

46

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

HIS PRAX IDE ET PRO

Revista

Julio 2020

46

Revista Penal

Julio 2020

Penal



tirant
lo blanch



tirant
lo blanch

Revista Penal

Número 46

Sumario

Doctrina:

- ¿Una medición de la pena más uniforme y transparente a través de lineamientos para la medición de la pena? Las Sentencing Guidelines inglesas como objeto de investigación valioso, por *Kai Ambos*..... 5
- Luces y sombras de la transposición al ordenamiento español de la directiva 2008/99/CE, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, por *María Ángeles Fuentes Loureiro* 17
- Delitos de odio, Discurso del odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?, por *Alfonso Galán Muñoz* 41
- El uso de ordenadores personales y de material informático por los internos en un centro penitenciario, por *Pablo García Molina*..... 67
- Tutela penal de la intimidad y grabación de la conversación por uno de los interlocutores, por *José Luis González Cussac* 95
- Documento, fotocopia y falsedad, por *Rubén Herrero Giménez*..... 109
- La “corrupción entre particulares”. Análisis crítico de la regulación italiana, por *Alessandro Melchionda*..... 127
- La difusa frontera entre la vida y la muerte. Reflexiones sobre el objeto material de los delitos contra la vida humana independiente, por *Clara Moya Guillem* 141
- El tratamiento penal del blanqueo urbanístico en tiempos de crisis económica, por *Miguel Ángel Núñez Paz* 157
- Las definiciones auténticas de la imprudencia en el ámbito de la seguridad vial, por *Inés Olaizola Nogales*.. 157
- España y Europa frente al discurso del odio: una aproximación comparativa a los límites a la libertad de expresión en la jurisprudencia española y en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por *Marta Rodríguez Ramos* 169
- Crisis y transformación de los sistemas penales en Europa en el ámbito de la lucha contra el terrorismo internacional, por *Francesco Rossi*..... 190
- Neuroprevención: un nuevo paradigma para el estudio de la reincidencia delictiva, por *Aura Itzel Ruiz Guarneros y José M. Muñoz*..... 207
- Política criminal de exclusión: aporofobia y plutofilia, por *Juan M. Terradillos Basoco* 221
- Sistemas penales comparados:** La detención preventiva (*Pre-trial detention*)..... 230
- Especial:** Sul fondamento della responsabilità giuridica dell’estraneo che partecipi a reati propri nel pensiero di Aldo Moro, por *Marianna Pignata y Antonio Tisci*..... 312

Bibliografía:

- Recensión: “Delitos Acumulativos”, de Miguel Bustos Rubio (Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017), por *Adrián Viejo Mañanes* 317

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Modena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra. UNED
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I^o
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla

José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Enzo Musco. Univ. Roma
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Waßmer (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
Alexis Couto de Brito (Brasil)
Jiajia Yu (China)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)
Elena Valentini (Italia)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)

Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pamela Cruz y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com
--

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFs.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



España y Europa frente al discurso del odio: una aproximación comparativa a los límites a la libertad de expresión en la jurisprudencia española y en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Marta Rodríguez Ramos

Revista Penal, n.º 46. - Julio 2020

Ficha técnica

Autor: Marta Rodríguez Ramos

Adscripción institucional: Doctoranda en la rama de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Pablo de Olavide. Miembro del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas (SEJ-047)

Title: Spain and Europe in the face of hate speech: first comparative approach to freedom of expression in Spanish and the European Court of Rights case law

Sumario: I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS. II. LÍMITES AL DISCURSO DEL ODIO SEGÚN EL TRIBUNAL SUPREMO Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EL RESPETO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. IV. COMPARATIVA ESPAÑOLA Y EUROPEA: ¿ES COMPATIBLE LA DOCTRINA DEL TEDH CON EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL? CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

Summary: I. INTRODUCTORY QUESTIONS. II. LIMITS TO HATE SPEECH ACCORDING TO THE SUPREME COURT AND THE CONSTITUTIONAL COURT: RESPECT FOR FREEDOM OF EXPRESSION. III. THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. IV. SPANISH AND EUROPEAN COMPARISON: IS THE ECTHR DOCTRINE COMPATIBLE WITH THE SPANISH PENAL SYSTEM? CONCLUSIONS. V. BIBLIOGRAPHY.

Resumen: En el presente artículo se lleva a cabo un análisis de la jurisprudencia más relevante existente en materia de discurso del odio hasta el año 2018, distinguiéndose los criterios que vienen exigiendo, por un lado, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional españoles y, por otro, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Finalmente se realiza una comparativa entre ambas interpretaciones y se llega a una conclusión acerca de su compatibilidad.

Palabras clave: Delito de odio, libertad de expresión, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, incitación directa, peligro cierto.

Abstract: This article analyses the most relevant case law on hate speech until 2018, distinguishing, the criteria required, on the one hand, by the Supreme Court and the Constitutional Court, and, on the other hand, by the European Court of Human Rights. Finally, a comparison is made between the two interpretations and a conclusion is reached as to its compatibility.

Key words: Hate crime, freedom of expression, European Court of Human Rights, direct incitement, real danger.

Rec: 14/03/2020 **Fav:** 16/04/2020

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

A pesar de que el odio contra el “diferente”¹ ha existido desde los orígenes de la humanidad, este ha careci-

do de relevancia en el ámbito jurídico hasta hace pocas décadas. Concretamente, tras la barbarie que supuso la Segunda Guerra Mundial fue generándose en la Europa

¹ En este sentido debe tenerse en cuenta que el término “diferente” nace de la óptica subjetiva de un determinado sujeto que le atribuye determinadas características y, por tanto, no tiene que entenderse como correcto desde un punto de vista objetivo.

destrozada² un sentimiento global de rechazo ante las manifestaciones motivadas por la intolerancia que se ha traducido, a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, en una solicitud generalizada de que este tipo de conductas fuesen elevadas a la categoría de delito. Ello motivó posteriormente la incorporación en diversos ordenamientos de nuestro entorno cultural de algunas figuras delictivas como el negacionismo, así como la incorporación de la agravante de discriminación por motivos antisemitas.

Este recorrido entronca con el nacimiento del concepto de delito de odio, que tiene su origen en el derecho anglosajón (*hate crime*), germánico y latino³, y que es hoy de suma actualidad en el ámbito criminológico⁴. Su renovada importancia es debida, sobre todo, al escenario europeo actual, en el que la situación de crisis económica ha favorecido el surgimiento de partidos políticos con un discurso de inspiración racista y xenófoba^{5/6}. Como consecuencia de esta realidad, en los últimos tiempos se ha ido imponiendo la idea de que la lucha contra la discriminación debe llevarse a cabo, fundamentalmente, a través de la tipificación de conductas de provocación o incitación al odio, a la discriminación, a la violencia, etc.⁷. Así, actualmente, con el desarrollo de los medios de comunicación y, sobre todo, con la inevitable presencia de internet, el denominado “discurso del odio”⁸ ha

renovado su protagonismo y se ha fortalecido a costa de nuevos destinatarios: el colectivo LGTBI, ciertas comunidades religiosas, e incluso los pobres.

Pues bien, una buena muestra de esta *corriente tipificadora* y, asimismo, de la relevancia que posee actualmente el discurso del odio se ha dado también en nuestro país. La reforma operada 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, ha ampliado en gran medida las conductas típicas que pueden entenderse incardinadas en el discurso del odio, en contra de numerosas propuestas doctrinales y sendos pronunciamientos de nuestros Tribunales. Concretamente, entre estos preceptos se encuentra el vigente artículo 510.1 CP, ubicado en el Capítulo IV del Libro II, titulado “De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas” bajo la rúbrica de la Sección primera “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución”. Esta norma, tal y como indica su ubicación dentro de la normativa penal, incluye en su seno una serie de conductas que podrían quedar amparadas al mismo tiempo por el derecho a la libertad de expresión (reconocido en el artículo 20 de la Constitución Española), como son el “discurso del odio”⁹

2 Siguiendo la argumentación de IBARRA, E. Delitos de intolerancia y crímenes de odio. *Cuaderno de Análisis de Movimiento contra la Intolerancia*. Madrid: Secretaría Técnica, Nº 36, pp. 1-82 [fecha de consulta 19 de marzo de 2020].

3 De nuevo siguiendo a IBARRA, E. Delitos de intolerancia..., *op. cit.*, p. 5.

4 Tal y como explica FUENTES OSORIO, J. L. 2017. El odio como delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 19-27, pp. 1-52 [fecha de consulta 19 de marzo de 2020]. ISSN-e 1695-0194. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-27.pdf>.

5 Así lo entiende, asimismo, QUESADAALCALÁ, C. 2015. La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. Nº 30, pp. 1-33 [fecha de consulta 19 de marzo de 2020]. ISSN-e 1697-5197. DOI: 10.17103/reei.30.04.

6 Siguiendo a LÓPEZ ORTEGA, en esta línea podemos destacar, por ejemplo, el discurso del anteriormente denominado *Front National* (el partido más votado en las elecciones europeas de 2015), cuya líder, Marine Le Pen, fue juzgada ese mismo año por incitación al odio racial contra los musulmanes a raíz de unas declaraciones públicas realizadas en diciembre de 2010 [LÓPEZ ORTEGA, A. I. 2017. Análisis y evolución de los delitos de odio en España (2011-2015). *Revista de Antropología Experimental*. Universidad de Jaén. Nº 17, pp. 1-19 [fecha de consulta 19 de marzo de 2020]. ISSN: 1578-4282. DOI: <https://doi.org/10.17561/rae.v0i17.3197>].

7 Tal y como apunta GÓMEZ MARTÍN, así ha ocurrido en países pertenecientes a nuestro ámbito cultural, como Francia (con su Ley sobre Libertad de Prensa de 1972) o Suiza (con el artículo 261 de su Código Penal), y lo mismo puede decirse de países anglosajones como Reino Unido, que cuenta con la *Public Order Act* de 1986 como piedra angular de su sistema penal antixenófobo (GÓMEZ MARTÍN, V. 2016. Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 18-20, pp. 1-25 [fecha de consulta 19 de marzo de 2020]. ISSN-e 1695-0194. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-20.pdf>).

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

9 Entendiendo por tal la definición otorgada por la Recomendación (1997) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, esto es, “toda forma de expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia expresada mediante el nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante”.

[artículos 510.1, a) y b)] y el “negacionismo”¹⁰ [artículo 510.1, c)]; sin embargo, el legislador de 2015 ha preferido su tipificación. Ahora bien, a pesar de ello, lo cierto es que la restricción de este derecho fundamental por parte del Derecho penal no ha sido aceptada unánimemente por la doctrina, sino más bien al contrario.

Teniendo en cuenta esta situación, el objeto del presente artículo es analizar, en concreto, la jurisprudencia española y europea que encuentro más relevante en materia de discurso del odio, sobre todo en lo que al artículo 510.1 CP se refiere. Para ello, en primer lugar, presentaré los pronunciamientos más importantes de nuestros Tribunales Supremo y Constitucional y, posteriormente, haré lo mismo con los del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Finalmente reflexionaré sobre la compatibilidad de ambas doctrinas y llegaré a una conclusión acerca de si la jurisprudencia europea sería compatible con el sistema penal español y, con ello, con nuestros principios constitucionales más elementales.

II. LÍMITES AL DISCURSO DEL ODIO SEGÚN EL TRIBUNAL SUPREMO Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EL RESPETO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Dentro del conjunto de resoluciones que han ido aportando nuestros tribunales en el ámbito del discurso del odio, la primera que debe ser destacada se produjo a principios de los años noventa, en el seno del conocido como “caso Violeta Friedman”. El origen este pronunciamiento se encuentra en la publicación realizada en la revista “Tiempo”, en julio de 1985, de una serie de declaraciones realizadas a la revista por León Degrelle, ex Jefe de las Waffen S. S., en relación con la actuación nazi con los judíos y con los campos de concentración. Entre otros extremos, había afirmado lo siguiente: “...si hay tantos (judíos) ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios”; “El problema con los judíos 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, aquel que podría salvar a Europa... pero ya no surgen hombres como el Führer...”; “...El doctor Mengele era un médico nor-

mal y dudo mucho que las cámaras de gas existieran alguna vez...”.

Ante estas declaraciones, Violeta Friedman —que estuvo internada en el campo de exterminio de Auschwitz, lugar en el que, la misma noche de su llegada, fue enviada toda su familia, salvo ella y su hermana, a las cámaras de gas precisamente por orden del citado doctor Mengele— formuló demanda de protección civil del derecho al honor contra León Degrelle, Juan Girón Roger (periodista y autor del reportaje publicado) y Julián Lago (Director de la revista “Tiempo”), “por cuanto que con tales afirmaciones [...] no solo tergiversaba la Historia, sino que, además, llamaba mentirosos a quienes, como la demandante, padecieron los horrores de los campos de concentración nazi” [Antecedentes, 2, b), primer párrafo].

El Juzgado absolvió en su momento al demandado explicando que la demandante carecía de legitimación activa “para la protección de su honor no atacado en el reportaje porque ninguna de las expresiones se refería concretamente a ella” [Antecedentes, 2, b), segundo párrafo], e indicó, además, que estas “estaban amparadas por el derecho a la libertad de expresión consagrado en el art. 20.1 CE”. Ante la negativa del tribunal, Violeta Friedman formuló recurso de apelación, pero este fue igualmente desestimado por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, aduciendo que las manifestaciones no se referían “a expresiones o hechos personales que la difamen o la hagan desmerecer en la consideración ajena”.

Contra esta última sentencia formuló recurso de casación por infracción de ley ante el Tribunal Supremo, que también lo desestimó por falta de legitimación activa, en los siguientes términos: “las manifestaciones [...] no implican ofensa al honor de persona física concreta o de su familia, aun cuando puedan originar aflicción e incluso sufrimiento a personas naturales e incluso colectivos o grupos sociales [...] El derecho al honor [...] es algo personal e intransferible, patrimonio del sujeto [...], razón por la cual la recurrente no se encuentra en esa posición que la legitimatio ad causam y ad procesum exige para apreciar lesión” [Antecedentes, 2, d), segundo párrafo].

Finalmente, Violeta Friedman solicitó el amparo del Tribunal Constitucional por vulneración del derecho al

10 Siguiendo en este sentido a ALAUSTEY DOBÓN y a GARCÍA ÁLVAREZ, quienes entienden que el negacionismo comprende los supuestos de justificación, negación y minimización de los delitos de genocidio, principalmente dentro del revisionismo histórico (ALAUSTEY DOBÓN, C. 2016. Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 18, pp. 1-38 [fecha de consulta 19 de marzo de 2020]. ISSN-e 1695-0194. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-14.pdf>; GARCÍA ÁLVAREZ, P. 2018. La restricción del derecho a la libertad de expresión por el Derecho Penal: el artículo 510.1 del Código Penal y las conductas relacionadas con el fenómeno del “discurso del odio”. Evolución y aplicabilidad. En: DEL CARPIO DELGADO, J. (coord.); GARCÍA ÁLVAREZ, P. (coord.). *Derecho Penal: La espada y el escudo de los Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 125-180. ISBN: 9788491902263).

honor (art. 18.1 CE)¹¹ en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)¹² y el derecho a la dignidad humana (art. 10.1 CE)¹³. El Tribunal, en su Sentencia 214/1991, de 11 de noviembre, reconoció el derecho al honor de la demandante y declaró nulas las resoluciones anteriores que habían negado su legitimación activa, exponiendo que “*nuestra Ley fundamental no otorga la legitimación activa exclusivamente a la ‘víctima’, o titular del derecho fundamental infringido, sino a toda persona que invoque un interés ‘legítimo’*” y que “*tampoco cabe confundir dicho interés legítimo con el ‘directo’*” (F. J. 3). En consecuencia, entiende que, en relación con las manifestaciones realizadas por Degrelle, “*negadoras del genocidio nazi y atributivas de su invención al pueblo judío*”, el interés de la señora Friedman “*merece ser calificado de ‘legítimo’ a los efectos de obtener el restablecimiento del derecho al honor de la colectividad judía en nuestro país*” (F. J. 4).

En lo relativo al fondo del asunto, el Tribunal considera que “*las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean [...] quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión*” ya que “*solo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos*” (F. J. 8). Ahora bien, dispone que es innegable que se trata “*de unas afirmaciones que manifiestamente poseen una connotación racista y antisemita, y que no pueden interpretarse más que como una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos*”. Por eso entiende el Tribunal que las manifestaciones “*constituye un atentado al honor de la actora y al de todas aquellas personas que [...] estuvieron internadas en los campos nazis de concentración*” y que, en consecuencia, “*exceden del ámbito en el que debe entenderse prevalente el derecho a expresar libremente los pensamientos, ideas y opiniones consagrados en el art. 20.1 CE*” (F. J. 8).

Como colofón de su argumentación, nuestro Tribunal concluye que “*ni la libertad ideológica (art. 16 CE) ni la libertad de expresión (art. 20.1 CE) comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que, tal como dispone el art. 20.4, no existen derechos ilimitados y ello es contrario no solo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (art. 10 CE), [...] del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18 CE)*” que “*no permite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias*”. De lo contrario “*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 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)*” (F. J. 8).

Otro de los pronunciamientos que, sin duda, merece ser destacado es la STC 176/1995, de 11 de diciembre, que resolvió el recurso de amparo interpuesto por Damián Carullá, director de la editorial Makoki S. A., contra una sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona que lo había condenado por un delito de injurias (en aplicación del art. 458 del Código penal de 1973)¹⁴ y un delito de escarnio de confesión religiosa (art. 209 de aquel mismo texto legal)¹⁵. La condena provenía de la apelación de una sentencia anterior del juez de instancia, que había absuelto al director y al editor de las publicaciones de la editorial tras haber sido denunciados y querellados por las asociaciones “Amical de Mauthausen” y “B’Nai B’Rith de España”, respectivamente.

Estas acciones se produjeron como consecuencia de la publicación en España por parte de la citada editorial del álbum “Hitler = SS”, que consistía en un relato ficticio en forma de cómic en el que aparecían imágenes y expresiones de carácter vejatorio contra los judíos

11 Según este precepto, “*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”.

12 Según el cual “*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”.

13 Este artículo reza lo siguiente: “*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*”.

14 Este precepto rezaba lo siguiente: “*Son injurias graves:*

1º La imputación de un delito de los que no dan lugar a procedimiento de oficio.

2º La de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o interés del agraviado.

3º Las injurias que por su naturaleza, ocasión o circunstancias fueren tenidas en el concepto público por afrentosas.

4º Las que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendidos el estado de dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor”.

15 Este artículo disponía lo que sigue: “*El que de palabra o por escrito hiciere escarnio de la religión católica o de confesión reconocida legalmente, o ultrajare públicamente sus dogmas, ritos o ceremonias, será castigado con la pena de prisión menor si realizare el hecho en actos de culto, o en lugar destinado a celebrarlos, y con arresto mayor en los demás casos*”.

como víctimas de los campos de concentración nazis¹⁶. Según la fundamentación del Tribunal Constitucional, *“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”*. Y continúa: *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. La Constitución —se ha dicho— protege también a quienes la niegan. En consecuencia, no se trata aquí de discutir la realidad de hechos históricos, como el Holocausto. La libertad de expresión comprende la de errar y otra actitud al respecto entra en el terreno del dogmatismo, incurriendo en el defecto que se combate, con mentalidad totalitaria*” (F. J. 2).

Sin embargo, más adelante toma una postura clara en cuanto al fondo del asunto: *“Ahora bien, cualquiera que fuere la condición de las personas involucradas como autores o víctimas en una información o en una crítica periodística, existe un límite insalvable impune-mente”* y, citando un fragmento de la STC 105/1990, de 5 de julio, dispone que *“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”*.

Según el Tribunal, la lectura del cómic *“pone de manifiesto la finalidad global de la obra, humillar a quienes fueron prisioneros en los campos de exterminio, no solo pero muy principalmente los judíos. [...] En tal contexto, en lo que se dice y en lo que se calla, entre líneas, late un concepto peyorativo de todo un pueblo, el judío, por sus rasgos étnicos y sus creencias. Una actitud racista, contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente.”* (F. J. 5). Y prosigue: *“A lo largo de sus casi cien páginas se habla del 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. [...] Es evidente que todo ello está en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica y refleja un*

claro menosprecio de los derechos fundamentales [...] Lo que se dice y lo que se dibuja en el panfleto rezuma crueldad gratuita, sin gracia o con ella, hacia quienes sufrieron en su carne la tragedia sin precedentes del Holocausto. [...] 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 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).” (F. J. 5).

Esta argumentación culmina con una referencia a la censura, expresándose el Tribunal en los siguientes términos: *“El ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información no tiene otros límites que los fijados explícita o implícitamente en la Constitución, que son los demás derechos y los derechos de los demás. Por ello, se veda cualquier interferencia y como principal, en este ámbito, la censura previa (art. 20.2)”*. Tras definir su concepto, aclara que no puede incluirse en el mismo la llamada “autocensura” y, precisamente por eso, *“el derecho de veto que al director concede el art. 37 de Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1996 no puede ser identificado con el concepto de censura previa (SSTC 171/1990 y 172/1990). Tampoco lo es la autodisciplina del editor, cuya función consiste en elegir el texto que se propone publicar, asumiendo así los efectos positivos o negativos, favorables o desfavorables de esa opción, como puedan ser el riesgo económico y la responsabilidad jurídica.”* (F. J. 6). De esta manera se acaba desestimando el recurso de amparo del director de la revista.

Poco tiempo después de esta resolución comenzaría a gestarse el que podría considerarse, hasta ahora, el pronunciamiento más importante en materia de discurso del odio, relativo, concretamente, al anterior artículo 510.1 CP. Hasta la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de noviembre, este precepto había sido aplicado casi de forma excepcional y siendo, en la mayoría de los casos, objeto de gran discusión. No sería hasta 1998 cuando se produjese la primera condena en instancia referente al artículo 510.1 CP, por Sentencia del Juzgado de lo Penal número 3 de Barcelona el 16 de noviembre de 1998, en el conocido “caso Librería Europa”.

En virtud de este pronunciamiento, se condenó al titular de la mencionada Librería, que se dedicaba a

¹⁶ Tal como explica SAAVEDRA LÓPEZ, se trata de un caso bien diferenciado de la típica negación del genocidio acaecido durante la Segunda Guerra Mundial [hoy regulado en el artículo 510.1, c) CP] ya que, aquí, el honor de las víctimas se ve dañado, no como resultado de investigaciones o interpretaciones históricas, sino a consecuencia de expresiones humillantes (SAAVEDRA LÓPEZ, M. 2006. El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. N° 55, pp. 547-576 [fecha de consulta 19 de marzo de 2020]. ISSN: 0211-4526. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10171/14688>).

vender material relacionado con el holocausto nacionalsocialista, por los delitos de los artículos 510.1 y 607.2 CP. Dos meses más tarde, la sentencia fue recurrida en apelación; sin embargo, el recurso no pudo ser resuelto por la Audiencia Provincial hasta transcurridos más de diez años (concretamente hasta el 26 de abril de 2010¹⁷) debido a la interposición de una cuestión de constitucionalidad (Nº 5152-2000) relativa al delito de apología del genocidio (artículo 607.2 CP)¹⁸.

Como consecuencia de esta cuestión de constitucionalidad, la Audiencia Provincial de Barcelona acabó revocando en apelación la parte de la Sentencia del Juzgado de lo Penal relativa a la provocación (artículo 510 CP), pero mantuvo la que hacía referencia a la apología del genocidio. Para fundamentar la absolución por el delito del artículo 510.1 CP, la Audiencia Provincial dispuso que si bien *“la incitación debe ser directa, es decir, clara y explícita, sea a la comisión de un delito concreto, sea a actitudes de auténtica y real hostilidad”*, de los hechos acaecidos no podía afirmarse más que conformaban solo *“una incitación indirecta (porque justifican las razones que hacen aparecer el genocidio y la discriminación como un mal menor) y no un llamamiento o incitación directa a cometer genocidio o a discriminar a ningún grupo o raza, por mucho que se les llame parásitos, ratas o inferiores”*. Ahora bien, para comprender esta argumentación es preciso recordar, primero, cuál fue el pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

Nuestro Alto Tribunal acabó resolviendo la cuestión de constitucionalidad planteada en su STC 235/2007, de 7 de noviembre, en la que declaró parcialmente inconstitucional el entonces vigente artículo 607.2 CP. Para argumentar su posición, el Tribunal recordó la importancia de la que goza el derecho fundamental a la libertad de expresión en nuestro ordenamiento, estableciendo que este *“[...] 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’ [...]. Por ello mismo hemos afirmado rotundamente que [...] al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al actor, incluso las que ataquen al*

propio sistema democrático. La Constitución —se ha dicho— protege también a quienes la niegan” (F. J. 4).

En este sentido, continuaba el Tribunal diciendo que *“Por circunstancias históricas ligadas a su origen, nuestro ordenamiento constitucional se sustenta en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional. Como se sabe 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”* (F. J. 4). Por ello, disponía que *“nuestro ordenamiento constitucional no 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”* (F. J. 6).

Así las cosas, el Tribunal Constitucional llegaba a la conclusión de que, para que la expresión de ideas u opiniones pudiese ser considerada delito, debía constatar-se que estas suponían, bien una incitación, aunque sea indirecta, al delito de genocidio, o bien una incitación directa a la violencia contra determinados colectivos o una provocación al odio contra los mismos, siempre y cuando esta representase *“un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de discriminación”* (F. J. 8 y 9). De esta forma puede entenderse que, para el máximo intérprete de la Constitución, no toda manifestación que pueda incluirse dentro del “discurso del odio” debe tener una respuesta penal¹⁹.

Pues bien, cuatro años después de la STC 235/2007, de 7 de noviembre, llegaría el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo en torno a la aplicabilidad del delito del artículo 510.1 CP: el conocido como “caso de la Librería Kalki”.

En esta ocasión, la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (en virtud de su sentencia 892/2009, de 7 de octubre), había condenado a varias personas por el delito del artículo 510.1 CP (además de por los delitos de los artículos 607.2 y 515 CP) por redactar, editar y distribuir, a través de la mencionada librería, documentos en los que se atacaba a extranjeros, discapacitados, magrebíes, negros, judíos y homo-

17 Me refiero, en concreto, a la sentencia de 26 de abril de 2010, de la Audiencia Provincial de Barcelona.

18 La controversia que generaba el precepto residía en que, en teoría, este castigaba la “apología del genocidio”; sin embargo, la mayor parte de la doctrina española entendía que esto no era así, sino que, para poder considerar el contenido apologético del artículo 607.2 CP, las conductas previstas en él tenían que castigar los comportamientos en el sentido que daba el anterior artículo 18.1 CP.

19 De esta forma lo entiende GARCÍA ÁLVAREZ, P. *El Derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevante*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 139. ISBN: 84-8442-771-4. Del mismo modo, MENDOZA CALDERÓN, S. en: GALÁN MUÑOZ, A. (dir.); MENDOZA CALDERÓN S. (dir.). *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 288. ISBN: 978-84-9190-907-1.

sexuales. Sin embargo, esta sentencia fue recurrida y casada finalmente por el Tribunal Supremo en su STS 259/2011, de 12 de abril, por entender el Alto Tribunal que el artículo 510.1 CP debía ser interpretado de manera restrictiva, al poder colisionar con los derechos a la libertad ideológica y de expresión. Concretamente, en su Fundamento de Derecho primero, el Alto Tribunal estructura su argumentación intentando trasladar el fallo del Tribunal Constitucional respecto de la interpretación del artículo 510.1 CP, en los términos que exponemos a continuación.

Para empezar, nuestro Tribunal Supremo estableció que *“aunque sean siempre frontalmente rechazables, los contenidos negativos de [...] ideas o doctrinas basadas en la discriminación o la marginación de determinados grupos y sus integrantes como tales, no conducen necesariamente a que la respuesta se configure penalmente en todo caso, debiendo quedar reservada la sanción penal [...] para los ataques más graves, considerando tanto el resultado de lesión como el peligro creado para los bienes jurídicos que se trata de proteger”* (F. D. Primero, 1). De esta manera, permitía el castigo del discurso del odio que diese lugar a actos de discriminación; ahora bien, para ello exigía que la conducta de “provocación” que incitase a tales ideas reuniese los requisitos del art. 18.1 CP, tal y como venía defendiendo la doctrina mayoritaria. Concretamente, en palabras del Alto Tribunal, era necesario que *“se trate de una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pudiese predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo”* (F. D. Primero, 2).

Más adelante, continuaba diciendo que *“La expresión o difusión de ideas violentas no puede ser identificada con la violencia que contienen a efectos de su persecución que, sin embargo, se justifica cuando supongan una incitación directa a hacerla efectiva”*, ya que *“la superación de los límites protegidos por las libertades ideológica y de expresión no implica directamente la tipicidad de las conductas”*, sino solo *“cuando la difusión, atendiendo a la forma y al ámbito en el que se lleva a cabo y a lo que se difunde, implique un peligro cierto de generar un clima de hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de violencia, odio o discriminación contra aquellos grupos o sus integrantes como tales”* (F. D. Primero, 7). Así, *“para que el bien jurídico protegido pudiera verse afectado a causa de la difusión de esta clase de ideas o doctrinas, sería preciso que el autor acudiera a medios que no solo facilitarían la publicidad y el acceso de terceros, que*

podieran alcanzar a un mayor número de personas, o que lo hicieran más intensamente, sino que, además, pudieran, por las características de la difusión o del contenido del mensaje, mover sus sentimientos primero y su conducta después, en una dirección peligrosa para aquellos bienes” (F. D. Primero, 8). Todo esto le llevaba a concluir que, como en el caso de la Librería Kalki los receptores de los textos formaban un grupo pequeño de poca audiencia, no existía un riesgo indudable para los colectivos atacados y, por tanto, el artículo 510.1 CP resultaba inaplicable.

De esta forma, de acuerdo con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, y tal y como ya había argumentado el Tribunal Constitucional, no podía permitirse el castigo de cualquier conducta que pudiese ser englobada dentro del discurso del odio. Según el Supremo, para poder aplicar el apartado 1 del artículo 510 CP eran necesarios dos requisitos: primero, que la conducta constituyese una *incitación directa* a la realización de actos violentos o discriminatorios, o al desarrollo de un sentimiento de odio hacia los grupos incluidos en su ámbito de aplicación; y, segundo, que la conducta, atendiendo a su forma y al contexto en el que se produce, fuese adecuada para provocar dichos actos violentos o discriminatorios, o para engendrar el odio, de manera que existiese un peligro cierto para el bien jurídico que el precepto protege²⁰.

Llegados a este punto conviene hacer referencia a algunos pronunciamientos cuyos fondos, aunque relativos a tipos delictivos distintos del artículo 510.1 CP, puede entenderse que guardan una estrecha relación con este. En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional, en su STC 112/2016, de 20 de junio, ya dispuso lo siguiente: *“La concreta cuestión de la eventual incidencia que podría tener la sanción de un delito de enaltecimiento del terrorismo en el derecho a la libertad de expresión no ha sido todavía objeto de ningún pronunciamiento de este Tribunal mediante Sentencia. Ahora bien, por la similitud estructural que presentan ambos tipos penales y por su incidencia en el derecho fundamental invocado, resulta necesario recordar la doctrina establecida en la STC 235/2007, de 7 de noviembre”* (F. J. 3). Del mismo modo, la relación existente entre los artículos 510.1 y 578 CP ha sido evidenciada por nuestro Tribunal Supremo en su STS 52/2018, de 31 de enero de 2018, en la que explicó que este tipo delictivo *“es la especie del genérico 510 CP”* y que presenta *“una problemática parecida, relacionada con la colisión de su punición con el derecho fundamental a la libertad de expresión”* (F. D. Único).

²⁰ Concretamente, en palabras del Tribunal Supremo, que con la mencionada conducta se esté creando *“(...) un clima de opinión o sentimientos que den lugar a un peligro cierto de comisión de actos concretos de discriminación, odio o violencia contra los grupos o contra los integrantes de los mismos”* (F. D. Primero, 7 in fine).

Pues bien, así las cosas, en los últimos años nuestro Tribunal Constitucional ha ido ampliando los tipos delictivos que incluye en el seno del discurso del odio, de manera que ha desbordado su contenido anterior. Buenos ejemplos de esta tendencia lo constituyen la STC 177/2015, de 22 de julio, relativa a una condena por injurias a la Corona, y la STC 112/2016, de 20 de junio, en el marco de una condena por enaltecimiento del terrorismo.

La primera de estas resoluciones (STC 177/2015, de 22 de julio) denegó el amparo promovido por Jaume Roura Capellera y Enric Stem Taulats respecto de las Sentencias de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y el Juzgado central Penal, que les condenaron por haber quemado una foto del, en aquel momento, rey Juan Carlos I y su esposa, hecho que se consideró constitutivo de un delito de injurias a la Corona (art. 490.3 CP)²¹. Lo destacable de este pronunciamiento reside en el hecho de que, aunque en teoría lo que se debatía en el litigio era si había o no delito de injurias, el Tribunal Constitucional incluyó en su argumentación el discurso del odio para defender su postura, de la manera que indicamos a continuación.

Tras recordar que la libertad de expresión no es un derecho fundamental absoluto e ilimitado, y subrayar *“la singular y reforzada protección jurídica que el legislador penal otorga a la Corona”*, el Tribunal dispone, citando la sentencia del caso Otegi c. España, que más tarde presentaremos, que *“la protección penal que ofrece el art. 490.3 CP no implica que el Rey, como máximo representante del Estado y símbolo de su unidad, quede excluido de la crítica especialmente por parte de aquellos que rechazan legítimamente las estructuras constitucionales del Estado, incluido el régimen monárquico. Y ello a pesar de la posición de neutralidad que el monarca ocupa en el debate político y del hecho de no estar sujeto a responsabilidad, pues tales circunstancias no pueden suponer un obstáculo al libre debate sobre su posible responsabilidad institucional o, incluso, simbólica, dentro de los límites del respeto a su reputación.”* [F. J. 3, a)].

Pues bien, poco después hace referencia a la idea que habíamos adelantado: *“Es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado “discurso del odio” son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que 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”. E indica: *“En estos términos deben valorarse los hechos ocurridos el 13 de septiembre de 2007 en la plaza mayor de la ciudad de Girona”, al entender que “quemar públicamente el retrato de los Monarcas es un acto no solo 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”* (F. J. 4).

Por otro lado, en lo relativo al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, nuestro Tribunal sostiene que *“en el relato histórico de la Sentencia recaída en la instancia [...] no figura dato alguno que sustente la tesis que los demandantes esgrimen en pro del legítimo ejercicio del derecho de crítica hacia la institución monárquica. Y ello porque, al margen de la quema de la fotografía, aquellos no profirieron ninguna expresión, discurso, mensaje u opinión de la que quepa inferir una censura u oposición políticamente articulada contra la Monarquía o los Reyes; lisa y llanamente actuaron con el propósito de incitar a la exclusión sirviéndose de una escenificación lúgubre y con connotaciones”* (F. J. 4). De esta manera distancia esta causa del caso Otegi Mondragón c. España, en el que, al contrario que en el litigio ahora enjuiciado, entiende el TC que el demandante sí se encontraba amparado por el derecho a la libertad de expresión: *“En aquel supuesto el recurrente expresó su opinión sobre un asunto sujeto al debate político, y sus manifestaciones [...] venían referidas a una cuestión de interés público en el País Vasco, aunque fueran expuestas de manera provocativa y exagerada. Sin embargo, en el presente caso no concurre ninguna de las circunstancias indicadas, ni ninguna otra de similar naturaleza que permita reconducir la quema de los retratos al contexto de crítica política que los demandantes invocan. Por tanto, la acción merecedora de reproche penal ha de ser valorada conforme a su naturaleza intrínseca, es decir, como una muestra de exclusión de quienes los recurrentes identifican con la Corona. En estas condiciones, debemos concluir que la vertiente expresiva de la acción queda extramuros del legítimo ejercicio del derecho consagrado en el art. 20.1 CE”* (F. J. 4). Finalmente, para acabar desestimando el recurso de amparo, recuerda la Sentencia Féret c. Bélgica, a la que haremos referencia en el apartado siguiente: *“como ha advertido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo”*.

21 Este precepto reza lo siguiente: *“El que calumniare o injuriare al Rey, a la Reina 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 o a la Princesa de Asturias, 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”*.

Con todo, los argumentos más consistentes de pronunciamiento se encuentran en sus cuatro votos particulares. Entre todos ellos merece ser destacado el de Adela Asúa Batarrita, quien, basándose en la definición que también sigue el TEDH del discurso del odio²², establece que *“calificar la quema del retrato real como una expresión del ‘discurso del odio’ no puede considerarse sino un ejercicio errático en la búsqueda de una cobertura jurídica que se antoja imposible, tratando de justificar de cualquier manera la desestimación del presente recurso de amparo. Equiparar bajo el mismo concepto el discurso antimonárquico [...] con el discurso dirigido a fomentar la discriminación y exclusión social de colectivos secularmente vulnerables, revela una lamentable utilización de conceptos acuñados sobre realidades dramáticas que en modo alguno admiten comparación con los insultos a una institución o a unas personas de tan alta relevancia pública”* (apartado 4).

Igualmente debe resaltarse el voto particular de Juan Antonio Xiol Ríos, que coincide con Asúa Batarrita: *“Extraer del hecho de la quema de unas fotografías la conclusión de que los recurrentes estaban pretendiendo la muerte de los Reyes es un paralogismo que desborda más allá de lo imaginable la comprensión que un espectador neutral puede formarse en el ámbito del discurso racional”* (apartado 5). Este voto particular hace hincapié en una idea fundamental: lo más preocupante no es la sentencia en cuestión, sino el tratamiento que le vienen dando los poderes del Estado al derecho a la libertad de expresión. En palabras del magistrado,

“recurrir al derecho penal para sancionar el contenido comunicativo del acto simbólico desarrollado es una medida innecesaria y desproporcionada en una sociedad democrática. Entre las posibles limitaciones constitucionales que pueden imponerse al ejercicio de unos derechos tan vinculados al sistema democrático como son las libertades ideológica y de expresión no cabe colocar la mera y simple defensa de las instituciones, aunque sean básicas en la actual concepción constitucional del Estado, frente a las más acertadas críticas, máxime tomando en consideración, como ya se ha afirmado, que nuestra Constitución no se configura como una democracia militante (STC 235/2007, de 7 de noviembre, F. J. 4).”

Pasando ahora a la segunda de las resoluciones que han ampliado el contenido del discurso del odio, la STC 112/2016, de 20 de junio, tiene su origen en un recurso de amparo interpuesto por Tasio Erkizia Almanzoz, miembro histórico de Herri Batasuna, quien había participado como orador principal en un acto celebrado en Arrigorriaga (Vizcaya) en recuerdo y homenaje del responsable de la organización terrorista ETA. Como consecuencia de las expresiones proferidas durante su intervención, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por Sentencia de 3 de mayo de 2011, lo condenó como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo (artículo 578 CP)²³. En contra de esta resolución interpuso el recurrente recurso de casación ante el Tribunal Supremo por vulneración de los derechos fundamentales a la libertad ideológica y a la libertad

22 La ofrecida por la ya mencionada Recomendación (1997) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

23 Este precepto reza lo siguiente:

“1. El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57.

2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información.

3. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

4. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación se acordará la retirada de los contenidos.

Si los hechos se hubieran cometido a través de servicios o contenidos accesibles a través de internet o de servicios de comunicaciones electrónicas, el juez o tribunal podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos. Subsidiariamente, podrá ordenar a los prestadores de servicios de alojamiento que retiren los contenidos ilícitos, a los motores de búsqueda que supriman los enlaces que apunten a ellos y a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que impidan el acceso a los contenidos o servicios ilícitos siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando la medida resulte proporcionada a la gravedad de los hechos y a la relevancia de la información y necesaria para evitar su difusión.

b) Cuando se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a los que se refieren los apartados anteriores.

5. Las medidas previstas en el apartado anterior podrán también ser acordadas por el juez instructor con carácter cautelar durante la instrucción de la causa”.

de expresión, pero este fue finalmente rechazado por Sentencia de 14 de marzo de 2012.

Pues bien, la importancia del pronunciamiento que tuvo lugar a raíz de la desestimación del Tribunal Supremo radica en que nuestro Tribunal Constitucional acabó determinando que la condena impuesta al recurrente con motivo de su intervención en el homenaje no vulneraba su derecho a la libertad de expresión. En su sentencia, a la que volveremos más adelante, el Tribunal se expresaba de la siguiente manera: “La sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el art. 578 [...] supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades” (F. J. 4).

Más adelante reiteraba esta idea: “En atención a lo expuesto, debe concluirse que las resoluciones judiciales impugnadas [...] no han vulnerado su derecho a la libertad de expresión [art. 20.1, a) CE]. Su conducta no puede ser considerada como un legítimo ejercicio de este derecho, por ser manifestación del conocido como discurso del odio, al estar presentes todos los requisitos citados necesarios para ello: fue una expresión de odio basado en la intolerancia [...]; manifestado a través de un nacionalismo agresivo; con inequívoca presencia de hostilidad hacia otros individuos”. Además, entendía que “hubo una instigación a la violencia” pues “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”. Así, para nuestro Tribunal resultaba “incuestionable que, para un espectador objetivo, la conducta del recurrente era idónea para contribuir a perpetuar una situación de violencia” (F. J. 6)²⁴.

Para terminar con la jurisprudencia española es preciso destacar dos resoluciones que hacen referencia a una cuestión fundamental en el ámbito que venimos analizando: el Derecho penal no puede castigar sin más

cualquier manifestación de odio. Nuestro Tribunal Supremo ya indicó en su STS 4/2017, de 18 de enero (relativa, de nuevo, al artículo 578 CP), lo siguiente: “No todo exceso verbal, ni todo mensaje que desborde la protección constitucional, pueden considerarse incluidos en la porción de injusto abarcada por el artículo 578 CP. Nuestro sistema jurídico ofrece otras formas de reparación de los excesos verbales que no pasa necesariamente por la incriminación penal. 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 acoge la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo. (...) Tampoco ayuda a la labor exegética la entendida 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” (F. D. 2). De esta manera, en opinión del Alto Tribunal, los ciudadanos tienen derecho a odiar y, por tanto, a expresar su odio, aunque sea, por supuesto, dentro de unos límites determinados.

Sin embargo, un año después de este pronunciamiento, en la STS 52/2018, de 31 de enero de 2018, el Tribunal acabó matizando su doctrina en esta materia²⁵. En su resolución, la Sala II del Tribunal Supremo desestimó el recurso planteado por la Fiscalía contra la sentencia de la Audiencia Nacional, dictada el 21 de marzo de 2017, que absolvía a Arkaitz Terrón Vives del delito de enaltecimiento del terrorismo por una serie de tuits publicados entre 2011 y 2015. En su argumenta-

24 En contra de la resolución se manifestó el magistrado Xiol Ríos en su voto particular, en los siguientes términos: “En mi opinión, esa concreta conducta desarrollada por el recurrente no tiene la entidad suficiente como para que pueda considerarse, más allá de la indudable exaltación y homenaje a la figura del conmemorado que se celebraba precisamente en la plaza de su pueblo natal que lleva su apodo —Argala—, que suponía una incitación, aunque sea indirecta, a la comisión de ilícitos terroristas o de cualquier otro modo evidenciara un riesgo más o menos inminente para los derechos de terceros o el orden constitucional derivado de la comisión de ilícitos penales”.

25 Sobre esta cuestión, GALÁN MUÑOZ, A. 2018. El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros? *Estudios penales y criminológicos*. Nº 38, pp. 245-304 [fecha de consulta 19 de marzo de 2020]. ISSN 1137-7550. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.15304/epc.38.5127>.

ción, el Alto Tribunal, aplicando la Directiva 2017/541, relativa a la lucha contra el terrorismo²⁶, la doctrina del Tribunal Constitucional, en su STC 112/2016, de 29 de junio, y el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (firmado en Varsovia el 26 de mayo de 2005), dispuso que, para poder condenar por este tipo delictivo, debía existir un riesgo real para las personas, para los derechos de terceros o para el propio sistema de libertades, algo que no apreciaba en el caso en cuestión. Esta idea provenía directamente de la argumentación que daba el Tribunal Constitucional en la ya mencionada STC 112/2016, de 29 de junio, en la que dispuso que “[...] la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores requiere, como una manifestación del discurso del odio, 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” (F. J. 3).

Además, y para finalizar, en este pronunciamiento el Tribunal Constitucional recordó la importancia que tiene el respeto al principio de proporcionalidad a la hora de limitar penalmente el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. En aras a evitar el conocido como *chilling effect* o efecto desaliento²⁷ a la hora de ejercer este derecho fundamental, estableció que “la STC 177/2015 pone de manifiesto los riesgos derivados de la utilización del ius puniendi en la respuesta estatal ante un eventual ejercicio, extralimitado o no, del derecho a la libertad de expresión por la desproporción que puede suponer acudir a esta potestad y el efecto desaliento que ello puede generar. Así, en dicha resolución se afirma que los límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser siempre ponderados con exquisito rigor; habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, cuando esta libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significativa importancia social y política respaldados por la le-

gislación penal. A ese respecto se incide en que, cuando esto sucede, esas limitaciones siempre han de ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de expresión no resulte desnaturalizado, lo que obliga al Juez penal a 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” (F. J. 2).

Pues bien, las resoluciones hasta aquí analizadas conforman, desde mi punto de vista, la jurisprudencia española más relevante en materia de discurso del odio. Sin embargo, de cara a alcanzar un conocimiento global sobre la interpretación que vienen dando los tribunales en esta materia, es preciso estudiar la posición que ha tomado al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por lo que pasamos a continuación a analizar esta cuestión.

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En los últimos años venimos asistiendo a una implicación cada vez mayor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de delitos de odio. Concretamente, desde 1999 el Tribunal contempla el concepto de “discurso de odio”, y estima que lo constituyen todas aquellas “formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa)”²⁸. En este sentido, el Tribunal de Estrasburgo, “plenamente consciente de la importancia de combatir la discriminación racial bajo todas sus formas y manifestaciones”²⁹, ha dispuesto en varias ocasiones que resulta “necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia”³⁰.

Partiendo de la consideración de la libertad de expresión como una de las bases fundamentales de cualquier sociedad democrática, el Tribunal Europeo de Dere-

26 Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.

27 Según explica FUENTES OSORIO, en el caso de los delitos de odio, este *chilling effect* se manifiesta en dos sentidos: en primer lugar, puede hacer que los mecanismos informales de reacción social se debiliten o que lleguen, incluso, a ser reemplazados por la respuesta penal; y, en segundo lugar, puede provocar que los ciudadanos repriman el ejercicio de su libertad de expresión ante el miedo de una eventual respuesta penal desproporcionada (FUENTES OSORIO, J. L. El odio como delito... *op. cit.*, p. 40). Del mismo modo lo entiende CÁMARA ARROYO, S. 2017. El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 70. Fasc./Mes 1, pp. 139-225 [fecha de consulta 19 de marzo de 2020]. ISSN 0210-3001. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6314732>.

28 Siguiendo las explicaciones de QUESADA ALCALÁ, C. 2015. La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos... *op. cit.*, p. 10. La definición que sigue el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es la que da el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación (1997) 20 sobre el discurso del odio.

29 STEDH de 23 de septiembre de 1994 (*Jersild c. Dinamarca*).

30 SSTDH de 4 de diciembre de 2003 (*Gündüz c. Turquía*) y de 16 de julio de 2009 (*Féret c. Bélgica*).

chos Humanos viene realizando aportaciones que han resultado decisivas en este ámbito. Según sus resoluciones, en algunos supuestos el discurso de odio debe considerarse amparado por el derecho fundamental a la libertad de expresión; sin embargo, en otros es de aplicación la prohibición del abuso del derecho recogida en el artículo 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³¹. Así las cosas, pasamos a exponer sus pronunciamientos más destacados.

La primera vez que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplicó el artículo 17 CEDH fue en el caso *Norwood c. Reino Unido*, en relación con los ataques del Partido Nacional Británico (*British National Party*) contra la comunidad musulmana. En este asunto, el mencionado partido político mostró una fotografía de las Torres Gemelas ardiendo con el símbolo de la media luna en señal de prohibición y las palabras “*Islam out of Britain-Protect the British People*”. Según la resolución del Tribunal, el vincular este grupo religioso con el terrorismo resultaba incompatible con la tolerancia, la paz social y la no discriminación que promulga la Convención. En su opinión, la exhibición del cartel constituía un acto incluido en el artículo 17 CEDH y, por tanto, quedaba fuera de la protección de la libertad de expresión por constituir un discurso claramente racista.

Particularmente representativa de la jurisprudencia de la Corte en este sentido es la polémica sentencia del caso *Féret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009. En esta resolución, que fue acompañada de un voto particular firmado por tres de los siete magistrados de la Sala, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó que no vulnera la libertad de expresión la condena por un delito de incitación a la discriminación y al odio impuesta al presidente del partido político de extrema derecha Frente Nacional (*Front National*), por haber divulgado diversos panfletos que promulgaban la expulsión de los inmigrantes irregulares de Bélgica.

La decisión del Tribunal de Estrasburgo comienza destacando que el ejercicio del discurso tuvo lugar en el contexto de deliberación política, y que “*el artículo 10.2 CEDH no deja lugar a restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político o de cuestiones de interés general*”. A esto añade que, aunque este derecho no es absoluto, “*es fundamental, en una sociedad democrática, defender el libre juego del debate político*” y dar “*la mayor importancia a la libertad de expresión en el contexto del debate político*”, sin que pueda “*restringirse el discurso político sin la existencia de razones imperiosas*” (§63).

Sin embargo, la Corte acaba concluyendo que las condenas impuestas a Daniel Féret respetan el artículo 10 CEDH porque “*el lenguaje empleado por el demandante incitaba claramente a la discriminación y al odio racial, lo que no puede ser camuflado por el proceso electoral*” (§78). Según el Tribunal, el discurso del odio que resulta insultante para personas o grupos no se encuentra protegido por el artículo 10 CEDH, y entiende que aquel “*no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo*”, y que los ataques “*contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación (...) son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos*” (§73).

Ahora bien, el voto particular de esta sentencia muestra la gran disminución del grado de protección que en este caso atribuye el Tribunal a la libertad de expresión, en comparación con el que le ha venido dando generalmente. En este sentido, el pronunciamiento establece que “*si, en un contexto electoral, los partidos políticos han de gozar de una amplia libertad de expresión al objeto de tratar de convencer a sus electores, en el caso de un discurso racista o xenófobo tal contexto contribuye a avivar el odio y la intolerancia, ya que, por la fuerza de las cosas, la posición de los candidatos a las elecciones tiende a fortalecerse y los eslóganes o fórmulas estereotipadas tienden a imponerse sobre los argumentos razonables. El impacto de un discurso racista y xenófobo es entonces mayor y más dañino*” (§76). Así, aunque admite que, dentro del discurso político, la protección del derecho a la libertad de expresión debe ser mayor, establece una excepción en cuanto a lo que al discurso de odio se refiere. De esta manera, la Corte entiende que los representantes políticos pueden “*recomendar soluciones para los problemas relativos a la inmigración; sin embargo, deben evitar hacerlo promoviendo la discriminación racial y recurriendo a expresiones o actitudes vejatorias o humillantes, ya que tal comportamiento puede suscitar en el público reacciones incompatibles con un clima sereno y podría minar la confianza en las instituciones democráticas*” (§77).

31 Este artículo reza lo siguiente: “*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*”.

A pesar de estos pronunciamientos, y al mismo tiempo, el Tribunal de Estrasburgo ha adoptado la posición contraria, por ejemplo, en su Sentencia de 6 de julio de 2006, en el caso *Erbakan c. Turquía*. Este asunto se refería a un ex primer ministro turco que, a lo largo de su campaña electoral, había realizado declaraciones en contra de los no musulmanes, acusándolos de explotación y opresión al mundo islámico, e invitando a establecer una comunidad basada en el Islam. Su discurso fue considerado por el Tribunal como una incitación al odio y a la hostilidad, y dio lugar a la condena de Erbakan a penas pecuniarias y de prisión; sin embargo, el Tribunal entendió que esta sanción vulneraba el artículo 10.2 CEDH^{32/33}.

Tal y como explica SOTO GARCÍA³⁴, otro ejemplo de la prudencia que, en ocasiones, ha mostrado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es a la hora de restringir el ejercicio del derecho a la libertad de expresión lo encontramos en la STEDH de 15 de marzo de 2011, en el caso *Otegi Mondragón c. España*. Los hechos de los que deriva la demanda tienen su origen en el 21 de febrero de 2003, día en el que se produjo el registro y cierre de los locales del diario *Euskaldunon Egunkaria* por sus presuntos vínculos con la banda terrorista ETA. En la operación resultaron detenidas diez personas (entre ellas los miembros del consejo de administración del diario y su redactor jefe) que, tras cinco días de detención incomunicada, se quejaron de haber sufrido malos tratos por parte de la policía.

Unos días después, concretamente el 26 de febrero de 2003, el Rey de España fue recibido por el presidente de la Comunidad Autónoma del País Vasco para inaugurar una central eléctrica en Vizcaya. Ese mismo día, Otegi, desde una conferencia de prensa en San Sebastián en la que participaba como portavoz del grupo parlamentario *Sozialist Abertzaleak*, respondió a una

pregunta de un periodista acerca de la visita del Rey al País Vasco diciendo que “esto [era] patético” y que era “una verdadera vergüenza política”. A esto añadió que el hecho de que el presidente del Gobierno Vasco inaugurase el proyecto con el Rey, el jefe supremo último de la Guardia Civil y el jefe supremo de las Fuerzas Armadas españolas era absolutamente lamentable. Con respecto a lo ocurrido durante la operación policial contra el diario *Egunkaria*, indicó lo siguiente: “¿Cómo es posible que se fotografien hoy en Bilbao con el Rey de España, 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?”.

Como consecuencia de estas declaraciones, la Fiscalía presentó, el 7 de abril de 2003, una querrela contra Arnaldo Otegi por injurias graves contra el Rey en el sentido del artículo 490.3 CP³⁵ en relación con el art. 208 CP³⁶. Tras resultar absuelto en el proceso seguido ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el Ministerio Fiscal presentó recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que finalmente condenó a Otegi a un año de prisión por un delito de injurias graves al Rey el día 31 de octubre de 2005. Más tarde, el condenado presentó recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional español, pero este lo declaró inadmisibile. Como consecuencia de esto, Otegi acabó recurriendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en demanda contra el Reino de España por violación del artículo 10 CEDH y del artículo 14 combinado con el artículo 10 CEDH (esto es, de su derecho a la libertad de expresión y de su derecho a la igualdad en relación con su derecho a la libertad de expresión).

El Tribunal de Estrasburgo admitió la queja del recurrente, que se basaba en argumentos relacionados con

32 Según este precepto “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.”

33 De esta manera lo explica QUESADA ALCALÁ, C. 2015. La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos... *op. cit.*, p. 16.

34 SOTO GARCÍA, M. 2012. Tribunal Europeo de Derechos Humanos - TEDH - Sentencia de 15.03.2011, Otegi Mondragón c. España, 2034/07 - “Artículo 10 del CEDH - Libertad de expresión - Límites - Delito de injurias contra el Jefe del Estado - Exhortación a la violencia y discurso de odio” - Los límites de la libertad de expresión en el debate político. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Año Nº 16. Nº 42, pp. 575-591 [fecha de consulta 19 de marzo de 2020]. ISSN 1138-4026. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4085203>.

35 Este artículo dispone: “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 estas, 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”.

36 Este precepto establece lo siguiente: “Es injuria la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves. Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”.

la necesidad de la injerencia en el derecho del recurrente y con la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta. En cuanto a lo necesario de la injerencia, la Corte advirtió que el recurrente se expresó, sin ninguna duda, en su cualidad de electo y de portavoz de un grupo parlamentario, de manera que sus declaraciones se incluían en el ámbito de la expresión política; y, en segundo lugar, que dichas declaraciones se referían a una cuestión de interés público en el País Vasco. Por tanto, entendía que, en este caso, el margen del que disponían las autoridades para juzgar la “necesidad” de la sanción contra el recurrente era especialmente limitado (§51).

Partiendo de estas ideas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos admitió que el lenguaje utilizado por el recurrente en sus declaraciones podía considerarse provocador, aunque concede a quienes entran en un debate público de interés general (con ciertos límites, especialmente en cuanto a la reputación y a los derechos de otros) cierta dosis de exageración, incluso de provocación; es decir, el ser algo desmedidos en sus declaraciones. En este sentido, el elemento que debe tenerse en cuenta es la inexistencia de incitación a la violencia o de un discurso de odio, que no aprecia la Corte en este caso. Además, el Tribunal tiene en consideración que el mensaje se transmitió oralmente en una rueda de prensa, lo que impidió a Otegi reformularlas, perfeccionarlas o retenerlas antes de que se hicieran públicas (§54).

Por otro lado, la Corte entiende que, pese a que el Rey ostenta una posición neutral en el debate político como símbolo de la unidad del Estado, esto no lo protege de las críticas a la hora de ejercer sus funciones oficiales o de representar al Estado, especialmente en cuanto a las que provienen de personas que cuestionan las estructuras constitucionales estatales, incluyendo su régimen monárquico. En opinión del Tribunal, criticar una institución constitucional está amparado por el derecho a la libertad de expresión, pues es cuando se expresan ideas que chocan, hieren o contestan el orden establecido cuando este derecho fundamental es más precioso. Consecuentemente, la irresponsabilidad del Monarca no impide el debate sobre su responsabilidad institucional o simbólica, siempre que este se produzca dentro de los límites del respeto a su reputación como persona, como entiende la Corte que ocurre en este caso (§51).

Con respecto a la entidad de la sanción impuesta a Otegi, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque la fijación de las penas es, en principio, competencia de las jurisdicciones nacionales, castigar con una pena de prisión una infracción cometida en el ámbito del discurso político, solo puede ser compatible con la libertad de expresión del artículo 10 CEDH en circunstancias excepcionales, por haberse vulnerado gravemente otros derechos fundamentales (por ejemplo, como ocurriría en el caso de haberse difundido un discurso de odio o de incitación a la violencia) (§23). Para la Corte, en el caso que nos ocupa, no hay razón para imponer la pena de prisión sin que la suspensión de su ejecución borre los efectos disuasorios que proceden de la condena; por tanto, concluye el Tribunal que, aunque las autoridades nacionales poseen cierto margen de apreciación en este sentido, el castigo impuesto era totalmente desproporcional al fin que se persigue y, por eso, vulnera el artículo 10 CEDH.

No podemos cerrar este apartado sin mencionar la condena del Tribunal de Estrasburgo a España en lo relativo al caso de la quema de fotos de los Reyes expuesto en el apartado anterior. El 13 de marzo de 2018, el Tribunal Europeo resolvió el recurso de Jaume Roura Capellera y Enric Stem Taulats contra la sentencia de la Audiencia Nacional (confirmada, como sabemos, por nuestro Tribunal Constitucional), que los había condenado por un delito de injurias a la Corona. La instancia europea estimó que los tribunales españoles habían vulnerado el derecho fundamental a la libertad de expresión (artículo 10 CEDH) y, además, consideró que la sentencia de la Audiencia Nacional era contraria a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9 CEDH)³⁷.

En su resolución, el Tribunal de Estrasburgo entendió que el suceso enjuiciado no podía considerarse un ataque personal al Rey como individuo, sino que se trataba de un acto de rechazo a la institución de la monarquía mediante el que se buscaba, además, atraer la atención de los medios de comunicación. En opinión del Tribunal, los actos enjuiciados entraban en el ámbito de la crítica política o la disidencia y, por tanto, no iban más allá del grado de provocación permisible dentro del derecho a la libertad de expresión. De esta manera, concluye la instancia europea que la resolución española no era proporcional al objetivo que se perseguía

37 Este precepto dispone lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

(proteger la reputación o los derechos de los demás), ni tampoco necesaria en una sociedad democrática.

En definitiva, del conjunto de los pronunciamientos expuestos hasta este punto puede extraerse que, aunque el Tribunal de Estrasburgo ha reconocido, a veces, la preeminencia del derecho a la libertad de expresión, lo cierto es que suele otorgarle un margen limitado en los casos de manifestaciones del discurso del odio. Más concretamente, tras el análisis de su jurisprudencia puede decirse que, en realidad, la Corte no considera amparadas por este derecho, exclusivamente, las incitaciones a actos violentos o discriminatorios, que son distintas de las simples incitaciones genéricas a sentimientos de odio u hostilidad.

Así las cosas, llegados a este punto conviene realizar una confrontación entre la posición de nuestros tribunales nacionales y la de la instancia europea, para poder determinar si sus interpretaciones resultarían compatibles con nuestro sistema normativo a la hora de aplicar los delitos de odio.

IV. COMPARATIVA DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y EUROPEA EN MATERIA DE DISCURSO DEL ODO: ¿ES COMPATIBLE LA DOCTRINA DEL TEDH CON EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL? CONCLUSIONES

Como hemos tenido oportunidad de contemplar, si bien, en ocasiones, la jurisprudencia española y la europea han podido coincidir en la respuesta que otorgan al discurso del odio, la realidad es que entre los pronunciamientos estudiados podemos encontrar importantes diferencias. En este sentido, para poder establecer de forma clara cuáles son los puntos comunes y las divergencias existentes en la interpretación que dan a esta cuestión los tribunales españoles y el tribunal europeo,

debe partirse de un pronunciamiento que resultó clave dentro de nuestra jurisprudencia nacional: la STC 235/2007, de 7 de noviembre.

Según lo analizado, en principio, tanto nuestro Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos parten del concepto de discurso del odio recogido en la Recomendación (1997) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa³⁸. Sin embargo, lo cierto es que el tribunal español restringe esta definición en gran medida³⁹. La esencia de la discordancia entre ambas interpretaciones reside en que, frente al modelo de democracia que defiende el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el que emana de nuestra Constitución no se corresponde con un modelo de democracia militante⁴⁰, lo que supone un grado de protección diferente del discurso antidemocrático⁴¹. Debido a esto, mientras que nuestros tribunales defienden que el derecho a la libertad de expresión protege incluso aquellas manifestaciones que sean contrarias al ordenamiento, la posición del Tribunal de Estrasburgo es mucho más restrictiva en este sentido⁴².

Como ya se ha explicado, buena muestra de la exégesis de los tribunales españoles se encuentra en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, según la cual el discurso del odio lo constituye “*aquel desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular*” (F. J. 5). Precisamente por eso, continúa el Tribunal Constitucional, quedan excluidas del ámbito de protección de la libertad de expresión “*las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o (...) que inciten directamente a dichas actitudes*” (F. J. 5).

Sin embargo, a pesar la posición que vienen adoptando nuestros tribunales, cabe destacar que esta no supone una libertad absoluta para el discurso del odio.

38 Según esta Recomendación, el discurso del odio “*abarca todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras las formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia expresada por agresivo nacionalismo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante*”.

39 En este sentido lo expone ALAUSTEY DOBÓN, C. 2016. Discurso del odio y negacionismo... *op. cit.*, p. 22.

40 Recordamos que nuestro Alto Tribunal, en el F. J. 4 de la STC 235/2007, de 7 de noviembre, dispuso que “*por circunstancias históricas ligadas a su origen, nuestro ordenamiento constitucional se sustenta en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional. Como se sabe, 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 (...) Esta concepción, sin duda, se manifiesta con especial intensidad en el régimen constitucional de las libertades ideológica, de participación, de expresión y de información (...), pues 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*”.

41 Así lo expone ALCÁCER GUIRAO, R. 2012. Discurso del odio y discurso político. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 14, p. 02:1-02:32 [fecha de consulta 19 de marzo de 2020]. ISSN 1695-0194. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-02.pdf>. Del mismo modo, ALAUSTEY DOBÓN, C. 2016. Discurso del odio y negacionismo... *op. cit.*, p. 21.

42 Aunque parece ser que, a partir de la STEDH de 13 de marzo de 2018, la posición del Tribunal de Estrasburgo se ha tornado algo más laxa en este sentido.

En este sentido, nuestro tribunal afirma en su resolución que “*el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución (...) a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional*” (F. J. 4). Para el Alto Tribunal, lo que delimita el espacio del ejercicio legítimo de la libertad de expresión es la dignidad humana y, por ello, dispone que “*carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas*” e, igualmente y por la misma razón, se excluye de dicha cobertura “*el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia*” (F. J. 5). Así, la jurisprudencia española se suma al rechazo que muestra el Tribunal de Estrasburgo ante el discurso del odio como incitación directa a la violencia o al odio; ahora bien, establece un requisito fundamental para la tipificación de estas conductas que no comparte la instancia europea: resulta indispensable que a lo que incite, provoque o aliente el discurso del odio sea a actos delictivos⁴³.

En definitiva, pese que pueden existir ciertas similitudes entre la lectura que da la instancia europea y la que dan nuestros tribunales en este ámbito, lo que está claro es que la posición que tradicionalmente ha venido adoptando la Corte restringe mucho más el derecho fundamental a la libertad de expresión. Desde mi punto de vista, las diferencias hasta ahora señaladas resultan irreconciliables, dado que el grado de protección que, en general, otorgan los tribunales españoles a este derecho (y que es, en mi opinión, mucho más garantista) se ve fuertemente restringido cuando se tiene en cuenta lo dispuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Si a esto le añadimos el necesario respeto a los principios penales más básicos (como puede ser el principio de intervención mínima, que se vería claramente conculcado en caso de aplicar la jurisprudencia europea), entonces no podemos más que concluir una cosa: la interpretación del Tribunal de Estrasburgo en esta materia es incompatible con nuestro sistema penal y, en consecuencia, con nuestra Constitución.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALAUSTEY DOBÓN, C. 2016. Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 18. ISSN-e 1695-0194.
- ALCÁCER GUIRAO, R. 2012. Discurso del odio y discurso político. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 14. ISSN 1695-0194.
- CÁMARA ARROYO, S. 2017. El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 70. Fasc./Mes 1. ISSN 0210-3001.
- FUENTES OSORIO, J. L. 2017. El odio como delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 19-27. ISSN-e 1695-0194.
- GALÁN MUÑOZ, A. (dir.); MENDOZA CALDERÓN S. (dir.). *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. ISBN: 978-84-9190-907-1.
- GALÁN MUÑOZ, A. 2018. El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y tiritireros? *Estudios penales y criminológicos*. Nº 38. ISSN 1137-7550.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P. 2018. La restricción del derecho a la libertad de expresión por el Derecho Penal: el artículo 510.1 del Código Penal y las conductas relacionadas con el fenómeno del “discurso del odio”. Evolución y aplicabilidad. En: DEL CARPIO DELGADO, J. (coord.); GARCÍA ÁLVAREZ, P. (coord.). *Derecho Penal: La espada y el escudo de los Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN: 9788491902263.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P. *El Derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevante*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. ISBN: 84-8442-771-4.
- GÓMEZ MARTÍN, V. 2016. Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 18-20. ISSN-e 1695-0194.
- IBARRA, E. Delitos de intolerancia y crímenes de odio. *Cuaderno de Análisis de Movimiento contra la Intolerancia*. Madrid: Secretaría Técnica, Nº 36.
- IBARRA, E. Delitos de intolerancia y crímenes de odio. En: *Cuaderno de Análisis de Movimiento contra la Intolerancia*. Secretaría Técnica, Madrid. 2017. Nº 36.

43 En este mismo sentido, QUESADA ALCALÁ, M. 2015. La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos... *op. cit.*, p. 25.

LÓPEZ ORTEGA, A. I. 2017. Análisis y evolución de los delitos de odio en España (2011-2015). *Revista de Antropología Experimental*. Universidad de Jaén. Nº 17. ISSN: 1578-4282.

QUESADA ALCALÁ, C. 2015. La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. Nº 30. ISSN-e 1697-5197.

SAAVEDRA LÓPEZ, M. 2006. El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. *Persona y derecho: Revista de fundamentación*

de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos. Nº 55. ISSN: 0211-4526.

SOTO GARCÍA, M. 2012. Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH— Sentencia de 15.03.2011, Otegi Mondragón c. España, 2034/07 - “Artículo 10 del CEDH - Libertad de expresión - Límites - Delito de injurias contra el Jefe del Estado - Exhortación a la violencia y discurso de odio” - Los límites de la libertad de expresión en el debate político. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Año Nº 16. Nº 42. ISSN 1138-4026.