentencia *Schenck and Baer v. U.S.* 249, U.S. 47 (1919) tuvo muy en cuenta la situación de guerra en la que se encontraba el país. Ese fue el contexto relevante y determinante para la decisión. No es lo mismo lanzar esas expresiones en tiempos de paz que en tiempos de guerra.

Como hemos visto, el sentir mayoritario de la Corte Suprema de EE.UU. durante la Primera Guerra Mundial, fue el de proteger el alistamiento militar y sancionar los discursos antibelicistas y contrarios al reclutamiento. Por tanto, en un contexto bélico la libertad de expresión se verá afectada y reducida en pos de proteger la seguridad nacional.

*Es una cuestión de proximidad y grado. Cuando una nación está en guerra muchas cosas que podrían decirse en tiempo de paz son un obstáculo [...] que su expresión no se soportará mientras los hombres luchan y que ningún Tribunal podría considerarlos protegidos por ningún derecho constitucional. Parece admitirse que si se probara una obstrucción real del servicio de reclutamiento, la responsabilidad por las palabras que produjeron ese efecto podría aplicarse. (vide *Abrams v. U.S.*, 250, U.S. 616 (1919))*

⁶⁴⁹ Lamentablemente, en estos momentos de la redacción de la tesis podemos comprobar cómo el Gobierno ruso ha censurado a sus medios de comunicación en relación a la información que se transmite acerca de la invasión a Ucrania. Esta restricción de libertades ha ido acompañada con su salida del Consejo de Europa y el abandono del TEDH: «Seis meses después de su exclusión del Consejo de Europa, la Federación de Rusia deja de ser parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos el 16 de septiembre de 2022». Vide <https://www.coe.int/es/web/portal/-/russia-ceases-to-be-party-to-the-european-convention-on-human-rights> (consultado el 18-9-2022).

⁶⁵⁰ STEDH (Gran Sala) *Perinçek c. Suiza* (Solicitud nº 27510/08) de 15 octubre 2015 y STEDH (Sección 3ª) *Asunto de Asunto Jiménez Losantos c. España* (Demanda nº 53421/10), de 14 de junio de 2016.

⁶⁵¹ STEDH (Sección 3ª) *Asunto de Toranzo Gómez c. España* (Demanda nº 26922/14) de 20 de noviembre de 2018.

⁶⁵² STEDH (Sección 3ª) *Asunto de Stern Taulats y Roura Capellera c. España* (Demandas nº 51168/15 y 51186/15), de 13 de marzo de 2018.

Tal y como he señalado, la ley debería incluir como delito de odio la negación de hechos históricos condenados por tribunales internacionales. El problema interpretativo se produciría respecto a otros hechos históricos y su negación⁶⁵³.

En este sentido, el CCPR valoró que no deben imponerse sanciones respecto de opiniones erróneas en relación a acontecimientos del pasado⁶⁵⁴. En estos casos, el TEDH valorará si la intervención de los tribunales nacionales era necesaria para la sociedad, y en la duda considerará que se trata de debates y que, mientras no inciten ni al odio ni a la violencia, deberá primar la libertad de expresión. En definitiva, el TEDH⁶⁵⁵ pondrá en valor si en definitiva incitaron al odio o a la violencia. Lo mismo sucederá en el caso de que valore condenas por ensalzar personajes históricos de relevancia pública en relación a hechos históricos controvertidos dentro del propio estado nacional⁶⁵⁶: el TEDH es proclive a protegerlos en el ámbito de la libertad de expresión por entender que no le corresponde revisar la historia entrando en un debate en curso entre historiadores. A mayor abundamiento el TEDH⁶⁵⁷ ha tenido ocasión de afirmar que a diferencia del Tribunal Penal Internacional no tiene jurisdicción penal sobre cuestiones relativas al genocidio.

⁶⁵³ Decisión del TEDH (Sección 4ª) Garaudy c. Francia (Solicitud nº 65831/01) de 24 junio 2003. El TEDH penetra en el fondo de lo que se quiere transmitir para poner en evidencia los mensajes lanzados con intención racista, que afectan a la dignidad de las víctimas

En palabras de ELÓSEGUI ITXASO, María:

[...] para proteger la libertad de investigación de los historiadores, los delitos de negación y/o justificación del genocidio deben estar bien delimitados con normas penales precisas. Sin embargo, las conductas expresivas realizadas con intención racista, basándose en un falso revisionismo histórico no deben quedar protegidas por el derecho de libertad de investigación y de expresión. Los actuales negacionistas revisionistas buscan denigrar con intención racista a determinados individuos y/o grupos por sus cualidades de pertenencia a una raza, a un grupo étnico, por su origen nacional o su religión.

En el caso de los revisionistas «de mala fe» nos referimos a personas que están cometiendo en la actualidad un delito de discurso racista, y que incitan al odio. Los negacionistas delinquen, mientras que los historiadores profesionales de buena fe no cometen ningún delito (si se legisla adecuadamente y con la precisión necesaria). De hecho, a excepción de los casos relatados sobre Francia, en todos los demás países europeos y en los casos presentados ante el TEDH se trataba de personas racistas y/o neonazis [...].

Vide: “La negación o justificación del genocidio como delito en el Derecho Europeo. Una propuesta a la luz de la Recomendación número 15 de la ECRI”, Revista de Derecho Político, nº 98, 2017, p.327.

⁶⁵⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General 34, CCPR/C/GC/34, Ginebra, 11 a 29 de julio de 2011 en relación al PIDCP.

49. Las leyes que penalizan la expresión de opiniones sobre hechos históricos son incompatibles con las obligaciones que el Pacto impone a los Estados partes en lo tocante al respeto de las libertades de opinión y expresión. El Pacto no autoriza las prohibiciones penales de la expresión de opiniones erróneas o interpretaciones incorrectas de acontecimientos pasados. No deben imponerse nunca restricciones al derecho a la libertad de opinión y, en cuanto a la libertad de expresión, las restricciones no deberían exceder de lo autorizado en el párrafo 3, o de lo prescrito en el artículo 20.

⁶⁵⁵ STEDH (Sección 2ª) Dink c. Turquía (Solicitudes nº 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 y 7124/09) de 14 septiembre 2010.

⁶⁵⁶ STEDH (Gran Sala) Lehideux y Isorni c. Francia (Solicitud nº 24662/94) de 23 septiembre 1998.

⁶⁵⁷ STEDH (Gran Sala) Perinçek c. Suiza (Solicitud nº 27510/08) de 15 octubre 2015. Por ese motivo el TEDH consideró, por ejemplo, que no le correspondía determinar si efectivamente en 1915 se produjeron masacres y deportaciones masivas de armenios por parte del Imperio Otomano — que pudieran calificarse como genocidio desde el punto de vista del derecho internacional—. En estos supuestos, a diferencia de lo que sucede con el Holocausto, el factor geográfico (en qué país se produjo la declaración) y el factor temporal (el tiempo transcurrido desde que sucedieron los hechos) no se interpretan de forma inequívoca. Así en la STEDH Perinçek c. Suiza para la mayoría

Por ello el TEDH⁶⁵⁸ considera que los factores relevantes que habrían de ser considerados son: si el contexto político o social era tenso; si las declaraciones fueron correctamente interpretadas, y si en relación con el contexto inmediato incitaron directa o indirectamente a la violencia, o si justificaron la violencia, el odio o la intolerancia; la forma en que se realizaron las declaraciones; y la capacidad directa o indirecta de causar daños.

Nuestro TC⁶⁵⁹ acotó la cuestión a debatir, en sus palabras:

El problema que debemos tomar en consideración es el de si la negación de hechos que pudieran constituir actos de barbarie o su justificación tienen su campo de expresión en el libre debate social garantizado por el art. 20 CE o si, por el contrario, tales opiniones pueden ser objeto de sanción estatal punitiva por afectar a bienes constitucionalmente protegidos.

Por tanto el *quid* de la cuestión era que para poder castigar la transmisión de unas ideas era preciso que dicha comunicación lesionase otros bienes jurídicos; esto es, que *impli(que) necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio.*

7.5.2.- El medio de difusión del mensaje, extensión en el tiempo y alcance/número de personas a las que llega

El medio seleccionado para ejercer la libertad de expresión es muy relevante a la hora de fijar el peligro real e inminente: no es lo mismo dar un discurso de manera espontánea y oralmente, que por escrito. Lo primero, puede ser un acto no reflexivo, y por tanto, no meditado; y con unos efectos que pueden desvanecerse con el tiempo. Este factor se podría ponderar bien para excluir la responsabilidad penal, bien para atenuarla.

supusieron que el impacto de las declaraciones iba a ser bastante limitado. Sin embargo, para los discrepantes, la protección de los derechos humanos tiene efectos *erga omnes* y los crímenes de guerra y de lesa humanidad son imprescriptibles.

⁶⁵⁸ STEDH (Sección 2ª) Altıntaş c. Turquía (Solicitud nº 50495/08) de 10 marzo 2020. Los votos particulares coincidieron en la relevancia de dichos elementos valorativos, si bien, la discrepancia giró en torno a la necesidad de que los tribunales nacionales debieron de llevar a cabo dichas consideraciones, sin que el TEDH pueda «acudir al rescate» para subsanar la falta de motivación.

⁶⁵⁹ STC (Pleno) 235/2007, de 7 de noviembre. El TC aludió a la protección reforzada de la libertad científica ya que:

“sólo de esta manera se hace posible la investigación histórica, que es siempre, por definición, polémica y discutible, por erigirse alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre, siendo así que esa incertidumbre consustancial al debate histórico representa lo que éste tiene de más valioso, respetable y digno de protección por el papel esencial que desempeña en la formación de una conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática”.

Lo segundo, cuando se utilizan medios escritos o audiovisuales que se difunden por internet conlleva *per se* que pueda tener un efecto más lesivo: por la rápida propagación, mayor alcance (más destinatarios) y permanencia de sus efectos (en servidores de todo el mundo, que pueden colaborar o no para su eliminación). Esta realidad justifica una mayor penalidad: por el resultado lesivo y por la culpabilidad (el margen de maniobra para pensar y templar la pluma es mayor). El TEDH⁶⁶⁰ ha ratificado decisiones de los tribunales nacionales en base a que eran necesaria en una sociedad democrática (comunicación hecha por un partido político o representante del mismo durante una campaña electoral debido a que el alcance comprende a toda la población). Sin embargo, creo que también puede servir en sentido contrario —para atenuar la responsabilidad penal— en el caso de que se empleen para reparar el daño, rectificar, matizar o retractarse de las declaraciones (el factor temporal será esencial).

El TEDH ha tenido ocasión de analizar los diferentes medios de difusión propiamente dichos que están a nuestro alcance. En este sentido podemos dividirlos en dos categorías genéricas, de un lado los canales «tradicionales»: libros⁶⁶¹; folletos⁶⁶²; anuncios⁶⁶³, entrevistas⁶⁶⁴ y publicaciones en

⁶⁶⁰ STEDH (Sección 2ª) Féret c. Bélgica (Solicitud n° 15615/07) de 16 de julio de 2009.

⁶⁶¹ en relación a los libros el TEDH analiza no sólo el lenguaje empleado, sino que además parte de la premisa de que existe una planificación en su elaboración, una estructura, que revela en definitiva una intencionalidad del autor TEDH (Sección 5ª) Soulas y otros c. Francia (Solicitud n° 15948/03) de 10 julio 2008.

⁶⁶² STEDH (Sección 5ª) Vejdeland y otros c. Suecia (Solicitud n° 1813/07) de 9 febrero 2012. Por su parte los folletos dan lugar a valorar quién los entrega, dónde y a quién. De este modo no es lo mismo repartirlos en un lugar abierto al público (el destinatario puede aceptarlos o rechazarlos) que en un recinto cerrado (p.ej. en el interior de las taquillas de un instituto) en el que el emisor no tiene vinculación para entrar. En estos casos el TEDH también valora quién lo recibe (no es lo mismo una persona menor de edad —que puede ser más impresionable y sensible—, que un adulto).

⁶⁶³ STEDH (Sección 5ª) Leroy c. Francia (Solicitud n° 36109/03) de 2 octubre 2008. El TEDH considera que una sátira que provoque, exagere y distorsione la realidad no está exenta de responsabilidad y puede ser restringida. Para la ponderación se tiene en cuenta por un lado la noticia a que se refiere el dibujo, de otro lado el impacto de la misma a nivel global y, finalmente el efecto que sobre el orden público podría tener el mismo en el territorio donde se publica.

⁶⁶⁴ Decisión del TEDH (Sección 5ª) Le Pen c. Francia (Solicitud n° 18788/09) de 20 abril 2010. El TEDH desestimará sus pretensiones si formalmente el mensaje puede parecer inocuo, pero en el fondo transmite una imagen negativa de una comunidad o de las personas que la integran para provocar sentimientos de ansiedad y miedo con la intención de generar rechazo y hostilidad.

STEDH (Gran Sala) Jersild c. Dinamarca (Solicitud n° 15890/89) de 23 septiembre 1994. Respecto del entrevistador y el editor el TEDH da importancia a las fases sucesivas de la entrevista. Es importante a la hora de realizar una valoración si con carácter previo a su inicio, durante la introducción, se aclararon los diferentes puntos de vista existentes acerca del tema objeto de la entrevista.

STEDH (Sección 3ª) Asunto de Otegi Mondragon c. España (Solicitud n° 2034/07), de 15 de marzo de 2011. El TEDH diferencia según el emisor del mensaje haya tenido o no posibilidad de modificar dicho mensaje para paliar o disminuir sus efectos.

diarios⁶⁶⁵; discursos⁶⁶⁶; programas de radio y televisión⁶⁶⁷; y espectáculos⁶⁶⁸. De otro lado las «tecnologías de la información y comunicación» (TIC): portales de noticias en internet, foros de internet⁶⁶⁹ y redes sociales⁶⁷⁰.

El TEDH⁶⁷¹ considera que los factores relevantes que habrían de ser considerados son: si el contexto político o social era tenso; si las declaraciones fueron correctamente interpretadas, y si en relación con el contexto inmediato incitaron directa o indirectamente a la violencia, o si justificaron la violencia, el odio o la intolerancia; la forma en que se realizaron las declaraciones; y la capacidad directa o indirecta de causar daños.

El TEDH se ha pronunciado sobre la responsabilidad que corresponde a los propietarios⁶⁷² de la prensa, que reside en el poder de controlar la dirección editorial de la revista, y por tanto, qué información se recopila y se difunde —máxime en situaciones de conflicto—.

⁶⁶⁵ STEDH (Gran Sala) Lehideux y Isorni c. Francia (Solicitud n° 24662/94) de 23 septiembre 1998.

⁶⁶⁶ STEDH (Sección 1ª) Erbakan c. Turquía (Solicitud n° 59405/00) de 6 julio 2006 y STEDH (Sección 2ª) Faruk Temel c. Turquía (Solicitud n° 16853/05) de 1 febrero 2011. El TEDH valorará si se dan en un contexto de debate político; si para imponer la condena los tribunales nacionales motivaron la existencia de un peligro claro e inminente para iniciar un procedimiento penal (no es lo mismo iniciarlo poco después de haber tenido lugar el evento, que años después); así como la severidad de las penas impuestas. El TEDH recuerda que no basta analizar el texto, sino que además hay que valorar el contexto, las otras declaraciones, el lugar, la calidad o personalidad del emisor, la intención del mensaje y sobre todo si se incitó al uso de la violencia, la resistencia armada o al levantamiento o al odio.

⁶⁶⁷ Decisión del TEDH (Sección 2ª) Medya FM Reha Radyo ve İletişim Hizmetleri A. Ş. c. Turquía (Solicitud n° 32842/02) de 14 noviembre 2006.

⁶⁶⁸ Decisión del TEDH (Sección 5ª) M'Bala c. Francia (Solicitud n° 25239/13) de 20 octubre 2015. El TEDH toma en consideración la puesta en escena, su contenido y el tono empleado. El TEDH no se limitará a analizar los comentarios explícitos y directos e inadmitirá por el artículo 17 los supuestos de negacionismo y antisemitas. En sus palabras «la exhibición flagrante de una posición odiosa y antisemita disfrazada de producción artística es tan peligrosa como un ataque total y agudo».

Decisión del TEDH (Sección 1ª) Josip Šimunić c. Croacia (Solicitud n° 20373/17) de 22 enero 2019. En la misma línea se pronunciará en los casos de eventos deportivos en los que confirmará las decisiones de los tribunales dictadas conforme al margen de libre apreciación. En dichos supuestos el TEDH valorará la popularidad del deportista y su rol como referente para establecer su responsabilidad ligada a su obligación de medir las consecuencias de sus acciones.

⁶⁶⁹ Decisión del TEDH (Sección 4ª) Abedin Smajić c. Bosnia y Herzegovina (Solicitud n° 48657/16) de 18 enero 2018. En lo referente a los foros de opinión por internet el TEDH no admitirá el argumento de que tenga una difusión limitada a dicho ámbito, y respetará la libre apreciación de los estados nacionales ya que gozan de mejor posición para examinar e interpretar los hechos concretos y aplicar su legislación de forma razonada.

⁶⁷⁰ Decisión del TEDH (Sección 2ª) Fouad Belkacem c. Bélgica (Solicitud n° 34367/14) de 27 junio 2017. El TEDH no hará una distinción con los medios tradicionales, sino que de igual modo analizará el contenido del mensaje que se difunde a través de las mismas. De modo que si el mismo atenta contra los valores de *tolerancia, paz social y no discriminación que subyacen a la Convención* la demanda será inadmitida de plano en aplicación del artículo 17.

⁶⁷¹ STEDH (Sección 2ª) Altıntaş c. Turquía (Solicitud n° 50495/08) de 10 marzo 2020. Los votos particulares coincidieron en la relevancia de dichos elementos valorativos, si bien, la discrepancia giró en torno a la necesidad de que los tribunales nacionales debieron de llevar a cabo dichas consideraciones, sin que el TEDH pueda «acudir al rescate» para subsanar la falta de motivación.

⁶⁷² STEDH (Gran Sala) Sürük c. Turquía (Solicitud n° 26682/95) de 8 julio 1999.

En relación a las «tecnologías de la información y comunicación» (TIC) y respecto de los portales de noticias el TEDH⁶⁷³ para confirmar o no las condenas por responsabilidad civil tendrá en cuenta tres aspectos. En primer lugar, el contexto en que se publicó, si la noticia previsiblemente provocaría comentarios ofensivos. En segundo lugar, si siendo previsible dicho efecto pernicioso se adoptaron las medidas adecuadas, bien para impedir la difusión de los comentarios a través del propio portal de noticias, bien para facilitar su eliminación. En tercer lugar, el TEDH considerará si los agraviados tenían posibilidad real de pedir una indemnización económica a los autores materiales.

7.5.3.- La proyección/dimensión pública del orador

La profesión a la que nos dedicamos puede, por un lado, limitar nuestra libertad de expresión⁶⁷⁴; y, por otro lado, reducir la protección frente a los ataques/críticas. En mi opinión, esta dualidad está directamente enlazada con la proyección pública de la profesión, y la inherente exigencia de «ejemplaridad pública» y de «garantizar la protección de los más vulnerables».

De este modo, como si de una moneda se tratase, en el anverso de la misma tenemos que las personas con proyección pública *han de medir sus palabras*, para evitar lastimar a los demás. Esto es lógico, ya que por la influencia que tienen pueden llegar a producir más riesgos de violencia, intimidación e intolerancia en un mayor número de personas.

Y, a su vez, en el reverso de la moneda, gozan de menor protección⁶⁷⁵; en la medida en que han de asumir que pueden ser objeto de críticas.

Cabe añadir a los factores que acabamos de analizar uno más que atiende a las condiciones particulares con que cuenta el emisor del mensaje. En efecto el TEDH ha conocido de solicitudes presentadas por parlamentarios de Estados Miembros condenados. En tales casos el TEDH ha recalcado que los representantes políticos están sujetos a «deberes y responsabilidades⁶⁷⁶». Las declaraciones de los parlamentarios «merecen poca, si la hubiera, protección si su contenido está en contradicción con los valores democráticos del sistema de la Convención⁶⁷⁷». El TEDH recordó que es de vital importancia que «los políticos, en sus discursos públicos, eviten difundir comentarios

⁶⁷³ STEDH (Gran Sala) Delfi AS c. Estonia (Solicitud n° 64569/09) de 16 junio 2015.

⁶⁷⁴ Los distintos colectivos profesionales cuentan en su mayoría con códigos éticos/deontológicos: p. ej. abogados, periodistas, jueces, fiscales, etc.

⁶⁷⁵ Como expondré más adelante, considero que deben despenalizarse determinadas conductas. Sin perjuicio de que por la jurisdicción civil se protejan el honor, el derecho a la propia imagen y a la familiar.

⁶⁷⁶ Decisión del TEDH (Sección 5ª) Pastörs c. Alemania (Solicitud n° 55225/14) de 3 de octubre 2019.

⁶⁷⁷ *Ibidem*.

que puedan alimentar la intolerancia⁶⁷⁸». El *quid* en estos asuntos radica en delimitar los límites de la libertad de expresión en el ámbito de la libertad política. En un lado de la balanza estará el discurso político, que «no puede restringirse sin razones imperiosas» ya que el parlamentario representa a los electores, muestra sus preocupaciones y defiende sus intereses. Y en el otro lado de la balanza estará la tolerancia y el respeto por la igualdad de dignidad de todos los seres humanos, lo que constituye la base de una sociedad democrática y pluralista. Para el TEDH no cabe duda de que en las sociedades democráticas se puede considerar necesario sancionar, o incluso prevenir, todas las formas de expresión que propagan, promueven o justifican el odio basado en la intolerancia siempre que las «condiciones», las «restricciones» o las «sanciones⁶⁷⁹» impuestas sean proporcionadas a un propósito legítimo que se persigue.

En estos casos cabe plantearse una pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público si el sujeto activo del delito del odio es una autoridad o funcionario público⁶⁸⁰. La posibilidad de incluir la inhabilitación especial para cargo o empleo público perseguiría disuadir a quienes tienen un «altavoz» o posición institucional de usar su posición para difundir el *discurso del odio*.

7.5.4.- La forma de expresar las palabras y su contenido

En cuanto al contenido del mensaje, para discernir si se trata de hechos o meros juicios de valor «hay que tener en cuenta las circunstancias del caso y el tono general de las palabras⁶⁸¹». También se debe ponderar si se trata de expresiones que suponen la imputación de la comisión de un delito, o si, por el contrario, se trata de expresiones coloquiales⁶⁸². En el caso de declaraciones de hechos, el TEDH exige la obligación de verificarlos. Cosa que no se puede hacer cuando se trata de juicios de valor, en los que dicha exigencia se reduce a constatar que tienen «base fáctica suficiente⁶⁸³», ya que si no la tuviere podría considerarse como excesivo. El contenido del mensaje comprende «su naturaleza y redacción, su potencial para dar lugar a consecuencias perjudiciales y las razones aportadas por los órganos jurisdiccionales [...] para justificar la injerencia de que se trata⁶⁸⁴». Pero no solo eso sino que también hay que ponderar⁶⁸⁵

⁶⁷⁸ STEDH (Sección 2ª) Féret c. Bélgica (Solicitud n° 15615/07) de 16 de julio de 2009.

⁶⁷⁹ *Ibidem*.

⁶⁸⁰ Del mismo modo que así se castiga cuando un funcionario público deniegue la prestación de un servicio público en el art. 511. 3. Cp.

⁶⁸¹ STEDH (Sección 3ª) Asunto de Jiménez Losantos c. España (Demanda n° 53421/10), de 14 de junio de 2016.

⁶⁸² STEDH (Sección 3ª) Asunto de Toranzo Gómez c. España (Demanda n° 26922/14) de 20 de noviembre de 2018.

⁶⁸³ STEDH (Sección 3ª) Asunto de Gutiérrez Suárez c. España (Demanda n° 16023/07), de 1 de junio de 2010.

⁶⁸⁴ STEDH (Sección 3ª) Stomakhin c. Rusia (Solicitud n° 52273/07) de 9 mayo 2018.

⁶⁸⁵ STEDH (Sección 3ª) Atamanchuk c. Rusia (Solicitud n° 4493/11) de 11 febrero 2020.

si las declaraciones se hicieron en un contexto político o social tenso; si las declaraciones, interpretadas y vistas justamente en su contexto inmediato o más amplio, podrían considerarse como un llamado directo o indirecto a la violencia o como una justificación de la violencia, el odio o la intolerancia; la forma en que se hicieron las declaraciones, y su capacidad -directa o indirecta- para conducir a consecuencias perjudiciales. Es la interacción entre los diversos factores y no cualquiera de ellos tomados de forma aislada lo que determina el resultado de un caso en particular.

Para calificar el contenido de un discurso como de odio el TEDH valora si en el mismo además de basarse en la diferencia cultural entre las comunidades afectadas se da una visión criminógena de las mismas. Y si con dicho contenido es inevitable despertar en el público, en especial en el menos informado, sentimientos de desprecio, rechazo e incluso odio hacia los extranjeros⁶⁸⁶. Para el TEDH la incitación al odio no requiere necesariamente llamar a la comisión de un acto concreto de violencia o delincuencia. Es suficiente, que se insulte, ridiculice o difame o incite a la discriminación de manera que se debilite la dignidad e incluso la seguridad de una parte de la población⁶⁸⁷. En palabras del TEDH⁶⁸⁸:

Incitar al odio no implica necesariamente un llamado explícito a un acto de violencia u otros actos criminales. Los ataques contra personas cometidos insultando, ridiculizando o calumniando a grupos específicos de la población pueden ser suficientes para que las autoridades favorezcan la lucha contra el discurso xenófobo o discriminatorio frente a la libertad de expresión ejercida de manera irresponsable.

Toda forma de expresión/comunicación es susceptible de llevar ínsito el odio —incluso los calendarios o la poesía—. Cuanto más claro y directo sea el discurso, tanto menos dudosa será su interpretación: *in claris non fit interpretatio*. En otro caso, habrá que atender a los significados de las palabras empleadas.

En cuanto al lenguaje utilizado el TEDH lo considera protegido dentro de la libertad de expresión, pero se refirió a los límites de su protección en el siguiente sentido⁶⁸⁹:

[...] el lenguaje ofensivo puede quedar fuera de la protección de la libertad de expresión si equivale a una denigración sin sentido; pero el uso de frases vulgares en sí mismo no es decisivo en la evaluación de una expresión ofensiva, ya que bien puede servir a propósitos meramente estilísticos. [...] el estilo forma parte de la comunicación como forma de expresión y, como tal, está protegido junto con la sustancia de las ideas y la información expresada.

El arte puede usarse para insultar y amenazar en sus múltiples formas: desde la sátira, los libros, las puestas en escena de representaciones teatrales. Cuando se trate de géneros no espontáneos, sino

⁶⁸⁶ STEDH (Sección 2ª) Féret c. Bélgica (Solicitud n°15615/07) de 16 de julio de 2009.

⁶⁸⁷ *Ibidem*.

⁶⁸⁸ STEDH (Sección 3ª) Atamanchuk c. Rusia (Solicitud n° 4493/11) de 11 febrero 2020.

⁶⁸⁹ STEDH (Sección 3ª) Savva Terentyev c. Rusia (Solicitud n° 10692/09) de 28 de agosto de 2018.

planificados pueden tener más relevancia a la hora de ponderarlos. A mayor organización mayor responsabilidad: en la medida en que exige una previsión de futuro. Se es consciente del mensaje que se quiere transmitir; y se escoge la manera de hacerlo, para llegar al mayor número de personas con mayor calado. En el caso de la poesía el TEDH⁶⁹⁰ consideró dentro de los factores a tener en cuenta número de lectores (en el caso concreto consideró que atrae a una minoría, con lo que su impacto sería más limitado).

En definitiva, y para terminar como comenzamos este trabajo, la tipificación de los delitos de odio como límite a la libertad de expresión no debe convertirse en la protección de sentimientos subjetivos de determinados colectivos, por cuanto esto supondría un vaciamiento arbitrario, dejado a la subjetividad, de la libertad de expresión, siendo ésta como es uno de los pilares de la democracia. Solo una adecuada precisión legal y un acotado margen de discrecionalidad jurisdiccional puede dar la necesaria seguridad jurídica y un adecuado entendimiento de la libertad de expresión, sin pervertir su contenido por el dolor, el rencor o el deseo de venganza, pero tampoco permitiendo que se convierta en un «deber de no ofender» poco compatible con el pluralismo como valor superior de nuestro ordenamiento constitucional. Esperemos que este trabajo haya servido como un paso más en ese camino hacia la seguridad jurídica y hacia el respeto del pluralismo y la libertad de expresión que toda sociedad democrática exige.

⁶⁹⁰ STEDH (Gran Sala) Karataş c. Turquía (Solicitud n° 23168/94) de 8 de julio de 1999. No obstante los votos minoritarios consideraron que no se prestó suficiente atención al contenido de los poemas, al tono empleado en los mismos, a su lenguaje directo y significado claro.

8. FUENTES DOCUMENTALES Y BIBLIOGRAFÍA.

8.1.- FUENTES DOCUMENTALES ONLINE

8.1.1.- Organización de Naciones Unidas:

- <http://www.un.org/es/sections/about-un/overview/index.html>
- <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx>
- <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/index.html>
- <https://www.un.org/es/icj/>
- <https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/index.htm>
- <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d/PPRiCAqhKb7yhsrdBOH115979OVGGB%2BWPAXiks7ivEzdmLQdosDnCG8FaqoW3y/rwBqQ1hhVz2z2lpRr6MpU%2B/xEikw9fDbYE4QPfDIFW1VlMIVkoM%2B312r7R>
- <https://undocs.org/A/HRC/22/17/Add.4>
- <https://undocs.org/A/HRC/40/58>

8.1.2.- Corte Internacional de Justicia:

- <https://www.icj-cij.org/en>
-

8.1.3.- Consejo de Europa:

- <https://www.coe.int/en/web/portal/home/>
- <https://www.venice.coe.int/webforms/events/?lang=EN>
- <https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/>
- [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2020\)008-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2020)008-e)
(consultado el 10-10-2021).

8.1.4.- Unión Europea:

- https://europa.eu/european-union/index_es
- <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:l2016P/TXT>

8.1.5.- OSCE

- <https://www.osce.org/es>
- <https://hatecrime.osce.org/>

8.1.6.- Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=>
- <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/reports&c=>
- https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf

8.1.7.- Tribunal Constitucional:

- <https://www.tribunalconstitucional.es/es/Paginas/default.aspx>

8.1.8.- Tribunal Supremo:

- <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/>

8.1.9.- Fiscalía General del Estado

- *Circular de la FGE nº 7/1978, de 30 de diciembre, Misiones en relación con los preceptos contenidos en la Constitución*⁶⁹¹
- *Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal* <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2019-00007>

8.1.10.- Corte del Tribunal Supremo de Estados Unidos:

- <https://www.supremecourt.gov>

8.1.11.- Librería del Congreso de Estados Unidos:

- <https://www.loc.gov/>

8.1.12.- Congreso de Estados Unidos

- <https://www.congress.gov/browse>
- <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-1/>

8.1.13.- Columbia University in the City of New York

- <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/>

8.1.14.- European Judicial Network (Red Judicial Europea, EJN)

- https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_Home.aspx

8.1.15.- Corte Internacional de Justicia

- <https://www.un.org/es/icj/>

8.1.16.- Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/
- https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_126035/es/⁶⁹²

8.1.17.- Congreso de los Diputados:

- <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso>
- <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

8.1.18.- OBERAXE

- <https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/es/enlaces/index.htm>

⁶⁹¹ Vide: RCL 1979\613, Thomson Reuters Aranzadi.

⁶⁹² Consultada el 14-12-19 contempla cómo deben de citarse sus resoluciones.

8.1.19.- Thomson Reuters Aranzadi.

- Circular de la FGE n° 7/1978, de 30 de diciembre, Misiones en relación con los preceptos contenidos en la Constitución⁶⁹³

8.2.- BIBLIOGRAFÍA:

- 8.2.1.- ABA CATOIRA, Ana: "El concepto jurisprudencial de límite de los derechos fundamentales". *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1998, pp. 13-32.
- 8.2.2.- AGUILAR GARCÍA, Miguel Ángel (director) y otros: *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*. Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2015.
- 8.2.3.- ALCÁCER GUIRAO, Rafael: "Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE. UU. y Europa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 103, 2015, pp. 45-86.
- 8.2.4.- ALASTUEY DOBÓN, Carmen: "Consideraciones político-criminales sobre el castigo del discurso de odio". Teijón Alcalá, Marco (dir.): *El odio como motivación criminal*. Wolters Kluwer, 2022, págs. 135-171.
- 8.2.5.- ALASTUEY DOBÓN, Carmen: "Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015". *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n°. 18, 2016.
- 8.2.6.- ALASTUEY DOBÓN, Carmen: "La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas". *Diario La Ley*, n° 8245, 2014.
- 8.2.7.- ALEXY Robert: "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 91, 2011, pp. 11-29.
- 8.2.8.- ALZINA LOZANO, Álvaro: "El Derecho penal auspiciado por la Unión Europea para frenar los discursos de odio y la discriminación", *IDP Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, n° 37, marzo 2023.
- 8.2.9.- ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina: "Los denominados delitos de odio: análisis dogmático y tratamiento jurisprudencial", *Estudios penales y criminológicos*, vol. XLI, 2021⁶⁹⁴.
- 8.2.10.- ARIAS CASTAÑO, Abel: *Clear and Present Danger test. La Libertad de expresión en los límites de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- 8.2.11.- BAGES SANTACANA, Joaquín: *La Protección Penal de los Sentimientos Religiosos*, Tirant lo Blanch, 2019.
- 8.2.12.- BERNAL DEL CASTILLO, Jesús: "Protección penal de los sentimientos religiosos y delito de escarnio", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* n° 55, 2021.
- 8.2.13.- BOIX PALOP, Andrés: "La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales", *Revista de Estudios Políticos*, n° 173, 2016, pp. 55-112.
- 8.2.14.- BOTERO, Catalina: *Guía político-pedagógica sobre la incorporación de la temática de libertad de expresión y de acceso a la información pública en la formación de operadores judiciales en América Latina*. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco), 2016.
- 8.2.15.- BOZZA, Juan Alberto: "Navegar en la tormenta. El anticomunismo en la historiografía de los Estados Unidos durante la Guerra Fría", *Sociohistórica*, n° 33, 2014⁶⁹⁵.

⁶⁹³ Vide: RCL 1979\613, Thomson Reuters Aranzadi.

⁶⁹⁴ <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/7599/10893> (consultado el 27-1-2022).

⁶⁹⁵ https://www.sociohistorica.fahce.unlp.edu.ar/article/view/SH2014n33a01/pdf_8 (consultado el 17-1-20).

- 8.2.16.- BRIONES MARTÍNEZ, Irene María: *El delito de odio por razón de religión y de creencias, la educación en la religión contra el terrorismo de la palabra y de la violencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.
- 8.2.17.- CANCIO MELIÁ, Manuel: "Principios del Derecho Penal (II)", *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Agencia Estatal Boletín Oficial Del Estado, Madrid, 2019⁶⁹⁶, pp. 69 a 84.
- 8.2.18.- COMAS DE ARGEMIR CENDRA, Montserrat: "Evolución jurisprudencial en los delitos de provocación al odio y a la discriminación: los límites a la libertad de expresión", *Cuadernos Digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, n° 32, 2015.
- 8.2.19.- COMBALÍA, Zoila: "Libertad de expresión y religión en Estados Unidos y en Europa: dos modos de entender la democracia", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* n° 45, 2017.
- 8.2.20.- CORRECHER MIRA, Jorge: "La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?.", *InDret* n° 2, 2021, pp. 86-149⁶⁹⁷.
- 8.2.21.- CORTINA, Adela: "¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática?", *estudio inserto en el Proyecto de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico FFI2013-47136-C2-1-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y en las actividades del grupo de investigación de excelencia PROMETEO/2009/085 de la Generalitat Valenciana*.
- 8.2.22.- CUENCA GARCÍA, María José: "ámbito de aplicación de la nueva circunstancia agravante de discriminación por razón de género (art. 22.4 cp): análisis doctrinal y jurisprudencial", *La investigación en Derecho con perspectiva de género*, Dykinson, 2020, pp. 329-351.
- 8.2.23.- DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto: *Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio*. Secretaría General de Inmigración y Emigración, Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, 2020⁶⁹⁸.
- ~~8.2.24.- DE LA ROSA CORTINA, José Miguel: "Libertad de expresión y Derecho penal: zonas de conflicto". *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial (Madrid) n° 85, 2007.~~
- 8.2.25.- DE PABLO SERRANO, Alejandro: *Honor, injurias y calumnias, los delitos contra el honor en el derecho histórico y en el derecho vigente español*, Tirant lo Blanch, 2018.
- 8.2.26.- DÍEZ BUESO, Laura: *Los límites de la creación artística en Estados Unidos y Europa entre la expresión y el discurso del odio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- 8.2.27.- DOLZ LAGO, Manuel-Jesús: "Oído a los delitos de odio (Algunas cuestiones claves sobre de la reforma del art. 510 CP por LO 1/2015)", *Editorial LA LEY, Diario La Ley*, n° 8712, 2016.
- 8.2.28.- ELÓSEGUI ITXASO, María: "La negación o justificación del genocidio como delito en el Derecho Europeo. Una propuesta a la luz de la Recomendación número 15 de la ECRI", *Revista de Derecho Político*, n° 98, 2017, pp. 251-334⁶⁹⁹.
- 8.2.29.- FISS, Owen: *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1999.
- 8.2.30.- GARCÍA ROCA, Javier, ALBERTI, Enoch y otros: *Treinta años de Constitución*, Tirant Lo Blanch, 2010⁷⁰⁰.

⁶⁹⁶ https://www.boc.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2019-110 (consultado el 10-2-2022).

⁶⁹⁷ <https://indret.com/la-banalizacion-del-discurso-del-odio-una-expansion-de-los-colectivos-vulnerables/> (consultado el 23-1-2022).

⁶⁹⁸ <https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/InformeConceptualDelitosOdio.pdf>
https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/Informe_Delitos_Odio_Final.pdf (consultados el 6-4-2022)

⁶⁹⁹ https://zaguan.unizar.es/record/63415/files/texto_completo.pdf (consultado el 23-1-2021).

⁷⁰⁰ <https://biblioteca-tirant-com.cuarzo.unizar.es:9443/cloudLibrary/ebook/show/9788499857367?showPage=0> (consultado el 9-11-19).

- 8.2.31.- GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (coordinadores): *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.
- 8.2.32.- GARCÍA SANTOS, María: “El límite entre la libertad de expresión y la incitación al odio: análisis de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Journal of International Relations*, nº 10, 2017, pp. 27-46.
- 8.2.33.- GASCÓN MARCÉN, Ana: “4. Los códigos de conducta: discurso de odio y desinformación”, en *Desafíos jurídicos ante la integración digital aspectos europeos e internacionales*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p.RB-4.6
- 8.2.34.- GÓMEZ MARTÍN, Víctor: “Los delitos de odio y discriminación en el código penal español. Nuevo escenario tras la reforma de 2015”. Ponencia organizada dentro de la *Actividad formativa: Unión Progresista de Fiscales. Delitos de odio* organizada por el CEJ, Madrid, 20-21 de noviembre de 2018.
- 8.2.35.- HERNÁNDEZ ROYO, Alejandro: “El delito de incitación al odio del artículo 510 CP: cuando la vieja excepcionalidad deviene en nueva normalidad” *Editorial LA LEY*, *Diario La Ley Penal, Sección Estudios*, nº 145, Julio-Agosto 2020.
- 8.2.36.- JIMÉNEZ CAMPO, Javier: “Comentario al artículo 10.1 de la Constitución Española”, *Comentarios a la Constitución Española XL aniversario*, tomo I, Las Rozas (Madrid), Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, 2018, pp. 213-229.
- 8.2.37.- LANDETE CASAS, José: “La reforma de los delitos contra la libertad religiosa”, pp. 357 a 384. Dentro de la obra colectiva LEÓN ALAPONT, José (dir.): *Temas clave de derecho penal presente y futuro de la política criminal en España*, J.M. Bosch, 2021.
- 8.2.38.- LAURENZO COPELLO, Patricia: “La discriminación en el Código Penal de 1995”. *Estudios Penales y Criminológicos*, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela nº 19, 1996, pp. 221-288⁷⁰¹.
- 8.2.39.- LAURENZO COPELLO, Patricia y DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto: *Odio, Prejuicios y Derechos humanos*. Comares, Granada, 2021.
- 8.2.40.- LÓPEZ CALVO, José: “Libertad de expresión e información y privacidad en Internet. Los “guardianes de acceso a internet”. A propósito de la Carta de Derechos Digitales”, *Editorial Sepin* nº. 44, 2022
- 8.2.41.- LÓPEZ CASTILLO, Antonio (coordinador) y otros: *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de Jurisprudencia*. Tirant Lo Blanch, 2019⁷⁰².
- 8.2.42.- MARTÍN HERRERA, David: *Extreme speech y libertad de expresión : análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, Dykinson, Madrid, 2018.
- 8.2.43.- MONTERDE FERRER, Francisco: “Delito de odio. ¿existe?”, *Diario La Ley*, nº 9951, 2021.
- 8.2.44.- MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, y GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora: *Derecho penal: parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- 8.2.45.- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 2022.
- 8.2.46.- O’REGAN, Catherine: “Hate speech online: an (intractable) contemporary challenge?”, *Current Legal Problems*, 2018, pp. 1-27.

⁷⁰¹<https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/4131> (consultado el 7-11-2020), ISBN 84-8121-523-6. Se puede consultar en la <http://hdl.handle.net/10347/4131> (consultado el 7-11-2020).

⁷⁰²Autores: Mariano García Pechuán, Abraham Barrero Ortega, María Luz Martínez Alarcón, Leire Escajedo San Epifanio, Miguel Azpitarte Sánchez, Ágata Mª Sanz Hermida TOL7.671.842.

- 8.2.47.- ORDÓÑEZ SOLÍS, David: “Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, Bilbao, N° 62, 2020, pp. 189-223.
- 8.2.48.- PAUNER CHULVI, Cristina: “Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red”, *UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, n° 41, 2018, pp. 297-318.
- 8.2.49.- PRESNO LINERA, Miguel Ángel: “La libertad de expresión del disidente y su articulación jurisprudencial en Estados Unidos y en Europa”. *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, n° 32, 2022, págs. 16-43.
- 8.2.50.- PRESNO LINERA, Miguel Ángel: “El tipo de lenguaje y el contexto de las expresiones emitidas en las redes sociales” *OTROSL.: Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, n°. 10, 2021, págs. 26-27.
- 8.2.51.- PRESNO LINERA, Miguel Ángel: “La libertad de expresión en internet y las redes sociales: análisis jurisprudencial”. *Revista catalana de dret públic*, n°. 61, 2020 (Ejemplar dedicado a: La llibertat d'expressió a l'era digital), págs. 65-82.
- 8.2.52.- PRESNO LINERA, Miguel Ángel: “La libertad de expresión según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. 70, n° 276, 2020, págs. 461-492.
- 8.2.53.- PRESNO LINERA, Miguel Ángel: “Del odio como discurso al odio como delito, pasando por el discurso del odio”. *Estudios de casos líderes europeos y nacionales*. Vol. XIV. La libertad de expresión en el siglo XXI: Cuestiones actuales y problemáticas / coord. por VÁZQUEZ ALONSO, Víctor Javier; EFRÉN RÍOS VEGA, Luis (dir.), SPIGNO, Irene (dir.) Tirant lo Blanch, 2021, pp. 323-354.
- 8.2.54.- PRESNO LINERA, Miguel Ángel: “El discurso del odio contra las minorías sexuales: respuestas penales y administrativas”. *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*. MATIA PORTILLA, Francisco Javier (dir.), ELVIRA PERALES, ASCENSIÓN (dir.) y, ARROYO GIL, Antonio (dir.), Tirant lo Blanch, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, Universidad de Valladolid, e Instituto de Estudios Europeos, 2019, págs. 279-312.
- 8.2.55.- PRESNO LINERA, Miguel Ángel y TERUEL LOZANO, Germán M.: “La libertad de expresión en América y Europa”. *Juruá Editora*, 2017.
- 8.2.56.- RAWLS, John: *Liberalismo político*, FCE - Fondo de Cultura Económica, Carretera Picacho-Ajusco, México, D.F., 1995.
- 8.2.57.- RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, Miryam: “La libertad de expresión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, Bilbao, Vol. 62/2, Julio-Diciembre 2014, pp. 93-119.
- 8.2.58.- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: “Los delitos contra los sentimientos religiosos”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, n° 8985, Sección Doctrina, 23 de Mayo de 2017.
- 8.2.59.- ROIG TORRES, Margarita: “El enaltecimiento de los delitos previstos en el art. 510 cp a la luz de la última jurisprudencia constitucional”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XLI, 2021⁷⁰³.
- 8.2.60.- ROLLNERT LIERN, Göran: “El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 115, 2019, pp. 81-109.
- 8.2.61.- SAIZ ARNAIZ, Alejandro: “La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 10.2)”, *Comentarios a la Constitución Española XL aniversario*, tomo I, Las Rozas (Madrid), *Fundación Wolters Kluwer*, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, 2018, pp. 230-254.

⁷⁰³ <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/6998/10658> (consultado el 27-1-2022).

- 8.2.62.- SÁNCHEZ MELGAR, Julián: “Discursos discriminatorios (Art. 510). Apología y negación del genocidio. Enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas”, *Revista del Ministerio Fiscal*, Fiscalía General del Estado, Madrid, n° 7, 2019, pp.112 a 131.
- 8.2.63.- SÁNCHEZ MELGAR, Julián: “La agravante de género, fundamento y requisitos: repaso jurisprudencial”, *Derecho penal, Tirant lo Blanch*, 2021, pp.599 a 622.
- 8.2.64.- SANJURJO RIVO, Vicente A: “¿Es el discurso religioso odioso por razones de género, orientación e identidad sexual un discurso de odio?”, *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º 112, septiembre-diciembre 2021, pp. 175-214.
- 8.2.65.- SERRANO MAÍLLO, Isabel: “El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: dos casos españoles”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n° 28, 2011, pp. 579-596.
- 8.2.66.- SIMÓN CASTELLANO, Pere: “La construcción jurisprudencial de la agravante de género: notas a la STS de 14 de septiembre de 2020”, *Diario La Ley, Wolters Kluwer, Sección Tribuna*, n° 9728, 4 de Noviembre de 2020.
- 8.2.67.- STUART MILL, John: *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1994.
- 8.2.68.- TAPIA BALLESTEROS, Patricia: “El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación”, en *Entre la libertad de expresión y el delito [Cuestiones de la parte especial de los delitos de opinión]*, Aranzadi, 2021.
- 8.2.69.- URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín: “Insultos en el Tribunal Constitucional (sobre un requisito para el ejercicio de las libertades de expresión e información), *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 121, 2021, pp. 271-301⁷⁰⁴.
- 8.2.70.- VALERO HEREDIA, Ana: “Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 110, 2017, pp. 305-333.
- 8.2.71.- VÁZQUEZ ALONSO, Víctor Javier: “La censura «privada» de las grandes corporaciones digitales y el nuevo sistema de la libertad de expresión”. *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, n°. 32, 2022, págs. 108-129.
- 8.2.72.- VÁZQUEZ ALONSO, Víctor Javier: “Hasél II o La persecución penal de la inquina (a propósito de un texto de Jacobo Dopico)”. *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n°. 21, 2021, págs. 392-398.
- 8.2.73.- VÁZQUEZ ALONSO, Víctor Javier: “Artistas abyectos y discurso del odio”. ALONSO SANZ, Lucía (dir.), VÁZQUEZ ALONSO, Víctor Javier (dir.): *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Athenaica Ediciones Universitarias, 2017, págs. 221-240.
- 8.2.74.- VV.AA: “Encuesta sobre la libertad de expresión”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n°. 44, 2019, pp. 15-73.
- 8.2.75.- VV.AA: “Los Principios de Camden Sobre La Libertad de Expresión y la Igualdad”, *Article 19*, Londres, 2009⁷⁰⁵.
- 8.2.76.- Manual de legislación europea contra la discriminación⁷⁰⁶.
- 8.2.77.- Circular de la FGE n° 7/1978, de 30 de diciembre, *Misiones en relación con los preceptos contenidos en la Constitución RCL 1979\613*, Thomson Reuters Aranzadi.

⁷⁰⁴ <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.121.09> (consultado el 25-11-2021).

⁷⁰⁵ <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2009/04/Camden-Principles-SPANISH-web.pdf> (consultado el 10-5-2020).

⁷⁰⁶ https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discrim_law_SPA.pdf (consultado el 1-2-2021).