

Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década¹

Hate Speech in Spain: the Case Law Evolution of the Last Decade

Andrés Gascón Cuenca
Institut de Drets Humans
Universitat de València

Fecha de recepción 15/09/2012 | De aceptación: 05/12/2012 | De publicación: 21/12/2012

RESUMEN.

El discurso de odio es un problema que en los últimos años está adquiriendo un alta relevancia, tanto en el plano internacional, como en el nacional. El aumento de la utilización de la libertad de expresión con el objetivo de legitimar la provocación a la xenofobia, en particular, en contra de minorías sociales, es una actitud que está poniendo en peligro la cohesión social de las sociedades actuales. Es por esto que aquí se estudia la jurisprudencia que diversos órganos han dictado en España, con el objetivo de observar cuál ha sido su evolución durante la última década.

PALABRAS CLAVE.

Hate Speech, Provocación, Odio, Xenofobia, Jurisprudencia

ABSTRACT.

Hate Speech is an increasing problem that, in the last decade, is acquiring a special relevance, at both the international and the national level. The increase of the utilization of the freedom of expression in order to legitimize hatred advocacy, particularly, against minorities, is a behavior that is jeopardizing the social cohesion of our societies. The objective of this piece of research is to study the Spanish case law in the last decade in this field, in order to know how it is developed.

KEY WORDS.

Hate Speech, Advocacy, Hatred, Xenophobia, Case law

¹ Este trabajo se inscribe dentro de los proyectos de investigación: Consolider-Ingenio CDS2008-00007 "El tiempo de los Derechos", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, dentro de su línea número 5 "Multiculturalismo", y del proyecto Prometeo 2010/099 "Inmigración, integración y políticas públicas: garantía de los derechos y su evaluación", financiado por la Consellería d'Educació de la Generalitat Valenciana.

1.- Introducción

La tipificación del discurso del odio (hate speech), es un arduo tema de discusión tanto en el plano académico como judicial. El alza de la preocupación por la utilización de este tipo de discursos está patente en todos los niveles normativos, desde el internacional, con una pluralidad de convenios y tratados² que imponen a los Estados firmantes obligaciones ciertas de perseguir este tipo de conductas desde diversos ámbitos; hasta el ordenamiento jurídico español, que contempla en su Código penal una serie de artículos³ que tipifican conductas en las que se enmarca este tipo de discurso.

Todos estos preceptos, bajo mi punto de vista, presentan el mismo animus, que es la lucha contra discursos xenófobos que incitan a la discriminación, al odio o a la violencia en contra de las minorías, a las que estigmatizan y

adscriben comportamientos vistos como peyorativos o despreciables por parte de la mayoría social, que atentan contra su dignidad personal. Como he mencionado, la tipificación llevada a cabo por el legislador de estas conductas, no es un tema pacífico. Parte de la doctrina, en la que podemos situar a Muñoz Conde⁴, Landa Gorostiza⁵, Lorenzo Copello⁶ o al Grupo de Estudios de Política Criminal⁷, entre otros, opinan que el castigo de estas conductas mediante el Derecho penal, supone un adelanto inaceptable de la barreras de punición, que al mismo tiempo limita de forma intolerable el derecho fundamental a la libertad de expresión. En la otra parte

² En este sentido: El Convenio para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, El Convenio de Roma, entre otros.

³ Artículos 510 y siguientes del Código penal de 1995.

⁴ Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal: Parte Especial (15ed.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, Págs. 823-824.

⁵ Landa Gorostiza, Jon-Mirena. "Racismo, Xenofobia y Estado Democrático", Eguzkilore, San Sebastián, 2004, Núm 18, Pág 68 y ss.

⁶ Lorenzo Copello, Patricia. "La discriminación en el Código penal de 1995", Estudios penales y criminológicos, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, Núm 19, Pág 250 y ss.

⁷ En este sentido: Grupo de Estudios de Política Criminal, Alternativas al tratamiento de la discriminación y la extranjería, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. En este libro, en la página 31 y ss. Aquí mencionar que existe una opinión de una minoría cualificada dentro del Grupo que disiente del parecer general.

podemos situar a Aguilar García,⁸ o Tejadura Tejada,⁹ y en el plano internacional a Fiss¹⁰ y a Loucaides,¹¹ que desde un plano general, podríamos afirmar que sitúan fuera del ámbito de la libertad de expresión el discurso del odio.

Por esto, lo que se pretende en el presente artículo es, a través del estudio de cuatro sentencias en la materia dictadas por diversos tribunales, conocer cuál es la evolución que ha experimentado la protección ante discursos que fomentan la discriminación, el odio o la violencia contra las minorías, así como conocer qué tipo de protección ofrece en la actualidad el ordenamiento jurídico español

⁸ Miguel Ángel Aguilar García, Fiscal Coordinador del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona. En este sentido ver: Aguilar García, Miguel Ángel. "La reforma del Art. 510 del Código penal", *La Ley Penal*, Editorial La Ley, N^o 86, 2011, Págs 5-13.

⁹ Tajadura Tejada, Javier. "Libertad de expresión y negación del genocidio: Comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007", *Revista Vasca de Administración Pública*, Gobierno Vasco, 2008, Núm. 80, Págs. 233-255. En este artículo, su autor trata el tema de la negación del holocausto, que considero (de la misma forma que una amplia parte de la doctrina) una conducta apologética del odio, que se manifiesta a través de la negación del Holocausto judío.

¹⁰ Fiss, Owen M. *The Irony of Free Speech*, Londres: Harvard University Press, 1996, Pág 3.

¹¹ Loucaides, Loukis G. *The European Convention on Human Rights*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, Pág 156 y ss

en esta materia. Así, se han comentado la siguientes sentencias: la primera es la sentencia del Tribunal Constitucional número 214/1991 de 11 de noviembre, conocida como el caso de Violeta Friedman, donde el Tribunal Constitucional reconoció la legitimación procesal de los grupos étnicos y religiosos. Posteriormente, se comentará la Sentencia del Tribunal Constitucional número 235/2007 de 7 de noviembre, donde el Tribunal declaró inconstitucional parte del artículo 607.2 del Código penal, en el que se tipificaba conductas que negaran el Holocausto judío sufrido durante el Tercer Reich en Alemania. En tercer lugar se estudiará la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a) número 259/2011 de 12 de abril, en la que el Tribunal casa una sentencia previa de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Décima) de 28 de setiembre de 2009, en la que condenaba a los acusados por un delito de difusión de ideas genocidas, delito cometido con ocasión del ejercicio de los Derechos fundamentales y

de las Libertades públicas garantizados por la Constitución y delito de asociación ilícita, conocido como el caso de la “Liberia Kalki”. En cuarto y último lugar, se comentará la reciente sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona-Manresa, número 307/2011 de 11 de noviembre de 2011, en la que se condena a un representante político del partido Plataforma per Catalunya, por un delito cometido con ocasión del ejercicio de los Derechos fundamentales y de las Libertades públicas garantizados por la Constitución, por la distribución de panfletos xenófobos antes de la celebración de las elecciones locales.

Las cuatro sentencias de referencia, por lo tanto están conectadas entre sí ya que, de una forma u otra configuran la protección que los tribunales están ofreciendo ante las conductas que podemos identificar como discurso del odio, tipificadas en el artículo 510 del Código penal, o bien a través de conductas apologéticas similares, como la tipificada en el

artículo 607.2, también del Código penal. A través de éstas, podemos observar como se configura la protección ante las conductas referidas desde diversos ámbitos, ya que debemos tener en cuenta que este tipo de discurso puede ser utilizado en una pluralidad de situaciones que necesitarán de una respuesta diferenciada en cada caso, dependiendo del entorno en el que se enmarque dicho discurso.

2.- Sentencia del Tribunal Constitucional número 214/1991 de 11 de noviembre.

En presente caso, trata la publicación en el número 168 de la revista “Tiempo” de una entrevista realizada a un ex jefe de las Waffen S.S., en las que realizaba afirmaciones (que se recogen en la sentencia) del siguiente cariz: “hay tantos ahora, [en referencia a los judíos], resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios”; “ojalá que viniera un día el hombre idóneo [en referencia a que falta un “líder”], aquel que podría salvar a

Europa”; “dudo que las cámaras de gas existieran alguna vez”.

Ante tales afirmaciones la actora, Violeta Friedman,¹² acudió en amparo ante el Tribunal Constitucional (TC) por no haber encontrado satisfacción a su demanda en el Tribunal Supremo (TS), ya que éste no admitió su recurso de casación por una vulneración del artículo 18.1 CE (derecho al honor), en relación con el artículo 20.4 CE (límites a la libertad de expresión) y el artículo 10.2 CE (interpretación de los derechos fundamentales de la CE acorde con la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros acuerdos y tratados internacionales), puesto que los magistrados de la Sala Primera del TS no le reconocieron legitimación activa en el proceso, ya que las afirmaciones del ex jefe de las Waffen S.S. no constituían un ataque a su derecho al honor,

¹² Demandante judía, a la que se le impuso la estrella de David, desde la ocupación de su ciudad natal, de donde fue sacada con toda su familia, conducida a un campo de concentración, donde pereció toda su familia en las cámaras de gas excepto ella y su hermana. FJ 4 de la citada sentencia.

dado que (según la interpretación del TS), no se observó un nexo entre las afirmaciones vertidas en la revista “Tiempo” y la presunta lesión alegada.

La importancia de esta sentencia (dictada antes de la reforma del Código penal de 1995) reside en reconocer que, en base al artículo 162.1 de la Constitución Española (CE), la legitimación activa necesaria para litigar en amparo es la del interés legítimo (tal y como establece el mencionado artículo), que no cabe confundir con el interés directo.¹³ Como reconoce la propia sentencia en el FJ 3º, “nuestra Ley fundamental no otorga la legitimación activa exclusivamente a la <<víctima>> o titular del derecho fundamental infringido, sino a toda persona que invoque un <<interés legítimo>>”. Por lo tanto, el Tribunal es consciente de que los grupos étnicos y religiosos que forman parte de nuestra sociedad, son generalmente, entes sin personalidad jurídica, que carecen de

¹³ FJ 3º de la citada sentencia.

representación a la que “el ordenamiento pueda atribuirles el ejercicio de las acciones, civiles y penales, en defensa del su honor colectivo, de no admitir el art. 162.1 b) CE, la legitimación activa para todos y cada uno de los tales miembros”.¹⁴ Este reconocimiento es de vital importancia, ya que supone otorgar el derecho a litigar ante los tribunales, a miembros de los colectivos a los que el lenguaje del odio va dirigido, causando éste un ataque a su honor. En estos términos se expresa el Tribunal en el FJ 6º, apartado b), al reconocer que el derecho al honor configurado en nuestra Carta Magna tiene un significado personalista, en el sentido de que “el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas”,¹⁵ afirmando a continuación que, asimismo, es posible apreciar una lesión en el mencionado derecho fundamental “en aquellos supuestos en los que, aún tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo

de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad. [...], el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución, no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados”.¹⁶ Por lo tanto, el Tribunal aloja bajo el paraguas de la protección constitucional, el honor de las personas individualmente consideradas, aunque los ataques y las intromisiones se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa.

La Sala Segunda del TC, recuerda en su FJ 8º que, en este caso la negación del Holocausto judío, es una conducta que se beneficiaría del derecho a la libertad de expresión garantizado en el artículo 20.1 CE. En este punto, no puedo más que coincidir con

¹⁴ FJ 3º de la citada sentencia.

¹⁵ FJ 6º de la citada sentencia.

¹⁶ FJ 6º de la citada sentencia.

la opinión del Tribunal, pero creo necesario matizar lo que éste argumenta para sustentar su posición. El Tribunal Constitucional afirma, que su decisión sigue la línea jurisprudencial que sobre esta materia ofrece el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puesto que las sociedades democráticas necesitan proteger una amplia libertad de expresión, “protección esta que es aplicable no sólo a la información o ideas que son favorablemente recibidas o que se tienen como inofensivas o sobre una materia que es indiferente, sino que también sobre aquellas que ofenden, causan shock o turban al Estado o a cualquier sector de la población”.¹⁷ Esto, bajo mi punto de vista, no es así, puesto que, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en

¹⁷ En este sentido ver: Handyside contra Reino Unido, STEDH de 7 de diciembre de 1976, para 49; Sunday Times contra Reino Unido, STEDH de 26 de abril de 1979, para 65; Glimmerveen y Hagenbeek contra Holanda, decisión de la Comisión 8348/78 y 8406/78 de 11 de octubre de 1979, página 194; Jersild contra Dinamarca, STEDH de 23 de setiembre de 1994, para 31; Lehideux e Isorni contra Francia, STEDH de 23 de setiembre de 1998, para 55; Güntüz contra Turquía decisión de la Comisión 35071/97 para 37.

diversas ocasiones en contra de la protección bajo el artículo 10.2 y 17 de Convenio Europeo de Derechos Humanos, de los discursos negacionistas de los hechos acontecidos durante el Holocausto judío.¹⁸

Asimismo, el TC afirma que las declaraciones realizadas a la revista “Tiempo” por parte del ex jefe de las Waffen S.S., superan el margen establecido anteriormente, puesto que se trataban de afirmaciones abiertamente racistas y antisemitas, que “no pueden interpretarse más que como una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos”.¹⁹ El Tribunal conviene, que las expresiones recogidas son una ofensa en el honor de la demandante de amparo y de todas aquellas personas que estuvieron en campos

¹⁸ Por todas: Lehideux e Isorni contra Francia, STEDH de 23 de setiembre de 1998, para 47 y 53. Si bien, esta sentencia es posterior a la del Tribunal Constitucional, quiero dejar constar aquí que este criterio no ha sido establecido por la jurisprudencia del TEDH, sino que es una interpretación de la jurisprudencia de este Tribunal que realiza el Tribunal Constitucional. En el mismo sentido, ver: Ehlers, Dirk (ed.). European Fundamental Rights and Freedoms, Berlin: De Gruyter Recht, 2007, Pág. 109.

¹⁹ FJ 8º de la mencionada sentencia.

de concentración nazi, puesto que no se limita a ofrecer una versión de la historia que, por despreciable que nos parezca, estaría dentro del derecho fundamental a la libertad de expresión, sino que ofrece un manifiesto descrédito y menosprecio hacia las propias víctimas y por lo tanto, concluye el TC, “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”.²⁰

Por otra parte, el Tribunal Constitucional hace constar expresamente en el FJ 8º,²¹ que el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, son conductas que no están protegidas, ni por la libertad

ideológica del artículo 16 CE, ni por la libertad de expresión del artículo 20.1 CE, puesto que no existen derechos ilimitados de acuerdo con lo establecido en el artículo 20.4 CE. El Tribunal identifica aquí el nexo que legitima la protección constitucional, al establecer que este tipo de discurso del odio, ataca a otros bienes que también son dignos de protección constitucional, como son la dignidad humana del artículo 10 CE, que se deriva del derecho al honor del artículo 18.1 CE.

Por lo tanto, la importancia de esta sentencia radica por un lado, en el reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional, de que las personas individuales pueden tener un interés legítimo cuando se realizan ataques al honor innominados o genéricos y que por lo tanto, pueden acudir a los tribunales en el caso de que, individuos identificados dentro del grupo atacado, entiendan que dichas manifestaciones han atacado su derecho al honor y su dignidad personal; y por otra parte, que las

²⁰ FJ 8º de la mencionada sentencia.

²¹ Así, el Tribunal afirma en este FJ “el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean”.

manifestaciones que interpretan las historia ofreciendo una determinada visión, pese a que nos parezcan deleznable, formarían parte de la necesidad de una amplia libertad de expresión que debe ser imprescindible en toda sociedad democrática, pero teniendo en cuenta que aquellos discursos que, amparándose en esta libertad atenten contra otros derechos fundamentales, que también son dignos de protección, como la dignidad humana o el derecho al honor, son manifestaciones que se sitúan fuera de la protección constitucional, dado que persiguen generar un sentimiento de hostilidad contra determinados grupos étnicos, religiosos o sociales, contra los inmigrantes o extranjeros y por lo tanto pueden ser penalmente perseguidas, puesto que en un Estado como el español, democrático, social y de derecho, todos los integrantes de nuestra sociedad tienen derecho a convivir pacíficamente y a ser respetados por los demás como integrantes de dicha sociedad.

2.- Sentencia del Tribunal Constitucional número 235/2007 de 7 de noviembre.²²

²² Aquí hay que destacar que, esta sentencia y las posteriores que se comentarán, ha sido dictadas estando en vigor la reforma del Código penal (CP) operada en el año 1995. Ésta incluye un capítulo IV, titulado “de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, que contiene una sección 1 titulada “de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la constitución”, que incluía un total de 13 artículos (del 510 CP al 521 bis CP), pero que aquí interesa el 510 CP que reza de la siguiente forma: 1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.

Por otra parte, asimismo se incluyó el título XXIV, titulado “delitos contra la comunidad internacional”, un capítulo II titulado “delitos de genocidio” que contiene el artículo 607 CP (actualmente redactado conforme a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), que reza de la siguiente forma: 1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros.

Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado.

Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.

Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus

Esta sentencia, que resuelve el recurso de amparo contra la dictada por el Juzgado de lo Penal número 3 de Barcelona, con fecha de 16 de noviembre de 1998, que condenaba a Pedro Varela Geis a dos años de prisión por un delito continuado de genocidio en base al artículo 607.2 CP y a la pena de tres años de prisión por un delito continuado consistente en provocación a la discriminación, al odio racial y a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas o

individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150.

Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.

Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2 y 3 de este apartado.

2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o (declarado inconstitucional por esta sentencia) justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.

antisemitas de acuerdo con el artículo 510.1 CP.

El recurrente alegaba que podía existir una colisión entre el artículo 20.1 CE, referente al derecho fundamental a la libertad de expresión y el delito contenido en el artículo 607.2 del CP, consistente en difundir por cualquier medio ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen esas prácticas.

Pedro Varela, titular y director de la librería Europa (Barcelona) se dedicaba a la distribución (tanto en la sede física de la tienda en Barcelona, como en su página web mediante la que distribuían a todo el mundo), difusión y venta de todo tipo de materiales en soporte documental y bibliográfico, libros, publicaciones, cartas, carteles, etc., en los que se negaba o justificaba la persecución y genocidio sufridos por el pueblo judío durante la Alemania nazi. Consta en los hechos probados de la sentencia del Juzgado de lo

Penal de Barcelona que, estos materiales contenían afirmaciones en las que se consideraba a los judíos como seres inferiores a los que se debe exterminar como “a las ratas”.²³

Entrando en el fondo del asunto, esta sentencia es relevante por lo siguiente:

En primer lugar, el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico tercero, diferencia los requisitos necesarios para incurrir en las conductas tipificadas en el artículo 607 CP de las establecidas por el 18.1 CP. El Tribunal establece que el tipo no exige que se provoque a delinquir, ni tampoco que se realice una apología del delito, puesto que del tenor literal de su redacción no se desprende que las conductas sancionadas requieran la incitación, exaltación o enaltecimiento del genocidio o genocidas. Lo que aquí se proscribe, es la mera difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen la

existencia de hechos que han sido calificados de genocidio.

En segundo lugar, el Tribunal, recordando la sentencia comentada en el segundo apartado, recuerda que el derecho a la libertad de expresión protege también a aquellas opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos, “que por muy erróneas o infundadas que resulten, que no supongan un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro para la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos”²⁴ deben ser permitidas en una sociedad como la española, que está basada en un Estado social, democrático de derecho. Por esto, el Tribunal Constitucional recuerda que sin el mantenimiento de una comunicación pública libre, quedarían vaciados de contenido real, o reducidos a contenidos inaceptables, derechos tan importantes como la libertad de expresión o la libertad ideológica, sin los que no podría haber una sociedad libre, ni por

²³ Antecedente segundo de la sentencia del TC.

²⁴ FJ 3º de la citada sentencia.

tanto, añade el Tribunal, “soberanía popular”.²⁵

Así, se recalca que la Constitución protege también a quien la niega, separándose de la llamada democracia militante (adhesión positiva al ordenamiento jurídico), que por ejemplo, podemos encontrar en el modelo constitucional alemán. Pese a realizar estas afirmaciones, el Tribunal Constitucional, a mi parecer, no se separa de la línea argumental mantenida en la primera sentencia comentada, puesto que afirma que “aun cuando la tolerancia constituye uno de los <<principios democráticos de convivencia>> a los que alude el art. 27.2 CE, dicho valor no puede identificarse sin más con la indulgencia ante discursos que repelen a toda conciencia conocedora de las atrocidades perpetradas por los totalitarismos de nuestro tiempo”,²⁶ necesitando conocer, para que sea adecuada la sanción penal, si tales opiniones afectan a bienes constitucionalmente protegidos. En este

sentido, se recalca que de forma genérica, el Tribunal ha situado fuera del ámbito de protección constitucional la difusión de frases o expresiones “ultrajantes u ofensivas”²⁷ y aquí, recordando una vez más la primera sentencia comentada, declaran que el derecho fundamental a la libertad de expresión no garantiza “el derecho a expresar o difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social”.²⁸ Por lo tanto, el Tribunal, viene a recordar su posición acerca de no admitir que un discurso que atenta contra valores superiores del ordenamiento jurídico y político, como son la igualdad (1.1 CE), la paz social o la dignidad de la persona (10.1 CE) se ampare en el derecho a la libertad de expresión. Así afirma el Tribunal Constitucional que, específicamente, “carecen

²⁵ FJ 4º de la citada sentencia.

²⁶ FJ 4º de la citada sentencia.

²⁷ FJ 5º de la citada sentencia.

²⁸ FJ 5º de la citada sentencia.

de cobertura constitucional la apología de los verdugos [nazis], glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas [...] igualmente atentan también contra ese núcleo irreductible de valores esenciales de nuestro sistema constitucional los juicios ofensivos contra el pueblo judío que, emitidos al hilo de posturas que niegan la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista”.²⁹ Por lo tanto, esta argumentación establece con meridiana claridad, que existen ciertas expresiones o manifestaciones que atacan al núcleo irreductible de los derechos de la persona, que no pueden ser amparadas por nuestro ordenamiento jurídico y que por lo tanto pueden ser perseguidas penalmente.

En tercer lugar, también en el FJ 5º, el Tribunal establece una definición de qué debe ser entendido como discurso del odio, describiéndolo como aquél desarrollado en términos que suponga una incitación directa a

la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular. Asimismo, en el FJ 6º, el Tribunal admite que las conductas descritas en el artículo 510 CP puedan ser llevadas a cabo de forma directa o indirecta al establecer que “la literalidad del ilícito previsto en el art. 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio, que sí están presentes, por lo que hace al odio racial o antisemita se refiere, en el delito previsto en el art. 510 CP”.³⁰ Esto es particularmente relevante ya que presenta uno de los grandes debates acerca del artículo 510 CP, ya que gran parte de la doctrina identifica el término provocación al que hace referencia en su articulado, con la provocación establecida por el legislador en el artículo 18 CP.

En cuarto lugar, el Tribunal llega a la conclusión que la redacción del artículo 607.2

²⁹ FJ 5º de la citada sentencia.

³⁰ FJ 6º de la citada sentencia.

CP, en cuanto tipifica las conductas que nieguen [o] el Holocausto, no pueden encontrar acomodo dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto supone castigar la mera transmisión de ideas. Los magistrados llegan a este convencimiento argumentado lo siguiente:

1) En el FJ 8º, el Tribunal Constitucional haciéndose eco del caso Ergogdu e Ince contra Turquía del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 8 de julio de 1999, define la mera negación del delito de genocidio, como aquel que por sus propios términos, supone una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias y del tenor del artículo 607.2 CP, no se pueden desprender estas características. Por lo tanto el TC cree, que la mera difusión de una visión de la historia, “sin emitir juicios de valor”³¹ sobre los mismos o su antijuridicidad, afecta al ámbito del derecho fundamental a la libertad de expresión.

³¹ FJ 8º de la sentencia.

2) El Tribunal afirma que la mera negación de un delito, sin una promoción positiva, o adhesión valorativa al hecho criminal, resulta inane y por lo tanto es una extralimitación del legislador penal.

3) Situación ésta, diferente de la justificación del delito de genocidio, donde sí sería constitucionalmente legítimo castigar penalmente las conductas que supongan una incitación directa o indirecta a la comisión de delitos contra el derecho de gentes, o que provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia. Para ello es necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entren en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes. Asimismo, según el FJ 9º “[deberá entenderse como delito tipificado en el artículo 607.2 CP] cuando la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia su color, raza, religión u origen nacional o étnico,

de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede³² concretarse en actos específicos de discriminación”.

Por lo tanto, la importancia de esta sentencia recae en la inconstitucionalidad parcial del artículo 607.2 CP en cuanto a las conductas que nieguen [o] el genocidio. Bajo mi punto de vista, y pese a los cuatro votos particulares, la negación del genocidio, sin emitir ningún tipo de justificación debe permanecer en el mercado de las ideas.³³ Estas conductas por reprobables y deleznales que nos parezcan, son visiones revisionistas de la historia que están al abrigo del artículo 20 de la Constitución española y por lo tanto, ajenas

³² Cursiva propia. Al establecer que puede concretarse, no se exige su concreción efectiva, de lo que se desprende, a mi parecer, que el mismo discurso que busque esta suerte de provocación en contra de los grupos mencionados, es suficiente para observar la aplicación del tipo, por lo que se produzca o no una efectiva discriminación, en este punto es irrelevante. Lo que se persigue es, la provocación a intentar generar un clima de violencia u hostilidad, que se puede dar o no.

³³ Término utilizado por la Corte Suprema de Estados Unidos de América. Ver: *Abrams contra Estados Unidos de América* 250 U.S. 16, 630 (1919); *Branderburg contra Ohio* (caso contra el KKK) 395, US 444 (1969) 447; *R.A.V. Contra la Ciudad de San Paul* 112s, Ct. 2538 (1992).

al derecho penal, pero marcan una línea roja que no se debe cruzar.³⁴

Así, llegados a este punto, quiero comentar la posición doctrinal de tres autores que reforzaría esta posición. Por una parte, coincido con la opinión de Bhikhu Parekh en que la negación del Holocausto, “no es por sí misma un caso de discurso del odio”.³⁵ Este autor afirma que este punto de vista debe ser

³⁴ Creo oportuno comentar aquí, una conducta que, a mi parecer y observando el fallo del Tribunal Constitucional, traspasa la línea roja de aquello que debe quedar en el mercado de las ideas. La sentencia que comentaré brevemente es la número 176/1995 de 11 de diciembre, del conocido como caso Makoki, que versa sobre la publicación de un cómic titulado “Hitler=SS”. Éste consistía en un relato ficticio en forma de cómic, de una extensión aproximada de noventa páginas, en las que se podían leer y observar imágenes y expresiones altamente vejatorias, contra los judíos conducidos a los campos de exterminio por los Nazis. Este caso, es un claro vilipendio al honor de las víctimas, mediante la utilización de expresiones humillantes, que no pretenden presentar el resultado de investigaciones revisionistas de la historia, sino que queda patente que el único objetivo que se persigue es la denigración del pueblo judío, presentando a éstos como personas que carecen de humanidad, utilizando todo tipo de adjetivos y frases insultantes y despectivas. Este comportamiento que, intentaba camuflarse en la libertad de expresión de la historia, es lo que me lleva a afirmar que los poderes públicos y concretamente el poder judicial, deben estar avizores ante este tipo de abusos. En este sentido: Saavedra López, Modesto. “El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español”, *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, Navarra, 2006, Núm. 55, Págs. 551 y ss.

³⁵ Parekh, Bhikhu. “Hate Speech. Is there any case for banning?”, *Public Policy Research*, Institute for Public Policy Research, 2005-2006, Pág. 215. Traducción propia, texto original: “Holocaust denial, for example, is not by itself a case of hate speech”.

tolerado como cualquier otro, como las personas que creen la brujería o que la Tierra es plana, pero que en el momento en el que se utiliza esta vía negacionista para afirmar que los judíos son personas en las que no se puede confiar, representan una presencia hostil y no podemos convivir con ellos, entonces es cuando podríamos estar, ante lo que Parekh entiende como discurso del odio.³⁶ Esta posición, se puede identificar con la expuesta por los magistrados del Tribunal Constitucional que he extractado en los tres puntos anteriores, por cuanto la mera negación del Holocausto es una conducta vacua que, por si sola, no puede ser considerada como discurso del odio.

El segundo autor que reforzaría esta posición es Stanley Fish. Afirma que las páginas de los autores que manifiestan que el Holocausto no tuvo lugar, tienen la misma

³⁶ En este sentido ver: Parekh, Bhikhu. "Hate Speech. Is there any case for banning?", Public Policy Research, Institute for Public Policy Research, 2005-2006, Págs. 214 y ss.

cantidad de evidencias y razonamientos que las de los que afirman que éste sí tuvo lugar,³⁷ y que por lo tanto, no es una forma adecuada de combatir sus argumentos. Para este autor, la forma adecuada sería la de dejar en evidencia a los negacionistas mediante la crítica de su trabajo y excluirlos del mundo académico por que "cuando tu oponente está únicamente pretendiendo jugar a tu juego y por lo tanto él puede subvertirlo y pervertirlo, tenemos todo el derecho -es un derecho ganado- de alejarnos y negarle el derecho de participación".³⁸ De esta forma, Fish declara que se puede combatir a aquellos que niegan el Holocausto, puesto que, su intento de corregir la historia perderá su fuerza y se revelará, no como un esfuerzo de reinterpretación de ésta, sino como un intento de secuestro de la historia misma. Afirma, "la respuesta adecuada

³⁷ Fish, Stanley. "Holocaust Denial and Academic Freedom", Valparaiso University Law Review, Vol.35, Núm. 3, 2001, Pág 501.

³⁸ Fish, Stanley. "Holocaust Denial and...", Págs. 512 y ss. Traducción propia, texto original: "When your opponent is only pretending to play your game so that he can subvert it and pervert it, you have every right -it is an earned right- to walk away and refuse him the advantage of engagement".

a quienes niegan el Holocausto es decir que no han cumplido con los criterios para ser considerados serios y que nosotros estamos apartándolos, sin disculpa y sin ulteriores justificaciones”.³⁹

El tercer autor es Juan M. Bilbao Ubillos, que en un artículo en el que comenta esta misma sentencia, destaca que es el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a las personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal “el que priva de protección constitucional a la expresión y difusión de un determinado entendimiento de la historia”⁴⁰ y que por lo tanto “la conducta consistente en la mera negación de un delito de genocidio no puede considerarse como una manifestación del «discurso del odio», que el TEDH ha definido

³⁹ Fish, Stanley. “Holocaust Denial and...”, Págs. 524. Traducción propia, texto original: “The proper response to Holocaust deniers is to say that they have not met our criteria for being considered seriously and that we are sending them away, without apology and without any further justifications”.

⁴⁰ Bilbao Ubillos, Juan M. “La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007), Revista Española de Derecho Constitucional, CEPS, Madrid, 2009, Núm 85, Pág. 335.

como aquel que supone una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias”.⁴¹ Por lo tanto, este autor considera que la negación del genocidio debe ser ajena al Derecho penal, puesto que ésta no implica necesariamente un mensaje de odio o menosprecio. Afirma el autor que existen numerosos escritos revisionistas en los que se niegan los hechos acaecidos durante el Holocausto judío, como las cámaras de gas, pero que aún así continúan calificándolos como hechos de genocidio. Por lo tanto, puesto que la negación del Holocausto es un estadio previo al de justificación de éste, la intervención del *Ius punendi* se aduce excesiva, no consistiendo su función en la “represión de simples actitudes o creencias internas (por reprobables que éstas sean), sino en la prevención de comportamientos capaces

⁴¹ Bilbao Ubillos, Juan M. “La negación de un genocidio...”, Pág. 337.

de lesionar o poner en peligro bienes jurídicamente protegidos”.⁴²

Asimismo, encontramos parte de la doctrina que encuentra que la sentencia debería haber acomodado la redacción del artículo 607.2 CP, haciendo necesario un elemento intencional que legitimara su utilización. Este es el caso de Suárez Espino,⁴³ que opina que “la búsqueda de la verdad histórica”⁴⁴ sí quedaría amparada por el derecho fundamental a la libertad de expresión y libertad científica, pero que por el contrario, si esta búsqueda “se puede enmarcar dentro de corriente negacionistas, que lo que pretenden en el fondo es justificar o trivializar delitos atroces, sería aplicable la sanción penal”.⁴⁵ Así, dentro de esta valoración sobre la pretensión

de trivializar o no este tipo de delitos, sería cuando tendría entrada la intencionalidad de llevar esta vulgarización. Por lo tanto, esta autora establece que “hubiese sido más adecuado , por parte del Tribunal Constitucional, más que declarar la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio, interpretar tal precepto del Código Penal, de modo que incorporar la intencionalidad de los autores de estas expresiones”.⁴⁶ Creo que el intento de acomodar la redacción del artículo 607.2 CP, tal y como propone la autora, establecido como necesaria una intencionalidad, que no viene explicitada en el precepto, es una tarea que escapa a las que tiene asignadas el TC, puesto que se estaría exigiendo un requisito para la aplicación de un tipo penal que, si bien, podríamos acordar (o no), que ha sido la intención del legislador establecer que este requisito se desprendiera de su redacción (tal y como propone la autora), no lo hizo de forma

⁴² Bilbao Ubillos, Juan M. “La negación de un genocidio...”, Pág. 350.

⁴³ Suárez Espino, María Lidia. “Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio”, InDret, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2008, Núm. 2, Págs. 1-14.

⁴⁴ Suárez Espino, María Lidia. “Comentario a la STC 235/2007...”, Pág. 5.

⁴⁵ Suárez Espino, María Lidia. “Comentario a la STC 235/2007...”, Pág. 5.

⁴⁶ Suárez Espino, María Lidia. “Comentario a la STC 235/2007...”, Pág. 11.

manifiesta en la redacción del tipo penal y por lo tanto, el Tribunal, se estaría extralimitando en sus funciones.

Coincidiendo en mayor o menor medida con los autores referidos anteriormente, bajo mi punto de vista, la facilidad con la que se puede convertir un discurso negacionista aséptico, en uno justificador de un delito de genocidio es de tal calado que, el ordenamiento jurídico, a través de sus operadores deberá estar vigilante ante cualquier afirmación de este tipo, ya que no debemos olvidar que, tal y como afirma el Magistrado Rodríguez-Zapata Pérez en su voto particular, el menosprecio y vilipendio de los grupos antisemitas, también se manifiesta contra las minorías africanas, árabes, asiáticas y de personas inmigradas no europeas.

Por lo tanto, deberemos atender, en función de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, cuál es el objetivo del discurso y qué se pretende con éste, con el objetivo de conocer si se pretende una (despreciable)

revisión de la historia o un vilipendio de la dignidad de las víctimas de este horrible pasaje de la historia reciente.

4.-Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) número 259/2011 de 12 de abril.

La presente sentencia, que casa la dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona el 23 de julio de 2009, contra el propietario de la librería Kalki y delegado en Catalunya de la asociación Círculo de Estudios Indoeuropeos (CEI) y tres colaboradores, que eran autores de escritos en los que se justificaba el Holocausto, o participantes en la celebración de jornadas del CEI con este objetivo. La Audiencia Provincial de Barcelona condenó a diferentes penas a los cuatro acusados por un delito de difusión de ideas genocidas (607 CP), delito con ocasión del ejercicio de los Derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución (510CP) y asociación ilícita (515 CP).

La sentencia transcribe una gran cantidad de pasajes de libros, que obraban en poder de los acusados, en los que se justifica el Holocausto judío, se atacan a minorías como a homosexuales, personas de color y personas con deficiencias psíquicas.⁴⁷

Esta sentencia de la sala de lo Penal del Tribunal Supremo, es relevante, bajo mi punto de vista, porque va en contra de la jurisprudencia que hasta ahora se ha comentado aquí, elaborada por el Tribunal Constitucional.⁴⁸ Los fundamentos jurídicos de ésta son los que me llevan a este convencimiento y destacaré los que siguen:

El Tribunal Supremo, hace un recorrido a lo largo de la sentencia, de los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional

⁴⁷ Las afirmaciones contenidas en los pasajes extractados en la sentencia son de tal dureza, vilipendiando de la forma más deleznable la dignidad de las personas a las que denigran, que no voy a reproducir ninguna en el este texto. En el presente punto remito al antecedente primero y siguientes de la sentencia.

⁴⁸ De opinión contraría a la aquí expuesta: Cueva Fernández, Ricardo. "A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 259/2011: Discurso del odio, incitación y derecho al honor colectivo. ¿Una nueva vuelta de tuerca contra la prohibición del hate speech?", Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, N^o2, págs 99-108.

acerca de las condiciones que se deben dar, para entender que se ha producido una conducta típica a la luz del artículo 607 CP. Así, destaca que los contenidos negativos de las ideas o doctrinas basadas en la discriminación o en la marginación de determinados grupos y de sus integrantes como tales, no conduce necesariamente a que la respuesta se configure penalmente en todo caso, debiendo quedar la sanción penal para los ataques más graves. Ataques estos, que deben implicar conductas o actitudes que lleven a cabo actos de discriminación, como la divulgación del discurso del odio, dotados de una mínima concreción y con elementos necesarios de publicidad.

El Tribunal, a partir del FJ 1^o, apartado noveno, realiza una serie de interpretaciones que, a mi parecer, se apartan notablemente de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional. Se establece que un alto número de las expresiones contenidas en los pasajes que se recogen en la sentencia

contienen manifestaciones, términos o conceptos que suponen un evidente exceso sobre los límites del respeto a los demás, a su dignidad como personas y a su derecho a ser tratados de forma igual, que resultan ofensivos para esos colectivos y podrían considerarse lesivos para el derecho al honor de las personas que lo integran, para a continuación afirmar que “no por eso dejaron de existir, y por lo tanto pueden ser reflejadas legítimamente por quienes estudian o analizan ese período de la historia”.⁴⁹ Aquí podemos observar como el Tribunal Supremo se aleja de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, puesto que pese a afirmar que las expresiones recogidas en los hechos probados contienen un carácter negativo y en ocasiones vejatorio, son legítimas. Esto es incongruente, puesto que el Tribunal Constitucional sitúa fuera del ámbito protegido, aquellas opiniones consistentes en presentar como justo el delito de genocidio, que busque alguna suerte de provocación al

odio hacia determinados grupos definidos, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación. El Tribunal Supremo afirma que “se trata de escritos que incluyen afirmaciones y valoraciones individuales sobre hechos históricos, sobre sus causas y su significado que, aunque respondan a posiciones muy minoritarias, en contra de la inmensa mayoría de los historiadores o analistas histórico-políticos, no por ello dejan de ser simples opiniones protegidas por el derecho a la libertad de expresión”.⁵⁰ Las afirmaciones o valoraciones individuales, en cuanto justificadoras de las conductas genocidas que atacan al derecho de gentes, no están dentro del ejercicio del derecho a la libertad de expresión y esto es así, porque lo establece el propio Tribunal Constitucional, siendo irrelevante que presente una visión diferente de la historia. Para presentar estas

⁴⁹ FJ 1º, apartado noveno de la presente sentencia.

⁵⁰ FJ 9º in fine.

visiones revisionistas, no es necesario utilizar expresiones vejatorias, ofensivas u oprobiosas que atacan el bien, también constitucional, de la dignidad personal, puesto que estos comportamientos despectivos o degradantes respecto a un grupo de personas, no puede encontrar amparo en el ejercicio de las libertades garantizadas en el artículo 20.1 CE, pudiendo presentarse éstas sin emitir juicios de valor.⁵¹

El Tribunal en el FJ 1º, apartado décimo, afirma que la distribución de los libros “no supone por sí misma un acto de difusión de ideas más allá del mero hecho de poner sus soportes documentales a disposición de los posibles usuarios”⁵². Asimismo, reconoce que los libros que se extractan en la sentencia, contienen alguna forma de justificación del genocidio, pero que no únicamente por esto se puede apreciar una incitación directa al odio, a

la discriminación o a la violencia contra esos grupos o indirecta a la comisión de actos constitutivos de genocidio. Continúa afirmando que aunque algunas de esas obras contienen conceptos, ideas o doctrinas discriminadoras u ofensivas para grupos de personas, pueda apreciarse solo con esos actos de difusión, la creación de un clima de hostilidad que suponga un peligro cierto de concreción en actos específicos de violencia. Esto, bajo mi punto de vista, es contrario a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Este Tribunal no exige la concreción efectiva de actos de discriminación, sino que puedan⁵³ concretarse (peligro potencial). Por lo tanto, aunque el Tribunal Supremo reconoce que los pasajes recogidos en la sentencia son justificadores del genocidio, contienen conceptos, ideas y doctrinas discriminadoras u ofensivas y que se produce difusión de este tipo de ideas, absuelve a todos los acusados.

⁵¹ En este sentido FJ 9º de la sentencia comentada en el apartado tercero.

⁵² Aquí de forma implícita está admitiendo que sí se realiza un acto de difusión de ideas genocidas

⁵³ Ver referencias anteriores sobre este asunto en el presente texto.

Suscribiendo el voto particular del Magistrado Martínez Arrieta, la tipificación de este tipo de ilícitos penales corresponde con el tipo de peligro, bastando para su realización la generación de ese peligro, concretado en el mensaje cuyo contenido se identifica con el discurso del odio, que lleva implícito el peligro al que se refiere el tipo. La constatación de la realización de una serie de ofensas que pueden ser identificadas como discurso del odio, afirma el Magistrado, “supone la realización de la conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimiento de odio, violencia o discriminación”.⁵⁴ Asimismo, afirma que la restricción de la tipicidad, exigiendo la concreción del peligro sobre los ciudadanos objeto del lenguaje del odio, es una interpretación que no es la sugerida por el Tribunal Constitucional en la sentencia comentada anteriormente.

⁵⁴ Voto particular del magistrado Andrés Martínez Arrieta, apartado primero.

Por lo tanto, en esta sentencia el Tribunal Supremo eleva de una forma inaceptable los requisitos de protección de las víctimas que sufren este tipo de ataques, exigiendo que las conductas justificación del Holocausto por sí solas no son perseguibles, sino que éstas necesitan crear un peligro real para los bienes jurídicos protegidos. Esta exigencia supone vaciar de contenido la protección ofrecida por el artículo 607 CP⁵⁵, ya que como también refleja el magistrado Martínez Arrieta en su voto particular, si es necesario esperar a que los destinatarios del mensaje pasen a la acción, muy posiblemente el Derecho penal actuará tarde, puesto que permitirá que mensajes hirientes y perturbadores de la pacífica convivencia social lleguen a ésta, vilipendiando la dignidad y la

⁵⁵ En este sentido decir, que esta decisión va en contra asimismo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ver *mutatis mutandis*: *Walendy contra Alemania*, decisión de la Comisión 21128/92; *Nationaldemokratische Partei Deutschlands contra Alemania*, decisión de la Comisión 25992/94 pág. 6; *Marais contra Francia*, decisión de la Comisión 31159/96 pág. 8; *Güntüz contra Turquía*, decisión de la Comisión 35071/97 para. 37; *Jersild contra Dinamarca*, STEDH de 23 de diciembre de 1994, para 31; *Lehidoux & Isorni contra Francia*, STEDH de 23 de setiembre de 1998, para 51.

memoria de aquellas personas que han sufrido este tipo de conductas o de los colectivos a los que se discrimina mediante la utilización del discurso del odio.

5.- Sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona-Manresa, número 307/2011 de 11 de noviembre de 2011.

Esta sentencia, la última objeto de comentario, condena al acusado, miembro electo del partido Plataforma per Catalunya (PxC) por un delito de provocación al odio de acuerdo con el artículo 510.1 CP, por la copia y distribución de un panfleto, cuyo contenido xenófobo infringía dicho precepto. Esta sentencia es relevante, ya que es la primera vez que se aplica este precepto en el campo del discurso dentro de una campaña electoral, circunstancia esta que ha animado más aún el debate sobre la tipificación del lenguaje del odio.⁵⁶

⁵⁶ En este sentido, Alcácer Guirao, Rafael. "Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes", Revista Electrónica de Ciencia Penal y

En la sentencia, se declaran como hechos probados que, el acusado⁵⁷ encargó 3.000 copias de dicho panfleto y que, junto con otros militantes del PxC, distribuyó éste por la ciudad de Vic. Este pasquín, contenía una multitud de afirmaciones xenófobas, en las que se adscriben los repetidos tópicos que este tipo de lenguaje atribuye a las minorías,⁵⁸ de las que destacaré una frase que, a mi parece y como pone de manifiesto el Juez en la sentencia, es especialmente relevante en la condena. En ésta se afirma que: "Si ellos mandan en Vic [el partido PxC], expulsarán a todos nuestros compañeros ilegales y harán la vida imposible al resto".⁵⁹ El Juez, haciendo referencia a sentencias por una parte, del Tribunal Constitucional números 214/1991 y

Criminología, Universidad de Granada, Granada, 2012, Núm. 14-02, Págs. 02:2-02:32.

⁵⁷ En la presente sentencia, se encuentran dos personas acusadas, Juan Miguel y Demetrio. La referencias al acusado que aquí se realicen serán únicamente respecto de Juan Miguel, puesto que Demetrio resulta absuelto.

⁵⁸ Entre ellos y concretamente destacaré estos adjetivos peyorativos que adscriben al colectivo magrebí: el Partido Socialista de Catalunya dará papeles a todos los ilegales; no pagan impuestos; conducen sin el permiso reglamentario y sin el preceptivo seguro de accidentes; entre otros.

⁵⁹ FJ 1º de la citada sentencia. Hacen referencia al colectivo magrebí.

235/2007 (comentadas aquí), y por otra parte, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, llega al convencimiento de que la frase destacada en este párrafo supone una expresión “claramente amenazante”⁶⁰, que legitima la condena impuesta.

Bajo mi punto de vista, la condena adoptada es adecuada por lo que comentaré a continuación. El panfleto, como refiero al inicio y bajo mi punto de vista, es propaganda xenófoba que pretende beneficiarse de las circunstancias peyorativas que se adscriben a ciertas minorías para llegar a más votantes, actitud esta que, aunque pueda ser reprobable moralmente, queda amparada en todo caso por la libertad de expresión y especialmente por la mayor amplitud que ésta debe gozar en el contexto de una campaña electoral.⁶¹

Asimismo, la afirmación de que Si ellos mandan en Vic, expulsarán a todos nuestros

compañeros ilegales, a mi parecer no debe ser considerada como lenguaje del odio, puesto que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su artículo 28, prevé la expulsión del territorio nacional para aquellas personas que se encuentren en situación irregular. La afirmación que sí debe ser considerada como lenguaje del odio es: y harán la vida imposible al resto. Esta afirmación contiene una amenaza directa dirigida a personas que residen legalmente en España o que son españolas pero de origen magrebí, únicamente por pertenecer a este colectivo. La carga moral que, este discurso traslada a la identidad moral de las personas atacadas en éste, inflige un daño que, en la ponderación de los bienes dignidad personal y libertad de expresión, es tan grave que, bajo mi punto de vista, faculta la limitación del segundo en favor del primero.⁶²

⁶⁰ FJ 1º, apartado II de la citada sentencia.

⁶¹ En este sentido, estoy completamente de acuerdo con las opiniones que Alcácer Guirao expone en: Alcácer Guirao, Rafael. “Discurso del odio y ...”, Pág 02:10 y ss.

⁶² En este sentido ver: Sandel, Michael J. Filosofía pública. Ensayos sobre moral en política, Barcelona: Mabat ediciones, 2008, Pág 337

Esta utilización de la libertad de expresión, a mi parecer, debe quedar fuera de la protección ofrecida por el artículo 20 de la CE, puesto que es una incitación directa efectuada por un cargo público a la realización de actividades hostiles y discriminatorias en contra de una minoría social. A todas luces es inaceptable que un político realice afirmaciones xenófobas valiéndose de su cargo y con éstas amenace a todo un colectivo y que se pretenda su protección constitucional. La interdicción de este tipo de afirmaciones, no persigue, como sugiere Alcácer Guirao “silenciar toda opinión política disidente”,⁶³ sino poner de relieve que, no por encontrarnos dentro del discurso político se pueden proferir ataques a los electores o a residentes regulares.⁶⁴ Esta preocupación por el aumento

⁶³ Alcácer Guirao, Rafael. “Discurso del odio y ...”, Pág 02:19.

⁶⁴ Recalco aquí, que me parece altamente despreciable comprometerse políticamente con la persecución indiscriminada de inmigrantes irregulares, pero que ésta no puede ser considerada como lenguaje del odio. Asimismo, esta posición es la mantiene el Tribunal Constitucional en la sentencia 136/1999, de 20 de julio, en el FJ 14º al establecer: “queda fuera del ámbito

de este tipo de discursos en el ámbito político se ha reflejado en el ámbito internacional, tanto por parte de los Comités⁶⁵ que vigilan el cumplimiento de los diversos pactos y convenios existentes que protegen ante este tipo de discursos, como por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos,⁶⁶ y también

constitucionalmente protegido por estos derechos la difusión de programas o mensajes que por su contenido, debidamente contextualizado, resulten amenazantes o intimidatorios, especialmente cuando esos efectos se producen durante los procesos electorales como consecuencia de la difusión de mensajes que pretenden decantar el sentido del voto hacia las opciones mantenidas por quienes las transmiten por temor a sufrir daños o perjuicios”. En este sentido ver: Gutiérrez David, Mª Estela y Alcolea Díaz, Gema. “El “discurso del odio” y la libertad de expresión en el Estado democrático”, DEREKOM, Universidad Complutense de Madrid, Nº2, 2010, Pág. 16

⁶⁵ En este sentido: la Recomendación General XV del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, sobre la aplicación del artículo 4 del Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y su desarrollo en las Recomendaciones a los Estados CERD/C/ALB/CO/5-8 para 10, CERD/C/CZE/CO/8-9 para 15, CERD/C/ARM/CO/5-6 para 8 y 14, CERD/C/IRL/CO/3-4 para 19, CERD/C/KEN/CO/1-4 para 13, K. Quereshi contra Dinamarca CERD/C/63/D/27/2002 para 2.9 y 9; Informe de la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias y del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial y xenofobia y formas conexas de intolerancia, de 20 de septiembre de 2006, con número de documento A/HRC/2/3.

⁶⁶ Sentencia número 15615/07 (Féret contra Bélgica), de 16 de julio de 2009, del Tribunal de Derechos Humanos; mutatis mutandis, sentencia número 11/2012 (Vejdeland y otros contra Suecia), de 9 de febrero de 2012, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª); sentencia número 59405/00 (Erbakan contra Turquía) de 6 de octubre de 2010, del Tribunal de Derechos Humanos. En este sentido ver: Weber,

con especial referencia a los no ciudadanos.⁶⁷

Por consiguiente, creo que la sentencia del Tribunal de Barcelona-Manresa es adecuada por cuanto sigue la jurisprudencia Constitucional y los estándares de protección a los que España se obligó mediante la ratificación de los pactos y convenios internacionales mencionados anteriormente.

6.- Conclusiones

Del estudio de las sentencias traídas a análisis, podemos extraer la preocupante variabilidad de la aplicación de estos tipos penales, dependiendo del tribunal o juez ante el que nos hallemos.

El Tribunal Constitucional realiza una valiosa interpretación (en la primera de las sentencias), abriendo el abanico de protección ante ataques innominados que se puedan proferir contra minorías sociales que permean

en las personas individuales que forman estos colectivos. Así, los discursos provocadores en los que no se mencionan de forma identificable a personas individuales, sino que profieren ataques genéricos contra (en este caso) minorías sociales, también pueden llegar a conculcar los derechos fundamentales de éstos y por lo tanto existe la posibilidad de acceder a la tutela constitucional.

Asimismo, el Tribunal Constitucional realiza una importante labor de concreción en la justificación de la limitación de la libertad de expresión debido a la vaguedad expresada por el legislador en los tipos penales.

Por una parte, el Tribunal, de una forma similar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reconoce que el derecho a la libertad de expresión protege también aquellas ideas que causan *shock* o disturbán en el seno de una sociedad si estas no suponen un menosprecio a la dignidad de las personas que conforman la sociedad. Concluyo de igual forma que el Tribunal de forma, que sin esta comunicación

Anne. Manual on hate speech, Estrasburgo: Consejo de Europa, 2009, Pág. 35.

⁶⁷ En este sentido la Recomendación general número XXX del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sobre la Discriminación contra los no ciudadanos de 2004, número de documento HRI/GEN/1/Rev.7/Add.1, para. 12.

libre en numerosas ocasiones se podría en riesgo de forma inaceptable, por ejemplo, la sana crítica que toda sociedad democrática debe contemplar, pero siempre recordando que el derecho a la libertad de expresión también debe ser ejercido de una forma responsable, respetado los demás derechos reconocidos en el texto Constitucional. Asimismo, establece que en España no nos encontramos ante la denominada democracia militante y que por lo tanto ésta también protege a quien la niega. Este aserto tiene como resultado la necesidad de que la protección penal se adecúe al caso concreto, debiendo conocer si la utilización del derecho a la libertad de expresión ha afectado a otros bienes constitucionalmente protegidos, como por ejemplo la dignidad de las personas o la propia paz social.

Por otra parte, declara inconstitucional parte del artículo 607.2 del Código penal, en cuanto a las conductas que niegan el genocidio,

quedando tipificadas las conductas justificadoras del mismo. Como ya he comentado, a mi juicio la libertad de expresión sí debe proteger la negación del holocausto (y por lo tanto debe ser un hecho ajeno Derecho penal), cuando ésta no incita de forma directa o indirecta al odio, a la hostilidad, a la discriminación o a la violencia. La forma más adecuada de combatir estas actitudes, debe ser mediante la ridiculización de aquellos autores que, basándose en hechos históricos erróneos o falsos, tratan de manipular la historia con el objetivo de llegar a unas conclusiones que, bajo mi punto de vista, tienen escritas antes de realizar propiamente el estudio. Por lo tanto, siempre deberemos estar vigilantes ante este tipo de discursos y a su vez, los autores deben saber que son plenamente responsables de los perjuicios que de sus estudios se puedan derivar cuando éstos se pueden conectar con ataques a derechos fundamentales garantizados por nuestra Constitución.

En esta misma línea de protección podemos situar la sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona-Manresa. La sentencia refiere jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional, como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la fundamentación del fallo. Como ya he comentado, ésta protege de un ataque directo contra una minoría, siendo esta aún más grave por provenir de un cargo público, puesto que se puede entender que ésta goza de una suerte de legitimación estatal al ser realizada por un representante de éste. El Estado debe reaccionar de forma contundente contra los ataques a los derechos fundamentales del conjunto de la sociedad, más aún si estos vienen cubiertos por el velo de una mayor amplitud del derecho a la libertad de expresión en el marco de una elecciones.

En el otro lado de la balanza, encontramos la sentencia del Tribunal Supremo. Ésta, como ya he mencionado, eleva

la protección penal de forma inaceptable, puesto que únicamente se podría acceder a ésta cuando el peligro se concrete sobre los ciudadanos, y en este momento, la protección puede llegar demasiado tarde. De esta forma, se permiten ataques inaceptables a los derechos más esenciales de los ciudadanos.

Esta protección cambiante, pone en peligro uno de los principios esenciales en todo estado de Derecho, como es la seguridad jurídica. Esto es así, bajo mi punto de vista y como pone de manifiesto Aguilar García⁶⁸ por la deficiente redacción de los artículos del Código penal aquí analizados. Si bien, una solución sería la de aplicar los tipos conforme a los criterios jurisprudenciales establecidos por el Tribunal Constitucional, con el objetivo de suplir la vaguedad de los tipos, aunque vemos que esto no es así, puesto que la interpretación que el Tribunal Supremo realiza en la tercera sentencia objeto de análisis, muestra como este Órgano se separa de los criterios

⁶⁸ Aguilar García, Miguel Ángel. "La reforma del Art. 510...", Págs. 2 y ss.

interpretativos señalados en las dos sentencias iniciales. Por lo tanto, para ofrecer una protección adecuada ante la utilización del hate speech en contra de la minorías sociales, se observa necesario que el legislador, en primer lugar, identifique el discurso del odio como un conflicto de derechos, estableciendo a qué bienes jurídicos afecta y en qué ocasiones debe ser limitado el derecho a la libertad de expresión, por colisionar éste con otros derechos fundamentales, también dignos de protección. Si bien, entender que el discurso del odio es, como digo, un conflicto de derechos que deberá ser ponderado en el caso concreto, debería llevar al legislador a establecer unos criterios en los que se pudiera enmarcar esta ponderación, con el objetivo de proteger a aquellos colectivos más débiles, dentro del conjunto de la sociedad, de aquellos discursos vejatorios cuya primera y única intencionalidad es el menosprecio hacia la dignidad de las personas que conforman estos

colectivos. Dado que no existen derechos ilimitados, los tribunales ante estas situaciones, siempre deberían acudir a la ponderación de derechos y no a la primacía de uno de ellos por encima del otro, por considerarlo más fundamental en el libre desarrollo de la sociedad.

7.- Bibliografía

- Aguilar García, Miguel Ángel. "La reforma del Art. 510 del Código penal", *La Ley Penal*, La Ley, Nº 86, 2011, Págs 5-13.
- Alcácer Guirao, Rafael. "Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Universidad de Granada, Granada, 2012, Núm. 14-02, Págs. 02:2-02:32.
- Bilbao Ubillos, Juan M. "La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, CEPS, Madrid, 2009, Núm 85, Págs. 299-352.
- Cueva Fernández, Ricardo. "A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 259/2011: Discurso del odio, incitación y derecho al honor colectivo. ¿Una nueva vuelta de tuerca contra la prohibición del hate speech?", *Eunomía*. Revista en Cultura de la Legalidad, Nº2, págs 99-108.
- Ehlers, Dirk (ed.). *European Fundamental Rights and Freedoms*, Berlin: De Gruyter Recht, 2007.
- Fish, Stanley. "Holocaust Denial and Academic Freedom", *Valparaiso University Law Review*, Vol.35, Núm. 3, 2001, Págs 499-524.
- Fiss, Owen M. *The Irony of Free Speech*, Londres: Harvard University Press, 1996.
- Grupo de Estudios de Política Criminal, *Alternativas al tratamiento de la discriminación y la extranjería*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- Gutiérrez David, M^a Estela y Alcolea Díaz, Gema. "El "discurso del odio" y la libertad de expresión en el Estado democrático", *DERECOM*, Universidad Complutense de Madrid, Nº2, 2010, Págs. 1-17.
- Landa Gorostiza, Jon-Mirena. "Racismo, Xenofobia y Estado Democrático", *Eguzkilore*, San Sebastián, 2004, Núm 18, Págs. 59-71.
- Laurenzo Copello, Patricia. "La discriminación en el Código penal de 1995", *Estudios penales y criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, Núm. 19, Pág. 223-288.
- Loucaides, Loukis G. *The European Convention on Human Rights*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal: Parte Especial (15ed.)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- Parekh, Bhikhu. "Hate Speech. Is there any case for banning?", *Public Policy Research*, Institute for Public Policy Research, 2005-2006, Págs. 213-223.
- Saavedra López, Modesto. "El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español", *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, Navarra, 2006, Núm. 55, Págs. 547-576.
- Sandel, Michael J. *Filosofía pública. Ensayos sobre moral en política*, Barcelona: Mabot ediciones, 2008.
- Suárez Espino, María Lidia. "Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio", *InDret*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2008, Núm. 2, Págs. 1-14.
- Tajadura Tejada, Javier. "Libertad de expresión y negación del genocidio: Comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007", *Revista Vasca de Administración Pública*, Gobierno Vasco, 2008, Núm. 80, Págs. 233-255.
- Weber, Anne. *Manual on Hate Speech*, Estrasburgo: Consejo de Europa, 2009.