

EL “DISCURSO DEL ODIO” EN EL SISTEMA NORTEAMERICANO Y EUROPEO. TRATAMIENTO DEL RACISMO Y LA XENOFOBIA EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

Margarita Roig Torres

Profesora Titular de Derecho Penal
Universitat de València

Sumario: 1. Introducción. 2. El “*discurso del odio*” y la libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana. A. Doctrina de las “*fighting words*” y el “*hate crime*”. B. La exigencia de taxatividad de las normas y el “*chilling effect*”. 3. El § 130 StGB: un ejemplo de “*democracia militante*”. 4. Postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 5. Declaraciones del Tribunal constitucional. 6. Principales problemas de los tipos vigentes. 7. La lucha contra el racismo y la xenofobia en el Proyecto de reforma del Código penal. A. “*Artículo 510, apartado 1*”. B. “*Artículo 510, apartado 2*”. C. “*Artículo 510, apartados 3, 4 y 5*”. D. “*Artículo 510 bis*”. E. “*Artículo 510 ter*”.

1. INTRODUCCIÓN

Las conductas racistas o xenófobas constituyen, en realidad, un porcentaje reducido de los asuntos que resuelven nuestros Juzgados y Tribunales penales. Sin embargo, este dato numérico contrasta con la severidad que estos

comportamientos merecen en nuestro Código penal y con la marcada intolerancia del legislador frente a ellos. A su vez, esta política criminal ha generado un amplio debate en torno a la desafortunada técnica legislativa empleada en algunos tipos con el afán de no dejar ningún resquicio de impunidad frente a ese fenómeno.

Creo que huelga apuntar que tras ese rigor punitivo se encuentra el drama del Holocausto. La especial sensibilidad de la sociedad frente al genocidio nazi y la preocupación por impedir actos de fanatismo virulento explican en parte esos excesos legales.

Algunos de los campos de concentración utilizados por el nacional-socialismo tienen hoy abiertas sus puertas ofreciendo en su interior una réplica lo más fiel posible del recinto original, como un signo de reconocimiento o cesión por parte de los gobiernos actuales con el que pretenden desligarse y distanciarse por fin de aquel régimen. Pero quienes por puro interés histórico hemos visitado alguno de esos lugares hemos sentido verdadera repugnancia e incluso un rencor extremo hacia quienes pudieron realizar o apoyar semejante barbarie. Esta sensación que creo compartimos la mayoría de quienes por cualquier vía nos representamos esos actos, junto al temor de que se repitan sucesos de esa índole, ha motivado la aprobación en numerosos países de normas, a veces disparatadas también, dirigidas a combatir el racismo y la xenofobia, o más ampliamente la discriminación. Normalmente, en esas disposiciones se sancionan conductas que se estiman peligrosas en tanto pueden desencadenar actitudes hostiles, pero en algunos casos ese adelantamiento en la línea de defensa llega a producir una verdadera merma de la esencia misma de la libertad de expresión. Así sucede con la tipificación del llamado *negacionismo*¹, cuando la negación de hechos delictivos constatados como el exterminio de judíos por los nazis no va acompañada de otros factores que supongan al menos un riesgo para otros valores tutelados. Por motivos obvios, los tipos que suscitan dudas desde el prisma de la libertad de expresión son más comunes en los ordenamientos europeos que en EEUU, de suerte que la jurisprudencia norteamericana se suele usar como referente para cotejar la adecuación de los delitos contemplados en las legislaciones occidentales.

Desde luego, esta tendencia punitiva que caracteriza a la normativa europea no se puede

atribuir sólo a una lamentable tradición histórica, sino que tiene un notable peso el marco económico actual, jalonado por una fuerte crisis económica, sumándose a la ya consagrada separación entre países ricos y pobres. En este contexto surge una natural tendencia de quienes están en una situación desfavorecida de desplazarse a lugares donde hay más probabilidades de trabajo y mejora, originando a veces una reacción, menos razonable, de quienes viven allí ante la *amenaza* que suponen esos extranjeros para los puestos que *pertenece*n a los nacionales. No es inusual que en este escenario se utilice el fenómeno de la delincuencia como un arma arrojadiza contra los inmigrantes, imputándoles los índices más o menos elevados de criminalidad, o destacando las infracciones cometidas por ellos². Un ejemplo cercano lo tenemos en el caso de un alcalde de Badalona que repartió folletos donde figuraban fotografías de personas rumanas de raza gitana, acompañadas de interrogantes como ¿tu barrio es seguro?, garantizando seguridad si resultaba elegido, y quien finalmente fue absuelto del delito de provocación al odio, la discriminación y la violencia del artículo 510 CP³. O el de un concejal de Vic en Barcelona, de la Plataforma Xenófoba de Cataluña, que difundió planfletos de contenido irónico, figuradamente firmados por un colectivo de inmigrantes magrebí sin derecho de voto, pidiendo a los ciudadanos que votaran en su nombre a determinados partidos, que generosamente les habían empadronado y les daban vivienda y comida gratis, les proporcionaban papeles para todos, o que con su ley de arraigo les acogían como legales con sus familias; en cambio, no debían votar a la Plataforma indicada, que expulsaría a los ilegales, les retiraría las ayudas sociales y las viviendas protegidas, no les permitiría abrir sus tiendas y locutorios a las horas apetecidas, les obligaría a llevar seguro de coche, impediría que sus mujeres lleven hiyab o burka...⁴. De mayor magnitud, fue la actuación del gobierno francés con la expulsión masiva de miles de gitanos en el año 2010 y que le valió la amenaza de la Comisión

Europea de abrirle un expediente de infracción si no adoptaba la Directiva sobre libre circulación. Pese a ello, la política gala en materia de inmigración volvió a ocupar los titulares de los principales medios de comunicación, desencadenando duras críticas de los aliados europeos por la detención en octubre pasado de una menor Kosobar de etnia gitana durante una excursión escolar para deportarla a su país. Pero sin duda el suceso que estremeció a Europa, poniendo en tela de juicio la legislación de algunos países contra la inmigración, fue la tragedia de Lampedusa, donde fallecieron más de trescientas cincuenta personas. La presunta omisión de tres pesqueros que no se atrevieron a intentar socorrer a los naufragos, hizo centrar la mirada en la regulación italiana que penaliza como delito el auxilio a inmigrantes que pretendan entrar ilegalmente al país, sin ninguna excepción por motivos humanitarios, sucediéndose las acusaciones de racismo contra la ley Bossi-Fini que introdujo ese nuevo ilícito en el año 2002.

En el plano político actual, se está abriendo paso una estrategia que pasa por asumir ciertas propuestas de tintes xenófobos con el fin de complacer a un sector del electorado, tratando de evitar su huida hacia grupos más radicales. Un ejemplo lo tenemos en el Reino Unido, donde hace unos meses el Primer Ministro anunciaba una serie de medidas drásticas para frenar la inmigración incluso desde otros países pobres de la Unión Europea, como Bulgaria y Rumanía. También Holanda y Dinamarca han optado por reducir los derechos de los inmigrantes, e incluso Alemania se unió a la iniciativa de impedir la adhesión de Rumanía y Bulgaria al Tratado de Shengen que elimina las fronteras internas de la Unión Europea.

Ciertamente, esta es la situación, voces que rememoran el escarnio nazi, propugnando la instauración de sistemas afines, declaraciones y acciones racistas, incluso protagonizadas por dirigentes políticos, sectores sociales cada vez más dilatados que enfocan su rechazo a la inmigración contra concretos grupos minoritarios, etc. Pero es evidente también que aun

teniendo presente la tragedia del genocidio, todas esas situaciones deben resolverse dentro del estricto marco de los principios penales y constitucionales. El problema que plantea la regulación de estos delitos es que entran en liza derechos fundamentales, principalmente la libertad de expresión, y la dignidad, la igualdad y la no discriminación. Por eso, la interpretación de algunos tipos y en particular del artículo 607.2 CP ha sido sometida al juicio del Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la colisión entre esos derechos.

La declaración de inconstitucionalidad parcial de ese precepto, unida a la nueva Decisión Marco 2008/913/JAI, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, han llevado a modificar en el Proyecto de reforma del Código penal los delitos actualmente contemplados en los artículos 510 y 607.2 CP.

El objeto de este trabajo es el estudio de las normas recogidas en dicho texto, valorándolo desde esa doble perspectiva. Ahora bien, dado que la piedra angular de la controversia que envuelve a esa normativa es la libertad de expresión, dedicaré antes una parte a la delimitación de este derecho fundamental en relación con los discursos racistas, xenófobos o discriminatorios. Primero, me referiré a la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, en tanto en este terreno su doctrina sobre los límites a la libertad de expresión ha sido seguida en algunos aspectos por los Tribunales europeos. A continuación aludiré al Derecho alemán, que ha servido de modelo a otros ordenamientos para la regulación de estos delitos y cuenta también con una amplia tradición judicial sobre la frontera entre los distintos derechos implicados. Después, apuntaré la postura al respecto tanto del TEDH como del Tribunal Constitucional español. A partir de estos presupuestos analizaré la nueva regulación que se propone en el Proyecto de reforma de nuestro Código punitivo.

Con carácter previo quiero hacer algunas precisiones terminológicas. Por una parte, cabe

advertir que en las normas y resoluciones relacionadas con estas conductas no siempre se emplean los términos de modo preciso, sino que en ocasiones las expresiones, xenofobia, racismo, raza, etnia, discriminación, antisemita, etc., se identifican o superponen dando lugar a reiteraciones. En realidad, estas voces expresan hostilidad, repugnancia, odio, etc., hacia ciertas personas por ser extranjeras (xenofobia), por poseer ciertas características originales de naturaleza biológica (raza), o por pertenecer a una comunidad unida por esta afinidad racial, junto con otras lingüísticas, culturales, etc. (etnia). La discriminación, en cambio, es un concepto más amplio que abarca cualquier signo de exclusión de una persona o su tratamiento como inferior por diversos motivos, algunos de ellos recogidos en el artículo 14 de la Constitución española⁵.

Por otra parte, en este tema se habla con frecuencia del “discurso del odio”, tanto en la literatura como en las disposiciones y resoluciones judiciales. Esa expresión fue acuñada en la Recomendación R 97 (20), del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el “discurso del odio” (*Hate speech*)⁶, de 30 de octubre de 1997, estableciendo que “comprende todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la que se exprese en modo de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración”. Por otra parte, como veremos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la ha utilizado desde el caso *Erdogdu and Ince v. Turkey* de 8 de julio de 1999, e igualmente, figura en las resoluciones del Tribunal Constitucional español, donde se alude al “lenguaje del odio”⁷ y al “discurso del odio”⁸.

Sin embargo, hay que decir que esa denominación (“discurso del odio”, o “lenguaje del odio”, “delitos de odio”, etc.) no se emplea siempre con el mismo significado. Por el contrario, en ocasiones comprende las mani-

festaciones que simplemente reflejan un sentimiento de odio de quien las emite, mientras en otras se ciñe a aquellas que implican una incitación al odio, exigiendo incluso otros requisitos como la denigración de las víctimas o la instigación a la violencia; además, a veces se añade bajo ese mismo epígrafe la incitación a la discriminación o la violencia, e incluso a la hostilidad. En este sentido restrictivo se pronunció la STC 235/2007, de 7 de noviembre. En cambio, en las disposiciones internacionales prevalece la primera noción, incluyendo los mensajes que contienen odio. Por otra parte, como causas del mismo se citan motivaciones distintas, de raza, etnia, religión, ideología, etc.⁹. Además, ese discurso no sólo abarca expresiones orales, sino también escritas o gráficas. Como es evidente, la mayor o menor extensión depende del contexto en el que se expresa y, en el plano nacional, de la regulación penal de estos delitos y de la interpretación efectuada por los Tribunales de cada país.

2. EL “DISCURSO DEL ODIOS” Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA

A. DOCTRINA DE LAS “FIGHTING WORDS” Y EL “HATE CRIME”

La regulación penal de las conductas conexas al racismo y la xenofobia ha estado fuertemente mediatizada por la reminiscencia del Holocausto. La repulsa y el deseo de evitar nuevos brotes genocidas movieron a los estados europeos a aprobar numerosos delitos. Pero la ausencia de este condicionante, junto con otros factores, como el valor atribuido a la libertad de expresión en cada legislación, explica que el tratamiento de estas conductas haya sido distinto en otros ordenamientos, abriéndose una brecha inicial entre el sistema norteamericano y el europeo. No obstante, en las últimas décadas se han ido matizando

esas diferencias, al primar tanto en el Derecho continental como en el anglosajón una línea jurisprudencial que niega la sanción de los discursos meramente desagradables o repulsivos, requiriendo que puedan producir determinadas reacciones, violentas, discriminatorias, etc. De todos modos, veremos que sigue siendo mayor el espacio concedido a la libertad de expresión en EEUU, donde se sitúa en una posición preeminente frente a otros derechos constitucionales, entendiéndose que el estado sólo debe intervenir cuando exista un verdadero peligro de respuestas ilegales o violentas, frente a las normas europeas que en general siguen castigando las expresiones dirigidas a crear sentimientos de odio¹⁰.

De hecho, EEUU firmó pero no ratificó la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965, en virtud de la cual los estados parte se comprometían a adoptar una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas, incluyendo medidas legales (art. 2). La carencia de este compromiso ha permitido al estado mantenerse neutral frente al “discurso del odio”, en coherencia con la visión de la libertad de expresión predominante en la sociedad norteamericana, donde se concibe como un derecho del individuo frente al poder público, estableciendo en la Constitución la prohibición de interferencia estatal, en lugar de su deber positivo de protección¹¹. La libertad de expresión se configura, así, como “libertad negativa”, en la que la administración no debe inmiscuirse, de acuerdo con los postulados liberales de Locke, Stuart Mill, o Adam Smith, defensores de la concesión de un extenso margen a la vida privada y la libertad, a su juicio positivas para la armonía y el progreso social y que las autoridades no debían traspasar¹². En un país constitucional, señala Stuart Mill, el gobierno no puede fiscalizar la expresión de la opinión pública, no puede convertirse en un instrumento de la intolerancia general, por lo que el derecho a ejercer la coerción en materia de opinión es en sí mismo ilegítimo y nocivo,

tanto si se usa de acuerdo con la opinión pública como en contra de ella¹³.

En efecto, la Primera Enmienda de la Constitución dispone: “El Congreso no emitirá leyes restringiendo la libertad de expresión o de prensa”¹⁴. Se trata de una norma propia de la denominada democracia *no militante*, donde se estima que el estado no debe mediar ni siquiera para defender las ideas consideradas adecuadas para el juego democrático.

Desde este prisma, el Tribunal Supremo ha creado la teoría del “mercado de las ideas” (*market for ideas*), inspirada en la concepción de Stuart Mill, que supedita la obtención de la verdad a un procedimiento de ensayo y error mediante una discusión libre¹⁵. Sea cual sea la opinión, dice Mill, tanto si es acertada como equivocada, no se puede tratar de silenciar, pues este intento va en contra de la naturaleza humana. Nunca podemos estar seguros de que una determinada opinión, por más que queramos eliminarla, sea falsa. Pretender que la idea contraria es equivocada sin examinarla ni discutirla, es incurrir en una “presunción de infalibilidad”, es decir, la posibilidad de decidir en nombre de los demás sobre una cuestión sin oír lo que cabe alegar en contra¹⁶. Pues bien, partiendo de este espíritu, la tesis del “mercado de las ideas” supone que las distintas opiniones e ideas deben competir en la sociedad de forma pública, abierta y plural, de modo que ante esta oferta los ciudadanos hacen una fina discriminación al elegir entre las visiones alternativas que se les ofrecen y esta libertad de elección es la clave para alcanzar *la verdad* acerca del asunto sometido a discusión. Por el contrario, la posición paternalista del estado, aportando una verdad oficial, será siempre deficiente y conducirá a resultados perjudiciales para los ciudadanos. Esta neutralidad del poder público se contrapone al intervencionismo admitido en el mercado de los bienes¹⁷. Ahora bien, también en la obra de Stuart Mill esa postura proclive a la mayor cota posible de libertad de expresión comportaba un límite infranqueable¹⁸: queda excluido todo discurso que suponga una incitación a la violencia¹⁹.

Esta visión de la libertad de expresión se ha reflejado en el tratamiento penal de los discursos racistas o xenófobos. El Tribunal Supremo norteamericano ha ido perfilando los presupuestos necesarios para condenarlos, elaborando la doctrina de las denominadas *fighting words*.

El punto de arranque de esa tesis relativa al “discurso ofensivo” (*offensive speech*)²⁰ y las *fighting words* se inició con el caso *Chaplinski v. Hampshire* de 9 de marzo de 1942²¹. Walter Chaplinski era un testigo de Jehová que provocó la alteración del vecindario, al tachar de “timo” las religiones instituidas, mientras repartía panfletos de su confesión. Cuando el Mariscal intentó mediar en la disputa, Chaplinski le llamó “jodido timador divino” y “jodido fascista”. Fue condenado por violar una ordenanza que prohibía emitir palabras ofensivas o hirientes contra quien mantiene el orden público. El Tribunal Supremo anuló la condena argumentando que hay un grupo de expresiones que no están amparadas por la Constitución, en concreto: las obscenas, profanas, injuriosas y las *fighting words*, que definió como “las que, con su mera emisión, causan daño o tienden a incitar una inmediata ruptura de la paz”. Su uso no constituye una parte esencial de la libertad de expresión y su valor social es tan débil que su admisión no supone un beneficio superior al de intentar evitarlas en atención al orden público y la moralidad²².

Por lo tanto, el citado Tribunal describía las *fighting words*, asociándolas ya al quebrantamiento de la paz, pero junto a ellas citaba otras que igualmente quedaban fuera de la protección dispensada por la Enmienda Primera de la Constitución, pese a no conllevar esa connotación de provocación. Sin embargo, la jurisprudencia posterior iría ampliando el núcleo esencial de la libertad de expresión, e incluiría esas declaraciones, negando su sanción.

En el caso *Terminiello v. Chicago* de 16 de mayo de 1949²³, el Tribunal Supremo afirmó que no bastaba para encajar un discurso en las

fighting words que hiciera enfadar a quienes lo escuchan. Terminiello calificó de viciosos y criticó la conducta de algunos grupos políticos y religiosos, lo que alteró al auditorio, protagonizando algunos de sus miembros actos violentos. Fue condenado, pero el Alto Tribunal anuló el castigo aduciendo que la fortaleza de las instituciones políticas depende de la admisión de un debate libre. La libertad de expresión puede suponer cierta provocación, que es necesario aceptar. Por lo tanto, un estado no puede sancionar a una persona simplemente porque inicie una discusión pública ante una multitud, imputándole los actos de violencia de la misma²⁴.

En el caso *Brandenburg v. Ohio* de 9 de junio de 1969²⁵, el Tribunal Supremo confirmó la absolución de diversos miembros del Ku Klux Klan que propugnaban la expulsión de los judíos y afroamericanos de EEUU, por no alentar directamente a la violencia. Usaron frases como “es posible que se debiera tomar alguna venganza”, “los negros deberían ser expulsados a África, los judíos a Israel”, “deberíamos enterrar a los negros” y otras similares. A pesar de ese lenguaje racista, el Tribunal de Brandenburg absolvió a los acusados, argumentando lo siguiente: “La Constitución garantiza una libertad de expresión y de prensa que impide a un estado prohibir o proscribir la llamada al uso de la fuerza o a la violación de la ley, excepto cuando está dirigida a incitar o a producir una acción ilegal inminente y tiende a incitar o produce tal actuación”. En consecuencia, declaró inconstitucional la norma aplicada (“*Ohio Criminal Syndicalism Statute*”), porque sancionaba la mera invocación a una acción y por tanto violaba la Primera y la Decimocuarta Enmienda²⁶.

En el caso *Cohen v. California* de 7 de junio de 1971²⁷ se mantuvo una postura semejante. Cohen era un joven de diecinueve años que expresó su oposición a la guerra de Vietnam vistiendo en un Tribunal de Los Ángeles una chaqueta en la que se leía “Fuck the draft. Stop the war”²⁸. Fue condenado por alterar la paz o el orden público con una conducta ofen-

siva según el Código penal de California. El Tribunal de apelaciones confirmó la condena, manteniendo que “conducta ofensiva” significaba “comportamiento que tiende a provocar en otros actos de violencia o de perturbación de la paz”. Ciertamente, señala, es razonable prever que tal hecho podría motivar acciones violentas contra la persona del acusado o para forzarle a quitarse la chaqueta. En cambio, el Tribunal Supremo negó que la doctrina de las *fighting words* del caso Chaplinski fuera aplicable a este supuesto, puesto que la expresión de la chaqueta no estaba dirigida a las personas de la Audiencia; además, ningún individuo presente pudo razonablemente tomarla como un insulto personal y no se demostró que causara ninguna reacción violenta ni tuviera tal propósito. Añadió que las frases ofensivas deben tolerarse porque su supresión supone el riesgo de reprimir ideas y tal censura podría ser utilizada por los gobiernos para excluir expresiones impopulares²⁹.

Por consiguiente, este supuesto se diferenciaba del caso Chaplinsky porque el diálogo del acusado no se destinaba a individuos en particular, declarando el Alto Tribunal que el gobierno no puede restringir aquel discurso público que implique palabras, símbolos o ideas meramente desagradables³⁰.

En el caso *R.A. V. v. City of St. Paul* de 22 de junio de 1992³¹ se defendió también esa tesis. El recurrente junto a otros adolescentes, quemaron una cruz frente a la casa de una familia afro-americana. El órgano judicial estimó que ese hecho encerraba un mensaje, no solo individual, sino dirigido a toda la comunidad afro-americana y que basándose en la historia de la quema de cruces, se entendía como una amenaza de daños futuros. Los acusados fueron condenados en virtud de una ordenanza de la ciudad de St. Paul³² que prohibía expresiones verbales o símbolos que causaran alarma, odio o resentimiento en atención a la raza, color, religión, credo o género. El Tribunal Supremo declaró esa norma inconstitucional, si bien no se basó en la excesiva amplitud y vaguedad de la misma, como se había aducido, sino en su

carácter discriminatorio, señalando que aunque prohibía las *fighting words*, era contrario a la Constitución limitarlas a esos aspectos (raza, color, religión, etc.)³³.

Por lo tanto, según la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en estas resoluciones, quedan fuera del núcleo esencial de la libertad de expresión amparada por la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana, aquellas expresiones que inciten a acciones violentas o ilegales (*fighting words*). Por el contrario, las manifestaciones que aun siendo ofensivas no supongan esta provocación forman parte de la libertad de expresión, sustrayéndose a la potestad sancionadora del estado.

Como es natural, frente a esa postura se formulan algunas objeciones. Por una parte, se cuestiona la verdadera neutralidad del estado en el debate público, afirmando la presencia de un intervencionismo partidista. En el plano jurídico, se pone de relieve la necesidad de proteger, no sólo los bienes amenazados por las *fighting words*³⁴, sino también la dignidad y, en definitiva, los derechos de las minorías. En este sentido se argumenta que resulta incongruente que la Constitución garantice la igualdad racial y después se mantenga al margen respecto a las manifestaciones que desprecian a las minorías raciales³⁵.

En suma, en EEUU el “discurso del odio” sólo es sancionable cuando amenaza otros bienes jurídicamente protegidos distintos a la dignidad de las víctimas. Como vamos a ver, esto explica que la técnica utilizada para penar las conductas racistas o xenófobas sea el recurso a agravantes genéricas o a figuras cualificadas³⁶, aplicables sobre la base de un delito previo.

Ahora bien, esa concepción de la libertad de expresión podría llevar a pensar que las conductas racistas o discriminatorias tienen escasa relevancia en el ordenamiento norteamericano. Sin embargo, es justamente en el seno de este sistema donde surgió la figura del “*hate crime*” (“delito por odio”) o “*bias crime*”³⁷ (“delito por motivo de prejuicio”). En efecto, bajo esta denominación se incluyen determinados delitos

motivados por la pertenencia de la víctima a un determinado grupo social³⁸. Para combatir las se han aprobado numerosas leyes específicas (“*hate crime laws*”), donde se agravan las penas de determinados delitos cuando se cometen por las razones legalmente previstas³⁹.

Esas leyes se distinguen de las “*hate speech laws*”, que criminalizan determinadas expresiones racistas o discriminatorias, en la medida, como hemos visto, en que impulsan a la realización de acciones violentas o ilegales.

Por otra parte, el artículo 249 de la Ley Penal Federal (18 U.S. Code), se consagra a los “*hate crime acts*”, agravando las penas previstas para ciertos delitos (lesiones, homicidio, secuestro, etc.), cuando son cometidos por prejuicios de raza, color, religión, origen nacional, género, orientación sexual, identidad sexual, o discapacidad.

No obstante, un sector doctrinal critica esta normativa por exacerbar los conflictos entre grupos. En este sentido, se afirma que definir un delito como una acción cometida por un grupo contra otro, en lugar de concebirlo como un acto de un individuo frente a la sociedad, etiquetando ciertos ilícitos como “delitos por odio”, motiva que un grupo se sienta perseguido por otro y esta sensación de persecución puede incitar una reacción y provocar un incremento real del número de delitos⁴⁰.

Pues bien, esta regulación influyó en la legislación europea, determinando la inclusión tanto de figuras específicas como de agravaciones genéricas dirigidas a sancionar conductas regidas por esos móviles racistas o discriminatorios.

B. LA EXIGENCIA DE TAXATIVIDAD DE LAS NORMAS Y EL “CHILLING EFFECT”

Junto a la doctrina anterior, que establece las características de las expresiones sancionables o punibles, el Tribunal Supremo norteamericano ha precisado también algunas exigencias que deben reunir las normas limi-

tadoras de la libertad de expresión. En este sentido, ha señalado que tales disposiciones han de ser taxativas, argumentando que la amplitud (*overbreadth*) y vaguedad (*vagueness*) de las mismas podría producir un “efecto de desaliento” (*deterrent effect*) en la población, disuadiendo o desalentando a los ciudadanos del ejercicio legítimo de su derecho a la libertad de expresión ante la amenaza de una sanción legal⁴¹.

La teoría del “efecto escalofriante” (*chilling effect*) o “efecto desaliento” (*deterrent effect*) surgió⁴², de forma pionera, en la sentencia del Tribunal Supremo estadounidense dictada en el caso *Gibson v. Florida Legis. Investigation Committee* de 25 de marzo de 1963⁴³. Un Tribunal de Florida condenó al Sr. Gibson, que era presidente de la Sección de Miami de la Asociación Nacional para el Avance de la Gente de Color (NAACP), por desacato a la autoridad, por negarse a revelar el contenido de la lista de miembros de esa Sección a un Comité creado por el órgano legislativo de Florida para investigar la infiltración de comunistas en varias organizaciones. La prueba principal invocada para la orden fue el testimonio indirecto, ambiguo, y “de oídas”, aportado por dos testigos, según los cuales años antes catorce personas del partido comunista habían asistido a reuniones de dicha Sección / o eran miembros de la misma, constituida por unas mil personas.

El Tribunal Supremo dictaminó que tal requerimiento y la posterior condena, infringían el derecho de asociación, libre y secreto, protegido por la Primera y Decimocuarta Enmiendas de la Constitución. En la fundamentación de la sentencia introdujo la tesis del “efecto desaliento”: “El fuerte interés de la Asociación en mantener la privacidad de las listas de los miembros de los grupos que participan en el comercio libre de ideas y creencias, protegido por la Constitución, no puede ser infringido sustancialmente sobre una leve sospecha, como adujo el condenado. Mientras que, por supuesto, todas las organizaciones legítimas son beneficiarias de esta protección, aquí la

tutela es más importante, dado que la privacidad impugnada es la de personas que abrazan creencias muy impopulares para sus vecinos, y la disuasión (*deterrent*) y el efecto “escalofriante” (*chilling*) que esto supone en el libre ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución, de la libertad de opinión, expresión y asociación, es por tanto, lo más inmediato y esencial”.

En la jurisprudencia posterior, el Tribunal Supremo hizo extensiva esta doctrina a la legislación, declarando que el efecto disuasorio que sobre el ciudadano tienen las normas demasiado vagas (*vagueness*) y amplias (*overbreadth*) es razón suficiente para proscribir esa forma de legislar, requiriendo que las disposiciones que restringen la libertad de expresión sean claras y estrictas⁴⁴. Este criterio sería acogido también por el Tribunal Constitucional español⁴⁵.

3. EL § 130 STGB: UN EJEMPLO DE “DEMOCRACIA MILITANTE”

En Alemania la memoria histórica del Tercer Reich, cuya propaganda antisemita culminó con el exterminio de millones de judíos, ha tenido una poderosa impronta en todo el sistema jurídico y, cómo no, especialmente en el tratamiento del “discurso del odio”. La Constitución (*Grundgesetz*) reconoce en el artículo 5 el derecho a la libertad de expresión, pero a diferencia del sistema norteamericano, no ocupa una posición de primacía respecto a otros derechos fundamentales, sino que el valor superior lo constituye la dignidad humana considerada inviolable en el artículo 1, según ha declarado el Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*)⁴⁶. En este sentido, ha señalado que la libertad de expresión al igual que los demás derechos fundamentales, tienen tanto un carácter negativo como positivo. La primera faceta protege al individuo contra las restricciones oficiales de la libertad de expresión, la segunda obliga al estado y a sus agentes a establecer las condiciones necesarias

para su ejercicio⁴⁷. De otra parte, a diferencia del modelo estadounidense donde se entiende que las opiniones deben fluir libremente sin restricciones con el fin de lograr la verdad, el citado Tribunal considera que cabe negar la tutela de las falsedades contrastadas, en alusión a la negación de la masacre nazi, sin perjudicar el núcleo básico de la libertad de expresión⁴⁸. Este enfoque tendrá una repercusión decisiva en la regulación de estos delitos.

Por otra parte, el eco del Holocausto ha condicionado también el sistema político alemán, configurándolo como una “democracia militante” (*streitbare Demokratie*, o *wehrhaften Demokratie*), término utilizado por el Tribunal Constitucional, para resaltar que la posición del estado no es neutral sino que debe actuar para defender el régimen liberal y democrático frente a los enemigos que pretenden subvertirlo. Esta salvaguarda se ha reflejado en la propia Constitución y ha dado lugar a un amplio debate social especialmente en cuanto a las restricciones que atañen a la libertad de asociación y de creación de partidos⁴⁹. No en vano, se ha afirmado que el artículo 21 de la Constitución “establece la democracia militante”⁵⁰. Esta norma prohíbe los partidos políticos que por sus objetivos declarados o por la conducta de sus miembros, atenten o persigan la eliminación del orden constitucional liberal y democrático, o bien poner en peligro la existencia de la República Federal Alemana. Pero, existen otras disposiciones que también son un claro reflejo de ese modelo oficial, principalmente los artículos 9.2 y 18. El primero prohíbe la creación de asociaciones cuyos fines sean contrarios a las leyes penales o vayan contra el orden constitucional o la idea del entendimiento entre los pueblos. El segundo contempla directamente la privación de los derechos fundamentales a quien abuse de las libertades constitucionales con la finalidad de combatir el orden constitucional liberal y democrático⁵¹.

En el campo penal, la pertinaz lucha de los gobiernos por reprimir cualquier brote antisemita ha llevado a castigar un amplio espectro de conductas que van desde la incitación

al odio o el ataque a la dignidad de un grupo o sus miembros, incluyendo la preparación de escritos de este cariz, hasta la aprobación, negación o minimización de las acciones violentas o arbitrarias cometidas bajo el régimen nacional-socialista. No obstante, como vamos a ver en todos los casos se precisa algo más que la mera expresión de una opinión, ya sea la petición de medidas violentas o arbitrarias, la puesta en peligro de la paz pública, o su efectiva perturbación. De manera que esa regulación no dista tanto de la que rige en nuestro sistema como en principio cabría pensar.

En cuanto a la posición de la libertad de expresión dentro de ese sistema democrático, fue decisiva la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el *caso Lüft* el 15 de enero de 1958⁵². Erich Lüft, presidente del club de prensa de Hamburgo, solicitó a los dueños de los teatros alemanes y distribuidores de películas que no emitieran ni vendieran la película “*Unsterbliche Geliebte*”, del director *Veit Harlan*, quien había producido otra antisemita titulada “*Jud Süß*”. Un Tribunal civil de Hamburgo le condenó, bajo la amenaza de aplicarle una pena de prisión o multa que se determinaría en sede penal⁵³, a abstenerse de efectuar aquellos requerimientos, así como de incitar a los ciudadanos a no ver la película. En la citada resolución, el Tribunal Constitucional revocó la condena. En la fundamentación jurídica recalca el significado de los derechos fundamentales como derechos frente al estado, así como la supremacía de la dignidad del ser humano dentro de ese orden de valores. No obstante, ensalza la libertad de expresión como uno de los más importantes, en tanto posibilita el debate ideológico y el contraste de opiniones, esencial en un estado democrático y libre. Pero, debe ceder cuando resulte lesionado otro bien jurídico protegido superior. En el caso enjuiciado, estimó prevalente la libertad de expresión frente a los intereses privados afectados y, en consecuencia, atendió la demanda del recurrente.

“Sin ninguna duda, los derechos fundamentales están orientados en primer lugar a

asegurar la esfera de libertad de los individuos frente a las intervenciones de los poderes públicos; son derechos de defensa de los ciudadanos frente al estado “. “Este sentido tienen también los derechos fundamentales contenidos en la Constitución, que –al anteponer el capítulo de derechos fundamentales dentro de la Constitución– quiso resaltar la prevalencia del ser humano y de su dignidad respecto al poder del estado. Asimismo, es coherente con esta concepción el hecho de que el legislador garantizase un recurso legal especial para proteger esos derechos –el recurso de amparo– exclusivamente en contra de actos del poder público”. “Por otra parte, también es cierto que la Constitución no pretende ser un sistema de valores neutral..., sino que ha establecido –en su capítulo sobre derechos fundamentales– un orden objetivo de valores... La dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad forman el núcleo esencial de este sistema de valores, que, a su vez, constituye una decisión jurídico-constitucional básica, válida para todas las áreas del Derecho..., aporta directrices al poder legislativo, a la Administración y al poder judicial”. “El derecho fundamental a la libertad de expresión es..., uno de los derechos superiores..., posibilitar la permanente discusión ideológica y el contraste de opiniones es un elemento vital del orden estatal democrático y libre... En cierta forma, constituye el fundamento de toda libertad”. “La expresión de una opinión..., es en este sentido libre; pero cuando a través de ella se perjudica un bien jurídico legalmente protegido de un tercero, cuya tutela prevalece sobre la libertad de opinión, entonces no se podrá permitir esa ofensa... Es necesaria, por tanto, una “ponderación de los bienes jurídicos”. El derecho a expresar opiniones debe ceder frente a los intereses de superior rango de un tercero que puedan resultar vulnerados con el ejercicio de la libertad de expresión”.

Partiendo de estos precedentes, vamos a ver la regulación contenida en el Código penal (*StGB*).

§ 130 StGB. Incitación del pueblo (*Völkerverhetzung*)⁵⁴

1) *Será sancionado con penas de tres meses a cinco años de prisión aquél que, en una forma que puede perturbar la paz pública:*

1. *incite al odio contra un grupo nacional, racial, religioso o de determinada condición étnica, contra sectores de la población o contra un individuo a causa de su pertenencia a uno de los grupos antes mencionados o a una parte de la población, reclamando medidas violentas o arbitrarias, o*

2. *ataque a la dignidad humana de otros, por medio de insultos, calumnias o difamaciones malintencionadas contra uno de los grupos antes mencionados, partes de la población o alguna persona en virtud de la pertenencia a uno de los grupos antes mencionados o a cualquier parte de la población.*

2) *Será castigado con pena de prisión de hasta tres años o con multa quien:*

1. *a) difunda, b) exhiba públicamente, anuncie, presente o haga accesible de otro modo, c) ofrezca, deje o haga accesible a una persona menor de 18 años, d) produzca, compre, provea, mantenga disponibles, ofrezca, anuncie, ponga precio, se responsabilice de importar o exportar escritos (§ 11 parr. 3) que inciten al odio contra cualquiera de los grupos de la población antes mencionados, o contra un individuo debido a su pertenencia a un grupo antes mencionado, o a una parte de la población, reclamando medidas violentas o arbitrarias contra ellos o ataquen su dignidad humana, por medio de insultos, calumnias o difamaciones malintencionadas, para utilizar los ejemplares en el sentido de las letras a) a c), o facilitar a otro tal uso, o*

2. *difunda a través de la radiodifusión o los medios de telecomunicación una representación de la designada en el apartado 1.*

3) *Será castigado con pena de prisión de hasta cinco años o con multa quien, públicamente o en una reunión, apruebe, niegue o minimice una acción cometida bajo el régimen del nacionalsocialismo, de las señaladas en el § 6 párrafo 1*

*de la “Völkerstrafgesetzbuch” de una manera que pueda perturbar la paz pública*⁵⁵.

4) *Será castigado con pena de prisión de hasta tres años, o con multa, quien públicamente o en una reunión lesione la paz pública de una forma que afecte a la dignidad de las víctimas, apruebe, niegue o minimice una acción violenta o arbitraria cometida bajo el régimen nacionalsocialista.*

5) *El apartado 2 rige también para los escritos (§ 11 Abs. 3) con el contenido descrito en los apartados 3 y 4.*

6) *En el caso del apartado 2, también en relación con el apartado 5, y en los casos previstos en los apartados 3 y 4, rige el § 86, párrafo 3.*

Por lo tanto, en el apartado 1, se castiga la incitación al odio, contra grupos, sectores de la población o individuos, pero sólo cuando se reclamen medidas violentas o arbitrarias. También el ataque a la dignidad, mediante insultos, calumnias o difamaciones malintencionadas. En ambos supuestos se requiere un peligro cierto para la paz pública.

En el apartado 2, se sancionan ciertos actos preparatorios, como el anuncio de escritos que inciten al odio o lesionen la dignidad, asociando la misma pena que a la difusión de tal material o de mensajes a través de radio o medios de telecomunicación.

En el apartado 3, se tipifica específicamente, la aprobación, negación, minimización del genocidio cometido por el nacionalsocialismo. Esta norma fue introducida por la Ley de lucha contra la criminalidad (*Verbrechensbeckämpfungsgesetz*) de 28 de octubre de 1994, con la finalidad expresa de castigar la “mentira de Auschwitz”⁵⁶.

En el apartado 4, se penaliza a quien públicamente o en una reunión, afecte a la dignidad de las víctimas, o apruebe, niegue o minimice una acción violenta o arbitraria cometida bajo el régimen nacionalsocialista, en todo caso lesionando la paz pública.

En el apartado 5 se declara aplicable lo dispuesto en el apartado 2 a los escritos que nieguen, aprueben o minimicen el genocidio

del régimen nazi, o atenten contra la dignidad de sus víctimas.

El apartado 6 contiene una remisión al § 86, párrafo 3, donde se excluye la responsabilidad penal por la difusión de propaganda de organizaciones inconstitucionales, cuando sirva para la defensa de la constitución, del arte o de la ciencia, para la investigación o la enseñanza, para informar sobre los acontecimientos de la actualidad o de la historia o tenga propósitos similares⁵⁷.

Para realizar el delito del § 130 StGB se requiere, pues, que las conductas enumeradas pongan en peligro o perturben la paz pública. La única excepción es la contemplada en el apartado 2, donde en su lugar se precisa que los escritos o mensajes inciten al odio, reclamando medidas violentas o arbitrarias contra un grupo o sus miembros o un sector de la población, o que atenten contra su dignidad. De esta forma, se entiende que el bien jurídico que se protege de forma preferente es el interés general por conseguir una vida pacífica en común dentro del estado, junto a los bienes jurídicos individuales de los miembros de la parte de la población afectada, principalmente el derecho a vivir en paz en sociedad, con especial respeto a su integridad. Asimismo, en los apartados 1 y 2 se tutela la dignidad de las personas en particular⁵⁸.

En cuanto a la puesta en peligro de la paz pública, la opinión dominante exige que la acción sea adecuada para alterarla. En este sentido, se entiende que la conducta debe poseer una “aptitud concreta” para conmovir la confianza en la seguridad jurídica o para incitar a un clima psíquico, pero no se precisa la creación de un peligro concreto. Para valorar esa idoneidad la jurisprudencia tiene en cuenta el contenido del acto, el tipo, el lugar y otras circunstancias⁵⁹. Por perturbación de la paz pública se entiende la creación de un potencial de violencia, abierta o latente, que no permite la vida en común sin tener miedo a que se lesione la integridad física, la vida o las propiedades, de manera que la parte del pueblo atacada ve

convulsionada su confianza en la seguridad jurídica pública⁶⁰.

En el apartado 1 las acciones se dirigen directamente contra una parte de la población, de manera que, por ejemplo, se ha excluido a los hinchas de un equipo de fútbol, a los miembros de la “liga de izquierda antifascista”, o a instituciones como la iglesia o el ejército. En cambio, se incluye a grupos políticos, profesionales, desempleados, obreros, jueces, abogados, soldados del ejército (no a éste en cuanto institución)⁶¹. Igualmente, se ha precisado que han de ser ataques a grupos que vivan en el país, de forma que las difamaciones dirigidas a individuos o grupos de un estado extranjero son incardinables en esta norma sólo si al mismo tiempo afectan a una parte de la población doméstica⁶². En cambio, el apartado 2 contiene un tipo genérico que no solo protege a los nacionales sino también a extranjeros⁶³.

En cuanto a la incitación al odio, la jurisprudencia ha señalado que esa expresión comprende toda influencia en los sentidos y pasiones, pero también en el intelecto, que sea adecuada, objetiva y subjetivamente, para influir en una parte de la población, creando un sentimiento superior al mero rechazo o desprecio y con ello produciendo una estigmatización⁶⁴. Además, se precisa que se ha de tratar al menos de una propaganda que proporcione un terreno intelectual fértil para predisponer a excesos frente a los grupos de población afectada. Partiendo de este concepto, los Tribunales han considerado que existe tal incitación, cuando se afirma que los judíos fueron los creadores de la leyenda del exterminio para lograr la supresión política y la explotación financiera del pueblo alemán⁶⁵, en el eslogan “alemanes resistid” relacionado con la “mentira de Auschwitz”, en la expresión “que revienten los judíos”, así como en el uso de cruces esvásticas⁶⁶.

El ataque a la dignidad de la víctima presupone que la ofensa alcance al núcleo de la personalidad; esto es, que se cuestione su derecho a vivir en comunidad o se defienda que sea tratada de modo indigno⁶⁷.

Por otra parte, en todas las variantes delictivas es necesario dolo, si bien puede ser eventual, debiendo abarcar la idoneidad del acto para alterar la paz pública. Asimismo, en las acciones despectivas malintencionadas el dolo ha de basarse en opiniones hostiles que denigren y ofendan a alguna persona en la esfera íntima de su personalidad. En el párrafo 2, es necesaria la intención de usar o de hacer posible el uso de los escritos. Y en la minimización del apartado 3, el dolo ha de comprender tanto la falsedad de la declaración como la improcedencia absoluta de la calificación expresada. Más controvertido es el contenido del dolo en la conducta consistente en negar el genocidio. El Tribunal Supremo ha declarado que “referirse al Holocausto en su totalidad o a una parte del mismo (Auschwitz) no es relevante, sino que el autor niegue el hecho indiscutible histórico, con una obcecación revisionista”⁶⁸.

Finalmente, el apartado 6 prevé lo que se conoce como “cláusula de adecuación social”, aplicable a los apartados 2 a 5 y que a juicio de la doctrina contiene una exclusión del tipo. No obstante, la relación del apartado 6 del § 130 StGB con esa disposición del apartado 3 del § 86 StGB no está clara, pues no es evidente qué acciones de esta última norma son aptas para perturbar la paz pública y, a la vez, “socialmente adecuadas”. Lo mismo sucede con las conductas del apartado 4, que lesionan la dignidad humana y perturban la paz pública⁶⁹.

En suma, se penaliza desde actos preparatorios que a juicio del legislador entrañan un alto riesgo de cristalizar en actuaciones racistas, xenófobas o discriminatorias, hasta la efectiva alteración de la paz pública mediante acciones de esa naturaleza. Se entiende que en el seno de una democracia militante, como la establecida en Alemania, el estado debe atajar cualquier hecho que ponga en peligro los valores proclamados por la Constitución democrática y, en este terreno, la paz social, la dignidad y otros intereses individuales. Aun así, comprobamos que se fijan unos niveles mínimos para la intervención, precisando un peligro real para la

paz pública o la lesión de la dignidad de alguna persona.

En nuestro país veremos que el Tribunal Constitucional ha rechazado que pueda regir un modelo de democracia militante. Pese a ello, en el Proyecto de reforma del Código penal se incrementa de forma notable el conjunto de conductas punibles, acatando y superando las directrices europeas y con cierta influencia, también, de la normativa alemana. En último término el núcleo reservado a la libertad de expresión no divergirá radicalmente en los dos sistemas si se aprueba la propuesta del gobierno.

4. POSTURA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en adelante, TEDH— ha resuelto el conflicto entre la libertad de expresión y los demás derechos implicados en el “discurso del odio” en virtud del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷⁰, donde se declara el derecho de toda persona a la libertad de expresión, definiendo su contenido, así como la posibilidad de someterlo a restricciones legales⁷¹. Ahora bien, para limitarlo recurre también a la prohibición de abuso de derecho del artículo 17⁷². Vamos a ver que esta norma le sirve de herramienta para excluir de la libertad de expresión la negación del Holocausto, reputándolo un abuso de derecho contrario al Convenio y, por lo tanto, sujeto a la posible punición de los estados miembros.

Como he apuntado, dicho Tribunal empleó por primera vez la expresión “*Hate speech*” en el caso *Erdogdu and Ince v. Turkey* de 8 de julio de 1999⁷³. En esta resolución estimó la demanda del editor de una revista y de un periodista que fueron condenados por difundir en ella propaganda separatista, por entender que su contenido no incitaba a la violencia.

La libertad de expresión, señala el TEDH, constituye uno de los principios esenciales de la sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso. El artículo 10 del Convenio se aplica no sólo a las opiniones e ideas consideradas inofensivas o indiferentes sino también a aquellas que ofenden o perturban. Tal es la exigencia de tolerancia y pluralismo y apertura de mente sin la cual no hay “sociedad democrática”. Pero, como dispone el propio precepto esta libertad está sujeta a excepciones que deben ser fijadas estrictamente (F.J.47)⁷⁴. Donde tales ideas incitan a la violencia contra un individuo, un cargo público o un sector de la población, la autoridad estatal dispone de un amplio margen para limitar la libertad de expresión (F.J.50). Para el Tribunal el texto impugnado no contiene ningún pasaje que pueda describirse como incitación a la violencia⁷⁵... Las autoridades nacionales erraron al no valorar el derecho del público a ser informado acerca de la situación en el sureste de Turquía desde una perspectiva diferente a la del gobierno, sin que ello suponga una incitación a la violencia (F.J.52).

Por lo tanto, el TEDH considera que la publicación que dio lugar a la condena formaba parte de la libertad de prensa, en la medida en que no encerraba incitación a la violencia. En la fundamentación jurídica, argumenta que las opiniones ofensivas pertenecen a la libertad de expresión y, por lo tanto, no son sancionables.

En el caso *Garaudy v. France* de 24 de junio de 2003, el TEDH declaró que la negación del Holocausto no tiene encaje en el artículo 10 del Convenio. No obstante, creo importante subrayar que a juicio del Tribunal esa negación supone una grave difamación racial contra los judíos y una incitación al odio respecto a ellos. De forma que no deja fuera de la libertad de expresión una opinión relativa a un hecho histórico constatado, sino que precisamente por existir esta certeza respecto a su existencia, considera que el texto juzgado comporta aquellos efectos⁷⁶. “El Tribunal ha mantenido, entre otras cosas, que no hay duda de que la justificación de una política pro-nazi, igual

que otra expresión que ataque directamente los valores subyacentes en el Convenio no puede cobijarse bajo el artículo 10 y que hay una categoría de hechos históricos claramente establecidos —como el Holocausto— cuya negación o revisión quedaría fuera de la protección del artículo 10 en virtud del artículo 17⁷⁷. “Negar los delitos contra la humanidad es una de las formas más graves de difamación racial de los judíos y de incitar al odio de éstos”.

En este caso el proceso versaba sobre la llamada “mentira de Auschwitz” y precisamente en este contexto el TEDH mantuvo una postura más estricta, limitando la libertad de expresión cuando las declaraciones consisten en negar la matanza de judíos practicada por el régimen nacional-socialista alemán. El Tribunal se aparta de su postura anterior y sostiene que las manifestaciones ofensivas para el honor, consistentes en la negación de ese execrable fenómeno histórico, quedan fuera de la libertad de expresión.

En el caso *Gündüz v. Turkey* de 4 de diciembre de 2003, el TEDH anuló la condena de dos años de prisión impuesta al recurrente por incitación al odio y la hostilidad sobre la base de la distinción fundada en la religión. En la sentencia se expone que dicho condenado, durante un debate emitido por televisión en el que intervino como líder de la comunidad islámica, se había pronunciado a favor de la sharia, describiendo la democracia como “impía”. La Corte europea destaca que este caso se caracteriza porque el demandante fue castigado por afirmaciones clasificadas por un Tribunal nacional como “discurso del odio”. A este respecto afirma que, en efecto, “en toda sociedad democrática es necesario sancionar e incluso prevenir, toda forma de expresión que incite, promueva, justifique o difunda el odio basado en la intolerancia (incluso la intolerancia religiosa), siempre que estas sanciones sean proporcionadas al objetivo perseguido legítimamente” (F.J.40). “No hay duda de que las expresiones concretas que constituyan “discurso del odio” que puedan ser ofensivas contra un individuo o grupo no están amparadas por

el artículo 10 del Convenio” (F.J.41). Pero, teniendo en cuenta la pena impuesta (F.J.42) y las circunstancias del caso (F.J.43), el TEDH estima desproporcionada la intervención estatal y declara que la condena del demandante infringió el citado precepto de la norma comunitaria (F.J.53).

En este supuesto el TEDH sigue la línea defendida en la última resolución citada, señalando que quedan fuera de la libertad de expresión, tanto los discursos que incitan, promueven, justifican o difunden el odio, como los que pueden ser ofensivos contra un grupo o sus miembros. Por ende, las expresiones ofensivas no están amparadas por el artículo 10 del Convenio.

De acuerdo con ese criterio, en el caso *Chauvy and others v. France* de 29 de junio de 2004, el TEDH confirmó la sanción aplicada al autor y al editor de un libro (“Aubrachs Lyon 1943”), por entender que el contenido del texto iba más allá de la investigación histórica, revistiendo carácter difamatorio. En concreto, al tratar el episodio sucedido en Lyon en la II Guerra Mundial donde fueron arrestados varios líderes de la resistencia francesa, se apoyaba la acusación de traición vertida contra dos de ellos en un informe cuyo contenido no estaba contrastado (“Informe Barbie”). El Tribunal señala que es parte esencial de la libertad de expresión buscar la verdad histórica, sin ser función suya arbitrar estos asuntos que alimentan un continuo debate entre historiadores (F.J.69). Pero, en este caso el autor no había respetado las reglas básicas del método histórico, efectuando insinuaciones particularmente graves (F.J.77). En consecuencia, la limitación de la libertad de expresión no fue desproporcionada y no se infringió el artículo 10 del Convenio (F.J.80).

Por lo tanto, el TEDH mantiene su tesis anterior, razonando que las opiniones sobre sucesos históricos no están amparadas por el artículo 10 del Convenio cuando atentan contra el honor de alguna persona.

En el caso *Feret v. Belgium* de 16 de Julio de 2009, se abordó el “discurso del odio”. El Sr. Feret, presidente del partido “Frente Nacional”, fue condenado por difundir, durante una campaña electoral, publicidad que incitaba a la discriminación, el odio y la violencia, por razones de raza, color u origen étnico o nacional. El TEDH mantuvo que la resolución impugnada no violó el artículo 10 del Convenio, dado que tenía el legítimo objetivo de evitar el desorden y proteger derechos. La Corte recalcó que los folletos distribuidos presentaban a las comunidades afectadas como personas con intención de delinquir, con ansias de explotar los beneficios derivados de la vida en Bélgica. De esta forma, el condenado pretendió burlarse de los inmigrantes afectados, con el riesgo inevitable de suscitar sentimientos de desconfianza, rechazo o incluso odio hacia dichos extranjeros. Señala el Tribunal que la libertad de expresión es especialmente importante durante el período electoral, pero no incluye fomentar la intolerancia. Recomendar soluciones a los problemas relacionados con la inmigración que promueven la discriminación racial, puede dar lugar a tensiones sociales y socava la confianza en las instituciones democráticas. En este caso existió la necesidad social de proteger los derechos de los miembros de la comunidad de inmigrantes, como hicieron los Tribunales belgas. La sentencia recuerda que no está comprendida en la libertad de expresión la propagación de ideas que inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiesten a través del nacionalismo agresivo y la discriminación y hostilidad contra las minorías y los inmigrantes⁷⁸.

El TEDH refrenda la sanción de quien incita, promueve, difunde, o incluso justifica el odio, debido al racismo, la xenofobia o la intolerancia, sin requerir siquiera el riesgo de provocar respuestas concretas violentas o discriminatorias.

A mi modo de ver, la mera negación de acontecimientos históricos, por refutados que

estén y por atroces que fueran, como sin duda lo fue la matanza nazi, no entraña en sí un atentado a la dignidad de quienes sufrieron esos actos, como entiende el TEDH, sino que forma parte del núcleo esencial de la libertad de expresión. De la misma manera, la pura justificación del odio hacia ciertas personas, incluso por motivos deleznable como el racismo, no afecta a un bien penalmente relevante. Por consiguiente, estas conductas deben quedar fuera del Derecho punitivo. El principio de intervención mínima requiere que las expresiones proferidas supongan un atentado efectivo al honor, o al menos que encierren un peligro real de desencadenar actuaciones de esta clase o actos violentos. Ni siquiera debería bastar el hecho de crear sentimientos de odio en otras personas. En cualquier caso, ni la negación de sucesos pasados ni la justificación del odio hacia ciertos grupos cumplen esas exigencias, por lo que no deben ser objeto de castigo.

Afortunadamente, el Tribunal Constitucional español ha mantenido una postura distinta al TEDH, entendiendo como vamos a ver que la negación del genocidio no afecta a ninguno de los valores protegidos en nuestro ordenamiento.

5. DECLARACIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El objeto de este trabajo no es, desde luego, analizar las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en esta materia, sobre las que existen magníficos estudios en la doctrina. Sin embargo, la interpretación que ha efectuado de las normas vigentes es vital para enjuiciar las que nos presenta el Proyecto de reforma del Código penal. Por eso, meramente apuntaré de forma sintética algunas ideas que me parecen básicas en tanto condensan los presupuestos para que estas disposiciones tengan encaje en la Constitución.

La primera resolución de obligada mención, es la STC 214/1991, de 11 de no-

viembre, del caso conocido como “Violeta Friedman”, una judía que fue conducida a *Auschwitz*, donde excepto su hermana y ella, los demás familiares fueron enviados a la cámara de gas (F.J.4º). Inicialmente, la recurrente presentó demanda ante la jurisdicción ordinaria y posterior recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por entender vulnerado su derecho al honor, como consecuencia de un reportaje publicado en la revista “Tiempo” donde se recogían declaraciones de un ex jefe de las *Waffen SS*. (F.J.1). Frente al criterio mantenido por el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional reconoce la posible lesión del derecho al honor de personas individuales a través de ataques a determinados colectivos, si trascienden a su miembros⁷⁹.

A continuación, realiza un juicio ponderativo entre el derecho a la libertad de expresión e información (art. 20.1. CE) y el derecho al honor (art. 18.1 CE). En cuanto a las declaraciones del demandado diferencia, entre las meras opiniones y los juicios ofensivos. “*Las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean..., quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión* (art. 20.1 C.E.), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 C.E.), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga..., sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos” (F.J.8º).

“Pero..., el demandado no se limitó a manifestar sus dudas sobre la existencia de cámaras de gas en los campos de concentración nazis, sino que en sus declaraciones, que han de valorarse en su conjunto, *efectuó juicios ofensivos al pueblo judío* (“... si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios...”; “... quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan...”), manifestando, además, expresamente su deseo de que surja un nuevo Führer... *las libertades ideológica y de expresión..., no garantizan, en todo caso,*

el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 C.E.) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.) (F.J.8)⁸⁰.

Por consiguiente, el mero cuestionamiento de la actuación nazi formaba parte de la libertad de expresión. Sin embargo, la línea divisoria con la infracción penal la marcaba tan sólo el ánimo de menospreciar o discriminar a personas o grupos. Este propósito se consideraba ausente, en principio, en quien niega un hecho histórico contrastado como el Holocausto, precisándose como un elemento añadido. En realidad, parecía requerirse que las expresiones no se limiten al simple rechazo del genocidio y encierren cierta carga humillante que hiera la dignidad de los afectados, pero esta lesividad adicional no se exige abiertamente, sino únicamente la citada intencionalidad. Por otra parte, se declara suficiente el ánimo de discriminar, o sea, de tratar como inferiores a esas personas o grupos. Esto hace que la diferencia entre las opiniones ofensivas del honor y las amparadas por la libertad de expresión sea difusa, puesto que lo determinante será que el sujeto haya pretendido menospreciar o discriminar a un grupo o a sus miembros, al negar un determinado suceso. Pero las intenciones pertenecen a la esfera íntima, de forma que hará falta que esta opinión vaya acompañada de otras declaraciones efectivamente atentatorias contra el honor. En definitiva, la pura negación de hechos históricos constatados no puede entenderse en sí excluida del núcleo esencial de la libertad de expresión.

En la STC 176/1995, de 11 de diciembre, se denegó el amparo al recurrente condenado

por un delito de injurias, por la publicación de un cómic, titulado “Hitler-SS”, cuyos escenarios eran los campos de concentración nazis. Su lectura ponía de manifiesto la finalidad global de la obra, humillar a quienes fueron prisioneros en los campos de exterminio, principalmente los judíos (F.J.3)⁸¹. “En tal contexto, en lo que se dice y en lo que se calla, entre líneas, late un concepto peyorativo de todo un pueblo, el judío, por sus rasgos étnicos y sus creencias. *Una actitud racista*, contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente (F.J.4). A lo largo de sus casi cien páginas se habla el *lenguaje del odio, con una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación...* La apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, *a costa de la humillación de sus víctimas* no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución. Un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional” (F.J.5)⁸².

En este supuesto, a diferencia del anterior hay una verdadera humillación al pueblo judío, e incluso el lenguaje del odio utilizado conlleva una incitación directa o solapada a la violencia⁸³.

Ambas sentencias se refieren a hechos anteriores a 1995, cuando todavía no existían tipos específicos para prevenir el racismo y la xenofobia. Sería con la LO 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código penal, cuando se introduciría el delito de apología de genocidio⁸⁴. Por eso, en ellas se pondera el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión.

Aunque en un marco distinto al del racismo y la discriminación, la STC 48/2003, de 12 de marzo, que declaró la constitucionalidad de la Ley de Partidos, estableció un presupuesto capital para delimitar el núcleo del derecho fundamental a la libertad de expresión. En ella,

se da la razón al gobierno vasco, afirmando que, efectivamente, “en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de “democracia militante” en el sentido que él le confiere, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución” (F.J.7).

La resolución decisiva en esta materia es la STC 235/2007, de 7 de noviembre, dictada en respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad presentada respecto al primer inciso del artículo 607.2 del Código penal vigente, donde se sanciona “la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior”, es decir, los de genocidio⁸⁵. Como es sabido, el Tribunal declaró inconstitucional y nula la primera conducta, consistente en difundir ideas o doctrinas que nieguen los delitos de genocidio. Dice el Tribunal que, a diferencia del apartado 1, donde se precisa un dolo específico concretado en el propósito de destruir un grupo social, en el apartado 2 no se exige elemento suplementario alguno, sancionándose la difusión “neutra”, con independencia de la repulsión que determinadas afirmaciones puedan causar. Las conductas descritas en el precepto cuestionado consisten en la mera transmisión de opiniones. La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana (F.J.6). El precepto resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio. El legislador ha dedicado específicamente a la apología del genocidio una previsión, el art. 615 CP. El hecho de que la pena prevista en el art. 607.2 CP sea sensiblemente

te inferior a la de esta modalidad de apología impide apreciar cualquier intención legislativa de introducir una pena cualificada. (F.J.7). La mera negación del genocidio tampoco puede considerarse una modalidad del “discurso del odio”, entendido como aquel que supone una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias. En consecuencia, la referida conducta permanece en el estadio previo al que justifica la intervención del Derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) (F.J.8).

Luego, la difusión de ideas o doctrinas que nieguen el genocidio sólo puede tipificarse penalmente cuando implique un menosprecio a sus víctimas o una incitación directa a la violencia. La mera transmisión de opiniones, aunque sean execrables por ser contrarias a la dignidad humana, forma parte del contenido esencial de la libertad de expresión. No obstante, la exigencia de una incitación “directa” a la violencia contrasta con la fundamentación que lleva a afirmar la constitucionalidad de la segunda modalidad prevista en el propio apartado 2, esto es, la difusión de ideas o doctrinas que justifiquen el genocidio. En este caso, el Tribunal señala que es constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP). (F.J.9)⁸⁶. Por consiguiente, esta conducta queda fuera del citado derecho fundamental en tanto encierra una incitación indirecta al genocidio o una provocación mediata a la violencia, el odio, o la discriminación⁸⁷.

El Tribunal Constitucional mantiene así una posición más estricta que el TEDH, por cuanto, como hemos visto, este órgano extrae de la cobertura del artículo 10 del Convenio, donde se reconoce la libertad de expresión, la negación del genocidio perpetrado por el nacional-socialismo, al entender que este hecho en sí mismo supone ya “una grave difamación racial contra los judíos y una incitación al odio respecto a ellos”. Para el Tribunal español la pura negación de ese suceso histórico pertenece a la libertad de expresión y sólo será sancionable cuando, además, vaya acompañada de manifestaciones que entrañen un menosprecio hacia las víctimas, o una incitación a la violencia. Igualmente, el TEDH señala que no queda amparado por el citado precepto del Convenio el “discurso del odio”, entendiendo por tal el que “incite, promueva, justifique o difunda el odio” y añade que no cubre las expresiones que “puedan ser ofensivas contra un individuo o un grupo”. El Tribunal Constitucional lo define como aquel que supone una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias. No obstante, al evaluar la conducta de justificación pública del genocidio, admite su constitucionalidad cuando se busque una suerte de “provocación al odio”, que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de discriminación. En todo caso, pues, precisa que las expresiones puedan materializarse en comportamientos violentos o discriminatorios.

Como he dicho antes, esta interpretación me parece más coherente con el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal que la sustentada por la Corte europea.

6. PRINCIPALES PROBLEMAS DE LOS TIPOS VIGENTES

En el Código penal actual los artículos 510 y 607.2 tipifican conductas de racismo y xenofobia, dentro de un marco punitivo más

amplio donde se sancionan otras acciones discriminatorias. El primer precepto peca de una marcada falta de taxatividad que ha motivado interpretaciones contrapuestas, el segundo fue declarado parcialmente inconstitucional en la STC 235/2007, de 7 de noviembre. Como era de esperar, ambas normas son objeto de una profunda transformación en el Proyecto de reforma del Código penal, con el fin de adecuarlas a las exigencias fijadas en esa sentencia y a las directrices europeas.

El artículo 510 CP, en el apartado 1, castiga con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses, a “*los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía*”.

En el apartado 2, aplica la misma pena a “*los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía*”.

El artículo 607.2 CP sanciona con la pena de prisión de uno a dos años, “*la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo —genocidio—, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos*”⁸⁸.

El origen de estas disposiciones se encuentra en los delitos de incitación a la discriminación y apología de genocidio previstos en los artículos 165 ter y 137 bis del Código penal de 1973, que fueron introducidos por la LO 4/1995, de 11 de mayo. En la Exposición de Motivos de esta norma se citaba como justificación de esos preceptos, “la proliferación en distintos países de Europa de episodios de

violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi⁸⁹. Su razón de ser descansaba, pues, en el propósito de impedir acciones racistas o xenófobas, situando el punto de mira especialmente en la de signo antisemita. Sin embargo, en el artículo 510.1 CP la sanción se extiende a otras conductas discriminatorias, contra grupos o asociaciones, por causas dispares que incluyen junto a las racistas y antisemitas, la ideología, religión o creencias, situación familiar, pertenencia a una etnia o raza, origen nacional, sexo u orientación sexual, enfermedad y minusvalía⁹⁰.

Esa ampliación del elenco de acciones típicas⁹¹, unida a la eliminación de la mención a la apología que figuraba en las disposiciones precedentes, ha generado numerosos interrogantes en cuanto a los elementos de estos ilícitos. A ello se suma la previsión del delito de apología del genocidio del artículo 615 CP, cuyo deslinde del artículo 607 CP hace imprescindible rebajar las exigencias para completar este tipo, en sintonía con su menor penalidad⁹².

En general, existe consenso en cuanto al bien jurídico protegido en esos tipos, afirmando que lo integra el derecho a la no discriminación consagrado en el artículo 14 de la Constitución⁹³. Si bien, algunos autores consideran que, además, se tutela algún valor supraindividual. En concreto, se apunta la seguridad colectiva de determinadas minorías⁹⁴, y el modelo de convivencia plural y multicultural del que parte nuestra Constitución⁹⁵. Por otra parte, en relación con el artículo 607.2 CP se suele aludir a la tutela de la dignidad⁹⁶. A mi modesto entender, estamos ante conductas que atentan contra el derecho a la no discriminación (art. 14 CE) y la dignidad de las personas (art. 10 CE)⁹⁷.

No obstante, respecto a la conducta sancionada en el artículo 510.2 CP, la difusión de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones, se ha debatido sobre si estamos ante un delito de injurias referido a estos colectivos⁹⁸, tutelándose el honor, o ante una acción

discriminatoria⁹⁹. Desde este punto de vista, algunos autores afirman la necesidad de que la información injuriosa tenga una mínima eficacia incitadora de comportamientos discriminatorios¹⁰⁰. Este componente adicional, que parece avalar la identidad penológica con el apartado anterior, tropieza en cambio con el inconveniente de discernir las conductas previstas en ambos apartados¹⁰¹. Por mi parte, creo que se trata de un atentado específico contra el honor, ubicado en esta sede por dirigirse a colectivos por razones racistas, xenófobas o discriminatorias.

El mayor punto de inflexión en estos delitos reside en la definición del concepto “provocaren” del artículo 510.1 CP y, en particular, sobre si se ha de entender con el significado normativo del artículo 18.1 CP, o en su acepción común de incitar o inducir, a la discriminación, el odio o la violencia.

En el primer sentido, se ha dicho que es necesaria una incitación directa a la comisión de un delito (de discriminación, de lesiones, de daños, etc.)¹⁰², o con mayor precisión, de un delito de discriminación o de violencia, dejando fuera el odio que no es susceptible de regulación jurídica¹⁰³. Otros autores, en cambio, han tomado algunas de las condiciones establecidas en el artículo 18.1, precisando que haya una incitación directa a la discriminación, el odio o la violencia, con publicidad, pero sin requerir que se provoque a cometer delitos¹⁰⁴. Las dos lecturas presentan inconvenientes, una porque no se acomoda plenamente al artículo 18.1 CP al no requerirse la incitación a un delito, y otra porque la adecuación a esta norma quiebra en la provocación al odio, un sentimiento que al no ser un hecho externo, material o inmaterial, nunca puede integrar un delito, quedando fuera del Derecho. La tesis que sigue la definición del artículo 18.1 CP es positiva por su carácter restrictivo, pero desde el momento en que se penaliza la discriminación al odio me parece difícil sostener que el legislador quiso acoger ese significado normativo, incluyendo la incitación a la comisión de un delito¹⁰⁵. Entiendo, por tanto, que el artículo 510.1 CP tipifica la

provocación a actos de discriminación o violencia. Ahora bien, queda por descifrar qué es la provocación al odio, teniendo en cuenta que se sitúa a la misma altura que las actuaciones anteriores.

Pues bien, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, proporciona importantes elementos de juicio para precisarlo. Obviamente, esa incitación no puede asimilarse al “discurso del odio”, por cuanto se define como aquel que, por sus propios términos, supone una incitación directa a la violencia (F.J.8). Sin embargo, al examinar los tipos de negación y justificación del genocidio del artículo 607.2 CP, el Tribunal hace algunas precisiones relevantes. Primero razona la inconstitucionalidad de la primera conducta, por no afectar al bien jurídico protegido en dicha norma. A continuación, añade que, incluso si se exigiera un elemento adicional no contemplado en esa disposición, consistente en la idoneidad de dicha negación para crear una actitud de hostilidad hacia un colectivo, quebraría el juicio de proporcionalidad, puesto que una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede fundar constitucionalmente una restricción tan radical de las libertades (F.J.8). Por el contrario, a propósito de la difusión de ideas que justifiquen el genocidio, estima admisible el reproche penal, en primer lugar, cuando opere como incitación indirecta a su comisión; y, en segundo lugar, cuando con ella “se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación” (F.J.9). Por lo tanto, si en este delito menor se requiere que la provocación al odio pueda originar una atmósfera de violencia y hostilidad con capacidad para ocasionar comportamientos discriminatorios concretos, en el artículo 510.1 CP no puede ser suficiente la sola incitación al odio, es decir, la actuación dirigida a crear este sentimiento en los destinatarios. Es necesario que

esa provocación sea de tal calibre que exista un peligro real de desencadenar actos violentos o discriminatorios.

Así pues, aunque se trata de un delito abstracto, donde no se sanciona la violencia o la discriminación, ni por supuesto el odio, sino la provocación a estas reacciones, es necesario examinar la acción concreta para verificar si lleva aparejada la peligrosidad indicada por el Tribunal Constitucional.

En cuanto a las otras notas que integran el concepto de provocación del artículo 18.1 CP, la incitación directa y la publicidad, considero que son requisitos típicos del artículo 510.1 CP.

La exigencia de esos presupuestos, defendida por la doctrina mayoritaria, es acorde con el principio de proporcionalidad, habida cuenta que en el artículo 510.1 CP se incrimina un acto preparatorio previo a la ejecución del delito, aplicando una penalidad de uno a tres años de prisión y multa. Además, su presencia se infiere también de una interpretación sistemática entre esa norma y el artículo 607.2 CP. En la citada STC 235/2007, de 7 de noviembre, se declara constitucionalmente legítimo el castigo de la justificación del genocidio del artículo 607.2 CP en tanto supone al menos una incitación indirecta a la comisión del genocidio o una provocación mediata a la discriminación, el odio o la violencia (F.J.9) y en este caso la pena de prisión es de uno a dos años¹⁰⁶. Por lo tanto, la previsión de una sanción superior en el artículo 510 CP se corresponde con un peligro también mayor para el bien jurídico protegido. Igualmente, en dicha sentencia el Tribunal precisa que la justificación del genocidio sea pública, en consonancia con el tenor literal del artículo 607.2 CP (F.J.9). Con mayor motivo esta publicidad resulta imprescindible en el artículo 510.1 CP, donde cabe presumir que se ha omitido por ser consustancial al concepto de provocación.

Otro punto polémico ha sido la posibilidad de admitir la realización del tipo cuando la conducta se dirige a miembros individuales

de los grupos o colectivos afectados. Pero, pese a esta referencia plural contenida en la norma, pienso que ha de aceptarse esa forma de comisión, porque precisamente las acciones racistas, xenófobas o discriminatorias suelen recaer sobre sujetos concretos, si bien por su pertenencia a un determinado grupo. De suerte que la víctima soporta el ataque motivado por las características del mismo¹⁰⁷.

En lo que hace al artículo 607.2 CP se sucedieron las críticas, particularmente en punto a la negación del genocidio, hasta que su incriminación fue anulada por el Tribunal Constitucional¹⁰⁸. El tipo sancionaba la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen los delitos de genocidio, sin exigir siquiera el ánimo de menospreciar y discriminar que según la STC 214/1991, de 11 de noviembre, constituye el estadio menor para excluir una opinión o manifestación de esa índole de la libertad de expresión. En la STC 235/2007, de 7 de noviembre, el Tribunal argumenta que la literalidad del ilícito previsto en el artículo 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio, que sí están presentes, por lo que al odio racial o antisemita se refiere, en el delito previsto en el artículo 510 CP, castigado con penas superiores. Las conductas descritas tampoco implican el ensalzamiento de los genocidas, ni la intención de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas (F.J.6). Por otra parte, rechaza que pueda afirmarse que toda negación del genocidio persigue la creación de un clima de violencia y hostilidad contra los miembros de ciertos grupos, y que siempre sea objetivamente idónea para ello. Además, como apunté, pone de relieve que incluso concurriendo este elemento no contenido en el tipo, sería insuficiente para justificar una restricción tan radical de las libertades. En consecuencia, concluye que en cuanto tal conducta no constituye ni siquiera un peligro potencial para los bienes tutelados por el artículo 607.2 CP, su inclusión comporta una vulneración de la libertad de expresión

—art. 20.1 CE— (F.J.8). En cambio, sí aprecia ese elemento tendencial en la difusión de ideas que justifiquen el genocidio. En este caso afirma la legitimidad del castigo penal, porque dicho comportamiento supone una incitación indirecta a la comisión del genocidio, o provoca de modo mediato, a la discriminación, el odio o la violencia (F.J.9).

Hay que advertir que el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad lo constituía el primer inciso del artículo 607.2 CP, por lo que el Tribunal Constitucional no se pronunció acerca de la tercera modalidad típica, integrada por la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos (F.J.2). A mi modo de ver, la transmisión de estas opiniones debería correr la misma suerte que la primera conducta, en tanto se trata de la mera exteriorización de un deseo que ni incita a instaurar esos regímenes, ni mucho menos a realizar actos genocidas.

7. LA LUCHA CONTRA EL RACISMO Y LA XENOFOBIA EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

El Proyecto de reforma del Código penal¹⁰⁹, modifica sustancialmente estos delitos tratando de adecuarlos a la STC 235/2007, de 7 de noviembre y a la Decisión Marco 2008/913/JAI, según expresa la Exposición de Motivos. Por una parte, se incorporan al artículo 510 CP las acciones tipificadas en el artículo 607.2 CP, reuniendo en una disposición todas las formas de favorecimiento o incitación al odio, la discriminación, la violencia, o de modo novedoso la hostilidad, por motivos racistas o discriminatorios. Por otra, se amplía el círculo de conductas delictivas al traspasar a ese precepto la norma comunitaria. Se adelan-

ta la barrera de protección a actos previos a esa incitación, como la confección o la posesión de material idóneo para ella. Se tipifica la negación, trivialización grave y enaltecimiento del genocidio y otros delitos contra la comunidad internacional, y el enaltecimiento y justificación de los delitos cometidos por motivos racistas o discriminatorios, así como la humillación, menosprecio o descrédito de las víctimas y la elaboración, posesión o distribución de material de esta índole. Además, se contempla la posible realización de esos hechos por medio de internet u otras redes sociales y se regula la responsabilidad de las personas jurídicas. No obstante, la punición de esos comportamientos se mantiene dentro de los lindes marcados por el Tribunal Constitucional, precisando según los casos la promoción o el favorecimiento directo o indirecto del odio, la discriminación, la violencia o la hostilidad contra un grupo o sus miembros, o el atentado a la dignidad de esas personas. Destaca también el incremento penológico operado en algunas figuras y la previsión de medidas dirigidas a borrar o eliminar los soportes utilizados en el delito o a impedir la difusión de los datos.

El presupuesto de esa regulación lo constituye la Decisión Marco 2008/913/JAI, del Consejo de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. En ella se recoge un conjunto de conductas de ese carácter que todos los estados miembros deberán castigar, a las que se asocia unas penas mínimas, disponiendo que las legislaciones nacionales podrán ampliar el alcance de esas normas sancionadoras. Partiendo de esta base, el texto de reforma de nuestro Código punitivo incrementa ese número de actuaciones punibles.

A. "ARTÍCULO 510, APARTADO 1"

El artículo 510, en el apartado 1 a), castiga con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses, a "*quienes fomenten, promuevan o inciten directa o indi-*

rectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad".

De esta forma, se produce un deslinde definitivo entre estas figuras y la provocación regulada en el artículo 18.1 CP. Hemos visto que en el artículo 510.1 CP vigente se sanciona a quienes "provoquen" a la discriminación, el odio y la violencia, y que esta cláusula se ha interpretado como una remisión al primer precepto, exigiendo una incitación directa a esos efectos, junto al uso de publicidad; el debate se cernía en torno al tercer requisito contenido en el artículo 18.1 CP, relativo a la incitación a un delito, debido a la dificultad de exigirlo en la provocación al odio. Con la nueva redacción se zanja esta cuestión, al admitir tanto la incitación directa como la indirecta, diferenciándose netamente de la provocación. Esta formulación es congruente con la doctrina sentada en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, donde se declara conforme a la Constitución la criminalización de ambas clases de incitación a la discriminación, el odio o la violencia.

Ahora bien, cabe presumir que se prescinde igualmente del requisito relativo a la publicidad, contenido en el artículo 18.1 CP, pues en el apartado transcrito se omite toda referencia a ese aspecto, pese a eliminarse el término "provocación" en el que se consideraba implícito. La supresión de este elemento contrasta con la elevación de la pena de prisión fijada para estas conductas, pasando de tres a cuatro años en su límite máximo. Sin embargo, el apartado 3 del artículo 510 parece confirmar que la incitación del apartado 1 a) no conlleva publicidad, en tanto dispone que "las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de Internet, o mediante el

uso de tecnologías de la información, de modo que aquél se hiciera accesible a un elevado número de personas”. Pese a ello, entiendo que esta última precisión permite entender que las acciones tipificadas en el citado apartado 1 a) precisan un mínimo de publicidad, habida cuenta que de lo contrario la mera incitación privada, incluso indirecta, merecería una pena de prisión de hasta cuatro años más multa, una sanción a mi juicio desproporcionada¹¹⁰. Pensemos, por ejemplo, en una persona que incita sutilmente a otra a ser hostil con un tercero por ser gitano, payo, homosexual, judío, por votar a un partido de izquierdas o de derechas, etc.; imponerle una pena de prisión, con una duración de hasta cuatro años me parece totalmente excesivo. Por lo tanto, en el apartado 1 a) debe precisarse cierta publicidad, como la realización de la conducta ante una concurrencia de personas o al menos un grupo de oyentes, aplicando la mitad superior del apartado 3 tan solo cuando se empleen medios accesibles a un elevado número de sujetos, como sucede con internet.

En favor de esta lectura, juega la regulación de la citada Decisión Marco, donde se contempla como delito la “incitación pública” a la violencia o el odio (art. 1.1)¹¹¹, estableciendo que los estados miembros deberán castigarla con una pena máxima de uno a tres años como mínimo (art.3.2), sanción inferior a la establecida en el apartado 1 a) del artículo 510 CP, pese a requerir expresamente que la incitación sea “pública”. Dicho esto, hay que apuntar también que en el apartado 1 b) de este precepto se sanciona con igual pena de uno a cuatro años de prisión más multa, a quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, etc. escritos o cualquier clase de material o soportes idóneos para realizar la conducta del apartado 1 a). De modo que se adelanta la barrera de protección a estadios previos a la incitación y la difusión. Igualmente, en el apartado 1 c) se sanciona también la negación, trivialización grave y el enaltecimiento del genocidio, si bien en este caso cuando efectivamente promuevan o favorezcan un clima de

violencia, hostilidad, odio o discriminación. Aun así, cabe pensar que en estos supuestos el dato que determina la equiparación penológica a las conductas del apartado 1 a), en las que se precisaría un mínimo de publicidad es, en el primer caso, el riesgo que entraña la preparación de soportes de carácter material, con la finalidad de difundirlos, pues estas dos notas confieren a la conducta una especial peligrosidad y, en el segundo, el efectivo favorecimiento del clima descrito. En cualquier caso, se advierte cierta desproporción penológica, por una parte, si no se exige publicidad en el apartado 1 a), por resultar desmedida la pena prevista para la incitación privada, directa o indirecta, y, por otra, si se requiere este rasgo, por aplicarse idéntica sanción a actos puramente preparatorios, como la mera posesión de determinado material, aunque sea con la intención de distribuirlo.

Siguiendo con las novedades del apartado 1 a) del artículo 510, se extiende la tipicidad a quienes fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente a la “hostilidad” contra ciertos grupos o sus miembros. Esta ampliación es coherente con el artículo 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, donde se determina que “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”. Asimismo, sigue la postura del TEDH, que excluye de la libertad de expresión la propagación de ideas que inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiesten a través del nacionalismo agresivo y la discriminación y “hostilidad contra las minorías” y los inmigrantes¹¹². Por otra parte, se adecúa también a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, aunque a la luz de la interpretación establecida en ella, es necesario hacer algunas precisiones. Como hemos visto, la criminalización de la justificación pública del genocidio se declara constitucional cuando con ella se busque una suerte de provocación al odio, “que represente un

peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación”. Luego, siguiendo este mismo criterio, la nueva conducta de incitación a la hostilidad ha de ser idónea para provocar actuaciones discriminatorias.

Además, no se castiga sólo a los que inciten, directa o indirecta, sino también a quienes “fomenten” o “promuevan”, al odio, hostilidad, etc., acciones no recogidas en el artículo 510.1 actual ni en la Decisión Marco 2008/913/JAI. De todos modos, fomentar y promover son términos equivalentes que significan impulsar, de forma similar al verbo incitar, por lo que su superposición resulta perturbadora, máxime si pensamos que el Tribunal Constitucional precisa que la acción revista una peligrosidad suficiente como para desatar un ambiente de violencia y hostilidad que pueda traducirse en acciones concretas.

Asimismo, las conductas tipificadas en este apartado se castigan cuando se dirigen contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por su pertenencia a aquel, resolviendo en sentido afirmativo la duda suscitada en la legislación actual en torno a si la acción puede recaer en sujetos individuales integrantes de esos grupos.

Se amplían también las motivaciones sancionadas, citando el origen nacional además de la nación y la identidad sexual junto al sexo y la orientación sexual. En la mentada Decisión Marco, se nombra la raza, el color, la religión, la ascendencia¹¹³ y el origen nacional o étnico, de manera que el elenco de causas recogidas en el apartado 1 a) del artículo 510 CP es más extenso. Por otra parte, se sustituye el concepto de “minusvalía” por el de “discapacidad”, haciéndose eco de lo dispuesto en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, cuya Disposición adicional octava establece que las referencias que en los textos normativos se efectúan a “minusválidos” y a “personas con minusvalía”, se entenderán realizadas a

“personas con discapacidad”. Siguiendo esta directriz, la Disposición adicional primera del Proyecto, en su número 2, determina con carácter general que “todas las referencias hechas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al término ‘minusvalía’ deben entenderse sustituidas por el término ‘discapacidad’”. Por otra parte, la mención a la identidad sexual pretende cubrir particularmente los casos en que el sujeto se siente perteneciente a un sexo distinto al biológico. La inclusión del origen nacional permite abarcar la discriminación producida tanto por la nacionalidad actual como por la de nacimiento. No obstante, llama la atención que se mantenga la reiteración terminológica, con la alusión a la raza y a los motivos racistas.

En el apartado 1 b) del artículo 510 se aplica idéntica pena que en la letra anterior, prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses, a *“quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad”*.

En la Decisión Marco 2008/913/JAI, se recoge como delito la incitación pública a la violencia o el odio, “mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales” (art. 1.1 b). Por el contrario, en el apartado 1 b) del artículo 510 se sitúa la frontera de la tipicidad en hechos previos a la difusión del material, como la posesión del mismo con la finalidad de distribuirlo, sancionándolos con el mismo castigo que la distribución efectiva, y que los actos de incitación previstos en el apartado 1 a). Me parece dudoso que esta equipa-

ración se ajuste a los dictados del principio de proporcionalidad¹¹⁴. De hecho, en el Anteproyecto se aplicaba a estas conductas una penalidad inferior a la prevista en la letra anterior (prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses)¹¹⁵. Por otra parte, quien tiene en su poder material apto para fomentar el odio, la hostilidad, etc., con el fin de difundirlo, todavía no ha iniciado ninguna acción que pueda producir esos efectos, ni cabe decir que los ha provocado, directa o indirectamente. Por lo tanto, la conducta punible se encuentra en una fase anterior a la que el Tribunal ha considerado como punto de arranque para poder castigar penalmente en la legislación vigente. En el artículo 607.2 CP ha anulado la tipificación de la difusión de ideas que nieguen el genocidio, manteniendo en cambio la de aquellas que lo justifiquen por comportar incitación indirecta a la ejecución del genocidio o provocación mediata a la discriminación, el odio o la violencia.

En el apartado 1 c) del artículo 510 se atribuye igual penalidad a quienes *“nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos”*¹¹⁶.

Esta norma desarrolla las previsiones de la mencionada Decisión Marco respecto a la apología pública, la negación y la trivialización flagrante de esos delitos¹¹⁷. Se vuelve a sancionar la negación del genocidio¹¹⁸, si bien se extiende la punición a otros delitos contra la comunidad internacional, dejando fuera tan solo los relativos al Derecho de gentes. Pero, de acuerdo con las

pautas establecidas en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, es necesario que con las conductas descritas se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación, contra un grupo o alguna de las personas que lo integran. Otra vez, habría que matizar que ese ambiente ha de ser propicio para provocar actos reales de discriminación.

A diferencia de la referida norma internacional, no se condena la apología pública sino el enaltecimiento de los delitos enunciados o de sus autores. En el Anteproyecto sí se sancionaba la apología, pero el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el texto, señalaba que de acuerdo con el artículo 18 CP, la gravedad de esa conducta era cualitativamente superior a la negación o trivialización de tales crímenes. En el Proyecto se sustituyó la apología por el enaltecimiento, rebajando los presupuestos necesarios para realizar el tipo. En el artículo 18.2 CP se precisa que el ensalzamiento se haga ante una concurrencia de personas o por un medio de difusión; además, se estima delictivo únicamente cuando constituye una incitación directa a cometer el delito. En cambio, ninguna de estas dos notas se incluye en el apartado 1 c). Basta que con el enaltecimiento se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación, con la precisión efectuada por el Tribunal Constitucional de que el hecho posea entidad suficiente como para ocasionar acciones discriminatorias. No se requiere, por tanto, una incitación directa a la comisión de un delito. Por otra parte, no se exige que la negación, trivialización o enaltecimiento se lleve a cabo con publicidad, condición prevista como es sabido en el artículo 607.2 CP, donde se sanciona la negación o justificación pública del genocidio con una pena muy inferior, en concreto, prisión de uno a dos años, frente a la de uno a cuatro años y multa del apartado 1 c). Ahora bien, a mi modo de ver, al igual que en el apartado 1 a) el castigo sería desproporcionado si se aplicara incluso cuando esos discursos se hagan en privado, además de lo inverosímil que resulta que una declaración personal sea capaz de provocar

un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación.

Pero, pese a reemplazarse la apología por el enaltecimiento, la pena se eleva sensiblemente respecto a la que como mínimo debe imponerse según la Decisión Marco en la apología pública¹¹⁹. Además, llama la atención que en el Anteproyecto la sanción establecida para la apología, negación o trivialización grave del genocidio y otros delitos contra la comunidad internacional, era de seis meses a dos años. Sin embargo, el Consejo General del Poder Judicial puso de relieve que la apología revestía igual gravedad que las conductas del apartado 1 a) (fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad...). En el Proyecto se suple la referencia a la apología por el enaltecimiento, pero además, se equipara penológicamente a esas conductas. Por otra parte, este aumento del castigo no alcanza sólo al enaltecimiento sino también a la negación y a la trivialización de esos delitos, pasando igualmente a sancionarse estas acciones con la misma penalidad establecida en el apartado 1 a).

A mi modo de ver, pues, las conductas tipificadas en los apartados a) y c) del artículo 510, han de presentar cierto carácter público, de manera que exista un peligro real de motivar actos concretos, en consonancia con la penalidad asignada en esos preceptos. Es verdad, no obstante, que en el apartado b) no es necesario ese presupuesto, penalizándose la mera posesión, elaboración, etc. de determinado material, pero como he apuntado el incremento de la pena de estas conductas efectuada en el Proyecto respecto a la versión original, me parece que ha dado lugar a una desproporción penológica. En cualquier caso, la aplicación de igual castigo a esas acciones preparatorias puede deberse al riesgo que se presume en ellas, por cuanto se dirigen a distribuir o difundir material escrito.

B. "ARTÍCULO 510, APARTADO 2"

El artículo 510, en el apartado 2 a) sanciona con la pena de prisión de seis meses a dos

años y multa de seis a doce meses a, *"quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos"*.

Estas conductas no se recogen en la Decisión Marco 2008/913/JAI, pero su introducción es consecuente con el papel cada vez más marcado que el Tribunal Constitucional ha atribuido a la dignidad humana en la regulación de estos delitos¹²⁰, según refleja la STC 235/2007, de 7 de noviembre. En ella, el Tribunal recuerda la doctrina sentada en sus sentencias 214/1991, de 11 de noviembre, y 176/1995, de 11 de diciembre, en el sentido de considerar que el artículo 20.1 de la Constitución "ofrece cobertura a las opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos, por muy erróneas o infundadas que resulten, *que no supongan un menosprecio a la dignidad de las personas* o un peligro para la convivencia pacífica". En esta línea afirma que, *"el amplio margen que el artículo 20.1 CE, ofrece a la difusión de ideas*, acrecentado, en razón del valor del diálogo plural para la formación de una conciencia histórica colectiva, cuando se trata de la alusión a hechos históricos..., encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquellas que incitan directamente a dichas actitudes,

constitucionalmente inaceptables” (F.J.5). Asimismo, al analizar la adecuación constitucional del tipo de negación pública del genocidio, declara que “el precepto *resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica* necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o *un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio* (F.J.7)¹²¹.

En principio, pues, la inclusión de las acciones humillantes en esta categoría de delitos, es conforme con la opinión del Tribunal Constitucional. Además, la sanción es menor que la asignada en el apartado anterior, con lo que en principio parece respetarse la debida proporcionalidad. No obstante, en este punto pienso que las consideraciones podrían discurrir en sentido inverso. Es decir, no veo por qué ha de aplicarse una pena inferior a quien lesiona la dignidad de otra u otras personas mediante acciones humillantes, por motivos raciales o discriminatorios, que a quien por iguales razones fomenta el odio contra esas mismas personas. Es posible que en este caso ese sentimiento no llegue a materializarse en acto alguno, mientras que en el primero las víctimas ya han soportado la humillación y han visto lesionado su honor. En este sentido, me parece preferible el criterio adoptado en el Anteproyecto, donde se asignaba idéntico castigo a quienes lesionen la dignidad mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito, que a quienes fomenten, promuevan o inciten al odio, hostilidad, discriminación o violencia, contra un grupo o sus miembros, por móviles racistas o discriminatorios.

Pero, en el propio apartado 2 a) se castiga también a quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, etc., material idóneo por su carácter humillante para lesionar la dignidad de esas personas o grupos. En este supuesto, en cambio, no me parece equitativo mantener el mismo marco penológico que para quien efectivamente humilla a esos sujetos, puesto que se sancionan actos considerados peligrosos para el bien jurídico protegido, sin haberse producido todavía su

lesión efectiva. Incluso, el riesgo de dañar la dignidad en el caso de la posesión del material es muy lejano.

En el apartado 2 b) también se aplica la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses, a “*quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución*”.

Se castiga el enaltecimiento o justificación de cualquier delito cometido contra un grupo o sus miembros, por causas racistas o por las discriminatorias previstas, o bien de los responsables de esas infracciones. Pero aquí sí se exige que la conducta se formalice por un medio de expresión pública o de difusión, manteniendo el criterio del artículo 607.2 CP, invocado también por el Tribunal Constitucional. De esta forma se distingue del enaltecimiento de los delitos contra la comunidad internacional regulados en el apartado 1 c) del artículo 510, donde no se precisa el empleo de vías de difusión, aunque sí que la conducta promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los grupos o personas afectadas. La pena de prisión prevista en este caso es de uno a cuatro años, mientras en el presente apartado oscila entre seis meses y dos años¹²². Aunque a mi juicio, según decía, también en el apartado 1 c) hace falta publicidad, atendiendo a la gravedad de la pena y a la exigencia precisamente de alentar ese clima, que difícilmente puede lograrse mediante manifestaciones puramente privadas. La ausencia de este último requisito justificaría la sanción inferior prevista en este apartado para el enaltecimiento o justificación por cauces públicos de otros delitos distintos al genocidio y crímenes contra la comunidad internacional.

Sin embargo, a continuación se incluye una previsión aplicable a todas las conductas del apartado 2 a) y b): *“Los hechos serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos”*.

De esta forma se asimila a efectos punitivos el enaltecimiento de todos los delitos cometidos contra un grupo o sus integrantes, ya sea el genocidio u otros distintos, por las razones previstas, cuando con dicho ensalzamiento se dé pie a ese clima. Me parece un argumento más para entender que también la negación, trivialización grave o enaltecimiento del genocidio y de los delitos del apartado 1 c), ha de hacerse con cierta publicidad, puesto que este requisito se precisa en el apartado 2 b) para el enaltecimiento de todos los demás delitos cometidos contra esos grupos. Hay que pensar que lo que lleva a aplicar idéntica pena en ambos apartados, en virtud de la última disposición transcrita, es el favorecimiento del clima señalado y no los delitos objeto de enaltecimiento. Por lo tanto, en los dos apartados hará falta publicidad y la pena superior prevista para la negación, trivialización grave o enaltecimiento del genocidio y delitos contra la comunidad internacional, responderá a la exigencia ineludible de propiciar ese clima, prevista en el apartado 1 c).

C. “ARTÍCULO 510, APARTADOS 3, 4 Y 5”

El artículo 510, en los apartados 3 y 4, recoge dos tipos agravados. A continuación, el apartado 5 establece medidas dirigidas a la destrucción del material y a impedir el acceso a los contenidos difundidos por internet.

El apartado 3 dice lo siguiente: *“Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de Internet, o*

mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que aquél se hiciera accesible a un elevado número de personas”.

Se trata de una cualificación coherente con el incremento del riesgo para el bien jurídico que supone la difusión por internet de las manifestaciones efectuadas por el autor debido al extraordinario número de destinatarios, multiplicándose las probabilidades de generar el clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación, o la producción efectiva de estas reacciones. A ello se suma la mayor dificultad que presenta la persecución del delito y la identificación del responsable, teniendo en cuenta que a través de la red la información puede divulgarse a distintos países.

El apartado 4 determina: *“Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado”*.

La Decisión Marco 2008/913/JAI, contempla la posibilidad de que los estados miembros castiguen las conductas descritas como delito únicamente cuando se lleven a cabo de forma que bien puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes. En el Código penal alemán, vimos que se fija como presupuesto la perturbación o el riesgo para la paz pública, o el quebranto de la dignidad.

En el Proyecto, en cambio, se opta por crear esta figura cualificada, aplicable cuando el hecho sea objetivamente idóneo para perturbar la paz pública, o producir un grave sentimiento de inseguridad o temor en los miembros del grupo. En el primer caso, se fija un presupuesto distinto al de la norma europea, coincidente con el texto germano, en tanto el orden público y la paz pública no son conceptos equiparables. Como señalan VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU, incluso desde una perspectiva estricta del orden público¹²³, entendiéndolo como orden externo y material

de la convivencia, como funcionamiento regular de esa convivencia, no equivale al de paz pública, definida como “tranquilidad y quietud”, o como sosiego y buena correspondencia de unos con otros y se opone a la guerra, a las riñas y disensiones, pero no al desorden¹²⁴. La modificación introducida en el texto de reforma es positiva, entonces, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, en la medida en que proporciona una mayor certeza en cuanto a la circunstancia determinante de la agravación. Además, se incrementará igualmente el castigo cuando la acción sea apta para crear *inseguridad o temor* a los integrantes del grupo, conceptos mucho más difusos que el anterior y que, a mi juicio, además suscitan problemas de deslinde con los tipos básicos. Hemos visto que en muchos de ellos se precisa que la acción revista suficiente entidad para provocar ciertos efectos, como la creación de un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación. En este sentido, no me parece que las actuaciones propicias para causar una grave inseguridad o temor, o para crear esa esfera de perturbación, sean claramente discernibles, sino que posiblemente la conducta capaz de provocar un clima de violencia, generará a su vez un fuerte temor o inseguridad en las personas afectadas.

El apartado 5 cierra el artículo, ordenando algunas actuaciones con el objeto de impedir la difusión del contenido ilegal: *“El Juez o Tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.”*

En los casos en los que, a través de un portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo”.

D. “ARTÍCULO 510 BIS”

En el Proyecto se introduce un nuevo artículo 510 bis, con la siguiente redacción: *“Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior cuando los hechos en él descritos fueran cometidos por quienes pertenecieren a una organización delictiva, aunque fuera de carácter transitorio.”*

“A los jefes, encargados o administradores de la organización se les impondrán las penas superiores en grado a las previstas en el párrafo anterior.”

Por lo tanto, se eleva un grado la pena cuando el sujeto activo pertenece a una organización delictiva y dos grados cuando fuera jefe, encargado o administrador de la misma. Esta regla puede dar lugar a una pena de prisión de hasta ocho años, además de la multa, en el último caso.

Como es conocido, el concepto de organización delictiva se fue forjando en la jurisprudencia a partir de la regulación relativa a los delitos contra la salud pública. En este campo, el Tribunal Supremo ha señalado que no basta la mera coparticipación de varias personas en la ejecución del delito. Se requiere que esté acreditada la intervención de un conjunto de sujetos que dispongan de medios idóneos y desarrollen un plan previamente concertado y con una cierta permanencia, a pesar de la transitoriedad, así como la existencia de jerarquización, con distribución de funciones más o menos definida entre ellos¹²⁵. En este sentido, se diferencia de la simple coautoría o coparticipación, al exigirse una “vocación de continuidad”¹²⁶.

No obstante, la LO 5/2010, de 22 de junio, creó un tipo independiente, el artículo 570 bis CP, dentro de los delitos contra el orden público, donde se sanciona a quienes participan, promueven, dirigen, etc., una organización criminal¹²⁷. En el párrafo segundo del apartado 1, se especifica que “a los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por dos o más personas con carácter estable o por tiempo

indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”¹²⁸. En el Proyecto se suprime esta última cláusula, en correlación con la eliminación de dichas infracciones. A este respecto, el Tribunal Supremo ha matizado que la introducción de esa regulación autónoma no significa “que la jurisprudencia anterior sobre asociaciones ilícitas de carácter criminal haya quedado sin efecto, sino que el legislador ha perfeccionado su técnica de punición, por lo que, a partir de la entrada en vigor de tal ley, la asociación criminal tendrá una interpretación más relacionada con el ámbito que le es propio, es decir, con el derecho constitucional de asociación cuando se desvíe hacia fines criminales, penalizándose esas estructuras delictivas en los nuevos artículos 570 bis y ter CP”¹²⁹.

Por su parte, el artículo 570 quáter, número 2, en su párrafo segundo, establece una regla concursal respecto a los delitos previstos en los artículos 570 bis (organización criminal) y 570 ter (grupo criminal): “En todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del artículo 8”.

Por lo que aquí interesa, la Circular 2/2011, de 2 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, destacaba el fenómeno criminal de las bandas juveniles latinas que cometen delitos contra la vida o la integridad física y peleas o riñas tumultuarias entre bandas rivales¹³⁰. En este punto, señalaba la conveniente creación de los artículos 570 bis y ter, a fin de atajar esos comportamientos ante la escasa aplicación práctica del artículo 515 CP.

En el artículo 515 CP se prevén las asociaciones ilícitas, para las que la jurisprudencia ha exigido mayores requisitos que en la organización¹³¹ y el apartado 5 recoge específica-

mente las que persiguen objetivos racistas o discriminatorios¹³². En el Proyecto esa norma se traslada al artículo 510.4 CP, definiendo como asociaciones ilícitas “las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad”. La redacción se adecua al nuevo contenido del artículo 510, incluyendo la conducta consistente en fomentar los efectos señalados, así como la mención expresa tanto de la incitación directa como de la indirecta y la referencia a la hostilidad. Los artículos 517, 518 y 521 CP fijan las penas procedentes en función del papel desempeñado por el sujeto respecto a la organización.

Bajo la regulación vigente, se han planteado problemas concursales entre esas normas contenidas en los artículos 515.5 y 570 bis, particularmente a la luz del artículo 570 quáter, donde parece decretarse la aplicación prioritaria de la regla 4ª del artículo 8 CP, anteponiéndolo a las precedentes. Sin embargo, como señala GARCÍA ALBERO, esa remisión ha de entenderse efectuada necesariamente a todo el artículo 8 CP, prevaleciendo el artículo 515.5 por su especialidad, frente al artículo 570 bis, salvo que la organización tuviere otros fines adicionales a los enumerados en la primera norma, en cuyo caso entraría en juego esta última¹³³.

Pues bien, el nuevo artículo 510 bis agrava la pena cuando el delito lo comete una persona perteneciente a una organización delictiva, incluso de carácter transitorio, aumentándola doblemente cuando sea jefe, encargado o administrador de la misma. Entiendo, por tanto, que en la medida en que no se precisa el tipo de organización, tanto si el sujeto pertenece a alguna de las descritas en el artículo 510.4 del Proyecto, como a cualquier otra que reúna legalmente esa condición, se aplicará sólo

el artículo 510 bis, en virtud del principio de especialidad del artículo 8.1 CP.

E. "ARTÍCULO 510 TER"

En el artículo 510 ter se regula la responsabilidad de las personas jurídicas: *"Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.*

En este caso será igualmente aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo 510 del Código Penal".

La Decisión Marco 2008/913/JAI determina que los estados miembros deben adoptar

las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica pueda ser considerada responsable de las conductas delictivas señaladas en esa norma. Así pues, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 31 bis CP se decreta la imposición de una pena de multa, conforme al artículo 33.7 a) CP, permitiendo imponer, además, las penas reguladas en los apartados b) a g) del propio precepto.

El Proyecto sigue la línea adoptada en las últimas reformas del CP, principalmente la operada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, introduciendo el artículo 310 bis, donde se prevé la responsabilidad de las personas jurídicas, autorizando igualmente la aplicación de las penas de los apartados b) a g) del artículo 33.7 CP, a excepción de la del apartado f), que en ese nuevo artículo se regula de forma particular.

NOTAS

1. El "negacionismo" supone la negación, al menos parcial, de la realidad de los hechos históricos percibidos por la mayor parte de la gente como hechos manifiestamente injustos. No obstante, se suele utilizar en referencia a los delitos de genocidio o crímenes contra la humanidad y, particularmente, en los producidos durante el régimen nacional-socialista en Alemania. Al respecto, Luther, J.: "El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 9, 2008, págs. 247 y ss.
2. En algunos países, como Francia, Italia o España, han surgido los "comités de autodefensa" formados por ciudadanos que se defienden de la inseguridad ciudadana, pero que acaban en muchos casos "tomándose la justicia por su mano" contra determinados grupos de extranjeros, o nacionales con otro color de piel, drogadictos, prostitutas, etc. Borja Jiménez, E.: "Presupuestos político-criminales del nacimiento de la legislación penal contra el racismo y la xenofobia en Europa", en García Añón, J./Ruiz Sanz, M.: *Discriminación racial y étnica*, Publicaciones de la Universitat de València, 2013, pág. 198.
3. Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 18 de Barcelona, 574/203, de 11 de diciembre.
4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de junio de 2012.
5. El Diccionario de la Real Academia Española recoge las siguientes definiciones: "Xenofobia": odio, repugnancia u hostilidad hacia los extranjeros. "Racismo": 1. Exacerbación del sentido racial de un grupo étnico, especialmente cuando convive con otro u otros. 2. Doctrina antropológica o política basada en este sentimiento y que en ocasiones ha motivado la persecución de un grupo étnico considerado como inferior. "Raza": 1. Casta o calidad del origen o linaje. 2. Cada uno de los grupos en que se subdividen algunas especies biológicas y cuyos caracteres diferenciales se perpetúan por herencia. "Etnia": Comunidad humana definida por afinidades raciales, lingüísticas, culturales, etc. "Discriminar": 1. Seleccionar excluyendo. 2. Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc. "Antisemitita": enemigo de la raza hebrea, de su cultura o de su influencia. Por su parte, el artículo 14 de la Constitución dispone que "los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discrimina-

ción alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. En el artículo 22.4 CP se recoge un catálogo más amplio, al igual que en los artículos 312 y 510 y ss.

6. El órgano europeo partía del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de 1966 (en vigor desde el 23 de marzo de 1976), que en su artículo 20.2 establecía: “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

7. STC 176/1995, de 12 de enero —EJ.5—.

8. STC 235/2007, de 7 de noviembre —EJ.5—.

9. Así, la Recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre blasfemia, insultos religiosos y discursos del odio contra personas por razón de su religión, define como “discurso del odio”, “las manifestaciones en las que se pide que una persona o grupo de personas sean objeto de odio, discriminación o violencia, por motivo de su religión o por cualquier otro motivo” (la cursiva es añadida).

10. Puede verse una perspectiva del Derecho comparado en, Christians, L.L.: “Taller de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso. Estudio para el taller sobre Europa (9 y 10 de febrero de 2011, Viena”, (<http://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920.Iccpr/docs/ViennaWorkshopBackgroundsStudy.sp.pdf>).

11. Al respecto, Rosenfeld, M.: “Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis”, en *Cardozo Law School*, nº 41, 2001, págs. 2 y ss., (<http://papers.ssrn.com>).

12. Sobre el concepto de “libertad negativa”, Berlín, I.: “Two concepts of liberty”, en *Four Essays on liberty*, Oxford Clarendon Press, 1969, págs. 121-64, 169-72, (www.web.ics.purdue.edu).

13. STUART MILL, J.: *Sobre la libertad*, Biblioteca EDAF, Madrid, 2014, pág. 15.

14. “Congress shall make no law abridging the freedom of speech, or of the press”.

15. Esta idea de Stuart Mill de una libertad de expresión muy amplia fue utilizada por primera vez en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el voto particular del Juez J. Holmes en el caso *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919). Abrams, E.: “Hate speech: the present implications of a historical dilemma”, en *Villanova Law review*, vol. 37, 1992, págs. 745 y 746, cita 9. Sobre el impacto de la concepción de libertad en sentido político de Stuart Mill en el Tribunal Supremo, Vives Antón, T.S.: “Ley, lenguaje y libertad”, en *Teoría y Derecho: revista del pensamiento jurídico*, nº 11, 2012, págs. 172 y ss.

16. Stuart Mill, J.: *Sobre la libertad*, cit., pág. 15.

17. Coase, R.H.: “The market for goods and the market for ideas”, en *The American Economic Review*, vol. 64, nº 2, 1974, págs. 384 y ss; Ingberg, S.: “The marketplace of ideas: a legitimizing myth”, en *Duke Law Journal*, nº 1, 1984, págs. 8 y ss; y, Rushton, M.: “Public funding of controversial art”, en *Journal of Cultural Economics*, nº 24, 2000, pág. 278.

18. Stuart Mill, J.: *Sobre la libertad*, cit., págs. 171 y ss.

19. Rosenfeld, M.: “Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis”, en *Cardozo Law School*, cit., pág. 19.

20. Hay que destacar el gran paso que supuso la supresión del delito de “libelo sedicioso” (paralelo a la apología) en virtud de la doctrina constitucional sentada a partir del caso *Schenk v US* (1919), donde se fijó el standard del peligro claro y presente (las palabras han de ser de tal naturaleza y ser usadas en circunstancias tales que hayan, razonablemente, de crear un peligro claro y presente de producción de alguno de los males sustantivos que el Congreso tiene derecho a prevenir). La nota de provocación a una acción ilegal inminente fue concretada en el caso *Brandenburg v. Ohio* (1969). Véase, un análisis en profundidad en, Vives Antón, T.S.: “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 25, 2004, págs. 424 y ss.

21. *Chaplinski v. State of New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

22. Abrams, F.: "Hate speech: the present implications of a historical dilemma", en *Villanova Law review*, cit., pág. 747, cita 19; Carrasco, G.P.: "Hate speech and the First Amendment: on a collision course", en *Villanova Law Review*, vol. 37, 1992, págs. 730 y 731; Haupt, C.E.: "Regulating hate speech – Damned if you do and damned if you don't: lessons learned from comparing the German and U.S. approaches", en *Boston University International Law Journal*, nº 23, 1995, pág. 318; y, Silver, E./STEIN, A./Surman, T./Thompson, E.: *Fighting words*, (www.gvpt.umd.edu).
23. *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949).
24. Silver, E./Stein, A./Surman, T./Thompson, E.: *Fighting words*, (www.gvpt.umd.edu).
25. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).
26. Abrams, F.: "Hate speech: the present implications of a historical dilemma", en *Villanova Law review*, cit., pág. 747.
27. *Cohen v. California*, 403, U.S. 15, 20 (1971).
28. "A la mierda el reclutamiento. Alto a la guerra".
29. Abrams, F.: "Hate speech: the present implications of a historical dilemma", en *Villanova Law review*, cit., pág. 750, cita 28.
30. Carrasco, G.P.: "Hate speech and the First Amendment: on a collision course", en *Villanova Law Review*, cit., pág. 731, cita 14.
31. *R.A.V. v. City of St. Paul* 112 S. Ct. 2538 (1992).
32. "*St. Paul Bias-Motivated Crime Ordinance*".
33. Commitz, E.: "Extinguishing the burning crosses: Washington's Malicious Harassment Statute in light of the issues of overbreadth and vagueness", en *Seattle University Law Review*, vol. 16, nº 1, 1992, págs. 373 y ss.
34. No obstante, un sector doctrinal matiza que al prohibir el "lenguaje del odio" la jurisprudencia no sólo quiere proteger la integridad física sino también la integridad psíquica de la persona a la que se dirige. Carrasco, G.P.: "Hate speech and the First Amendment: on a collision course", en *Villanova Law Review*, cit., pág. 740.
35. Pérez de la Fuente, O.: "Libertad de expresión y el caso del *lenguaje del odio*. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 21, 2010, págs. 67 y ss.
36. Al respecto, Landa Gorostiza, J.M.: "Racismo, xenofobia y Estado democrático", en *Eguzkilore*, nº 18, 2004, pág. 66; y, Landa Gorostiza, J.M.: "El modelo político-criminal antirracista 'sui generis' del Código penal español de 1995: una aproximación crítica", en *Revue Internationale de Droit Penal. International Review of Penal Law* (Revista de la Asociación Internacional de Derecho penal), vol. 73, Association Internationale de Droit Pénal, 2002, págs. 167 y ss.
37. Esta denominación es usada por el Departamento de Justicia de EEUU ("*Bureau of Justice Assistance*"), para incluir los delitos motivados, en todo o en parte, por el prejuicio del delincuente contra una raza, religión, discapacidad, orientación sexual, etnia, género o identidad de género. U. S. Department of Justice. Federal Bureau of Investigation. Criminal Justice Information Services Division. Uniform Crime Reporting Program. Hate Crime Data Collection Guidelines and Training Manual, 2012, (www.fbi.gov).
38. Así, la "*Hate Crimes Statist Act*" de 1990 (28 USC § 534), recoge en esa categoría aquellos delitos que "muestran indicios de prejuicios basados en la raza, género e identidad sexual, religión, discapacidad, orientación sexual, o etnia, incluyendo donde proceda los crímenes de asesinato, homicidio intencional, violación, asalto agravado o simple, intimidación, incendios provocados y destrucción, daños o vandalismo en la propiedad".
39. Sobre el tema, Perry, B.: *In the name of hate. Understanding hate crimes*, Routledge, New York, 2001, págs. 7 y ss.
40. Jacobs, B./Potter, K.: *Hate crimes: Criminal law and identity politics*, Oxford University Press, New York, 1998, págs. 130 y ss.

41. Véase, sobre el binomio libertad de expresión-proporcionalidad penal, Cuerda Arnau, M.L.: “Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento”, en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 8, 2007, pág. 8, (revistas@iustel.com).
42. Previamente, en el caso *Wieman v. Updegraff* de 15 de diciembre de 1952, el Tribunal Supremo había introducido el término “chill” en un supuesto relativo a la Primera Enmienda de la Constitución. Schauer, F.: “Fear, risk and the First Amendment: unravelling the chilling effect”, en *Boston University Law Review*, 58 (1978), pág. 685.
43. *Gibson v. Florida Legis. Investigation Comm.*, 372 U.S. 539, 556-57 (1963).
44. *Dombrowski v. Pfister*, 380 U.S. 479 (1965). Comenta esta sentencia, Schauer, F.: “Fear, risk and the First Amendment: unravelling the chilling effect”, en *Boston University Law Review*, cit., págs. 685 y ss.
45. Véase, Alcácer Guirao, R.: “Discurso del odio y discurso político. En defensa de las libertades de los intolerantes”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Tecnología*, 14-02, 2012, pág. 18, (<http://criminet.ugr.es/recpc>).
46. El artículo 1 de la Constitución, en su apartado 1, dispone que la dignidad del hombre es inviolable. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder estatal. El apartado 2 establece que el pueblo alemán reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como la base de toda comunidad, de la paz y la justicia en el mundo. Respecto a la supremacía de la dignidad sobre los demás derechos fundamentales en las declaraciones del Tribunal Constitucional alemán, Kommers, D.P.: *Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2ª edición, Duke University Press, USA, 1997, págs. 298 y ss.
47. Kommers, D.P.: *Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, cit., págs. 368 y 414.
48. Pueden consultarse algunas resoluciones al respecto en, Rosenfeld, M.: “Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis”, en *Cardozo Law School*, cit., págs. 37 y ss.
49. www.politische-bildung-brandenburg.de/node/920.
50. Rosenfeld, M.: “Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis”, en *Cardozo Law School*, cit., pág. 40, cita 96.
51. Un comentario a estas normas en, Bilbao Ubillos, J.M.: “La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión”, en *Revista de Derecho Político*, n.º 71-72, 2008, págs. 19 y ss.
52. BVerfGE 7, 198 (1958).
53. El Tribunal se basó en el § 826 BGB —Código civil—, en virtud del cual “quien de manera intencional y actuando contra las buenas costumbres cause un daño a otro, está obligado a repararle por los daños causados”.
54. El origen de este precepto se encuentra en el Código penal del Imperio de 1871, que en su § 130 regulaba el delito de “instigación a la lucha de clases”, consistente en incitar a actos de violencia entre varias clases de la población de modo que se ponga en peligro la paz social entre ellas. La redacción actual entró en vigor el 22 de marzo de 2011. Véase, Fischer, T.: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59 Auflage, Verlag. C.H. Beck, München, 2012, pág. 948; y, Luther, J.: “El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, cit., pág. 258.
55. La “*Völkerstrafgesetzbuch*” (“Ley penal del pueblo”), de 26 de junio de 2002, regula el delito de genocidio (*Völkermord*).
56. Fischer, T.: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, cit., pág. 948.
57. § 86. La difusión de propaganda de organizaciones inconstitucionales.
1) *Será castigado con pena de prisión de hasta tres años o con multa quien:*
1. *Difunda propaganda:*
1. *de un partido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional, o de un partido o asociación, de los cuales se determina de modo incuestionable que es la organización sustitutiva de dicho partido,*

2. de una asociación que está prohibida de modo incuestionable porque se dirige contra el orden constitucional o contra el buen entendimiento entre los pueblos, o se determina de modo incuestionable que es una organización sustitutiva de otra organización así prohibida, o

3. que incite en función de su contenido a continuar con los esfuerzos de una antigua organización nacional-socialista, la distribuya en el país o en el extranjero, o la produzca, facilite el acceso, la importe o exporte, o permita el acceso público al almacenamiento de datos.

2) Propaganda en el sentido del apartado 1 son aquellos escritos (§ 11 parr. 3) cuyo contenido está dirigido contra el orden fundamental libre y democrático, o contra el buen entendimiento entre los pueblos.

3) El apartado 1 no se aplicará si los medios de propaganda o el acto de información cívica sirven para la defensa de la Constitución, del arte o de la ciencia, para la investigación o la enseñanza, para informar sobre los acontecimientos de la actualidad o de la historia o tienen propósitos similares.

4) De ser la culpabilidad escasa, el Tribunal puede prescindir de la pena de conformidad con esta disposición.

58. Fischer, T.: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, cit., pág. 948; Kühl, K.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27 Auflage, Verlag. C.H.Beck, München, 2011, pág. 688; y, Satger, H./Schmitt, B./Widmaier, G.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1 Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2009, pág. 900.

59. BVerfG (K) NJW 09, 3503; y, BGH 16, 56, NSTZ 07, 217. Véase, Fischer, T.: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, cit., pág. 953; Kühl, K.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., pág. 689; Lenckner, T./Sternberg-Lieben, D., en Schönke, A./Schröder, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar*; 28 Auflage, Verlag. C.H.Beck München, 2010, pág. 1414; y, Satger, H./Schmitt, B./Widmaier, G.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., págs. 900 y 902.

60. Lenckner, T./Sternberg-Lieben, D., en Schönke, A./Schröder, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., pág. 1414.

61. Kühl, K.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., pág. 690; y, Satger, H./Schmitt, B./Widmaier, G.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., pág. 902.

62. BGHSt 21, 371 (372). Satger, H./Schmitt, B./Widmaier, G.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., págs. 902 y 903.

63. Satger, H./Schmitt, B./Widmaier, G.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., pág. 905.

64. BVerfG NJW 2003, 660, (662); BGH NStZ 2007, 216 (217); y, OZG Brandenburg NJW 2002, 1440 (1441) —“extranjeros fuera!”—. Satger, H./Schmitt, B./Widmaier, G.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., pág. 903. En igual dirección, Lenckner, T./Sternberg-Lieben, D., en Schönke, A./Schröder, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., pág. 1410.

65. BGHSt 31, 226 (271). Satger, H./Schmitt, B./Widmaier, G.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., pág. 903.

66. OLG Koblenz MDR 1977, 334. Satger, H./Schmitt, B./Widmaier, G.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., pág. 903.

67. Kühl, K.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., pág. 690.

68. Fischer, T.: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, cit., págs. 961 y 962; y, KÜHL, K.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., pág. 690.

69. Fischer, T.: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, cit., pág. 963.

70. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950.

71. Artículo 10 —Libertad de expresión—: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

72. Artículo 17 —Prohibición del abuso de derecho—: Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.

73. El Tribunal destaca que los “deberes y responsabilidades” que acompañan al ejercicio del derecho a la libertad de expresión alcanzan a los profesionales de medios de comunicación y adquieren una importancia especial en situaciones de conflicto y tensión. Especial precaución debe tenerse al publicar las opiniones de los representantes de las organizaciones que recurren a la violencia contra el estado, para evitar que los medios de comunicación se conviertan en un vehículo para la difusión del *discurso de odio* y la promoción de la violencia. Al mismo tiempo, cuando estos puntos de vista no se comparten, los estados contratantes no pueden basarse en la protección de la integridad territorial o de la seguridad nacional o en la prevención de la delincuencia, para restringir el derecho del público a ser informado de ellos, recurriendo a la ley para influir en los medios de comunicación (F.J.54).

74. El Tribunal al supervisar examina si la restricción es proporcionada al objeto legítimo pretendido y si las razones alegadas por la autoridad nacional para justificar las restricciones son relevantes y suficientes (F.J.47).

75. No obstante, el Tribunal reconoce la preocupación del estado respecto a las palabras o pasajes que tienen el potencial de exacerbar la situación de seguridad en la región, dados los enfrentamientos existentes en ella desde 1985, entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los miembros del PKK (F.J.52).

76. Garaudí publicó un libro en 1995 titulado “Los mitos de la fundación del Israel moderno” (*The Founding Myths of Modern Israel*), donde trataba el “mito de Nuremberg” y el “mito del Holocausto”. En el juicio reconoció haber mantenido que nunca existieron las cámaras de gas en Alemania, ni el exterminio de los judíos, así como la cifra de seis millones de muertos. Pero, argumentó que no tenía un propósito racista sino que pretendía criticar la política de Israel.

77. El TEDH declara que la demanda no es admisible por aplicación del artículo 17. “El libro analiza hechos históricos, cuestionando la realidad, extensión y seriedad de estos sucesos, que no están sujetos a debate entre historiadores sino que están claramente establecidos. No puede haber duda que negar la realidad de hechos históricos claramente fijados tales como el Holocausto no constituye una investigación histórica. El objetivo de la aproximación que hace el libro es completamente diferente del aducido, el objetivo real es rehabilitar el régimen nacional-socialista y como consecuencia acusar a las víctimas de falsificar la historia”.

78. Puede consultarse un extracto en inglés en, <http://hudoc.echr.coe.int>.

79. El Tribunal Supremo inadmitió el recurso de casación de Violeta Friedman aduciendo que las manifestaciones realizadas en virtud del derecho fundamental a la libertad de expresión no implicaban ofensa al honor de persona física o su familia (F.J.2). Por el contrario, el Tribunal Constitucional declara que “es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad” (F.J.6º).

80. “Así pues, de la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social” (F.J.8).

81. “En el tebeo aquí enjuiciado desde una perspectiva estrictamente constitucional, hojeando página tras página, resulta que en él “se relatan una serie de episodios, cuyos escenarios son los campos de concentración nazis, o campos de exterminio, con alemanes de las Schutz-Staffel (SS) y judíos como protagonistas y antagonistas de “conductas... inhumanas, viles y abyectas, con un claro predominio de aberraciones sexuales”. “El transporte de prisioneros como si fuera ganado, la burla y el engaño del reparto de jabón antes de entrar en la cámara, el olor del gas y de los cadáveres, el aprovechamiento de restos humanos”, con otros muchos episodios se narran en tono de mofa, sazonando todo con expresiones insultantes o despectivas (‘animales’ o ‘carroña’, entre otras). Así lo dice la Sentencia impugnada” (F.J.3).

82. Sobre esta resolución, Saavedra, M.: “El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, en *Persona y Derecho*, nº 55, 2006, págs. 547 y ss.

83. Puede verse un estudio exhaustivo de estas dos sentencias, en Cuerda Arnau, M.L.: “El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales”, en *Poder Judicial*, nº 56, 1999, págs. 97 y ss.

84. La LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, había introducido los artículos 165 y 181 bis CP, tipificando la denegación por funcionarios o particular encargado de servicio público, de prestaciones a las que se tuviera derecho por razón de su pertenencia a una etnia, raza, religión, grupo político, sexo, etc. Además, creó el apartado 4 del artículo 173 CP incluyendo en el delito de asociaciones ilícitas “las que promuevan la discriminación racial o inciten a ella”. Ampliamente, Landa Gorostiza, J.M.: “El modelo político-criminal antirracista “sui generis” del Código penal español de 1995: una aproximación crítica”, en *Revue Internationale de Droit Penal. International Review of Penal Law* (Revista de la Asociación Internacional de Derecho penal), cit., págs. 167 y ss.

85. Un comentario en, Lascraín Sánchez, J.A.: “La libertad de expresión tenía un precio. (Sobre la STC 235/2007, de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio)”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2010, págs. 69 y ss.; y, Martínez Sospedra, M.: “Aplastar a una serpiente en el huevo. Acerca de la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 607.2 del CP”, en *Revista General de Derecho*, nº 664-665, 2000, págs. 99 y ss.

86. A favor de la distinción establecida por el Tribunal entre la negación y la justificación del genocidio, Lascraín Sánchez, J.A.: “La libertad de expresión tenía un precio. (Sobre la STC 235/2007, de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio)”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, cit., págs. 74 y ss. En cambio, critica la equiparación entre la incitación directa al genocidio y la provocación mediata a la discriminación, al odio o a la violencia, Alastuey Dobón, C.: “La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas (1)”, en *Diario La Ley*, nº 8245, 2014, págs. 9 y 10.

87. Sobre este punto puede verse, Landa Gorostiza, J.M.: “Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 7, 2012, págs. 297 y ss.

88. La cursiva es añadida.

89. Sobre los precedentes legislativos, Del Rosal Blasco, B., en Cobo del Rosal, M. (Coord.): *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 1053 y ss; Gómez Martín, V.: “Fighting words, Auschwitzlüge y libertad de expresión”, en *InterseXiones* 4, 2013, págs. 81 y ss; y, Landa Gorostiza, J.M.: *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal*, Comares, Granada, 2001, págs. 71 y ss.

90. En el artículo 165 ter se aludía al origen racial, étnico, nacional, ideología, religión y creencias. Como apunta Borja Jiménez, la discriminación es un concepto amplio que absorbe al racismo, junto a otro tipo de conductas distintas a las meramente racistas. Las conductas racistas a las que se refieren las legislaciones europeas, vienen definidas por la desigualdad referida a los derechos fundamentales y a los planos del ámbito público de la vida social. El delincuente racista persigue restringir o suprimir cualquier reconocimiento o aplicación equitativa de esos derechos. Por otra parte, señala este autor que la exigencia de que el autor actúe movido por prejuicios racistas o discriminatorios supone la presencia de un elemento subjetivo del injusto. El problema que estos delitos plantean es que contienen ciertos elementos personales que se aproximan más al Derecho penal de autor. Borja Jiménez, E.: *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Comares, Granada, 1999, págs. 244 y 292.

91. La inclusión de nuevos motivos de discriminación se debe en parte, a la reivindicación de diferentes colectivos, como los movimientos feministas o de homosexuales, que han luchado por obtener las mayores cotas de libertad posible. Junto a ello, hay un factor criminológico, puesto que determinados jóvenes radicales, tribus violentas, han protagonizado actos de violencia contra esos grupos. Borja Jiménez, E.: *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, cit., págs. 266 y 267.

92. El artículo 615 CP dispone que “la provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos previstos en los Capítulos anteriores de este Título se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería a los mismos”. La modalidad menos grave de genocidio está sancionada con una pena de prisión de cuatro a ocho años (art. 607.1.5º CP), mientras que en el artículo 607.2 se contempla una pena de prisión de uno a dos años.

93. Bernal del Castillo, J.: *La discriminación en el Derecho penal*, cit., págs. 73 y ss.; Del Rosal Blasco, B., en Cobo del Rosal, M. (Coord.): *Derecho penal español. Parte especial*, cit., pág. 1054; Del Rosal Blasco, B., en Morillas Cueva, L. (Coord.): *Sistema de Derecho penal español*, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 1097; García Álvarez, P.: *El Derecho penal y la discriminación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 52 y ss; Landa Gorostiza, J.M.: *La política criminal*

contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal, cit., pág. 132; Muñoz Conde, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 18ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 841; Rodríguez Núñez, A., en Lamarca Pérez, C. (Coord.): *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2012, pág. 800; Tamarit Sumalla, J.M., en Quintero Olivares, G. (Dir.)/Morales Prats, F. (Coord.): *Comentarios al código penal español*, Tomo II, 6ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 1515; y, Tapia Ballesteros, P., en Gómez Tomillo, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal*, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 1780.

94. Landa Gorostiza, J.M.: *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al "delito de provocación" del artículo 510 del Código penal*, Universidad del País Vasco, 1999, págs. 238 y ss; y, Landa Gorostiza, J.M.: "Racismo, xenofobia y Estado democrático", en *Eguzkilore*, cit., pág. 71. En esta dirección, también, Laurenzo Copello, C.: "La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas (1)", en *Diario La Ley*, cit., pág. 6.

95. Laurenzo Copello, P.: "La discriminación en el Código penal de 1995", en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº XIX, 1996, págs. 233 y ss. Al respecto, afirma Guardiola García, que los delitos de discriminación suponen un peligro para la comunidad política en general, pues un estado social y democrático de Derecho no puede permitir que se minen sus bases sentando una desigualdad entre sus ciudadanos por razones inaceptables desde sus postulados básicos; si así lo hiciera admitiría una fractura en su seno inaceptable con el modelo socio-político que lo sustenta. Guardiola García, J.: "El concepto de discriminación en la legislación penal antidiscriminatoria", en García Añón, J./Ruiz Sanz, M.: *Discriminación racial y étnica*, cit., pág. 224.

96. Rebollo Vargas, R., en Córdoba Roda, J./García Arán, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal. Parte especial*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 2699.

97. De esta opinión, Orts Berenguer, E./González Cussac, J.L.: *Compendio de Derecho penal. Parte general y especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 817.

98. Muñoz Conde, F.: *Derecho penal. Parte especial*, cit., pág. 841; Rodríguez Núñez, A., en Lamarca Pérez, C. (Coord.): *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 801; Vives Antón, T.S./Carbonell Mateu, J.C., en Vives Antón, T.S./Orts Berenguer, E./ Carbonell Mateu, J.: *Derecho penal. Parte especial*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 754.

99. Del Rosal Blasco, B., en Cobo Del Rosal, M. (Coord.): *Derecho penal español. Parte especial*, cit., pág. 1101; y, Tamarit Sumalla, J.M., en Quintero Olivares, G. (Dir.)/Morales Prats, F. (Coord.): *Comentarios al código penal español*, cit., pág. 1518.

100. Del Rosal Blasco, B., en Cobo Del Rosal, M. (Coord.): *Derecho penal español. Parte especial*, cit., pág. 1101. Bernal del Castillo mantiene que la infracción atenta contra dos derechos fundamentales de la persona: el honor o reputación y el derecho a la no discriminación. Bernal del Castillo, J.: *La discriminación en el Derecho penal*, cit., págs. 86 y ss.

101. García Arán, M., en Córdoba Roda, J./García Arán, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal. Parte especial*, cit., págs. 2429 y 2430.

102. Muñoz Conde, F.: *Derecho penal. Parte especial*, cit., pág. 841; García Álvarez, P.: *El Derecho penal y la discriminación*, cit., págs. 243 y ss; y, Tamarit Sumalla, J.M., en Quintero Olivares, G. (Dir.)/Morales Prats, F. (Coord.): *Comentarios al código penal español*, cit., pág. 1518.

103. Vives Antón, T.S./Carbonell Mateu, J.C., en Vives Antón, T.S./ORTS Berenguer, E./Carbonell Mateu, J.C./González Cussac, J.L./Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal. Parte especial*, cit., págs. 753 y 754. Véase, también, Bernal del Castillo, J.: *La discriminación en el Derecho penal*, Comares, Granada, 1998, págs. 75 y ss; Rodríguez Núñez, A., en Lamarca Pérez, C. (Coord.): *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 800; y, Suárez-Mira Rodríguez, C. (Coord.): *Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte especial*, 6ª edición, Civitas, Pamplona, 2011, págs. 616 y 617.

104. Del Rosal Blasco, B., en Cobo Del Rosal, M. (Coord.): *Derecho penal español. Parte especial*, cit., pág. 1056; y, Laurenzo Copello, P.: "La discriminación en el Código penal de 1995", en *Estudios Penales y Criminológicos*, cit., págs. 255 y 256. Rebollo Vargas señala que se ha de atender al artículo 18.1 CP, en el que se establece un concepto normativo de provocación, que debe consistir en la incitación directa a la discriminación, el odio o la violencia, realizada

con publicidad. A su juicio, sin embargo, no incrimina la provocación directa a delinquir con origen en los motivos expresados en el tipo, aunque sí debe ir encaminada a ejecutar conductas más o menos concretas o, por lo menos, que puedan ser calificadas como antijurídicas. Rebollo Vargas, R., en Córdoba Roda, J./García Arán, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal. Parte especial*, cit., págs. 2426 y 2427. Niegan, también, que la provocación haya de serlo a una conducta delictiva, Aguilar, M.A.: “La reforma del art. 510 del Código penal”, en *La Ley Penal*, nº 86, 2011, pág. 2; y, Landa Gorostiza, J.M.: “Racismo, xenofobia y Estado democrático”, en *Eguzkilore*, cit., pág. 69.

105. Puede verse un estudio preciso de la problemática que plantean las distintas interpretaciones en, Laurenzo Copello, C.: “La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas (1)”, en *Diario La Ley*, cit., págs. 4 y 5.

106. Véase, la SAP de Barcelona de 5 de marzo de 2008 (F.J.4); y, la STS 259/2011, de 12 de abril (F.J.2).

107. Admiten esa posibilidad, Bernal del Castillo, J.: *La discriminación en el Derecho penal*, cit., pág. 84; Carbonell Mateu, J.C./Vives Antón, T.S.: *Comentarios al Código penal*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 2003; Laurenzo Copello, P.: “La discriminación en el Código penal de 1995”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, cit., pág. 251; Muñoz Conde, F.: *Derecho penal. Parte especial*, cit., pág. 841; Del Rosal Blasco, B., en Cobo Del Rosal, M. (Coord.): *Derecho penal español. Parte especial*, cit., págs. 1055 y 1056; y, Suárez-Mira Rodríguez, C. (Coord.): *Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte especial*, cit., pág. 616. Rebollo Vargas, en cambio, la niega atendiendo a una interpretación literal y a una lectura sistemática, pues hay otros supuestos de discriminación personal que se castigan con menor pena que éste (arts. 314 ó 511 y 512). Rebollo Vargas, R., en Córdoba Roda, J./García Arán, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal. Parte especial*, cit., págs. 2427. También, Portilla Contreras, G.: “Delitos cometidos en el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución”, en *Base de conocimiento jurídico*, pág. 1, (<http://www.iustel.com>); y, Tapia Ballesteros, P., en Gómez Tomillo, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal*, cit., pág. 1783.

108. Algunos autores habían abogado por interpretar dicha conducta en el sentido técnico de la definición de apología contenida en el párrafo segundo del número 1 del artículo 18, como forma de provocación, y siempre que constituya una incitación directa a cometerla, por cuanto otra interpretación podría ser inconstitucional. Carbonell Mateu, J.C./Vives Antón, T.S.: *Comentarios al Código penal*, cit., pág. 2161. Por su parte, Borja Jiménez señalaba que el comportamiento típico debía revestir cierta virtualidad para provocar una situación de tensión previa a las actuaciones racistas más o menos violentas. BORJA Jiménez, E.: *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, cit., pág. 289.

109. Aprobado por el Consejo de Ministros el 20 de septiembre de 2013.

110. Alastuey Dobón critica la desvinculación operada respecto al artículo 18 CP: “Ni siquiera se exige una incitación explícita a la realización de actos concretos, dado que la incitación ya no tiene que ser directa necesariamente. No se exige tampoco que la incitación sea pública y, además, perdida la referencia de la provocación, el requisito de la publicidad ya no es posible deducirlo del artículo 18. El tenor literal permite, por tanto, el castigo de la incitación privada, además de indirecta, a sentimientos de odio u hostilidad”. Laurenzo Copello, C.: “La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas (1)”, en *Diario La Ley*, cit., pág. 12.

111. Artículo 1: Cada estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas: a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico.

112. *Feret v. Belgium* de 16 de Julio de 2009.

113. Considerando (7): En la presente Decisión Marco el concepto de “ascendencia” se refiere esencialmente a las personas o grupos de personas que son descendientes de personas que pueden ser identificadas por ciertas características (como la raza o el color), sin que necesariamente puedan observarse aún todas esas características, a pesar de lo cual dichas personas o grupos de personas pueden ser objeto, debido a su ascendencia, de odio o violencia.

114. En tono crítico, también, Laurenzo Copello, C.: “La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas (1)”, en *Diario La Ley*, cit., pág. 13.

115. El Consejo General del Poder Judicial, en el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado el 13 de diciembre de 2012, recomendaba incluir en el apartado 1 esta norma, que en el texto original figuraba en el apartado 2, sancionándola con una pena inferior: “El hecho de facilitar acceso al material idóneo para fomentar, promover o incitar al odio, la violencia o la hostilidad o que entrañe humillación menosprecio o descrédito, constituye un comportamiento perfectamente subsumible en los supuestos descritos en las letras a) y b) del número uno y, de ahí que el prelegislador confiera un trato penal más beneficioso a conductas que, incluso, denotan una mayor peligrosidad para el bien jurídico protegido, habida cuenta los medios a cuyo través se proyectan al exterior las conductas sancionadas. Por ello, se estima necesario subsanar la deficiencia detectada, de manera que, al menos, los comportamientos consistentes en la efectiva distribución, venta, difusión o facilitación a terceros de los materiales o soportes sean sancionados como lo que en realidad son: actos que fomentan, promueven o incitan al odio, la hostilidad, violencia o discriminación o, en su caso, lesionan la dignidad personal”.

116. En el Anteproyecto se requería que los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, hubieran sido declarados probados por los Tribunales de Núremberg, por la Corte Penal Internacional o por otros Tribunales Internacionales.

117. Artículo 1. Delitos de carácter racista y xenófobo: 1. Cada estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas:... c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo; d) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo.

118. Álvarez García critica esta nueva tipificación de la negación del genocidio: “No hay nada más peligroso que imponer verdades históricas; es decir, obligar, bajo amenaza de pena de prisión, a entender que tales o cuales hechos sucedieron de determinada forma. En este sentido, Europa está siendo recorrida por una fiebre (impulsada por el lobby judío) de tipificación de la conducta consistente en —con unas u otras matizaciones— negar el llamado holocausto; y digo que nada más peligroso, porque las verdades de hoy pueden ser refutadas mañana y tenidas a partir de un cierto momento como falsedades. Por ello, tipicidades como la contenida en el nuevo artículo 510.1 c)..., las encuentro inoportunas (Como ejemplo, cita el relato de la “masacre en los bosques de Katyn”). “Así pues, y por mera fidelidad histórica, ¿qué sentido tiene aferrarse a un determinado relato y convertirlo en referente de los tipos penales? ¿Dónde se encuentra el bien jurídico protegido en semejante delito? ¿A qué obedece el notable incremento de la pena que se produce con el nuevo artículo 510.1 c) en relación al vigente 607.2 CP...? ¿Por negar la existencia de un genocidio y de esa forma favorecer un etéreo “clima” de “hostilidad”? Desde luego que de esta tipicidad sólo puede decirse que carece de sentido y afecta gravemente a la libertad de expresión”. Álvarez García, F.J.: “La nueva reforma penal de 2013”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 6, 2014, págs. 60 y 61.

119. Artículo 3.2: Cada estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las conductas contempladas en el artículo 1 se castiguen con una pena máxima de uno a tres años de prisión como mínimo.

120. En la STC 214/1991, de 17 de diciembre, afirmaba que “la dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18.1 C.E.), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean (F.J.8). Asimismo, en la STC 176/1995, de 11 de diciembre, se afirmaba que “la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución. Un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional” (F.J.5).

121. La cursiva es añadida.
122. En el Anteproyecto se castigaban con igual pena de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses.
123. Pueden consultarse distintas acepciones del orden público, en García Albero, R., en Quintero Olivares, G. (Dir.)/Morales Prats, F. (Coord.): *Comentarios al código penal español*, cit., págs. 1637 y ss.
124. Vives Antón, T.S./Carbonell Mateu, J.C., en Vives Antón, T.S./ORTS Berenguer, E./Carbonell Mateu, J.C./González Cussac, J.L./Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal. Parte especial*, cit., Lección XLII (en CD-ROM).
125. SSTS 1579/1999, de 10 de marzo de 2000 (F.J.3); 1758/1999, de 5 de mayo de 2000 (F.J.9); 241/2003, de 11 de febrero de 2003 (F.J.3); y, 640/2004, de 20 de mayo de 2004 (F.J.4), entre otras.
126. STS 2026/2001, de 28 de noviembre de 2001 (F.J.23).
127. Un comentario a la reforma en, Luzón Cánovas, M.: “La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales”, en *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 1, 2011, pág. 1.
128. No obstante, en el artículo 571 CP se regulan por separado las organizaciones terroristas.
129. STS 146/2013, de 11 de febrero de 2013 (F.J.2).
130. “En esta materia merece también especial atención el fenómeno criminal de las bandas juveniles latinas (“Latin King”, “Ñetas”, “Dominicans don’t Play”, “Forty Two”, “Trinitarios”, “Bling bling”...) cuya estructura y actuación se encuadra en parámetros muy característicos que podemos resumir en los siguientes términos: a) se trata de grupos organizados y jerarquizados, que se articulan en torno a una estructura rígida y piramidal, con obediencia ciega a sus dirigentes, y con sumisión a un conjunto de “reglas” y “leyes” propias; b) sus integrantes poseen una fuerte cohesión interna, una adhesión incondicional de sus miembros al grupo, un destacado distanciamiento del entorno social originario (familia, grupo escolar, trabajo...) y asumen roles perfectamente definidos dentro de su categoría; c) se integran, de forma predominante, por inmigrantes sudamericanos que ideológicamente defienden la supremacía de todo “lo latino”; d) su actividad criminal, extremadamente violenta, se ejecuta en grupos de 10 a 15 o más individuos, cuando se trata de delitos contra la vida o la integridad física, y peleas o riñas tumultuarias entre bandas rivales; o bien en grupúsculos de 3 a 5 miembros en los casos de robos con violencia o amenazas”.
131. La jurisprudencia ha precisado para que haya asociación ilícita, además de la nota de estabilidad y permanencia, propias también de la organización criminal, una mínima estructura asociativa y una apariencia formal que permita confundirla con las asociaciones que participan normalmente en la vida social. Tamarit Sumall, J.M. en Quintero Olivares, G. (Dir.)/Morales Prats, F. (Coord.): *Comentarios al código penal español*, cit., pág. 1538.
132. Artículo 515 CP: Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:... 5. Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello.
133. García Albero, R., en Quintero Olivares, G. (Dir.)/Morales Prats, F. (Coord.): *Comentarios al código penal español*, cit., pág. 1711. Muñoz Conde, sin embargo, se decanta por la regla de la alternatividad. Muñoz Conde, F.: *Derecho penal. Parte especial*, cit., pág. 911.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- Abrams, F.: “Hate speech: the present implications of a historical dilemma”, en *Villanova Law review*, vol. 37, 1992.
- Aguilar, M.A.: “La reforma del art. 510 del Código penal”, en *La Ley Penal*, nº 86, 2011.
- Alastuey Dobón, C.: “La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas (1)”, en *Diario La Ley*, nº 8245, 2014.
- Alcácer Guirao, R.: “Discurso del odio y discurso político. En defensa de las libertades de los intolerantes”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Tecnología*, 14-02, 2012, (<http://criminet.ugr.es/recpc>).
- Álvarez García, F.J.: “La nueva reforma penal de 2013”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 6, 2014.

- Berlín, I.: "Two concepts of liberty", en *Four Essays on liberty*, Oxford Ciarendon Press, 1969, (www.web.ics.purdue.Edu).
- Bernal del Castillo, J.: *La discriminación en el Derecho penal*, Comares, Granada, 1998.
- Bilbao Ubillos, J.M.: "La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión", en *Revista de Derecho Político*, nº 71-72, 2008.
- Borja Jiménez, E.: *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Comares, Granada, 1999.
- Borja Jiménez, E., en García Añón, J./Ruiz Sanz, M.: *Discriminación racial y étnica*, Publicaciones de la Universitat de València, 2013.
- Carbonell Mareu, J.C./Vives Antón, T.S.: *Comentarios al Código penal*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- Carrasco, G.P.: "Hate speech and the First Amendment: on a collision course", en *Villanova Law Review*, vol. 37, 1992.
- Christians, L.L.: "Taller de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso. Estudio para el taller sobre Europa (9 y 10 de febrero de 2011, Viena)", (http://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920_iccpr/docs/ViennaWorkshop_BackgroundsStudy_sp.pdf).
- Coase, R.H.: "The market for goods and the market for ideas", en *The American Economic Review*, vol. 64, nº 2, 1974.
- Committ, E.: "Extinguishing the burning crosses: Washington's Malicious Harassment Statute in light of the issues of overbreadth and vagueness", en *Seattle University Law Review*, vol. 16, nº 1, 1992.
- Cuerda Arnau, M.L.: "El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales", en *Poder Judicial*, nº 56, 1999.
- Cuerda Arnau, M.L.: "Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento", en *Revista General de Derecho Penal*, nº 8, 2007, (revistas@iustel.com).
- Del Rosal Blasco, B., en Cobo del Rosal, M. (Coord.): *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2005.
- Del Rosal Blasco, B., en Morillas Cueva, L. (Coord.): *Sistema de Derecho penal español*, Dykinson, Madrid, 2011.
- Fischer, T.: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59 Auflage, Verlag. C.H.Beck, München, 2012.
- García Albero, R., en Quintero Olivares, G. (Dir.)/Morales Prats, F. (Coord.): *Comentarios al código penal español*, Tomo II, 6ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2011.
- García Álvarez, P.: *El Derecho penal y la discriminación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- García Arán, M., en Córdoba Roda, J./García Arán, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal. Parte especial*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Gómez Martín, V.: "Fighting words, Auschwitzlüge y libertad de expresión", en *InterseXiones* 4, 2013.
- Guardiola García, J.: "El concepto de discriminación en la legislación penal antidiscriminatoria", en García Añón, J./Ruiz Sanz, M.: *Discriminación racial y étnica*, Publicaciones de la Universitat de València, 2013.
- Haupt, C.E.: "Regulating hate speech – Damned if you do and damned if you don't: lessons learned from comparing the German and U.S. approaches", en *Boston University International Law Journal*, nº 23, 2005.
- Ingberg, S.: "The marketplace of ideas: a legitimizing myth", en *Duke Law Journal*, nº 1, 1984.
- Jacobs, B./Potter, K.: *Hate crimes: Criminal law and identity politics*, Oxford University Press, New York, 1998.
- Kommers, D.P.: *Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2ª edición, Duke University Press, USA, 1997.
- Kühl, K.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27 Auflage, Verlag. C.H.Beck, München, 2011.
- Landa Gorostiza, J.M.: *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al "delito de provocación" del artículo 510 del Código penal*, Universidad del País Vasco, 1999.
- Landa Gorostiza, J.M.: *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal*, Comares, Granada, 2001.
- Landa Gorostiza, J.M.: "El modelo político-criminal antirracista "sui generis" del Código penal español de 1995: una aproximación crítica", en *Revue Internationale de Droit Penal. International Review of Penal Law* (Revista de la Asociación Internacional de Derecho penal), vol. 73, Association Internationale de Droit Pénal, 2002.
- Landa Gorostiza, J.M.: "Racismo, xenofobia y Estado democrático", en *Eguzkilore*, nº 18, 2004.
- Landa Gorostiza, J.M.: "Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 7, 2012.
- Lascaraín Sánchez, J.A.: "La libertad de expresión tenía un precio. (Sobre la STC 235/2007, de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio)", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2010.
- Laurenzo Copello, P.: "La discriminación en el Código penal de 1995", en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº XIX, 1996.

- Laurenzo Copello, P.: “Marco de protección jurídico penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996.
- Lenckner, T./Sternberg-Lieben, D., en Schönke, A./Schröder, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar*; 28 Auflage, Verlag. C.H.Beck München, 2010.
- Luther, J.: “El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 9, 2008.
- Luzón Cánovas, M.: “La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales”, en *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 1, 2011.
- Martínez Sospedra, M.: “Aplastar a una serpiente en el huevo. Acerca de la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 607.2 del CP”, en *Revista General de Derecho*, nº 664-665, 2000.
- Muñoz Conde, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 18ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Orts Berenguer, E./González Cussac, J.L.: *Compendio de Derecho penal. Parte general y especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Pérez de la Fuente, O.: “Libertad de expresión y el caso del *lenguaje del odio*. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 21, 2010.
- Perry, B.: *In the name of hate. Understanding hate crimes*, Routledge, New York, 2001
- Portilla Contreras, G.: “Delitos cometidos en el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución”, en *Base de conocimiento jurídico*, (<http://www.iustel.com>).
- Rebollo Vargas, R., en Córdoba Roda, J./García Arán, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal. Parte especial*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Rodríguez Núñez, A., en Lamarca Pérez, C. (Coord.): *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2012.
- Rosenfeld, M.: “Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis”, en *Cardozo Law School*, nº 41, 2001, (<http://papers.ssrn.com>).
- Rushon, M.: “Public funding of controversial art”, en *Journal of Cultural Economics*, nº 24, 2000.
- Saavedra, M.: “El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, en *Persona y Derecho*, nº 55, 2006.
- Satger, H./Schmitt, B./Widmaier, G.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1 Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2009.
- Schauer, F.: “Fear, risk and the First Amendment: unravelling the chilling effect”, en *Boston University Law Review*, 58 (1978).
- Silver, E./Stein, A./Surman, T./Thompson, E.: *Fighting words*, (www.gvpt.umd.edu).
- Stuart Mill, J.: *Sobre la libertad*, Biblioteca Edaf, Madrid, 2014.
- Suárez-Mira Rodríguez, C. (Coord.): *Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte especial*, 6ª edición, Civitas, Pamplona, 2011.
- Tamarit Sumalla, J.M., en Quintero Olivares, G. (Dir.)/Morales Prats, F. (Coord.): *Comentarios al Código penal español*, Tomo II, 6ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2011.
- Tapia Ballesteros, P., en Gómez Tomillo, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal*, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- Vives Antón, T.S.: “Ley, lenguaje y libertad”, en *Teoría y Derecho: revista del pensamiento jurídico*, nº 11, 2012.
- Vives Antón, T.S.: “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 25, 2004.
- Vives Antón, T.S./Carbonell Mateu, J.C., en Vives Antón, T.S./Orts Berenguer, E./Carbonell Mateu, J.C./González Cussac, J.L./Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal. Parte especial*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Fecha de recepción: 27/03/2014

Fecha de aceptación: 07/05/2014