



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

El discurso de odio como límite al derecho fundamental de la libertad de expresión

Autor/es

NATALIA SAN MILLÁN OMEÑACA

Director/es

MARÍA AMELIA PASCUAL MEDRANO

Facultad

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Titulación

Grado en Derecho

Departamento

DERECHO

Curso académico

2019-20



El discurso de odio como límite al derecho fundamental de la libertad de expresión, de NATALIA SAN MILLÁN OMEÑACA

(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported.

Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los titulares del copyright.

© El autor, 2020

© Universidad de La Rioja, 2020

publicaciones.unirioja.es

E-mail: publicaciones@unirioja.es



**UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA**

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

GRADO EN DERECHO

CURSO 2019/2020

TRABAJO FIN DE GRADO

**EL DISCURSO DE ODIO COMO LÍMITE AL DERECHO
FUNDAMENTAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

**HATE SPEECH AS A LIMIT TO THE FUNDAMENTAL
RIGHT OF FREEDOM OF EXPRESSION**

Realizado por:

Natalia San Millán Omeñaca

Tutores:

María Amelia Pascual Medrano

Ricardo Luis Chueca Rodríguez

ÍNDICE

I. ÍNDICE DE ACRÓNIMOS	3
II. INTRODUCCIÓN	5
III. EL DISCURSO DE ODIO COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	7
1. Concepto y elementos para la identificación del discurso de odio.	7
2. Algunos de los tipos de discurso de odio	12
a) Discurso de odio por motivos religiosos	13
b) Discurso de odio por motivos raciales o étnicos.....	16
c) Discurso de odio por orientación sexual.....	19
3. Código Penal y discurso de odio: la reforma de la LO 1/2015.....	21
a) Tipos básicos	23
b) Tipos atenuados.....	24
c) Tipos cualificados.....	25
4. Evolución jurisprudencial en el tratamiento del discurso de odio en España anterior a la reforma del artículo 510 CP.	28
a) Caso Violeta Friedman: STC 214/1991 de 11 de noviembre.	28
b) Caso Librería Europa: STC 235/2007 de 7 de noviembre.	30
c) Caso Librería <i>Kalki</i> : STS 259/2011 de 12 de abril	33
5. Las primeras interpretaciones jurisprudenciales del artículo 510 CP.	39
a) STS 72/2018 de 9 de febrero.....	39
b) Auto 72/2018 de 28 de junio, TSJ de Cataluña.....	41
c) STS 646/2018 de 14 de diciembre	42
6. El “Test de Estrasburgo” como respuesta del TEDH.....	45
IV. CONCLUSIONES.....	53
V. BIBLIOGRAFÍA	55

I. ÍNDICE DE ACRÓNIMOS

CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ECRI	Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia
FJ	Fundamento Jurídico
LO	Ley Orgánica
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

RESUMEN

La exclusión del ámbito protegido de la libertad de expresión de aquellas expresiones verbales que inciten o promuevan odio, intolerancia o humillación hacia grupos sociales vulnerables, resulta fundamental para garantizar una convivencia social pacífica según los principios de pluralismo y tolerancia. Sin embargo, la identificación de tales expresiones no ha sido una tarea sencilla para los Tribunales. A nivel nacional, la reforma del CP operada por la LO 1/2015, no exenta de críticas como veremos, ha ampliado ostensiblemente las conductas penalmente perseguibles, con el consiguiente riesgo de desnaturalización del derecho fundamental. A nivel europeo, podemos constatar cómo la reacción jurídica frente a los discursos de odio no es uniforme, llegándose a traducir, en algunos casos, en condenas a ciertos Estados por incurrir en una vulneración de la libertad de expresión en base al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave: discurso de odio, libertad de expresión, grupo social vulnerable, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRACT

The exclusion from the protected sphere of freedom of expression of those verbal expressions that incite or promote hatred, intolerance or humiliation towards vulnerable social groups is fundamental to guarantee a peaceful social coexistence according to the principles of pluralism and tolerance. However, the identification of such expressions has not been a simple task for the Courts. At the national level, the reform of the CP operated by LO 1/2015, not exempt from criticism as we shall see, has ostensibly expanded the criminally prosecutable conducts, with the consequent risk of denaturing the fundamental right. At European level, we can see how the legal reaction to hate speech is not uniform, leading in some cases to convictions of certain States for infringing freedom of expression on the basis of the European Convention on Human Rights.

Key words: hate speech, freedom of expression, vulnerable social group, European Court of Human Rights.

II. INTRODUCCIÓN

El derecho fundamental a la libertad de expresión se encuentra regulado en el artículo 20.1 a) del título I de la Constitución Española (CE) de 1978.

El carácter estructural de este derecho como condición esencial para el correcto funcionamiento de una sociedad democrática permite identificarlo como valor fundamental del Estado democrático de derecho. La libertad de expresión es, en este sentido, una garantía de la formación de una opinión pública libre: permite la construcción de una sociedad que, a partir de la libre transmisión de ideas, se fundamente en los valores de pluralismo y tolerancia.

Esta esencialidad de la libertad de expresión en un sistema democrático permite, de forma legítima, que determinados ciudadanos adviertan cierta dosis de exageración y provocación en expresiones realizadas en legítimo ejercicio del derecho¹. Sin embargo, no todas ellas contribuyen a la formación de una opinión pública libre y, como se expondrá a lo largo del presente trabajo, es necesario fijar cuáles son los límites precisos para que aquél conviva con el resto de los derechos y bienes jurídicos protegidos. Ello exige excluir del ejercicio legítimo de este derecho la difusión de mensajes ultrajantes u ofensivos que, basados en prejuicios, expresen públicamente discriminación, hostilidad, desprecio a la dignidad y a la identidad de ciertos grupos sociales.

El fomento o la incitación al odio contra determinados individuos o grupos no es una problemática puramente actual sino un fenómeno asociado a la especie humana desde su origen, aunque es a partir de la Segunda Guerra Mundial cuando se constituye como

¹ CATALÁ I BAS, A.H., *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional. Hacia un derecho europeo de los derechos humanos*, Valencia, 2001, p.189.

preocupación generalizada en los estados de derecho. En la actualidad, la proliferación de fenómenos de intolerancia está asociada al uso generalizado de las nuevas tecnologías, dada su potencialidad de gran difusión e impacto sobre la sociedad. Según el *Informe Raxen*, que registra de forma anual las cifras de incidentes de odio en España, se detectan datos realmente preocupantes en los últimos años. En 2019, se han llegado a registrar unos 4.000 incidentes relacionados con delitos de odio². El medio mayormente empleado para la emisión de este tipo de mensajes ha sido Internet, en un 45,2% de los casos. A ello, se suma la contribución de las redes sociales en la difusión de tales excesos expresivos, como el segundo medio más utilizado con un 25,9%³.

Por todo ello y por la especial trascendencia de la que actualmente goza este fenómeno, el objetivo de este trabajo es identificar qué manifestaciones han de considerarse como expresivas de discurso de odio, a partir de su exclusión del ámbito de protección de la libertad de expresión y su inclusión en el ámbito penal, así como abordar algunos de los tipos de discurso de odio más extendidos en la sociedad actual. Ello se ilustrará a partir de las interpretaciones jurisprudenciales más significativas que, a nivel nacional, han ido aportando los distintos tribunales en el enjuiciamiento de casos concretos, así como de la postura que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), garante de la libertad de expresión a nivel europeo, ha mantenido respecto a dicho fenómeno.

² *Informe Raxen. Por un Pacto de Estado contra la Xenofobia y la Intolerancia. Especial 2019*, p. 33. Recuperado de <http://www.informeraxen.es/informe-raxen-especial-2019-por-un-pacto-de-estado-contrala-xenofobia-y-la-intolerancia/>

³ Ministerio del Interior, *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España*, 2018, p. 9. Recuperado de <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/informe+2018/ab86b6d9-090b-465b-bd14-cfcafccdfbec>

III. EL DISCURSO DE ODIOS COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1. Concepto y elementos para la identificación del discurso de odio.

Ninguno de los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional tiene la consideración de derecho absoluto. La fundamentación del carácter limitado de los derechos fundamentales se basa en dos premisas: de un lado, en que el rechazo a toda restricción a los derechos fundamentales implicaría el conflicto continuo de éstos con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos. De otro lado, aceptar el carácter ilimitado de alguno de estos derechos impediría la vigencia simultánea de todos ellos derivando en la preferencia de un derecho fundamental sobre otro⁴.

El Tribunal Constitucional (TC), desde su inicial jurisprudencia, ha reiterado el carácter limitado de dichos derechos en algunos de sus pronunciamientos, estableciendo que “no existen derechos ilimitados, todo derecho tiene sus límites, que, (...) con relación a los derechos fundamentales establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otra el límite deriva de una manera mediata o indirecta de la norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”⁵.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos advertir que el derecho fundamental a la libertad de expresión, al igual que el resto de los derechos reconocidos en el Título I de nuestro texto constitucional, no es un derecho ilimitado. De entre sus límites, en este

⁴VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., “Concepto, contenido, objeto y límites de los derechos fundamentales”, en Congreso de los Diputados (ed.), *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, volumen 1, Madrid, 2002, pp. 341-347.

⁵ STC 2/1982, de 29 de enero, FJ. 5.

apartado nos referiremos a la cuestión de si la libertad de expresión ampara, una vez concretado su contenido protegido, un “derecho al insulto”.

Para poder resolver este planteamiento, resulta necesario precisar qué expresiones son aquellas que merecen el calificativo de “insulto” y, por tanto, resultan absolutamente vejatorias para las personas contra las cuales se dirigen. A este respecto, el TC ha identificado dichos excesos expresivos en los supuestos en que se emitan expresiones ofensivas, impertinentes y gratuitas para expresar opiniones en el contexto del caso concreto y, por tanto, sin la menor relación con la formación de una opinión pública libre⁶. Ello por cuanto siempre es posible expresar la misma idea, pero de otros modos, menos ofensivos o vulneradores de derechos ajenos como la igualdad y la dignidad de las personas⁷.

El TC ha tratado esta cuestión en numerosas sentencias, excluyendo tajantemente la existencia legal de un pretendido derecho al insulto. “No cabe duda —ha señalado expresamente— 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 (...), 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 artículo 10.1 del Texto fundamental.”

⁶ STC 105/1990, de 6 de junio, FJ. 8

⁷ En palabras del TC, en su STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ.8: “El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia son incompatibles con el respeto a la dignidad humana”.

Bajo esta misma tesis se posicionan también los pronunciamientos del TEDH, remarcando que las expresiones hirientes u ofensivas también pueden ser objeto de protección, siempre y cuando no se hayan llevado a cabo de forma innecesaria⁸.

Con ello, es necesario recordar que el objeto protegido de la libertad de expresión ampara tanto las opiniones favorables como las desfavorables (lo cual, a su vez, es necesario para garantizar el correcto funcionamiento de una sociedad democrática). Por ello, la negación de protección frente a un pretendido “derecho al insulto” no quiere decir que no pueda encuadrarse bajo el artículo 20.1 a) de la CE ninguna expresión hiriente o incómoda, siempre que no se sobrepasen unos límites.

El criterio que sigue el TC para determinar si una palabra o frase tiene la condición abstracta de “insulto” es la imposibilidad de establecer una relación entre la expresión ofensiva empleada y el tema de opinión en el caso concreto. De igual manera, será relevante, a efectos de la calificación de la expresión enjuiciada, la trascendencia que tiene el tema en la formación de la opinión pública, así como el contexto en el que se produjo (por ejemplo, no es lo mismo la ofensa producida en un debate de interés público, que aquella que se produce sin justificación en una conversación corriente)⁹.

Pues bien, no solo es necesario que estas expresiones no estén amparadas por el derecho a la libertad de expresión, sino que además resulta pertinente excluir aquellas que puedan propagar, incitar, promover o justificar el odio, la intolerancia o hacer apología

⁸ Entre otras, STEDH de 8 de julio de 1986, Caso *Lingens* contra Austria, FJ. 41.

⁹ MARCIANI BURGOS, B., *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*, Perú, 2004, Palestra Editores, pp. 130-134.

de la violencia; es decir, aquellos excesos expresivos que podemos incluir bajo el genérico concepto del discurso de odio o *hate speech*¹⁰.

Han existido, a lo largo de la historia, dificultades para precisar una definición única y certera que englobe todos aquellos comportamientos que merecen encuadrarse bajo el concepto de discurso de odio. Ello sucede porque éste es un fenómeno que ha ido estrechamente vinculado a las circunstancias sociales, las cuales, han ido variando en cada momento y lugar.

Nuestro Tribunal Constitucional se refiere al discurso de odio como una “forma de expresión de ideas, pensamientos u opiniones que no cabe incluir dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión”¹¹.

Dichas conductas expresivas no se encuentran protegidas porque no contribuyen a la discusión libre de ideas ni tampoco a la formación de la opinión pública libre, en la medida en que suponen una degradación de las personas a las que se dirige, proferida de manera gratuita e innecesaria para la transmisión de la idea que se quiere expresar¹².

Algunos autores han definido el discurso de odio como: “cualquier forma de expresión (mediando la palabra hablada o escrita, e incluso el gesto, el símbolo o la

¹⁰ MARCHENA GALÁN, S.M. “Exclusión de las instituciones como objeto del discurso del odio y alcance de la libertad de expresión”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 34, Extremadura, 2018, p.141.

¹¹ STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 8.

¹² MARCIANI BURGOS, B., *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*, Perú, 2004, pp. 130-134.

representación), cuyo propósito fuera el de discriminar, menoscabando su dignidad, a un grupo social o a sus miembros por su pertenencia al mismo”¹³.

Los organismos europeos también han reaccionado frente a este exceso expresivo en numerosos textos legales y Recomendaciones, siguiendo la prohibición consagrada por el artículo 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Entre ellos, destaca la Recomendación (1997) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros, de 30 de octubre de 1997, estableciendo que el término “discurso de odio” se refiere a: “aquellas formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio por cuestiones raciales, xenófobas, antisemitas, o cualquier forma de odio proveniente de la intolerancia hacia inmigrantes o minorías”.

Los elementos característicos a los que podemos acudir a efectos de identificar, en un supuesto concreto, si nos encontramos ante un caso de discurso de odio o no, son los que siguen¹⁴:

- Debe consistir en un mensaje objetivamente ofensivo o degradante que incite, directa o indirectamente, a la violencia o a una acción ilícita similar (por ejemplo, el discurso que aboga por la exclusión social de ciertos grupos por medios no violentos).

Es esencial el juicio objetivo del mensaje que realicen los órganos jurisdiccionales, pues no todas las personas tienen los mismos estándares de sensibilidad y una sociedad plural supone, inevitablemente, la confrontación de opiniones. Por ello, la reprobación de toda expresión que, a juicio subjetivo, pudiera resultar hiriente u ofensiva acabaría por desvirtuar la esencia de la libertad de expresión, e incluso el sistema democrático.

¹³CUEVA FERNÁNDEZ, R. “El “discurso del odio” y su prohibición”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 35, Barcelona, 2012, p.438.

¹⁴ VALIENTE MARTÍNEZ, F., “El discurso del odio: la justificación de lo injustificable”, en C. Langa Nuño y L. Ballesteros-Aguayo (eds.), *Movimientos populistas en Europa: la actualización del discurso totalitario en los medios de comunicación actuales y su repercusión en la opinión pública*, Madrid, 2018, p. 16.

- Debe dirigirse contra un colectivo social claramente identificable. Además, el autor debe mostrar un sentimiento de hostilidad hacia dicho colectivo o a un individuo por su simple pertenencia a aquel, orientado a provocar su estigmatización en la sociedad.
- La expresión enjuiciada ha de tener como base un prejuicio hacia un colectivo social, en relación con la raza, religión, orientación sexual, etnia o cualquier otro rasgo identitario¹⁵.
- Dicho colectivo debe estar en riesgo de exclusión, es decir, debe ser especialmente vulnerable o sufrir alguna indefensión en particular. Sin embargo, podríamos preguntarnos: ¿cómo podemos medir la vulnerabilidad de dichos colectivos?

Si bien la falta de superioridad numérica no es un buen indicador, podríamos fijarnos en la existencia de prejuicios fuertemente arraigados en la sociedad contra dicho colectivo, así como en la titularidad más o menos amplia de derechos que haya venido ostentando u ostente, actualmente, el grupo bajo protección¹⁶.

2. Algunos de los tipos de discurso de odio: en el ámbito religioso, por cuestiones étnicas y raciales y en virtud de orientación sexual.

En las sociedades actuales ha proliferado el número de colectivos susceptibles de ser discriminados y estigmatizados, a los que es necesario proteger mediante la prohibición de los discursos que incurran en excesos expresivos. Esta protección se ha articulado mediante una variedad muy extensa y abierta de tipos de discurso de odio, según el colectivo vulnerable al cual se dirija.

Muchos de estos fenómenos no se configuran como una situación que haya surgido recientemente, sino que, por el contrario, llevan gestándose a lo largo de la historia. Un buen ejemplo de ello es la discriminación por causas religiosas o la discriminación por raza o etnia en que se sustentan numerosos discursos de odio. Otros, a pesar de sus raíces históricas, se han intensificado con los últimos reconocimientos de derechos que

¹⁵ MARTÍN HERRERA, D., “Libertad de expresión: ¿Derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio”, *Estudios de Deusto*, Vol. 62/2, España, 2014, p. 17.

¹⁶ CUEVA FERNÁNDEZ, R. “El “discurso del odio” y su prohibición”, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 35, Barcelona, 2012, pp.445-446.

aumentan los que el grupo en cuestión venía ostentando con anterioridad, como el discurso de odio por razón de orientación sexual.

a) Discurso de odio por motivos religiosos

La libertad de expresión, como reconoce el propio TEDH y la jurisprudencia española, ampara también las ideas desfavorables que chocan, hieren y ofenden a otros individuos y, como consecuencia de ello, es posible que con estas expresiones se pueda causar una ofensa a las creencias o sentimientos religiosos.

Para que esta ofensa pueda ser calificada como una expresión propia de discurso de odio en base a la discriminación por motivos religiosos, debe proyectarse sobre un colectivo, o un individuo por razón de pertenencia al mencionado colectivo, en cuanto que es portador de creencias religiosas que conforman la propia identidad, incitando al odio con notable menosprecio y pudiendo generar graves prejuicios en la sociedad sobre los damnificados¹⁷.

Existe en Europa una confesión religiosa que destaca por ser un grupo vulnerable a la discriminación: la religión islámica. La aversión social hasta este colectivo se ha visto incrementada por fenómenos de terrorismo cometidos por fanáticos islámicos, como el sucedido en el semanario satírico francés *Charlie Hebdo*, que han provocado su estigmatización en la sociedad como una figura amenazante que atenta contra todo aquello que considera dañino u ofensivo hacia su religión.

En concreto, el acto terrorista al semanario satírico *Charlie Hebdo* avivó el debate en relación con la incidencia de las publicaciones satíricas sobre las creencias religiosas

¹⁷ PALOMINO LOZANO, R., “Libertad religiosa y libertad de expresión”, *Ius Canonicum*, Vol. 49, núm. 98, España, 2009, p. 530.

y las conductas amparadas por la libertad de expresión pues, por un lado, es necesario tener en cuenta que existen publicaciones que, a pesar de su carácter lúdico o humorístico, proyectan opiniones que ciertas creencias religiosas pueden considerar ofensivas. Por otro lado, como reconoce el Consejo de Europa en la Recomendación 1510 (2006) sobre libertad de expresión y respeto a las creencias religiosas, “la disputa crítica, la sátira, el humor y la expresión artística deben (...) disfrutar de un mayor grado de libertad de expresión, al considerarse necesarias para el progreso individual y social, y el recurso a la exageración no debe verse como una provocación”. Asimismo, sostiene que esta libertad “no debería restringirse aún más para satisfacer las crecientes sensibilidades de ciertos grupos religiosos”¹⁸.

Por lo tanto, cuando surjan conflictos entre los derechos de libertad religiosa y libertad de expresión generalmente prevalecerá ésta última, excepto en aquellos supuestos en que se excedan los límites fijados en la CE o en la jurisprudencia del TEDH y del TC (por ejemplo, frases que solo buscan el insulto o la incitación al odio y que no son esenciales para la comunicación de una determinada idea). Los Tribunales tendrán en cuenta, además, las circunstancias del caso concreto (por ejemplo, el número de los afectados y sus características grupales, si existe reiteración en la burla, si se fomenta el odio hacia una religión o el carácter del medio en que se efectúe) que permitirán saber si ha existido, o no, exceso en la expresión¹⁹.

¹⁸ Recomendación 1510 (2006) sobre libertad de expresión y respeto a las creencias religiosas, de 28 de junio de 2006, núm. 9 y 12.

¹⁹ GONZÁLEZ URIEL, D., “La religión y su juridificación (Especial consideración de la colisión entre la libertad religiosa y la libertad de expresión)”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2.209, España, 2018, p.37.

Pese a ello, la dificultad de delimitar hasta qué punto debemos aceptar que las creencias religiosas de las personas, amparadas por el derecho a la libertad religiosa (reconocido en el artículo 16 de la CE), limiten la libertad de expresión, viene agravada en los supuestos de discriminación hacia la religión islámica por las diferencias en el entendimiento de los derechos fundamentales entre el mundo occidental y el mundo islámico. Mientras que en Occidente el problema se aborda, por la mayoría de los tribunales constitucionales europeos y el propio TEDH, a través de la ponderación de los derechos y la superación de los requisitos exigidos por el denominado “test de Estrasburgo”, al Islam, sin embargo, “le pesa el desprecio de Occidente (...) amparado en lo que ellos consideran un ejercicio “frívolo” de la libertad”²⁰.

El Consejo de Europa ha emitido una serie de recomendaciones relacionadas con la hostilidad dirigida a diversos colectivos religiosos con una finalidad paliativa sobre dicho fenómeno. Entre ellas, destaca la Recomendación 1805 (2007) sobre blasfemia, insultos religiosos y discurso de odio contra las personas por motivos religiosos, de 29 de junio de 2007, la cual subraya la necesidad de conciliar libertad de expresión y libertad de pensamiento, conciencia y religión en las sociedades multiculturales, además de recordar que la blasfemia, como un insulto a una religión, no debe considerarse un delito penal²¹.

²⁰ COMBALÍA SOLÍS, Z., “Libertad de expresión y difamación de las religiones: el debate en Naciones Unidas a propósito del conflicto de las caricaturas de Mahoma.” en R. Navarro-Valls, J.M Mantecón Sancho, J. Martínez-Torrón (coord.), *La libertad religiosa y su regulación legal*, España, 2009, p.8.

²¹ Recomendación 1805 (2007) sobre blasfemia, insultos religiosos y discurso del odio contra las personas por motivos religiosos, de 29 de junio de 2007, núm. 3 y 4.

b) Discurso de odio por motivos raciales o étnicos

Los discursos de odio por motivos raciales o étnicos han aumentado como consecuencia de la discriminación que actualmente se percibe en situaciones de grave crisis económica, ante la concepción del “diferente” como una amenaza en el momento de acceder a ayudas, prestaciones sociales o un trabajo, provocando que “ciertos grupos vivan “al margen” de la sociedad”²².

Ante este tipo de estigmatización social que alimenta fenómenos discriminatorios, es reiterada la idea doctrinal de que todo discurso que tenga por objeto fomentar el odio hacia una determinada raza o grupo étnico es censurable en base a que “tales afirmaciones nada aportan al debate de los asuntos públicos y menoscaban el principio de la dignidad humana”²³. Esta idea se ejemplifica en numerosos pronunciamientos del TEDH, en los cuales, pese a la alegación de los demandantes de que las manifestaciones enjuiciadas cuentan con una base fáctica o aportan algo al debate de los asuntos públicos, se ha concluido que la condena por incitación al odio de los tribunales nacionales era pertinente para proteger la reputación y derechos ajenos²⁴.

En cuanto a los conceptos de raza o etnia, el TEDH los ha delimitado de la siguiente forma: “la etnicidad y la raza son conceptos relacionados que se solapan. Mientras la noción de raza se funda en la idea de clasificaciones biológicas de los seres humanos en subespecies de acuerdo con características morfológicas como el color de la piel (...), la etnicidad tiene su origen en la idea de grupos sociales marcados por una nacionalidad,

²² ELIZONDO URRESTARAZU, J.I., “Discriminación racial y de origen étnico en la Europa de los derechos”, *Revista de Derechos Fundamentales*, núm. 6, Bilbao, 2011, p. 72.

²³ DÍAZ SOTO, J.M., “Una aproximación al concepto de discurso del odio”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, Colombia, 2015, p. 83.

²⁴ STEDH de 10 de julio de 2008, Caso *Soulas* y otros contra Francia, FFJJ. 43 y 44.

afiliación tribal, fe religiosa, idioma compartido u origen y pasado culturales o tradicionales”²⁵. En ese marco, el ejemplo clásico es el pueblo judío, en tanto colectividad singularizada por unas tradiciones culturales y unas prácticas sociales y lingüísticas que se revelan como aspectos de pertenencia a dicho colectivo.

El rechazo al pueblo judío, si bien hoy en día sigue presente, llegó a su máximo valor durante el genocidio étnico, político y religioso organizado por la ideología nazi durante la Segunda Guerra Mundial.

Merece la pena destacar aquí el discurso negacionista del Holocausto como un tipo de discurso de odio que “consiste en cuestionar o negar la realidad del genocidio cometido por los nazis durante la Segunda Guerra Mundial, con el propósito declarado de borrar de la memoria colectiva la huella de esa infamia”²⁶. Los negacionistas tratan de presentarse a sí mismos como “revisionistas”, sin embargo, el negacionismo no se limita a realizar investigaciones científicas históricas a partir del estudio de nuevas fuentes, sino que directamente niega sus crímenes y trata de manipular el pasado²⁷. Al respecto del revisionismo, el TEDH ha adoptado una postura absolutamente inflexible ya que considera que “no puede haber duda de que negar la realidad de hechos históricos (...) no constituye un trabajo de investigación histórica que guarde relación con la búsqueda de la verdad”²⁸.

²⁵ STEDH de 13 de diciembre de 2005, Caso *Timishev* contra Rusia, FJ. 45.

²⁶ESQUIVEL ALONSO, Y., “El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 35, México, 2016, p.28.

²⁷ El revisionismo es “la tendencia a someter a revisión metódica doctrinas, interpretaciones o prácticas establecidas con la pretensión de actualizarlas”. TERUEL LOZANO, G.M., “*La lucha del derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*”, España, 2016, p. 23.

²⁸ STEDH de 24 de junio de 2003, Caso *Garaudy* contra Francia, FJ. 7.

El TEDH ha sido contundente en el tratamiento de la negación del Holocausto pues, generalmente, en base a la consideración del discurso negacionista como una amenaza para la democracia, no estima las pretensiones de quienes consideran vulnerada su libertad de expresión. La justificación legal de esta postura se basa, en la mayoría de las ocasiones, en el artículo 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) si se identifica que se ha incurrido en un abuso de derecho o a través de la ponderación de los derechos o valores involucrados en base al artículo 10.2 del CEDH²⁹.

Un ejemplo de que el discurso negacionista no es un asunto del pasado, sino que sigue dándose en la actualidad, es el reciente pronunciamiento del TEDH en la sentencia de 3 de octubre de 2019, *Caso Pastörs* contra Alemania, en la cual se condena a un diputado regional del Partido Nacional Democrático de Alemania por las siguientes declaraciones en el Parlamento un día después a la Conmemoración de las víctimas del Nacionalsocialismo: “Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, los alemanes han estado expuestos a un aluvión interminable de críticas y mentiras propagandísticas (...). Además, el evento que organizasteis ayer aquí (...) no fue sino una imposición de vuestras proyecciones de Auschwitz al pueblo alemán de una manera astuta y brutal. Señoras, señores, están esperando el triunfo de las mentiras sobre la verdad.” El TEDH, ante estos hechos, aplicó el artículo 17 del CEDH, estableciendo que tales declaraciones no pueden obtener la protección del derecho fundamental a la libertad de expresión, pues “el demandante insertó la negación calificada del Holocausto en su discurso” y “afirmó

²⁹“El abuso en el ejercicio de la libertad de expresión puede propiciar que los enemigos democráticos en uso legítimo del derecho atenten contra el propio sistema que es el que les brinda la oportunidad de manifestar sus ideas”. ESQUIVEL ALONSO, Y., “El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 35, México, 2016, p.27.

mentiras, intencionalmente, al objeto de calumniar a los judíos y la persecución que sufrieron durante la Segunda Guerra Mundial”³⁰.

c) Discurso de odio por orientación sexual

Entendiendo por orientación sexual “la identidad sexual del individuo que implica la atracción sexual que éste siente por otros individuos de su mismo sexo o del sexo opuesto”, nos referiremos en este apartado a la discriminación más problemática, en cuanto mayor casuística de discurso de odio reporta, que es la preferencia sexual por personas del mismo género biológico³¹.

A lo largo de la historia y bajo la influencia de factores sociales como la ciencia o la religión³², se ha considerado la homosexualidad como un comportamiento que va contra la naturaleza, o incluso como una amenaza para la subsistencia de las sociedades que toleran o aprueban el comportamiento homosexual³³.

En efecto, son muchas las sociedades en que los homosexuales, fruto de la intolerancia, han sido (y en algunos casos, siguen siendo) reprimidos y discriminados, denegándoles o limitándoles derechos por tener una opción sexual diferente a la de la mayoría. Concretamente, en España, la titularidad menos amplia de derechos que ha

³⁰ STEDH de 3 de octubre de 2019, Caso *Pastörs* contra Alemania, FFJJ. 45 y 48.

³¹ RIVAS VAÑÓ, A y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., “Orientación sexual y no discriminación: el debate en Europa”, *Temas laborales*, núm. 52, Andalucía, 1999, p.4.

³² Se debe destacar la decisiva influencia de la religión en el rechazo y condena de cualquier orientación sexual distinta de la tradicional, pudiéndose establecer una correspondencia entre las sociedades que admitían la libertad religiosa y las que admitían la variedad de orientación sexual. RIVAS VAÑÓ, A y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., “Orientación sexual y no discriminación: el debate en Europa”, *Temas laborales*, núm. 52, Andalucía, 1999, pp. 7-11.

³³ BOSWEL, J., *Cristianismo, tolerancia sexual y homosexualidad*, Barcelona, 1998, pp.13-14.

venido ostentando hasta la llegada de la democracia lo convierte en un colectivo vulnerable al fenómeno del discurso de odio³⁴.

Por ello, y pese a que el TEDH ha establecido, en alguno de sus pronunciamientos, que la protección de la orientación sexual frente al discurso de odio debe ser tratada de forma análoga al racismo y la xenofobia, en cuanto que es una característica fundamental que es utilizada como señal creadora de identidad de grupo³⁵, lo cierto es que, en ninguno de los países pertenecientes a la Unión Europea, se reconoce expresamente la prohibición a la discriminación por orientación sexual. Concretamente, en el supuesto del Texto Fundamental español, el artículo 14 de la CE, que establece la prohibición de discriminación por una serie de causas, no contempla la orientación sexual de forma expresa³⁶. Sin embargo, el TC ha abordado dicha cuestión bajo el carácter abierto y meramente enunciativo del mencionado precepto, pudiéndose subsumir la orientación sexual como una “condición o circunstancia personal o social”³⁷.

Uno de los pronunciamientos más relevantes del TEDH para la protección del colectivo homosexual es la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 9 de febrero de 2012, Caso *Vejdeland* y otros contra Suecia. En este caso, los demandantes habían distribuido una serie de panfletos en una escuela secundaria superior diciendo que “la homosexualidad era una desviación sexual” y “que tenía un

³⁴ Fueron leyes autonómicas las que empezaron a concederles derechos en este ámbito y, finalmente, en 2005, mediante la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, para la modificación del Código Civil en materia de derecho al matrimonio, se puso fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo.

³⁵ STEDH de 9 de febrero de 2012, Caso *Vejdeland* y otros contra Suecia, FJ. 45.

³⁶ Nuestro Código Penal, por el contrario, en sus artículos 510.1 y 510.2, sí que recoge expresamente la orientación sexual en la tipificación de los comportamientos de discurso de odio que son punibles.

³⁷ STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ. 3.

efecto moralmente destructivo para la sociedad”. Partiendo de dichos hechos, el TEDH recuerda que la discriminación por razón de la orientación sexual es tan grave como la que está basada en la raza, el origen o el color, y que, a pesar de la alegación de los demandantes de que dichas actuaciones pretendían abrir un debate de interés público sobre la falta de objetividad en la escuelas de Suecia y no se incitaba directamente a cometer actos de violencia, el insulto o difamación a grupos específicos de la población es una manera irresponsable de ejercer la libertad de expresión que debe ser combatida por las autoridades públicas³⁸.

3. Código Penal y discurso de odio: la reforma de la LO 1/2015.

En Europa se ha generalizado la tipificación penal de los discursos de odio, bajo el genérico término de delitos de odio. Para que una conducta pueda ser calificada como delito de odio y, por tanto, pueda ser sancionada penalmente, es necesario que la acción contenga un prejuicio discriminatorio, existiendo, en el ánimo subjetivo del autor, animadversión u hostilidad hacia el sujeto pasivo. Dicha conducta, además, ha de lesionar un determinado bien jurídico del sujeto pasivo (dignidad, igualdad y no discriminación ú honor) que requiera de una mayor protección, tras la necesaria y previa labor de ponderación que, caso por caso, han de efectuar los Tribunales³⁹.

Previamente a la reforma introducida por la Ley Orgánica (LO) 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó el Código Penal (CP), las infracciones penales relativas al discurso de odio no se regulaban en ningún Título o Capítulo específico, sino que se

³⁸ STEDH de 9 de febrero de 2012, Caso *Vejdeland* y otros contra Suecia, FFJJ. 55 y 60.

³⁹ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M.T., “Delito de odio y libertad de expresión. Nueva redacción del artículo 510 CP dada con la Reforma del Código Penal por LO 1/2015”, Barcelona, 2015, pp. 8-9.

encontraban dispersas, en atención al bien jurídico protegido, en diversos artículos del CP⁴⁰.

Así, por ejemplo, en la redacción del artículo 510.1 CP previa a la reforma, precepto que específicamente penalizaba en el ordenamiento jurídico español el discurso de odio, se tipificaba la provocación “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 (...)” con una pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

El segundo apartado del mismo artículo castigaba con la misma pena la difusión de “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 otro lado, el artículo 607.2 del CP que, de forma accesoria, y junto con el precepto anterior, viene a completar la regulación penal del discurso de odio, también quedó modificado por la reforma introducida por la LO 1/2015. Éste sancionaba con una pena de prisión menor (de uno a dos años) la difusión “por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos”.

⁴⁰ Existen, además de los dos preceptos mencionados, otros tipos penales que se encuentran conectados pues, de igual manera, incorporan la motivación prejuiciosa como elemento del tipo. Así, el artículo 170.1 (amenazas), 174 (tortura) o el artículo 314 (discriminación en el empleo), entre otros. A ellos, además, se puede añadir el agravante de la responsabilidad criminal previsto en el artículo 22.4 CP. MARQUINA BERTRÁN, M., “Los delitos de odio tras la reforma penal por la LO 1/2015”, en J.I Echano Basaldua (dir.), *La reforma del Código Penal a debate*, Bilbao, 2016, pp. 330-344.

La necesidad de reformar estos preceptos atiende, según el Preámbulo de la LO 1/2015, a un doble motivo: de una parte, se hace necesaria la compatibilización, revelada a raíz de la STC 235/2007, de 7 de noviembre, del artículo 607.2 con los derechos constitucionales de libertad de expresión y libertad ideológica, la cual se articuló mediante una “interpretación del delito de negación del genocidio que limite su aplicación a los supuestos en que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías”. De otra parte, la reforma se ocupa de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal.

Con ánimo de armonizar y ampliar la regulación de los delitos de odio en el CP, la nueva estructura introducida por la reforma recoge en la sección 1ª del Capítulo IV del Título XXI las conductas que, anteriormente, quedaban desagregadas en los artículos 510 y 607.2 del CP, e introduce en el artículo 510 tres tipos básicos (con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses), tres tipos atenuados (con una pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses) y dos tipos cualificados (con una pena en su mitad superior, pudiendo elevarse a la pena superior en grado en el supuesto del artículo 510.4 CP).

a) Tipos básicos

El artículo 510.1 a) del CP tipifica las conductas de fomento, promoción e incitación (término generalizado a nivel internacional y que ha obligado a sustituir el de “provocación” de la redacción anterior), de forma directa o indirecta, al odio, hostilidad, discriminación o violencia. Con la reforma se clarifica, por tanto, la autonomía de este delito respecto de la provocación al delito como acto preparatorio punible (artículo 18

CP). Este precepto, además, enumera los sujetos que poseen legitimación activa para acudir a los Tribunales bajo el siguiente tenor “grupo, parte del mismo, o contra una persona por razón de su pertenencia a aquel”.

El artículo 510.1 b) del CP tipifica la producción, elaboración, posesión para distribuir o facilitar el acceso a terceros, distribución, difusión o venta de material idóneo para la realización de alguna de las conductas previstas en el apartado a). Este precepto exige la intencionalidad de distribuir los materiales, quedando impune la tenencia a mero título personal⁴¹.

El artículo 510.1 c) del CP tipifica algunas de las conductas previstas antes de la reforma en el artículo 607.2. Este artículo sustituye el anterior término “justificación” de los delitos de genocidio e incluye la “negación, trivialización grave o enaltecimiento” no solo de los delitos de genocidio, sino también de los de lesa humanidad y de los denominados “crímenes de guerra”. Además, adecuándose a las exigencias planteadas por el Tribunal Constitucional, el tipo penal exige la “promoción o el favorecimiento de un clima de violencia” contra determinadas grupos o personas por razones discriminatorias.

b) Tipos atenuados

El artículo 510.2 a) del CP tipifica un delito contra la integridad moral de naturaleza discriminatoria, sancionando cualquier conducta de “humillación, menosprecio o descrédito” objetivamente adecuada para lesionar la dignidad de alguno de los grupos previstos en el artículo 510.1. La última parte de este artículo se refiere a los actos

⁴¹ GASCÓN CUENCA, A., “El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección”, *Thomson Reuters Aranzadi*, Navarra, 2016, p. 392.

preparatorios previstos en el artículo 510.1 b), aunque en este caso referidos a su idoneidad para lesionar la dignidad de las personas.

El artículo 510.2 b) del CP castiga el enaltecimiento o justificación de los delitos cometido contra un colectivo, una parte de este o algunos de sus miembros por motivos discriminatorios⁴². Este precepto, a diferencia del artículo 510.1 c), sí persigue la justificación del delito, pero excluye la subsunción de aquellas conductas referidas al genocidio, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, sobre las cuales deberemos aplicar la letra c) del artículo 510.1⁴³.

c) Tipos cualificados

El artículo 510.3 del CP tipifica, de forma agravada, los supuestos en que las conductas típicas recogidas por los artículos 510.1 y 510.2 se lleven a cabo a través de un medio de comunicación social. Por tanto, a diferencia de estos dos preceptos, donde la conducta debía ser pública, el artículo 510.3 se refiere “no a cualquier medio de comunicación pública, sino exclusivamente a sistemas objetivamente adecuados para llegar a un número masivo de personas”, como Internet o las tecnologías de información⁴⁴.

⁴² El legislador penal ha querido que el mensaje de odio que humilla a las víctimas del terrorismo tenga un tratamiento específico en el artículo 578, con una sistemática singularizada que impone una pena de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses.

⁴³ El último inciso del artículo 510.2 CP contempla un tipo agravado respecto del atenuado recogido en el apartado a) y b), por el cual se impone la pena del tipo básico a aquellas conductas que sean objetivamente adecuadas para promover o favorecer un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación. Con ello, se pretende evitar que se pueda generar una atmosfera propicia para la producción de conductas violentas, hostiles o discriminatorias. GASCÓN CUENCA, A., “El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección”, *Thomson Reuters Aranzadi*, Navarra, 2016, p. 397-398.

⁴⁴ MARQUINA BERTRÁN, M., “Los delitos de odio tras la reforma penal por la LO 1/2015”, en J.I Echano Basaldua (dir.), *La reforma del Código Penal a debate*, Bilbao, 2016, p. 352.

El artículo 510.4 del CP prevé una mayor agravación cuando cualquiera de las conductas de los apartados 1, 2 y 3 del artículo 510 del CP, sean idóneas para “alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor” entre los sujetos protegidos, sin que sea necesario la producción de un resultado efectivo de lesión de tales intereses para que la conducta sea punible⁴⁵.

Conviene precisar, para finalizar, que el entendimiento de la eficacia del derecho penal en la persecución de este tipo de conductas no es pacífico en la doctrina. Algunos autores señalan que estos delitos “muestran una discriminación hostil que favorece un clima criminógeno”, lo cual hace necesario el adelantamiento de la actuación penal y la preferencia por este mecanismo de actuación frente a otros⁴⁶. Otros, por el contrario, señalan que la eficacia del derecho penal puede verse limitada por lo difícil que es apreciar la intencionalidad dañina en determinadas expresiones y por la cobertura que, en ciertas ocasiones, puede prestar el contexto en el que se producen, abogando por otras alternativas como la indemnización civil o las sanciones administrativas⁴⁷.

Si bien es cierto que, mediante la tipificación penal de este tipo de conductas, se pretende evitar la generación de climas predelictivos, ¿está justificado el adelantamiento de la barrera punitiva para evitar conductas favorables a la realización de actos hostiles

⁴⁵ MARQUINA BERTRÁN, M., “Los delitos de odio tras la reforma penal por la LO 1/2015”, en J.I Echano Basaldua (dir.), *La reforma del Código Penal a debate*, Bilbao, 2016, p. 353.

⁴⁶ FUENTES OSORIO, J.L., “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19, Jaén, 2017, p. 2.

⁴⁷ CONSEJO DE REDACCIÓN, “Los discursos del odio: una amenaza a la construcción democrática de la tolerancia”, *Revista de Fomento Social*, núm. 285, España, 2017, pp. 18-19.

aun cuando, en algunos casos, estén lejos de representar un peligro relevante para el bien jurídico protegido?⁴⁸

Para restringir un discurso que pretende ser ejercicio de un derecho fundamental hay que ser extremadamente cauteloso⁴⁹ y por ello, en ciertos preceptos penales de la reforma de la LO 1/2015, parte de la doctrina considera que “la respuesta penal se anticipa de manera inaceptable, lo que demuestra una vez más que en los actuales procesos legislativos se ha dejado de atender al principio de intervención mínima”⁵⁰.

Por otro lado, a pesar de que existen algunos tipos penales que sí que tienen mayor entidad lesiva sobre el bien jurídico protegido, en opinión de algunos autores con la que estoy de acuerdo, ciertos preceptos vulnerarían el principio de proporcionalidad al tipificar la misma pena para conductas significativamente diferentes en cuanto a su lesividad y peligrosidad. Un ejemplo de ello es la pena tipificada para las conductas recogidas en los artículos 510.1 a) y b) CP⁵¹.

A todo ello debemos añadir el indudable efecto disuasorio o de desnaturalización del derecho fundamental que generan este tipo de delitos sobre el ejercicio de la libertad

⁴⁸FUENTES OSORIO, J.L., “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19, Jaén, 2017, p.10.

⁴⁹TERUEL LOZANO, G.M., “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal.”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm.4/2015, Murcia, 2015, p. 39.

⁵⁰ALASTUEY DOBÓN, C., “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del código penal de 2015”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm.18, Zaragoza, 2016, p. 19.

⁵¹Ibídem. Tanto la incitación directa a conductas violentas como la posesión de materiales idóneos para realizar estas conductas se castigan con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses, lo cual resulta cuestionable en la medida en que para que resulte punible la conducta del apartado b) del artículo 510.1 CP todavía no se habría llevado a cabo una acción que pueda incitar directa o indirectamente a la comisión de actos violentos.

de expresión, ya que, en muchos casos “adolecen de un grave déficit de taxatividad y extienden peligrosamente el ámbito típico de los preceptos”⁵².

No obstante, la nueva regulación posee aspectos ciertamente positivos como medidas orientadas a la destrucción de documentos, archivos o materiales por medio de los cuales se hubiera cometido el delito, la agravación de la particular amenaza que supone el discurso de odio cuando se difunde por las redes sociales e internet, o la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁵³.

4. Evolución jurisprudencial en el tratamiento del discurso de odio en España anterior a la reforma del artículo 510 CP.

a) Caso Violeta Friedman: STC 214/1991 de 11 de noviembre⁵⁴.

Los hechos de la sentencia versaban acerca de unas declaraciones de un ex jefe de las *Waffen S.S.* en una entrevista de la revista “Tiempo”, en la que realizaba algunas afirmaciones racistas y antisemitas⁵⁵.

⁵²TERUEL LOZANO, G.M., “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm.4/2015, Murcia, 2015, p. 41.

⁵³ QUESADA ALCALÁ, C., “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*, núm. 30, España, 2015, p. 14.

⁵⁴ Conviene precisar que esta sentencia fue dictada cuando todavía no se encontraba en vigor la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁵⁵“Mire usted, los alemanes no se llevaron judíos belgas, sino extranjeros. Yo no tuve nada que ver con eso. Y evidentemente, si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios.” “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*.” STC 214/1991, de 11 de noviembre, Antecedente 2º a).

Ante tales afirmaciones, la actora, Violeta Friedman, judía superviviente del campo de concentración de Auschwitz, acudió en amparo ante el Tribunal Constitucional por no haber encontrado satisfacción en su recurso de casación presentado ante el Tribunal Supremo, cuyos magistrados no le reconocieron legitimación activa en el proceso y además consideraron que las manifestaciones realizadas quedaban amparadas bajo la libertad de expresión. La demandante, frente a tales declaraciones de claro contenido antisemita, invocaba una vulneración de su derecho al honor (artículo 18.1 CE) en relación, por un lado, con los límites a la libertad de expresión recogidos en el artículo 20.4 CE y, por otro lado, con la interpretación de los derechos fundamentales de la CE acorde con la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 10 de diciembre de 1948 y otros acuerdos y tratados internacionales, según establece el artículo 10.2 CE⁵⁶.

La importancia de esta sentencia reside en reconocer que, como queda establecido en el artículo 162.1 b) de la CE, la legitimación activa necesaria para litigar en amparo es la del interés legítimo, que no cabe confundir con el interés directo, el cual implicaría el reconocimiento de legitimación activa exclusivamente a favor del titular del derecho fundamental invocado⁵⁷.

Concretamente, en este supuesto, el Tribunal Constitucional reconoce que los grupos étnicos, sociales y religiosos son “entes sin personalidad jurídica y (...) carecen de órganos de representación a quienes el ordenamiento pueda atribuirles el ejercicio de acciones, civiles y penales, en defensa de su honor.”⁵⁸

En base a ello, el TC admite la posible existencia de lesiones del derecho al honor dirigidas a colectivos, siempre y cuando estos sean identificables, como individuos,

⁵⁶ Antecedente 3º de la citada sentencia.

⁵⁷ FJ 3º de la citada sentencia.

⁵⁸ *Ibidem*.

dentro de la colectividad, pues, de lo contrario, ello supondría excluir radicalmente la protección de las personas jurídicas y admitir la legitimidad de los ataques al honor realizados de forma innominada, genérica o imprecisa⁵⁹.

Una vez reconocido el interés legítimo de la demandante (desde su doble condición de judía y de descendiente de parientes fallecidos a causa del holocausto), el Tribunal Constitucional entra en el fondo del asunto para saber si, mediante una labor ponderadora, las manifestaciones enjuiciadas excedían del ámbito protegido de la libertad de expresión y, como consecuencia, habían producido una lesión del derecho fundamental al honor. En este sentido, no es la negación del genocidio lo que lleva al Tribunal Constitucional a conceder el amparo a la recurrente, sino los juicios ofensivos y denigrantes proferidos contra la población judía pues “las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi (...) por reprobables o tergiversadas que sean, (...) quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión”⁶⁰.

Sin embargo, las manifestaciones del demandado no se limitaban a ofrecer una versión de la historia que pudiera quedar amparada bajo la libertad de expresión, sino que, por el contrario, constituían un manifiesto menosprecio de carácter racista hacia las víctimas del holocausto nazi, suponiendo una intromisión ilegítima en el honor de la recurrente.

b) Caso Librería Europa: STC 235/2007 de 7 de noviembre.

Los hechos sobre los que se basa este pronunciamiento del Tribunal Constitucional tratan de la distribución, difusión y venta, a través de una librería llamada Librería Europa, de publicaciones en las que, de forma reiterada e inequívocamente vejatoria, se negaba la

⁵⁹ FJ 6º apartado b) de la citada sentencia.

⁶⁰ FJ 8º de la citada sentencia.

persecución y genocidio sufridos por el pueblo judío durante la Alemania nazi y se incitaba a la discriminación y al odio considerando a los judíos como seres inferiores a los que se debía exterminar como “a las ratas”⁶¹.

Esta sentencia, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad que afecta al artículo 607.2 del Código Penal de 1995 y que es promovida ante el Pleno del Tribunal Constitucional por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, se centra en la nueva interpretación constitucional de los delitos relacionados con dicho artículo. Como establece el propio Tribunal, la simple negación de un delito de genocidio, sin la existencia de una incitación directa o indirecta, por parte del autor, a la comisión de delitos motivados por circunstancias discriminatorias, no debe ser castigada por el Código Penal⁶².

Por lo tanto, dichas expresiones negacionistas, aun cuando abiertamente se enfrenten al sistema democrático y a la esencia misma de la Constitución⁶³, constituyen un ejercicio legítimo de libertad de expresión, pues, de lo contrario, se estaría castigando la mera transmisión de ideas, que es lo que venía a tipificar el artículo 607.2 del CP al no exigir “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 artículo 510 CP.”⁶⁴

⁶¹ Antecedente 2º de la citada sentencia.

⁶² FJ 8º de la citada sentencia

⁶³ Esta sentencia recuerda en su FJ 4º, con cita de la STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7º, que “en nuestro sistema -a diferencia de otros de nuestro entorno- 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”.

⁶⁴ FJ 6º de la citada sentencia.

Después de una fugaz alusión a la teoría de los límites internos de los derechos fundamentales, el Tribunal recuerda que la libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de modo que no puede tipificarse como delito la mera transmisión de ideas, por execrables que sean por resultar contrarias a la dignidad humana y a nuestro sistema político⁶⁵.

Diferente es la conclusión a la que llega el Tribunal a propósito de la conducta de justificación⁶⁶ del genocidio recogida también en el artículo 607.2 del CP, la cual sí que puede el legislador penal castigar sin quebranto constitucional, siempre y cuando la justificación opere como incitación indirecta a su comisión o cuando, con la conducta consistente en perpetrar como justo el delito de genocidio, se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados colectivos que pueda concretarse en actos específicos de discriminación.⁶⁷

La sentencia, que fue respaldada por ocho de los doce magistrados que integran el Pleno, declara inconstitucional y nula la inclusión de la expresión “nieguen o” en el primer inciso del artículo 607.2 del CP. Frente a determinados argumentos que justifican que el legislador penal tipificara como delito la negación del genocidio por el peligro que

⁶⁵ FJ 6º de la citada sentencia

⁶⁶ “La justificación no implica la negación absoluta de la existencia de determinado delito de genocidio sino su relativización o negación de su antijuridicidad partiendo de cierta identificación con los autores.” FJ 7º de la citada sentencia.

⁶⁷ El reproche penal de la provocación indirecta (modalidad que en otros casos podría quedar fuera del ámbito punitivo) a los delitos de genocidio, además de estar en consonancia con los textos internacionales, se justifica por la especial afectación de tales conductas a la esencia de la dignidad de la persona, como fundamento de orden político y sustento de los derechos fundamentales. FJ 9º de la citada sentencia.

suponen estas actitudes hacia el orden público⁶⁸, el Tribunal Constitucional considera que “una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar una restricción tan radical de estas libertades” y que, por ello, “la constitucionalidad a priori de este precepto se estaría sustentando en un elemento adicional no expreso”, que es la idoneidad de estas conductas negacionistas para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo perjudicado⁶⁹.

Por ello, y como sostiene algún autor, si el Tribunal soslayara la literalidad del precepto mediante la adición de nuevos elementos no contemplados expresamente en la conducta típica, traspasaría los límites de su propia jurisdicción⁷⁰. Así lo expresa también el propio TC: “No es desde luego cometido de este Tribunal depurar técnicamente las leyes, evitar duplicidades o corregir defectos sistemáticos, sino sólo y exclusivamente velar por que no vulneren la Constitución”⁷¹.

c) Caso Librería *Kalki*: STS 259/2011 de 12 de abril

La presente sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto contra la resolución dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona el 28 de septiembre de 2009, por la cual se condenó a cuatro acusados por un delito de difusión de ideas genocidas (artículo 607 CP), delito con ocasión del ejercicio de los Derechos

⁶⁸ SUÁREZ ESPINO, M.L., “Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio”, *InDret: Revista para el análisis del derecho*, núm. 2, Madrid, 2008, p. 4

⁶⁹ FJ 8º de la citada sentencia.

⁷⁰ BILBAO UBILLOS, J.M., “La negación de un genocidio no es una conducta punible (Comentario a la STC 235/2007)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, Madrid, 2009, p. 337

⁷¹ FJ 9º de la citada sentencia

fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución (artículo 510 CP) y asociación ilícita (515 CP).

Según los hechos probados, se había procedido a la distribución y venta, a través de una librería situada en Barcelona, de una serie de publicaciones en las que, entre otros contenidos, se disculpaban los crímenes cometidos por los nazis durante la Segunda Guerra Mundial contra el pueblo judío, se propugnaba la restauración de regímenes totalitarios basados en la raza y se atacaba a minorías como homosexuales, extranjeros y personas con deficiencias psíquicas⁷².

El Tribunal Supremo (TS), finalmente, falla la absolución de los cuatro acusados de los delitos por los que habían sido condenados, reduciendo así la aplicabilidad de los tipos penales mencionados y tomando como base una interpretación de los hechos muy distinta a la realizada por la Audiencia Provincial de Barcelona⁷³.

El TS hace un repaso a la doctrina constitucional establecida en pronunciamientos como la STC 214/1991, de 11 de noviembre o la STC 235/2007, de 7 de noviembre. De ellas se desprende, en palabras del TS, que “si bien la libertad ideológica y la libertad de expresión protegen la libre expresión de ideas, incluso aunque resulten rechazables y molestas (...), no alcanza a cobijar bajo su protección la utilización del menosprecio y el insulto contra personas o grupos (...). Se oponen a ello el derecho a la dignidad, el derecho a la igualdad y el derecho al honor.”⁷⁴

⁷² FJ 1º de la citada sentencia.

⁷³ CUEVA FERNÁNDEZ, R., “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*, núm. 2, Barcelona, 2012, p. 101.

⁷⁴ FJ 1º apartado sexto de la presente sentencia.

Sin embargo, la tipicidad de las conductas previstas en el artículo 607.2 del Código Penal, en coherencia con el principio de intervención mínima del derecho penal, no se colige directamente de la superación de los límites de los ámbitos protegidos por las libertades ideológica y de expresión, sino solo cuando la difusión de ideas violentas “implique un peligro cierto de generar un clima de hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de violencia (...)”⁷⁵. En otras palabras, para que el bien jurídico se vea dañado por tales conductas, sería preciso que el autor “no solo facilitara la publicidad y el acceso de terceros sino que, además, pudiera (...) mover sus sentimientos primero y su conducta después en una dirección peligrosa para aquellos bienes jurídicos protegidos”⁷⁶, reservando así la sanción penal para los ataques más graves.

Sobre la base de esta interpretación, a pesar de que la mayoría de las expresiones recogidas en los hechos probados tienen un contenido negativo y vejatorio hacia colectivos minoritarios claramente identificados, “no por ello dejan de ser simples opiniones subjetivas protegidas por el derecho a la libertad de expresión, sin que necesariamente ingresen en el campo delictivo descrito en el artículo 607.2 del CP”⁷⁷. Según el TS, únicamente se estaría procediendo a poner estos soportes documentales a disposición de los usuarios, sin que, aunque contengan alguna forma de justificación al genocidio, se aprecie una incitación directa o indirecta a la violencia que suponga un peligro cierto de concreción de actos violentos.⁷⁸

⁷⁵ FJ 1º apartado séptimo de la presente sentencia.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*.

No obstante, como señala el voto particular del Magistrado Martínez Arrieta, la naturaleza de estos tipos penales se corresponde con el tipo de peligro, el cual, no exige la concreción del daño material sobre el bien jurídico, sino la posibilidad de que tal daño se pueda ocasionar a partir de un mensaje cuyo contenido se identifica con el discurso de odio, el cual lleva implícito el peligro al que se refiere el tipo. Si, según la interpretación del Tribunal Supremo, la tipificación penal de las conductas de justificación del holocausto precisa la creación de un peligro real para el bien jurídico que se protege, “quizás (...) el Derecho Penal habrá llegado muy tarde”⁷⁹.

La no subsunción de la conducta de los acusados en el artículo 607.2 del CP viene fundamentada por una interpretación de este precepto por parte del TS que exige la concreción de un efectivo daño a los sujetos protegidos, interpretación basada en la STC 235/2007, de 7 de noviembre⁸⁰. Las expresiones de los acusados, como se establece en el voto particular, se enmarcan en el discurso de odio y tienen, por la contundencia del contenido agresivo que se emplea, unos efectos concretos de provocación e incitación al odio sobre el público al que se dirigen, no pudiendo quedar amparados en el ámbito de la libertad de expresión y debiendo dar lugar a la aplicación del artículo 607.2 del CP ⁸¹.

⁷⁹ F J 1º del Voto particular del Magistrado Martínez Arrieta

⁸⁰ Dicha interpretación, a juicio del Magistrado Martínez Arrieta, se basaría en la argumentación dada en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la cual para considerar la legítima la sanción penal, además de la difusión de ideas o doctrinas, es preciso una incitación indirecta a la comisión del genocidio.

⁸¹ FJ 1º del Voto particular del Magistrado Martínez Arrieta

Del estudio de las sentencias hasta aquí expuestas, destacan algunas interpretaciones jurisprudenciales importantes en el tratamiento del discurso de odio que van a definir la línea seguida por los Tribunales, previa a la reforma del CP operada por la LO 1/2015.

En primer lugar, en el Caso de Violeta Friedman, que puede considerarse el primer suceso famoso en relación con el discurso de odio a pesar de que las conductas enjuiciadas no reciban tal denominación, el TC limita la libertad de expresión en favor de una ampliación del abanico de protección del derecho al honor contra ataques proferidos hacia minorías sociales, reconociéndoles legitimación procesal siempre que éstas sean perfectamente identificables en la sociedad. Asimismo, establece que el problema suscitado ha de examinarse a partir de una labor ponderadora de derechos, en donde la libertad de expresión únicamente prevalecerá cuando se ejercite en conexión con asuntos de interés general y contribuya, en consecuencia, a la formación de la opinión pública libre⁸². Del análisis de las declaraciones del demandado, considera el TC que “las afirmaciones, dudas y opiniones sobre la actuación nazi quedan amparadas por la libertad de expresión (...), pues son opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos”⁸³.

Ya en vigor el Código Penal de 1995, el Tribunal Constitucional, en el Caso Librería Europa, declaró inconstitucional la tipificación penal de las conductas que nieguen el genocidio pues son opiniones sobre hechos históricos que, por deleznales que resulten, merecen quedar amparadas por la libertad de expresión, siempre que no inciten al odio, discriminación, hostilidad o violencia. Entiende el TC que de la mera negación del delito

⁸² STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ. 6º

⁸³ STC 214/1991, FJ. 8º

de genocidio no puede afirmarse objetivamente una pretendida creación de un clima social de hostilidad, ni tampoco que toda negación sea *per se* capaz de conseguirlo⁸⁴.

Basándose en las consideraciones que realiza el TC en esta sentencia sobre las conductas justificadoras del genocidio, las cuales son castigadas legítimamente por el legislador penal por cuanto suponen una incitación indirecta a la perpetración de conductas delictivas⁸⁵, el TS, en el caso de la Librería *Kalki*, entiende que “la incitación indirecta” y “el peligro cierto”, son ambos requisitos indispensables para aplicar los artículos 510.1 y 607.2 del CP, negando que las afirmaciones injuriosas o la difamación colectiva, por sí solas, puedan configurar un delito.

De todo lo anteriormente expuesto, podemos observar cómo la jurisprudencia anterior a la reforma del CP orienta la labor ponderadora de derechos hacia una concreción de las conductas protegidas por la libertad de expresión a partir de los preceptos penales introducidos por el Código Penal de 1995, pues un exceso en el ejercicio de este derecho puede suponer una colisión con otros bienes jurídicos que justificaría el recurso a la sanción penal. Por ello, la exclusión de conductas expresivas del ámbito de protección de la libertad de expresión opera mediante la búsqueda de un nexo causal entre una serie de posiciones ideológicas intolerantes y la posibilidad de que éstas se orienten hacia conductas hostigadoras contra grupos vulnerables⁸⁶.

⁸⁴ STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ. 8

⁸⁵ STC 235/2007, FJ. 9

⁸⁶ CUEVA FERNÁNDEZ, R., “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*, núm. 2, Barcelona, 2012, p. 106.

En la jurisprudencia estudiada se pretende buscar este elemento de conexidad causal, elevando en la STS 259/2011 de 12 de abril el recurso penal a la concreción del peligro sobre los ciudadanos. Esta elevación del nivel del peligro exigido para conceder la protección penal supone, para algunos autores, una vulneración del principio de seguridad jurídica que puede ser consecuencia de una deficiente taxatividad en la redacción de los tipos⁸⁷.

5. Las primeras interpretaciones jurisprudenciales del artículo 510 CP.

a) STS 72/2018 de 9 de febrero

La presente sentencia resuelve el recurso de casación presentado contra la dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional el 26 de enero de 2017, por la cual se condenaba al acusado, en base a unas declaraciones publicadas en la red social Twitter[®]⁸⁸, por los delitos de enaltecimiento del terrorismo y de incitación al odio, contemplados respectivamente en los artículos 578 y 510 del Código Penal⁸⁹.

El TS resuelve la impugnación de la resolución dictada por la Audiencia Nacional a partir de un análisis de los elementos que han de darse en el supuesto de hecho para que esos tipos penales resulten de aplicación. Por un lado, la conducta de enaltecer o justificar

⁸⁷ GASCÓN CUENCA, A., “Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, Valencia, 2012, p.338.

⁸⁸ Se declaran como hechos probados la publicación, entre otros, de los siguientes comentarios en las dos cuentas de la red social Twitter del acusado: En fecha 30 de diciembre de 2015 “Y 2015 finalizará con 56 asesinadas, no es una buena marca pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos esa cifra, gracias”, en fecha el 31 de diciembre de 2015 “ya tengo los explosivos preparados para esta noche liarla en Sol, Feliz Año, Alá es grande”, en fecha 10 de enero de 2016 “ya no se ven atentados como los del 11S, estos de la Yihad no valen, si van a masacrar a alguien que lo hagan con estilo, vuelve Bin Laden”. Antecedente de hecho 1º de la citada sentencia.

⁸⁹ *Ibíd.*

al terrorismo requiere la “mera expresión laudatoria de actos terroristas o de sus autores (...), ahora bien, se requiere una cierta concreción de lo que se enaltece o justifica de manera que suponga no un comentario genérico, sino una justificación del acto o de la banda terrorista”⁹⁰.

Sobre esa base, el TS considera que, en las manifestaciones del acusado que se refieren a la existencia de un atentado en Madrid y al deseo de un mejor estilo en los actos terroristas, no concurre la suficiente intensidad para que se produzca la verificación del delito de peligro contemplado en el artículo 578⁹¹. En palabras del TS “son expresiones demasiado genéricas desprovistas de un contenido terrorista (...) y su contenido se incluye dentro del delito más genérico del artículo 510”⁹².

Por su parte, el artículo 510 del CP, requiere para su aplicación “la constatación de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso de odio, pues esa inclusión ya supone una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia o discriminación”⁹³. En la medida en que el autor vierte expresiones vejatorias, de carácter agresivo y discriminatorio sobre las mujeres, y, particularmente, sobre las que han sido víctimas de un maltrato físico, es constatable el contenido propio del discurso de odio.

Respecto al dolo requerido por ambos preceptos, es suficiente la concurrencia de un dolo básico que se verifica con la constatación de la voluntariedad del acto. En este

⁹⁰ FJ único de la citada sentencia.

⁹¹ Para que se verifique la subsunción de los hechos en este tipo penal se precisaría de la concreción del destinatario del acto que se enaltece o de la figura que se pretende reivindicar.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*.

sentido, el relato fáctico refiere la publicación de los mensajes en distintas fechas, lo cual permite corroborar que la conducta es voluntaria y no se trata de una reacción momentánea ante una concreta circunstancia.

Consecuentemente, el acusado es absuelto del delito de enaltecimiento del terrorismo, manteniendo la condena por delito de incitación al odio, con la aplicación del tipo agravado previsto en el artículo 510.3 CP, por llevarlo a cabo a través de Internet.

b) Auto 72/2018 de 28 de junio, TSJ de Cataluña

Este Auto procede a inadmitir la querrela interpuesta por el Ministerio Fiscal contra un diputado del *Parlament* de Cataluña por un presunto delito de odio, previsto y penado en el artículo 510 CP.

Los hechos que llevan a interponer la querrela al Ministerio Fiscal son unos mensajes publicados los días 2 y 3 de octubre en la cuenta de Twitter del acusado, con los que se pretendía que los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil, que se hallaban en aquel momento alojados en diversos hoteles de Cataluña con el fin de asegurar el orden público, fueran expulsados de ellos pues se trataba de “represores que agreden a pacíficos demócratas”⁹⁴.

Con mención expresa a la STS 72/2018 de 9 de febrero, el TSJ de Cataluña recuerda que “el elemento nuclear del hecho delictivo recogido en el artículo 510 del CP consiste en la expresión de epítetos, calificativos o expresiones que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica”. Dichas expresiones han de ser, por tanto, calificadas

⁹⁴ FJ. 2º 1. Auto 72/2018 de 28 de junio, TSJ de Cataluña.

como discurso de odio para entender implícito el peligro sobre el cual se halla estructurado el artículo 510 del CP⁹⁵.

El TSJ señala a este respecto que no constituye delito de odio cualquier expresión de hostilidad difundida públicamente contra personas pertenecientes a un colectivo o grupo social identificable⁹⁶. No cualquier grupo social ha de ser calificado como víctima del discurso de odio, sino que es preciso verificar la vulnerabilidad del colectivo, por la cual sean merecedores de una especial protección por parte del legislador penal. Además, respecto a la motivación ideológica del discurso de odio señalada por el Ministerio Fiscal como alentadora de las expresiones de hostilidad del querellado, entiende el TSJ que la razón de ser del tipo penal requiere que la motivación se encuentre en la ideología de los destinatarios de los mensajes de odio, independientemente de la que ostente el autor⁹⁷.

Por todo ello, el TSJ considera que las expresiones que el Fiscal atribuye al querellado, enjuiciadas en sí mismas, “no reúnen las características propias de un discurso de odio propio del delito del artículo 510 del CP”⁹⁸.

c) STS 646/2018 de 14 de diciembre

En el presente pronunciamiento se procede a resolver el recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional, de fecha 21 de julio de 2017, la cual condenó al acusado, en base a unas publicaciones en la red social Twitter,

⁹⁵ FJ. 3º Auto 72/2018 de 28 de junio, TSJ de Cataluña.

⁹⁶ En este sentido, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), recuerda que “hay formas de expresión que ofenden, perturban o trastornan, pero que, por sí mismas, no constituyen incitación al odio”. Recomendación General núm. 15, de 8 de diciembre de 2015, relativa a la lucha contra el discurso de odio.

⁹⁷ FJ. 5º del citado auto.

⁹⁸ *Ibidem*.

a un delito de enaltecimiento del terrorismo contemplado en el artículo 578 del Código Penal⁹⁹.

El Tribunal Supremo, para dar respuesta al motivo de casación por el cual se alega una infracción del artículo 578 del CP, realiza un análisis de los tipos penales previstos en los artículos 510, 578 y 579, siendo el primero un delito genérico, que es considerado arquetipo del discurso de odio, y los otros dos delitos específicos, encuadrados en el ámbito del terrorismo.

En cuanto a la tipicidad de los delitos de odio, señala el TS que la jurisprudencia del TC, a excepción de la STC 235/2007, no requiere la generación de un peligro sobre las víctimas a consecuencia del discurso. Sobre la base de esta premisa, ni el artículo 510 ni el 578 del CP requerirían una generación de una situación concreta de peligro, aunque sí una conducta apta para la generación de esta. Por otro lado, en el caso de las conductas de provocación al, o apología del, terrorismo previstas en el artículo 579, sí es requerido un cierto riesgo, sea concreto, abstracto o hipotético.

La necesaria labor ponderadora que ha de realizar el Tribunal requiere valorar el contexto circunstancial en que se han emitido los comentarios. Así, elementos como el contenido del mensaje, la intención, el impacto del texto y la proporcionalidad de la sanción han de ser tenidos en cuenta con el fin de evitar una desmesura en la aplicación de los preceptos penales¹⁰⁰.

⁹⁹ El acusado publicó, entre otros, los siguientes comentarios: El día 2 de mayo de 2013 “Y me hundo... como la nuca de Miguel Ángel Blanco”, el día 17 de junio de 2014 “Quiero una *selfie* con la nuca de Miguel Ángel Blanco”, el día 7 de enero de 2015 “En vez de tirotear Charlie Hebdo ya podrían haber ido a la redacción de El Mundo o El País, mucho más productivo”. Antecedente de hecho 1º de la presente sentencia.

¹⁰⁰ FJ único de la STS 646/2018, de 14 de diciembre

En este sentido, el TS procede a absolver al recurrente del delito de enaltecimiento del terrorismo por el que había sido penado, ya que la escasa difusión, el leve impacto causado y la irreal llamada a la violencia (en la medida en que se apela a organizaciones terroristas ya desaparecidas), hacen que la sanción penal resulte desproporcionada en relación con el acto enjuiciado.

De la jurisprudencia hasta aquí expuesta, se constata la reiterada labor ponderadora que los Tribunales venían aplicando desde antes de la reforma del Código Penal de 2015. Para ello, generalmente, se verifican los elementos que han de darse para incurrir en un discurso de odio pues, como reiteradamente se ha establecido, “no todo mensaje inaceptable o que ocasiona rechazo en la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo”. El recurso a la sanción penal, en palabras del TC, “requiere una colisión con otros bienes jurídicos que se revelen acreedores de una mayor protección”¹⁰¹.

Por ello, a pesar del inicial temor sobre el riesgo de una desnaturalización del derecho a la libertad de expresión consecuencia del adelantamiento de la barrera punitiva en la reforma del CP, la mayoría de las resoluciones judiciales son cautas en la aplicación de los tipos penales, pues analizan pormenorizadamente la concurrencia de los requisitos que caracterizan los delitos de odio y las circunstancias en las que se ha producido la conducta a enjuiciar.

Es cierto que, de los anteriores pronunciamientos, se percibe una proliferación del uso de las redes sociales con finalidades abusivas, como vía de difusión de ideas que incitan al odio contra colectivos vulnerables o que enaltecen y justifican actuaciones terroristas, ya que los usuarios, amparados en el anonimato o en pseudónimos, pueden

¹⁰¹ FJ único de la STS 646/2018, de 14 de diciembre

considerar que están relativamente protegidos de las consecuencias penales que pueden acarrear sus actos.

Sin embargo, es conveniente tener en cuenta que el uso generalizado de Internet y de espacios de opinión por parte de la sociedad, necesariamente contendrán expresiones ofensivas o hirientes, pero que éstas, en una sociedad democrática, no pueden dar lugar a la censura penal en todo caso. En este punto radica la importancia del análisis de las circunstancias concurrentes en cada suceso, pues no ha de olvidarse que los delitos de odio son “delitos circunstanciales” que han de ser interpretados de forma proporcional al contexto en el que se han producido¹⁰².

6. El “Test de Estrasburgo” como respuesta del TEDH.

Como se ha podido evidenciar a lo largo del presente trabajo, las aportaciones jurisprudenciales del TEDH en materia de discurso de odio han sido decisivas. En sus múltiples resoluciones judiciales, este tribunal se ha mostrado contrario a la protección de aquellas expresiones que alientan al odio, dada su incompatibilidad con los principios y valores que inspiran el CEDH. Sin embargo, la exclusión de este fenómeno de la protección dispensada por la libertad de expresión opera con razonamientos jurídicos prudentes y cautelosos¹⁰³.

La protección que dispensa el TEDH frente al discurso de odio se realiza mediante la imposición de límites al ejercicio del derecho de la libertad de expresión contemplados en el artículo 10.2, en combinación con el artículo 17 del CEDH. Este último precepto

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ QUESADA ALCALÁ, C., “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*, núm. 30, España, 2015, p. 12.

pretende imposibilitar que “se extraiga del Convenio un derecho que permita realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos y libertades reconocidos en el convenio” y ello ocurre cuando el demandante invoca la libertad de expresión con el propósito de atacar la tolerancia, paz social y no discriminación, valores en los que se fundamenta el CEDH¹⁰⁴. Se trata de un supuesto típico de abuso de derecho según la Corte de Estrasburgo.

Cuando el TEDH analiza las restricciones de la libertad de expresión desde la perspectiva del artículo 10.2 del CEDH, dicta una sentencia desestimatoria de la demanda si las medidas nacionales impuestas son compatibles con el Convenio en atención a las condiciones establecidas por este precepto, o una sentencia estimatoria si considera la injerencia estatal en la libertad de expresión como una violación del marco normativo del CEDH.

La superación de los requisitos establecidos por el artículo 10.2 del CEDH, que configuran el denominado “test de Estrasburgo”, requiere que la medida restrictiva esté prevista por la ley, que la limitación esté justificada por alguno de los fines establecidos en el apartado 2 del artículo 10 del Convenio y, por último, que sea una medida necesaria en una sociedad democrática¹⁰⁵. Las dos primeras condiciones, que se resuelven sin mayores complicaciones dado que “únicamente requiere efectuar (...) un juicio de mero

¹⁰⁴ STEDH de 20 de octubre de 2015, Caso *M’Bala M’Bala* contra Francia, FJ. 32 y 33.

¹⁰⁵ SERRANO MAÍLLO, I., “El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Dos casos españoles.”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, Madrid, 2011, p. 582.

contraste entre elementos ya dados”, difieren del mayor análisis que el TEDH dedica a la última de ellas¹⁰⁶.

Además, el examen que el TEDH realice de la superación de los criterios anteriormente establecidos permite evaluar, no solo el contenido de un mensaje que es susceptible de ser subsumido en los parámetros que identifican a una expresión como discurso de odio, sino también los elementos contextuales respecto a los cuales ha de ser enjuiciado¹⁰⁷.

a) Prevista por la ley

Implica la exigencia de que la medida adoptada por las autoridades estatales tenga una base legal en el derecho interno. Considerando las distintas tradiciones jurídicas que poseen los países adscritos al Convenio, el TEDH no centra su exigencia en el aspecto formal, sino en la accesibilidad y previsibilidad de la ley¹⁰⁸. Es decir, para cumplir este requisito es necesario que la ley sea lo suficientemente accesible para el ciudadano y que, además, el derecho interno se formule con la precisión suficiente como para permitir a las personas afectadas prever las consecuencias de sus actos¹⁰⁹.

¹⁰⁶ GAY FUENTES, C., “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión y su aplicación el Tribunal Constitucional español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 120, España, 1989, p. 267.

¹⁰⁷ VALIENTE MARTÍNEZ, F., “Análisis de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el discurso del odio”, *Revista de la Asociación Española de la Comunicación*, vol. 6, núm. 12, Madrid, 2019, p. 236.

¹⁰⁸ MAGDALENO ALEGRÍA, A., *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado Social y democrático de Derecho*, Madrid, 2006, p. 279-283.

¹⁰⁹ LÓPEZ ULLA, J.M., “Libertad de expresión y discurso del odio”, *Fragmentum*, núm. 50, Cádiz, 2017, p.149.

b) Objetivo legítimo

Únicamente son objetivos legítimos aquellos que se encuentren previstos en el artículo 10.2 del CEDH¹¹⁰.

Algunos autores consideran que la lista que enumera este precepto se caracteriza por “su excesiva amplitud y por el empleo de nociones ambiguas”, que hace que resulte relativamente sencillo clasificar cualquier medida limitativa en uno de los supuestos enumerados¹¹¹.

c) Necesidad de la injerencia en una sociedad democrática

Esta última condición es sin duda la más conflictiva y en ella se cifra la resolución de la mayoría de los litigios planteados ante el Tribunal¹¹². Hace referencia a dos aspectos esenciales: la necesidad de la injerencia estatal y la proporcionalidad entre la medida y el objetivo que se pretende conseguir con la limitación del derecho fundamental¹¹³.

De un lado, en cuanto a la necesidad de la injerencia (que no puede entenderse como sinónimo de “imprescindible” pero tampoco de meramente “útil” ú “oportuna”), se desprende de la reiterada jurisprudencia del TEDH que la medida debe responder a una

¹¹⁰ Esto es, según el artículo 10.2 del CEDH, 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.

¹¹¹ SERRANO MAÍLLO, I., “El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Dos casos españoles.”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, Madrid, 2011, p. 583.

¹¹² GAY FUENTES, C., “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión y su aplicación el Tribunal Constitucional español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 120, España, 1989, p. 268.

¹¹³ SERRANO MAÍLLO, I., “El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Dos casos españoles.”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, Madrid, 2011, p. 583.

“necesidad social imperiosa”. Esta necesidad debe estar relacionada con el pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras¹¹⁴.

De otro lado, la proporcionalidad de la injerencia al fin perseguido implica no imponer restricciones más allá de lo debidamente necesario y mantener un justo equilibrio entre los intereses en juego (el derecho del individuo que se pretende restringir por un lado y el fin que persigue el Estado con esa restricción por el otro). Para estimar la proporcionalidad, el TEDH valora si existen medios menos gravosos que la vía penal, con los cuales pueda lograrse el mismo fin¹¹⁵. Además, con el fin de verificar un cierto equilibrio de los intereses en juego, se tienen en cuenta las circunstancias que contextualizan el caso concreto, como el tono o la intención del conjunto del discurso, la repetición de las manifestaciones o el impacto que éstas provoquen en la sociedad¹¹⁶.

Una vez expuestos los criterios que sigue el TEDH para analizar la legitimidad de las injerencias estatales en casos de “*hate speech*” o discurso de odio, es importante constatar que, a través del test de Estrasburgo, se configura un patrón común para abordar el enjuiciamiento de las medidas adoptadas por todos los estados parte del CEDH, con sus respectivas legislaciones y tradiciones jurídicas. Por ello, es posible encontrar una cierta “complejidad en el diálogo entre los tribunales nacionales ordinarios, los tribunales constitucionales y supremos y el TEDH”, que en algunos casos se traduce en correcciones a ciertas decisiones judiciales¹¹⁷.

¹¹⁴ STEDH de 7 de diciembre de 1976, Caso *Handyside* contra Reino Unido, FJ.49.

¹¹⁵ *Ibídem*.

¹¹⁶ LÓPEZ ULLA, J.M., “Libertad de expresión y discurso del odio”, *Fragmentum*, núm. 50, Cádiz, 2017, p.150.

¹¹⁷ VALIENTE MARTÍNEZ, F., “Análisis de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el discurso del odio”, *RAEIC, Revista de la Asociación Española de la Comunicación*, vol. 6, núm. 12, Madrid, 2019, p. 232-233.

Pasaremos a continuación a analizar dos sentencias dictadas por el TEDH en materia de discurso de odio, ambas relevantes por su importante contribución jurisprudencial a efectos de identificarlo, siendo la segunda de ellas especialmente remarcable, por incidir de forma directa en la interpretación que los tribunales españoles venían realizando de la restricción de la libertad de expresión en un ámbito de debate político o de cuestiones de interés general, con la consiguiente condena al Estado español por violación del artículo 10 del CEDH.

En la primera de ellas, la STEDH de 16 de julio de 2009, Caso *Féret* contra Bélgica¹¹⁸, el Tribunal reconoce que, para que se incurra en incitación al odio y, por tanto, la conducta no quede amparada por la libertad de expresión no se requiere necesariamente el llamamiento a un acto de violencia, ni a otro acto delictivo, sino que “los ataques que se cometen contra las personas al ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población (...) son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable”¹¹⁹.

Además de la evolución jurisprudencial que supone la referida interpretación para el TEDH, en este pronunciamiento se concede particular importancia al soporte y contexto que el demandado utilizó para difundir las palabras incriminadas, pues la difusión del mensaje y, por tanto, el impacto sobre el orden público en el marco de una campaña electoral amplificó su efecto al tornarse en un discurso racista y xenófobo más dañino. No obstante, el Tribunal no niega que se puedan defender públicamente opiniones que ofenden, chocan o inquietan, que constituyen ejercicio legítimo de la libertad de

¹¹⁸ En esta sentencia, un diputado de la cámara de representantes de Bélgica publicó una serie de octavillas que contenían elementos que incurrían en incitación si no a la violencia, a la discriminación y al odio contra los inmigrantes. STEDH de 16 de julio de 2009, Caso *Féret* contra Bélgica, FFJJ. 69 y 70.

¹¹⁹ STEDH de 16 de julio de 2009, Caso *Féret* contra Bélgica, FJ. 73.

expresión, pero deberán hacerlo evitando promover conductas sociales hostiles y discriminatorias hacia ciertos individuos o grupos vulnerables¹²⁰.

Por otro lado, en la STEDH de 15 de marzo de 2011, Caso Otegui contra España, el TEDH recuerda que no todas las expresiones hostiles o hirientes merecen ser calificadas y perseguidas como discurso de odio¹²¹. En este sentido, al no quedar constatado que a través de las declaraciones del demandado se desencadenara un llamamiento a la violencia contra cualquier persona o grupo de personas, no se considera subsumible en un supuesto de discurso de odio, dando, en este caso, importancia al elemento de incitación a la violencia¹²².

Además, el TEDH alude en su pronunciamiento a los límites que, mínimamente, operan sobre la libertad de expresión de forma inexcusable también en el contexto de un debate de interés público, los cuales permiten cierta dosis de exageración o provocación, siempre y cuando se constate la inexistencia de una exhortación a la violencia¹²³.

Posteriormente, al objeto de verificar la proporcionalidad de la injerencia en la libertad de expresión, se destaca que la naturaleza y dureza de las penas son elementos que deben tenerse en cuenta, demostrando la contención en el uso de la sanción penal¹²⁴. En este sentido, este órgano considera que “una pena de prisión impuesta por una

¹²⁰ *Ibidem*, FFJJ. 76 y 77.

¹²¹ El demandante, portavoz del grupo parlamentario de la izquierda independentista vasca, fue condenado por el TS a un año de prisión por un delito de injurias graves al Rey en base a unas declaraciones de rueda de prensa en las que se afirmaba, entre otras cosas, que “el Rey de España es responsable de los torturadores (...) e impone su régimen monárquico mediante la tortura y la violencia”. STEDH de 15 de marzo de 2011, Caso Otegui contra España, FFJJ. 7 y 10.

¹²² STEDH de 15 de marzo de 2011, Caso Otegui contra España, FJ. 54.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ *Ibidem*, FJ.58.

infracción cometida en el ámbito del discurso político solo es compatible con la libertad de expresión (...) en circunstancias excepcionales, (...) como en la hipótesis de la difusión de un discurso de odio”¹²⁵.

Gran parte de las críticas dirigidas a este pronunciamiento operan sobre la interpretación que el TEDH realizó de los hechos, omitiendo la consideración de algunos elementos contextuales importantes como la vinculación del demandante con ETA o el ambiente de violencia en el País Vasco. Estos elementos impedirían tratar el caso como una disputa política ordinaria y posibilitarían valorar la incitación indirecta a la violencia y al odio que podrían subyacer en las declaraciones del demandado, considerando éstas como un ejemplo claro de discurso de odio¹²⁶.

¹²⁵ *Ibidem*, FJ.59.

¹²⁶ SOTO GARCÍA, M., “Los límites de la libertad de expresión en el debate político”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 42, Madrid, 2012, p.589 y SERRANO MAÍLLO, I., “El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Dos casos españoles.”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, Madrid, 2011, p. 595.

IV. CONCLUSIONES

1. A pesar de que numerosa doctrina y jurisprudencia ha contribuido a esclarecer y a profundizar en el estudio del concepto del discurso de odio, la dificultad para determinar la concurrencia de dicho fenómeno en la práctica ha sido patente a lo largo de los años.

Y es que esclarecer y deslindar las manifestaciones y expresiones que merecen ser encuadradas bajo tal fenómeno de las que constituyen un ejercicio legítimo de la libertad de expresión, no se trata de una problemática puramente terminológica.

2. Algunos elementos como la subjetividad que acompaña a la valoración de las ofensas, por parte tanto del individuo que incurre en el exceso expresivo, como de la víctima objeto de tal discurso; la cobertura que, en ciertas circunstancias, otorgan los elementos contextuales; y, finalmente, que los tipos penales que persiguen el discurso de odio se configuren como delitos de peligro (con la intrínseca conflictividad que supone determinar, exactamente, cuál es la capacidad real de un mensaje de influir en el comportamiento de sus receptores hacia actuaciones ilícitas) pueden generar controversia e incrementan la importancia de la labor ponderadora de derechos fundamentales que ha de llevarse a cabo por los Tribunales. Sobre todo si, como es el caso, se trata de limitar el ejercicio de un derecho fundamental e imponer una sanción penal.
3. Todos estos elementos de dificultad añadida a los que han de enfrentarse los Tribunales se han traducido en ciertas diferencias y correcciones a la hora de valorar la potencialidad del riesgo que supone el discurso de odio. Tales diferencias han sido patentes entre el TEDH y los tribunales españoles, al hilo del diverso modelo de democracia asumido. Y es que el de democracia militante ligado al CEDH, impone una adhesión positiva al ordenamiento jurídico, que difiere sustancialmente del defendido por nuestra Constitución. El TC ha subrayado a este respecto que, “al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer (...), incluso las que ataquen al propio sistema democrático” (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ. 2º).
4. En concreto, cabe destacar el diferente tratamiento dispensado frente a la negación del genocidio, concretamente el del holocausto judío. El TEDH lo excluye, generalmente, del derecho fundamental a la libertad de expresión, afirmando que estas actitudes van en contra de los valores fundamentales de la Convención. El TC considera, en cambio, a partir de sus SSTC 214/1991 y 235/2007, que la simple negación, sin incitación directa o indirecta a la comisión de delitos, no ha de ser perseguida por el derecho penal, pues son “opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos”. (STC 214/1991 de 11 de noviembre, Caso Violeta Friedman, FJ. 8).

5. Lo anterior no ha impedido, sin embargo, que tanto a nivel nacional como europeo se haya mostrado una actitud beligerante frente a este fenómeno, dadas las consecuencias nocivas que puede generar en la sociedad. Y es que, aunque hay una clara diferencia entre palabras y conductas, es bien sabido que las palabras fácilmente pueden inducir a conductas, reacciones (en ocasiones violentas) e incluso creencias prejuiciosas que, consecuentemente, repercutan en la vida y desenvolvimiento social de aquellos grupos protegidos. Es ello lo que se pretende evitar cuando muchas legislaciones actuales se comprometen a regular la persecución penal de los discursos de odio, es decir, los delitos de odio.

Concretamente, la extensa regulación de este tipo de delitos en España, a pesar de que, como hemos visto, no está exenta de críticas, ha intentado adaptarse a las circunstancias sociales actuales a través de la reforma operada por la LO 1/2015. Ésta ha posibilitado el enjuiciamiento de los crímenes de odio cometidos a través de Internet y es que, actualmente, las redes sociales se están revelando como un desafío serio a la hora de afrontar el discurso de odio y dotar de una protección prudente a la libertad de expresión.

V. BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos de revista

- ALASTUEY DOBÓN, C., “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del código penal de 2015”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm.18, Zaragoza, 2016, pp. 16-23.
- BOSWEL, J., *Cristianismo, tolerancia sexual y homosexualidad*, Barcelona, 1998, Muchnik Editores SA, pp.13-14.
- BILBAO UBILLOS, J.M., “La negación de un genocidio no es una conducta punible (Comentario a la STC 235/2007)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, Madrid, 2009, pp. 323-344.
- CATALÁ I BAS, A.H., *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional. Hacia un derecho europeo de los derechos humanos*, Valencia, 2001, Ediciones Revista General de Derecho, p.189- 198.
- CONSEJO DE REDACCIÓN, “Los discursos del odio: una amenaza a la construcción democrática de la tolerancia”, *Revista de Fomento Social*, núm. 285, España, 2017, pp. 18-24.
- CUEVA FERNÁNDEZ, R., “El “discurso del odio” y su prohibición”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 35, Barcelona, 2012, pp. 438- 455.
- CUEVA FERNÁNDEZ, R., “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*, núm. 2, Barcelona, 2012, pp. 99-108.
- COMBALÍA SOLÍS, Z., “Libertad de expresión y difamación de las religiones: el debate en Naciones Unidas a propósito del conflicto de las caricaturas de Mahoma.” en R. Navarro-Valls, J.M Mantecón Sancho, J. Martínez-Torrón (coord.), *La libertad religiosa y su regulación legal*, España, 2009, Iustel, pp. 6-8.
- DÍAZ SOTO, J.M., “Una aproximación al concepto de discurso del odio”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, Colombia, 2015, pp. 77-86.
- ELIZONDO URRESTARAZU, J.I., “Discriminación racial y de origen étnico en la Europa de los derechos”, *Revista de Derechos Fundamentales*, núm. 6, Bilbao, 2011, pp. 72-80.
- ESQUIVEL ALONSO, Y., “El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 35, México, 2016, pp.14-44.

- FUENTES OSORIO, J.L., “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19, Jaén, 2017, pp. 2-16.
- GASCÓN CUENCA, A., “Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, Valencia, 2012, pp. 311-339.
- GASCÓN CUENCA, A., *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Navarra, 2016, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 387-402.
- GAY FUENTES, C., “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión y su aplicación el Tribunal Constitucional español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 120, España, 1989, pp. 264-268.
- GONZÁLEZ URIEL, D., “La religión y su juridificación (Especial consideración de la colisión entre la libertad religiosa y la libertad de expresión)”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2.209, España, 2018, pp. 16-37.
- LÓPEZ ULLA, J.M., “Libertad de expresión y discurso del odio”, *Fragmentum*, núm. 50, Cádiz, 2017, pp. 139- 158.
- MARCHENA GALÁN, S.M., “Exclusión de las instituciones como objeto del discurso del odio y alcance de la libertad de expresión”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*, núm. 34, Extremadura, 2018, pp.132-161.
- MARCIANI BURGOS, B., *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*, Perú, 2004, Palestra Editores, pp. 130-134.
- MARQUINA BERTRÁN, M., “Los delitos de odio tras la reforma penal por la LO 1/2015”, en J.I Echano Basaldua (dir.), *La reforma del Código Penal a debate*, Bilbao, 2016, Universidad de Deusto, pp. 321-376.
- MARTÍN HERRERA, D., “Libertad de expresión: ¿Derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio”, *Estudios de Deusto*, Vol. 62/2, España, 2014, pp.15-40.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M.T., “Delito de odio y libertad de expresión. Nueva redacción del artículo 510 CP dada con la Reforma del Código Penal por LO 1/2015”, Barcelona, 2015, pp. 1-15.
- PALOMINO LOZANO, R., “Libertad religiosa y libertad de expresión”, *Ius Canonicum*, Vol. 49, núm. 98, España, 2009, pp. 509-547.

- RIVAS VAÑÓ, A y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., “Orientación sexual y no discriminación: el debate en Europa”, *Temas laborales*, núm. 52, Andalucía, 1999, pp. 3-11.
- MAGDALENO ALEGRÍA, A., *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado Social y democrático de Derecho*, Madrid, 2006, Congreso de los Diputados, pp. 238-283.
- MARTÍN SÁNCHEZ, M., “La prohibición de discriminación por orientación sexual”, *Estudios de Deusto*, Vol. 58/1, Bilbao, 2010, pp. 115-134.
- QUESADA ALCALÁ, C., “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*, núm. 30, España, 2015, pp. 3-33.
- SERRANO MAÍLLO, I., “El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Dos casos españoles.”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, Madrid, 2011, pp. 581-584 y pp. 589-596.
- SOTO GARCÍA, M., “Los límites de la libertad de expresión en el debate político”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 42, Madrid, 2012, pp. 575- 591.
- SUÁREZ ESPINO, M.L., “Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio”, *InDret: Revista para el análisis del derecho*, núm. 2, Madrid, 2008, pp. 2-12.
- TERUEL LOZANO, G.M., “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm.4/2015, Murcia, 2015, pp.29-41.
- TERUEL LOZANO, G.M., “*La lucha del derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*”, España, 2016, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 23.
- VALIENTE MARTÍNEZ, F., “El discurso del odio: la justificación de lo injustificable”, en C. Langa Nuño y L. Ballesteros-Aguayo (eds.), *Movimientos populistas en Europa: la actualización del discurso totalitario en los medios de comunicación actuales y su repercusión en la opinión pública*, Madrid, 2018, Ediciones Egregius, pp. 13-25.
- VALIENTE MARTÍNEZ, F., “Análisis de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el discurso del odio”, *RAEIC, Revista de la Asociación Española de la Comunicación*, vol. 6, núm. 12, Madrid, 2019, pp. 230-249.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., “Concepto, contenido, objeto y límites de los derechos fundamentales”, en Congreso de los Diputados (ed.), *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, volumen 1, Madrid, 2002, pp. 341-347.

JURISPRUDENCIA

STC 2/1982, de 29 de enero

STC 176/1995, de 11 de diciembre

STC 105/1990, de 6 de junio

STC 214/1991, de 11 de noviembre, Caso Violeta Friedman

STC 48/2003, de 12 de marzo

STC 41/2006, de 13 de febrero

STC 235/2007, de 7 de noviembre, Caso Librería Europa

STC 259/2011, de 12 de abril, Caso Librería *Kalki*

STEDH de 7 de diciembre de 1976, Caso *Handyside* contra Reino Unido

STEDH de 8 de julio de 1986, Caso *Lingens* contra Austria

STEDH de 24 de junio de 2003, Caso *Garaudy* contra Francia

STEDH de 13 de diciembre de 2005, Caso *Timishev* contra Rusia

STEDH de 10 de julio de 2008, Caso *Soulas* y otros contra Francia

STEDH de 16 de julio de 2009, Caso *Féret* contra Bélgica

STEDH de 15 de marzo de 2011, Caso Arnaldo Otegui Mondragón contra España

STEDH de 9 de febrero de 2012, Caso *Vejdeland* y otros contra Suecia

STEDH de 20 de octubre de 2015, Caso *M'Bala M'Bala* contra Francia

STEDH de 3 de octubre de 2019, Caso *Pastörs* contra Alemania

STS 72/2018, de 9 de febrero

STS 646/2018, de 14 de diciembre

TSJ de Cataluña. Auto 72/2018, de 28 de junio

RECURSOS ONLINE

<http://www.informeraxen.es/informe-raxen-especial-2019-por-un-pacto-de-estado-contrala-xenofobia-y-la-intolerancia/> (a. 8/5/2020)

<http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/informe+2018/ab86b6d9-090b-465b-bd14-cfcdfcfebc> (a. 8/5/2020)