



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DISCURSO DEL ODIO

Autor: Luis Ramiro López Blanco

5º Doble Grado en Derecho y Business Analytics (E3 Analytics)

Derecho Constitucional

Tutor: Miguel Ayuso Torres

Madrid

Abril de 2022

RESUMEN

La libertad de expresión se configura como uno de los pilares fundamentales de cualquier sociedad democrática. Este trabajo pretende explicar la situación actual de la libertad de expresión en nuestro país, explicando tanto el concepto como su desarrollo a través del tiempo, y los límites a los que está sometida. La limitación de la libertad de expresión no es un tema trivial ni tampoco sencillo, y genera una gran controversia. Sin embargo, es crucial establecer límites a esta, puesto que, de no hacerlo, se podrían lesionar derechos o principios constitucionalmente protegidos que merecen, también, una consideración superior. Estos límites son, en resumen, otros derechos o bienes protegidos, y leyes de desarrollo de dichos límites que tienen derechos o bienes protegidos como fundamento. Dentro de estas leyes de desarrollo, encontramos el artículo 510 CP, que tipifica los delitos de odio en nuestro ordenamiento.

PALABRAS CLAVE

Libertad de Expresión

Discurso del Odio

Derechos Fundamentales

Delito de Odio

Discriminación

ABSTRACT

Freedom of speech is, without a doubt, one of the main pillars of any democratic society around the world. In this Project, we will explain in depth the current situation of this freedom in our country, going through the theoretical concept and its development through time and history, as well as the limits to which this freedom is subject. Limiting freedom of speech is always controversial, as it is a topic that both exceeds in complexity and importance. However difficult, it is crucial to set these limits, because by not doing it, other Fundamental Rights or constitutionally protected principles that deserve just as much protection might be harmed. The limits of which we are talking are other constitutional rights, constitutionally protected principles, and the laws that develop limits based on the previous two. Inside this last category we find article 510 CP, that contains what we call hate crimes.

KEYWORDS

Freedom of Speech

Hate Speech

Fundamental Rights

Hate Crime

Discrimination

INDICE

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	5
1. OBJETIVO	6
2. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA OBJETO DE ESTUDIO.....	6
3. ESTRUCTURA	7
CAPÍTULO II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	8
1. CARACTERIZACIÓN DEL CONCEPTO.....	8
2. HISTORIA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	10
CAPÍTULO III. LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	14
1. DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD, A LA PROPIA IMAGEN Y A LA PROTECCIÓN DE LA JUVENTUD Y DE LA INFANCIA	15
1.1 Derecho al Honor	15
1.2 Derecho a la Intimidad	17
1.3 Derecho a la Propia Imagen.....	19
1.4 Derecho a la Protección de la Juventud y de la Infancia.....	20
2. LEYES DE DESARROLLO COMO LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	21
CAPÍTULO IV. EL DISCURSO DEL ODIO	23
1. CARACTERIZACIÓN DEL CONCEPTO.....	23
2. OTROS DISCURSOS EXTREMOS. DISTINCIÓN CON EL DISCURSO DEL ODIO.....	26
2.1 El negacionismo de crímenes graves	26
2.2 Injurias a la Corona	28
2.3 Enaltecimiento del Terrorismo	29
3. REGULACIÓN ESPAÑOLA DEL DISCURSO DEL ODIO	30
3.1 El artículo 510 C.P. La reforma del Código Penal.....	30
3.2 Elementos del delito	31
3.3 Tipo Básico.....	32
3.4 Tipo Atenuado	35
3.5 Tipos Agravados.....	36
3.6 Otras Consideraciones.....	37
CAPÍTULO V. CONCLUSIONES	38
CAPÍTULO VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	40

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos sobre la libertad de expresión es inevitable que se nos venga a la cabeza la famosa frase de la escritora inglesa Evelyn Beatrice Hall: “Detesto lo que piensas, pero defenderé hasta la muerte tu derecho a decirlo”¹. Y es que esta frase refleja la importancia que tiene en nuestra sociedad moderna la capacidad de comunicar, compartir y defender nuestras ideas sin miedo a represalias.

De hecho, la libertad de expresión es considerada por muchos como uno de los pilares fundamentales sobre los que se sustenta nuestro sistema democrático. Tan es así, que se reconoce este derecho en nuestra norma fundamental: La Constitución Española de 1978, más en concreto, en su artículo 20. En ella, se reconoce el derecho a “expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”. De esta forma, la libertad de expresión se conforma como un derecho fundamental de todo individuo y debe prevalecer, según la Constitución Española, ante cualquier tipo de censura previa, como así se reconoce en el apartado 2 de ese mismo artículo.

Pero ¿Eso significa que la libertad de expresión se puede ejercer sin ninguna clase de límite? ¿Está siempre justificado un uso de la libertad de expresión que sea discriminatorio, vejatorio, amenazante o que ataque a la convivencia democrática? Pues bien, estas son preguntas de gran calado, y que sientan la base de este trabajo.

En un momento como el actual, donde cada vez proliferan más los mensajes y movimientos que pretenden atacar a personas, instituciones o colectivos, es importante hablar sobre los límites de la libertad de expresión. Y es que esta libertad no debe ser una herramienta que pueda arrasar todo a su paso, sino que debe encuadrarse dentro de un marco de convivencia y estabilidad social.

Por ello, y aunque a priori se pueda interpretar de las palabras literales de la Constitución Española un rechazo a cualquier censura de la libertad de expresión, esta sí que está limitada. Pero no cabe cualquier limitación, ya que, al fin y al cabo, estamos tratando sobre un derecho fundamental, sino que debe ser una limitación absolutamente justificada.

¹ Beatrice Hall, E., *Los amigos de Voltaire*, Publicado Independientemente, Londres, 1906

Es en este punto donde entra el Discurso del Odio como límite a la libertad de expresión, aunque no es el único límite. Es difícil definir con exactitud este concepto, ya que engloba una amplia gama de discursos dañinos para una sociedad democrática. En palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se define el Discurso del Odio como “todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia”². Esta definición concuerda en gran medida con lo que podemos extraer del artículo 510 del Código Penal español, que analizaremos en profundidad más adelante.

1. OBJETIVO

Tras esta introducción, en este apartado veremos una aclaración del objetivo del trabajo, así como una delimitación del contenido en el que se va a profundizar. La finalidad de este trabajo es, en primer lugar, explicar la libertad de expresión como concepto y su historia, con especial atención a la regulación española. Tras esto, veremos los límites a dicha libertad, empezando desde un punto de vista más general para luego concentrarnos en el Discurso del Odio, explicando tanto el concepto como sus límites.

Con todo esto, y a pesar de que no haya una postura universal definida sobre la libertad de expresión y sus límites, espero poder dejar claro hasta dónde llega la libertad de expresión, su colisión con otros derechos constitucionales, y cuando es legítimo limitar este derecho fundamental. Así como aclarar los tipos de expresiones que pueden llegar a conformar el Discurso del Odio.

2. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA OBJETO DE ESTUDIO

El tema de la libertad de expresión y sus límites merece ser tratado de forma extensa por varias razones. En primer lugar, es un tema que ha suscitado un gran debate social y político durante mucho tiempo, pero más aún a día de hoy, donde la sociedad tiende a la polarización. Es por eso que se ha convertido en un tema de actualidad, sobre el que aparecen noticias muy a menudo en los medios de comunicación.

² Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), Sentencia núm. 2003/81, de 4 de diciembre, apartado 37.

Por otra parte, es un tema de gran interés debido a una gran variabilidad no muy habitual entre las sociedades democráticas del mundo, que comparten, en gran medida, los valores y principios que se esconden detrás de las normativas de los países. Por si esto fuera poco, incluso dentro de la normativa española vemos que hay una gran dispersión, lo cual se contrapone a la intensa normativa europea.

3. ESTRUCTURA

La estructura de este trabajo es sencilla. Partimos de la libertad de expresión como base del trabajo, donde ahondaremos en su caracterización e historia desde un punto de vista nacional e internacional. Tras ello, y como paso intermedio entre los dos bloques clave del trabajo, veremos los límites a la libertad de expresión de forma general. Conectando con esto, nos adentramos en el Discurso del Odio como limite a la libertad de expresión, estudiando su caracterización y sus límites. Por último, están las conclusiones derivadas de este estudio.

CAPÍTULO II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1. CARACTERIZACIÓN DEL CONCEPTO

Para comprender la libertad de expresión debemos atender a las distintas definiciones que nos dan varias normas de derecho aplicable a nuestro país. En primer lugar, la libertad de expresión en nuestro ordenamiento se erige como derecho fundamental de la más alta categoría, estando presente en el artículo 20.1 de nuestra Constitución, dentro del Título I, Capítulo II. Merece por tanto una fuerte protección, y goza de presunción ante cualquier intento de restricción. Esto se ve reforzado aún más con el apartado segundo de dicho artículo: “El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa”. Sin embargo, ya podemos entrever que eso no significa que no tenga ningún límite, pues el apartado cuarto establece que “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título”. La libertad de expresión “garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática”³.

Sin embargo, como ya habíamos adelantado, hay también legislación internacional de gran importancia en este tema. La Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH) de 1948 en su artículo 19 ya reconoce este derecho que incluye “el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”⁴. Con una redacción muy similar se plasmó, en 1950 en el Tratado de Roma, este derecho en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), para así lograr una mayor cohesión en materia de Derechos Humanos entre los miembros de la Unión Europea. En resumen, la libertad de expresión se puede definir como el derecho de todos a manifestar y comunicar sin trabas el propio pensamiento.

Pues bien, la libertad de expresión, al igual que las libertades de expresión creativa, de cátedra y de información, se caracteriza por su doble dimensión. Por una parte, afecta a la propia persona sujeto de derecho y a su dignidad humana, ya que este derecho nos

³ Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia núm. 104/1986, de 17 de julio. BOE nº. 193, de 13 de agosto de 1986 haciendo referencia a España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 6/1981, de 16 de marzo. BOE nº. 89, de 14 de abril de 1981.

⁴ Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre, 1948, de la Declaración Universal de Derechos Humanos

permite desarrollar nuestra personalidad a través de expresar nuestras opiniones, lo cual también se relaciona con el derecho a la libertad religiosa y la libertad de conciencia. Actúa, por tanto, como una especie de escudo del individuo contra los afanes totalitarios del Estado. Dentro de esta autorrealización personal, se incluye también la búsqueda de la verdad, tanto individual como colectiva a través del diálogo y el intercambio libre de ideas, finalidad esencial que conecta con la dimensión objetiva de la libertad de expresión.

Esta dimensión objetiva es base y principio fundamental de un Estado democrático donde se presupone que los gobernantes tienen el consentimiento libre de los gobernados, ya que no se puede dar una democracia real y efectiva si no hay libertad para expresar los distintos puntos de vista y formar la opinión pública. Así, la libertad de expresión representa la victoria del diálogo y la tolerancia frente a el fanatismo y la imposición intelectual y moral.

Aunque estas dos dimensiones sean comunes a todas las libertades del artículo 20 de la Constitución, es importante distinguir la libertad de expresión de la libertad de información, habiendo diferencias relevantes entre ambas. La libertad de expresión no cuenta con límites internos, sino que su única limitación es la colisión con otros derechos reconocidos; mientras que la libertad de información se delimita de forma externa de dos formas. En primer lugar, para que este derecho actúe, debe tratarse de un hecho “noticiable” y que pueda, por tanto, formar la opinión pública. Por otra parte, este derecho también está limitado por un requisito de veracidad, que obliga a que lo que se comunique esté diligentemente comprobado, si bien esto no implica que lo que se comunique sea objetivo.⁵

En la misma línea, conviene también matizar la presencia de la libertad de expresión en el ámbito comercial. Si bien en otros países, como puede ser Estados Unidos, cualquier tipo de comunicación está amparada por este derecho, en nuestro país, por lo general, la comunicación comercial quedaría bajo el paraguas de la libertad de empresa.

Por otra parte, es crucial entender que la libertad de expresión, a pesar de que sirva a múltiples fines, no es un medio para alcanzar estos, sino que constituye un fin en sí misma. Por tanto, no sería justificable que una sociedad restringiera la libertad de expresión aún

⁵ Alcón Yustas, M., Álvarez Vélez, M., Astarloa Huarte Mendicoa, I., Correas Sosa, I., Macías Jara, M., Méndez López, L., de Montalvo Jääskeläinen, F., Ripollés Serrano, M., Lecciones de Derecho Constitucional, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2020.

ello significando que se avanza en otros fines como la seguridad o la justicia. Esta libertad de expresión no puede tratarse como medio por ser, como ya hemos dicho antes, un derecho humano universal que es intrínseco a la dignidad humana. Es en esta línea en la que se desarrolla el resto de este trabajo, pues lo que hace a la libertad de expresión un tema controvertido de estudio no es su definición teórica o su justificación, sino los límites que se le imponen.

2. HISTORIA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La libertad de expresión es una de las áreas más difíciles de legislar y que mayor controversia generan de las Constituciones actuales. Sin embargo, no es nada nuevo, siempre ha tenido esa cualidad especial por su relevancia democrática y personal. Y es que este derecho “siempre está en peligro, porque siempre amenaza a quienes ejercen el poder sobre otros. Y especialmente está en peligro cuando mucha gente se siente amenazada o insegura”⁶.

Durante la ilustración europea, con su característico contexto cultural, ya se empezó a ver muy presente este derecho fundamental. Uno de los grandes filósofos de su tiempo, Immanuel Kant, hablaba de unos derechos “inalienables” sobre los que cada persona estaba capacitada para juzgar, y que eran en todo aspecto irrenunciables. Uno de estos derechos era la libertad de expresión, la cual definía como “la facultad de dar a conocer públicamente su opinión acerca de lo que en las disposiciones de ese soberano le parece haber de injusto para con la comunidad. Pues admitir que el soberano ni siquiera puede equivocarse o ignorar alguna cosa sería imaginarlo como un ser sobrehumano dotado de inspiración celestial. Por consiguiente, la libertad de pluma es el único paladín de los derechos del pueblo, siempre que se mantenga dentro de los límites del respeto y el amor a la Constitución en que se vive, gracias al modo de pensar liberal de los súbditos, también inculcado por esa Constitución, para lo cual las plumas se limitan además mutuamente por sí mismas con objeto de no perder su libertad”⁷. Como podemos observar, en este fragmento, se habla en primer lugar del concepto de la libertad de expresión, pero también habla de su utilidad para la democracia y plasma la necesidad de limitar este derecho, no porque tenga unos límites intrínsecos, sino por “respeto y el amor a la Constitución”. Es

⁶ Kovach, B., *Cuadernos de Periodistas*, Aguilar, Madrid, 2012

⁷ Masferrer, A., “Una lección histórica de la libertad de expresión”, *El Mundo*, 3 de marzo de 2021.

decir, que la libertad de expresión está limitada por leyes morales o escritas que consagran otros derechos del ser humano.

Este contexto cultural y político dio pie a grandes consecuencias en las leyes de los países europeos. Uno de los primeros ejemplos, y uno de los más relevantes fue la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que fue firmada en Francia en 1789. En este escrito, en concreto en su artículo 11 se estableció la libertad de expresión al decir que “La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre; todo ciudadano puede por lo tanto hablar, escribir e imprimir libremente, a condición de responder a los abusos de esta libertad en los casos determinados por la ley”⁸. Aquí no solo se habla ya de libertad de expresión, sino que se habla también de otro derecho establecido en el artículo 20 de la Constitución Española, la libertad de información. Reincide también en la idea de que este derecho tiene unos límites y no se puede abusar de ellos.

Pues bien, esto no tardó en llegar al otro lado del charco donde, en 1791 (poco tiempo después de la Constitución francesa, de 3 de septiembre de 1791), Estados Unidos aprobó la primera enmienda a su Constitución. Ya había calado, por tanto, la idea de que la censura a la libertad de expresión era incompatible con un estado democrático, y se plasmó de la siguiente manera: “El Congreso no promulgará ley alguna por la que adopte una religión de Estado, o que prohíba el libre ejercicio de la misma, o que restrinja la libertad de expresión o de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar al Gobierno la reparación de agravios”. Si bien es cierto que esta enmienda no habla únicamente de libertad de expresión, sino que la relaciona también con la libertad religiosa, la libertad de información (tratada también a la par con la libertad de expresión en el artículo 20 de nuestra Constitución), y la libertad de reunión⁹.

En nuestro país, este derecho surgió algo más adelante en uno de los hechos constituyentes más relevantes de nuestro país, las Cortes de Cádiz. En estos momentos, España se veía envuelta en una guerra contra el invasor francés por la independencia de esta, por lo que las Cortes de Cádiz se produjeron bajo un ambiente bélico. Estas supusieron un tránsito del Antiguo al Nuevo Régimen. Este tránsito se produjo a través de diversos decretos que supusieron reformas legislativas de gran calado. Uno de estos

⁸ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, de la Asamblea Nacional Constituyente francesa.

⁹ Masferrer, A., “Una lección histórica de la libertad de expresión”, *El Mundo*, 3 de marzo de 2021.

decretos fue el de 10 de noviembre de 1810 (posteriormente transcrito en la forma de artículo 371 de la Constitución de 1812), el cual establecía que “Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes”. Sin embargo, como podemos observar, este sólo hace referencia a la forma escrita de la libertad de expresión, haciendo especial hincapié en la libertad de información. Durante esta época, la proliferación de periódicos y diarios fue muy marcada, sobre todo en la ciudad de Cádiz. El reinado de Fernando VII estuvo marcado en este ámbito por decisiones que pretendían socavar la libertad de expresión para mantener su poder. De hecho, a través de un decreto de 4 de mayo de 1814 anuló la Constitución de 1812, así como todos los decretos de las Cortes de Cádiz¹⁰.

Posteriormente, en la Constitución de 1869 (Se aprobó tras el final del reinado de Isabel II, estando vigente en su totalidad durante el reinado de Amadeo I, aunque el Título I, referente a los derechos y libertades, sí estuvo en vigor durante la Primera República española), se hizo ya referencia a la forma oral de esta libertad: “Todo español tiene derecho: De emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante, sin sujeción a la censura previa”¹¹.

De una forma muy parecida, se plasmó la libertad de expresión en la Constitución de 1931, durante la Segunda República española. Sin embargo, la República no garantizó la libertad de expresión. En primer lugar, la Ley de Policía e Imprenta permaneció en vigor hasta el final de la etapa republicana. En segundo lugar, se aprobó la Ley de Defensa de la República, de 20 de octubre de 1931, posteriormente sustituida por la Ley de Orden Público en 1933. Ambas leyes tenían como objetivo censurar cualquier escrito que pudiera poner en peligro la integridad de la República¹².

El comienzo de la Guerra Civil provocó que hubiese legislación distinta dependiendo de que bando controlaba el territorio en el que te encontrabas. Si bien es cierto que ambas partes impusieron leyes de censura previa muy marcadas, siendo la propaganda oficial de cada bando lo más marcado de cada parte. Con el final de la guerra y la toma del poder

¹⁰ Masferrer, A., “Una lección histórica de la libertad de expresión”, *El Mundo*, 3 de marzo de 2021.

¹¹ López Acuña, C. R., *La evolución de la libertad de expresión y el derecho a la información en la España constitucional. Relevancia de la jurisprudencia en la profesión periodística*, Madrid: Universidad Complutense, 2017, p.41-42

¹² López Acuña, C. R., *La evolución de la libertad ... op. Cit.*, p.42

de Francisco Franco, se promulgó, en 1938, la Ley de Prensa, que pretendió censurar cualquier tipo de transmisión de opiniones, capando fuertemente tanto la libertad de expresión como la libertad de comunicación. Más adelante, en 1945, el Fuero de los Españoles estableció que “Todo español podrá expresar libremente sus ideas mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado”, lo que supuso una mayor apertura, pero no garantizó la libertad de expresión. Sí se vio más cambio cuando, en 1966, se promulgó la Ley Fraga (Ley 14/1966, de 14 de marzo, de Prensa e Imprenta), que relajó algo, aunque no completamente, el control sobre los medios. Finalmente, llegamos a nuestro Régimen Constitucional actual, consagrado en la Constitución de 1978, que recoge el legado nacional e internacional expuesto y lo condensa en el actual artículo 20 de la Constitución¹³.

Como hemos visto, la libertad de expresión se ha convertido en un principio universal dentro de las sociedades que podemos considerar democráticas. Sin embargo, como es normal, la legislación que lo regula varía dependiendo del país en el que nos fijemos, ya que el derecho, sobre todo en el constitucional, se ve guiado por el ambiente social característico de cada nación.

¹³ López Acuña, C. R., *La evolución de la libertad ... op. Cit.*, p.42

CAPÍTULO III. LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La libertad de expresión, como ya hemos mencionado en varias ocasiones, constituye uno de los fundamentos de toda sociedad democrática, por lo que goza de la más alta protección. Esto significa que no es solo permisible cuando el mensaje es de agrado para el receptor, sino que también debe ser protegida cuando lo que se transmite es hiriente o molesto, ya que de ello dependen la pluralidad y aperturismo que definen a una sociedad democrática. Sin embargo, sí existen ciertas excepciones que se configuran como límites a esta libertad, siendo principalmente la Constitución la que los establece. Estas excepciones, o límites, son, en su mayoría, otros Derechos Fundamentales, como dice el artículo 20.4 de nuestra Constitución: “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

Dicho esto, el Tribunal Constitucional nos aclara que “Tampoco puede aceptarse (...) que los derechos reconocidos o consagrados por la Constitución sólo pueden quedar acotados en virtud de límites de la propia Constitución o por la necesaria acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la Norma Fundamental. (...) La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”¹⁴. Con esto, el Tribunal Constitucional nos quiere decir que también serán limitaciones a la libertad de expresión “otros bienes constitucionalmente protegidos”.¹⁵

Siguiendo con lo dicho antes, vamos a analizar el artículo 20.4 de la Constitución Española. De él se desprende que los límites son los Derechos constitucionales y las leyes que lo desarrollan. Lo derechos mencionados explícitamente son los garantizados en el artículo 18.1 de la Constitución Española (desarrollados en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen). Estos derechos pretenden proteger aspectos vitales para la vida

¹⁴ Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 11/1981, de 8 de abril, F.J. 7.

¹⁵ Barriuso Clark, G., *Derecho Constitucional Comparado: la Libertad de Expresión en España y EE.UU.*, Universidad de Alcalá, Alcalá, 2017, p.16-17

privada de las personas, tanto de otras personas como del Estado. Hay que tener en cuenta que “los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, reconocidos en el art. 18.1 CE, a pesar de su estrecha relación en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas, tienen, no obstante, un contenido propio y específico. Se trata, dicho con otras palabras, de derechos autónomos, de modo que, al tener cada uno de ellos su propia sustantividad, la apreciación de la vulneración de uno no conlleva necesariamente la vulneración de los demás”¹⁶. Al ser autónomos, ninguno de ellos se incluye en los otros, por lo que de una misma actuación se podrán apreciar vulneraciones a varios derechos de los mencionados, sin que una impida las demás. Por ende, procede el análisis de estos derechos como límites explícitos a la libertad de expresión.¹⁷

1. DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD, A LA PROPIA IMAGEN Y A LA PROTECCIÓN DE LA JUVENTUD Y DE LA INFANCIA

1.1 Derecho al Honor

En primer lugar, tenemos el Derecho al honor, con un contenido, en las palabras del propio Tribunal Constitucional, “lábil y fluido, cambiante y, en definitiva, como hemos dicho en alguna ocasión, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento”¹⁸. A pesar de que el contenido sea cambiante, este debe ir aplicado a la persona como sujeto de derecho particular, no a la sociedad como ente general, por lo que no se podrá perseguir por nadie excepto la persona cuyo honor se haya visto afectado¹⁹. Esto es consecuencia del fundamento del Derecho al honor, que no es otro que la dignidad del propio ser humano, por lo que debe atenderse a “la dignidad personal que se requiere para el libre desarrollo de la personalidad en la convivencia social”²⁰. A pesar de que la Constitución establece este derecho como fundamental, en nuestro ordenamiento no disponemos de una definición del Derecho al honor en sí. Esto se debe en parte a la dudosa calidad de la Ley Orgánica LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al

¹⁶ Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 81/2001, de 26 de marzo. Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 156/2001, de 2 de julio.

¹⁷ López Acuña, C. R., *La evolución de la libertad ... op. Cit.*, p.97-98

¹⁸ Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 185/1989, de 13 de noviembre

¹⁹ Alvarez García, F.J. *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia.1998, P.27.

²⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 219/1992, de 3 de diciembre

honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Esta ley ha generado amplia jurisprudencia y muchos problemas a lo largo de sus más de treinta años de historia, ya que confunde en ocasiones algunos derechos, no regula adecuadamente el Derecho a la Intimidad, y no tiene en cuenta la libertad de expresión ni la jurisprudencia anterior. Por tanto, extraemos una definición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de 2009, en la que nos explica este derecho como una expresión de la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento subjetivo personal.²¹

Llegados a este punto, debemos distinguir entre dos dimensiones diferenciables dentro de este derecho. En primer lugar, tenemos esa dimensión relacionada directamente, como hemos visto, con la dignidad humana, y que afecta a la persona en sí misma y a su valoración de sí misma. Por otra parte, existe también la dimensión relativa al reconocimiento externo de la persona en la sociedad, lo que podríamos denominar de forma más coloquial como fama²². En la misma línea, tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional sientan jurisprudencia diciendo que ambas dimensiones del Derecho al honor deben estar presentes para que este derecho pueda considerarse como vulnerado. Es decir, la persona no solo debe sentirse ofendida en su esfera interna, sino que debe haber un factor observable y comprobable en forma de mensajes que afecten a su dimensión social. El artículo 7.7 de la Ley Orgánica LO 1/1982, de 5 de mayo, nos deja completamente clara la existencia de esta doble dimensión al establecer como ataque al Derecho al honor las “acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”.²³

Pues bien, está claro que un derecho que puede ser atacado a través de expresiones vejatorias, insultantes o denigrantes, entrará en conflicto con la libertad de expresión, puesto que esta ampara, a priori, cualquier tipo de expresión. En este conflicto, se suele dar preferencia a la libertad de expresión sobre el Derecho al honor cuando se trata sobre temas de interés público y no se usan expresiones que sean flagrantemente injuriosas o vejatorias, por considerarse que en este sentido debe ser “objeto de especial protección”²⁴. Ni siquiera se hace necesaria la justificación de veracidad de lo expresado para que

²¹ López Acuña, C. R., *La evolución de la libertad ... op. Cit.*, p.99

²² Berdugo Gómez de la Torre, J.R., “Revisión del contenido del bien jurídico honor”. *Anuario de derecho penal y Ciencias Penales*, Nº 2, 1984, p.311

²³ López Acuña, C. R., *La evolución de la libertad ... op. Cit.*, p.100-101

²⁴ Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 297/2000, de 11 de diciembre

prevalezca la libertad de expresión, como sí sería el caso si tratásemos de la libertad de información²⁵.

Como veníamos diciendo, existe la necesidad de ese interés público para que se puedan justificar expresiones o juicios de valor que dañen el Derecho al honor, puesto que, si no, este daño sería en vano. Siempre poniendo como límite, aún en casos justificados por el interés público, las expresiones “absolutamente injuriosas o manifiestamente vejatorias o sin relación con la opinión o juicio de valor que se emite”. Por ende, los tribunales tendrán que tomar en consideración la relevancia pública del caso; las cualidades del sujeto pasivo de la supuesta agresión; la forma en la que se observa, puesto que no es lo mismo considerar una expresión oral, que es más susceptible a las emociones momentáneas, que la forma escrita, que deja lugar para la consideración pausada²⁶; y el contexto en el que se da, teniendo en cuenta que el discurso que rodea a la expresión o el ambiente social pueden disminuir la significación ofensiva o vejatoria de esta^{27, 28}.

Como conclusión, el Derecho al honor supone un límite a la libertad de expresión, siempre que las expresiones enjuiciables no se vean justificadas por la relevancia pública del caso o del sujeto pasivo, o se vean atenuadas por el contexto en el que fueron pronunciadas. En estos casos el Derecho al honor se debilita respecto de la libertad de expresión, prevaleciendo esta última, pero la limitación no queda eliminada, puesto que hay un núcleo del derecho que es irreductible por ser intrínseco a la dignidad humana.

1.2 Derecho a la Intimidad

El segundo límite explícito a la libertad de expresión, previsto en el artículo 20.4 de la Constitución Española, es el Derecho a la Intimidad. Aunque este derecho pueda parecer intuitivo, lo cierto es que conviene definirlo con precisión ya que “La intimidad y los diversos aspectos de la vida privada como bienes jurídicos a proteger son de difícil definición (...), ya que nunca se ha podido elaborar una lista completa de hechos, actos o

²⁵ Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 9/2007, de 15 de enero, F.J. 4

²⁶ Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 9/2007, de 15 de enero, F.J. 4

²⁷ Tribunal Supremo, Sentencia de 2 de junio de 2009 (RJA 2009, 5104)

²⁸ De Verda y Beamonte, J. R., “Los Derechos al Honor, a la Intimidad y a la propia Imagen como Límites del Ejercicio de los Derechos Fundamentales de Información y de Expresión: ¿Una nueva sensibilidad de los Tribunales?”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, 2015, p.403-405

aspectos múltiples que reflejen todas las situaciones a proteger de esta intimidad o vida privada”²⁹. Para ello, es fundamental diferenciarlo de otros conceptos.

Hablaremos en primer lugar de la privacidad. En el derecho americano, la privacidad ha sido concebida como “*the right to be let alone*”, traducido al castellano como el derecho a ser dejado en paz. Pues bien, la privacidad, a pesar de compartir en gran medida la defensa de lo privado de la esfera personal, tiene un sentido más amplio que el Derecho a la Intimidad, incluyendo ámbitos adicionales como la protección de datos, muy relevante debido a los avances tecnológicos.³⁰

Para continuar con nuestra caracterización del concepto del Derecho a la Intimidad, traemos a coalición el artículo 12 DUDH: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación”³¹. Como vemos, no sólo trata este derecho, si no que también nombra el derecho al honor. De forma similar, el artículo 8 del CEDH establece esa protección, aunque sin nombrar nada relativo al Derecho al honor. De estas disposiciones, con validez en España a través del artículo 96 de la Constitución Española, extraemos la definición del Derecho a la Intimidad, que se configura como el derecho a la vida privada y familiar, al domicilio, y a la correspondencia ante injerencias arbitrarias. Por tanto, la intimidad comprende una esfera de tamaño variable según la voluntad del individuo, a la que ningún otro puede acceder sin el consentimiento de aquella. Se diferencia en este sentido del Derecho al honor, ya que este no defiende la parte voluntariamente oculta de las personas, sino la parte de la que el individuo titular de derecho se enorgullece, teniendo esta que ser verdadera. Es por esto que la DUDH habla de injerencias cuando trata el Derecho a la Intimidad, pero de ataques cuando trata el Derecho al honor.³²

También es relevante mencionar que este Derecho a la intimidad “se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación”³³. Esto incluye también a los acompañantes menores, aunque se ven más exhaustivamente protegidos por

²⁹ Gay Montalvo, E., “El derecho fundamental al honor”, *Cuadernos digitales de formación*, nº 16, 2008, p.12

³⁰ López Acuña, C. R., *La evolución de la libertad ... op. Cit.*, p.103-104

³¹ Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre, 1948, de la Declaración Universal de Derechos Humanos

³² López Acuña, C. R., *La evolución de la libertad ... op. Cit.*, p.104-106

³³ Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 231/1988 de 2 de diciembre (Caso Paquirri)

otras normas y derechos, como el, también nombrado en el artículo 20.4 de la Constitución, Derecho a la Protección de la Juventud y de la Infancia.³⁴

A pesar de que la colisión del Derecho a la Intimidad es más posible con el Derecho a la Libertad de Información, también se dan numerosos casos de conflicto con el Derecho a la Libertad de Expresión. En estos casos, el límite a esta libertad es esa esfera que comprende cualquier aspecto de la vida privada o familiar, o de su domicilio y correspondencia, que el titular de derecho quiera mantener oculto.

1.3 Derecho a la Propia Imagen

Al hablar de este derecho como límite a la libertad de expresión, es importante saber que es un derecho muy poco común, siendo un derecho autónomo tan solo en España y Portugal de entre todas las democracias europeas. Este derecho impide que otros capten, reproduzcan o publiquen la imagen de un individuo sin su permiso³⁵, siendo la propia imagen definida como cualquier representación de la figura humana en que se reconozca a esta.

Lo que este derecho impide, fue precisado legalmente separando los casos de intromisión ilícita. En primer lugar, la LO 1/1982 artículo 7.6 impide “La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”. Este primer supuesto tiene una protección civil por tratarse principalmente de un tema patrimonial. El segundo supuesto de esta norma prohíbe “La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos”³⁶. Este segundo caso, sí estarían permitidas estas conductas, como excepción, cuando se trate: de personas públicas en actos o lugares públicos, excepto si estas habían buscado un sitio esperando tener cierta privacidad³⁷; de caricaturas de personas relevantes; o de apariciones casuales y sin importancia en imágenes de “sucesos públicos”. Según esto,

³⁴ López Acuña, C. R., *La evolución de la libertad ... op. Cit.*, p.109-110

³⁵ Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 81/2001, de 26 de marzo

³⁶ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (BOE 14 de mayo de 1982)

³⁷ Tribunal Supremo, Sentencia núm. 518/2012, de 24 de Julio

vemos que este derecho tiene también dos dimensiones, siendo estas la patrimonial y la referente a la intimidad.³⁸

Dicho esto, este Derecho a la Propia Imagen entra en conflicto muy a menudo con la libertad de expresión y la de información, por lo que la jurisprudencia en este ámbito es extensiva. En ella vemos como, cuando hay relevancia o interés público, el límite a la libertad de expresión y la de información es notablemente más laxo, siendo este la pieza clave para determinar qué derecho prevalece, pero sigue existiendo, pues hay también que ponderar el lugar y contexto en el que se aplica. Consiste, en definitiva, en hacer un análisis en el que se ponderen los distintos bienes jurídicos en juego.

1.4 Derecho a la Protección de la Juventud y de la Infancia

Este derecho es el último de los nombrados explícitamente en la Constitución como límites a la libertad de expresión. Sobre este tema tenemos diversa legislación. En primer lugar, el artículo 39.4 de la Constitución remite la protección de los menores a los acuerdos internacionales que correspondan. Destacamos entre ellos el Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que se ratificó en nuestro país el 30 de noviembre del siguiente año. Esta, contiene en su texto que “Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación”³⁹. Como podemos observar, el límite impuesto a la libertad de expresión para los menores es muy similar al límite general, con la peculiaridad de que este no admite las excepciones ni la flexibilidad que veíamos arriba, convirtiéndose en un límite mucho más rígido. En los casos anteriores, veíamos que cabía la autorización por parte de los titulares del derecho para que otra persona pudiera entrar en la esfera personal protegida. Pues bien, en este caso, este consentimiento deberá ser dado por su representante legal, previa comunicación al Ministerio Fiscal, excepto en los casos en los que el menor pudiera tener la madurez suficiente como para consentir por sí mismo⁴⁰.

³⁸ López Acuña, C. R., *La evolución de la libertad ... op. Cit.*, p.112-113

³⁹ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE 31 de diciembre de 1990)

⁴⁰ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE 17 de enero de 1996)

2. LEYES DE DESARROLLO COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Como establece el artículo 20.4 de la Constitución, ya nombrado anteriormente, la libertad de expresión tiene su límite, además de en el respeto a los demás Derechos Fundamentales, “en las leyes que lo desarrollen”. Si bien esto es cierto, el carácter de los Derechos Fundamentales y el de las leyes que les imponen límites es muy distinto, ya que, por su naturaleza dentro de nuestro sistema de normas, los Derechos deben ser interpretados de forma expansiva, mientras que los límites legales a estos deben tener una interpretación rígida, sin extenderse a supuestos no explícitamente tipificados⁴¹.

Siguiendo en la misma línea, las limitaciones legales a la libertad de expresión no deben afectar al núcleo esencial de este derecho, pues sino deberían ser consideradas inconstitucionales. De esto nos habla la propia Constitución en su artículo 10.2: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. El CEDH en su artículo 10.2 permite la limitación por ley de Derechos Fundamentales, y en nuestro caso concreto de la libertad de expresión, siempre y cuando sea necesario para proteger “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”⁴². El artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de una forma menos exhaustiva, establece como condiciones para limitar por ley la libertad de expresión que dicha limitación sea necesaria para “Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o para “La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”^{43, 44}.

⁴¹ Torres del Moral, A., *Principios de Derecho Constitucional Español. Tomo I: Sistemas de Fuentes, Sistema de los Derechos*, Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004, p. 293

⁴² Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1950

⁴³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (BOE 30 de abril de 1977)

⁴⁴ Barriuso Clark, G., *Derecho Constitucional... op. Cit.*, p.20-21

Como ya vimos antes en la STC 11/1981, de 8 de abril, La Constitución protege de forma indirecta otros bienes jurídicos considerados como “bienes constitucionalmente protegidos”. Pues bien, los mencionados en el párrafo superior como justificaciones para la limitación de la libertad de expresión por ley están englobados dentro de este grupo. Esta argumentación puede llegar a ser peligrosa si se entiende sin su contexto, pues que sea lícito restringir Derechos Fundamentales siempre que haya un fin social como los mencionados lleva a la negación de los Derechos Fundamentales. Por ello, es importante explicar que estos bienes protegidos, fines sociales, solo sirven como justificación para la restricción de derechos cuando consagran valores y principios constitucionales⁴⁵.

Un claro ejemplo de esto, como ley limitadora de la libertad de expresión en pro de un “bien constitucionalmente protegido”, es la Ley de Seguridad Ciudadana⁴⁶, que protege el bien del mismo nombre en virtud del artículo 10.2 de la Constitución. Esta ley limita la libertad de expresión en conjunción con los Derechos de Reunión y Manifestación, entendiéndose que la libertad de expresión es parte fundamental en este tipo de actos.⁴⁷

Otra muestra clara de lo que acabamos de explicar son las limitaciones que impone el Código Penal a la libertad de expresión. Encontramos diversos ejemplos, como el artículo 208, de los delitos de injurias; el 543, de los ultrajes a España; el 578, de enaltecimiento del terrorismo; o el 510, de incitación al odio⁴⁸. Son estos precisamente los que regulan en nuestro país los delitos relacionados con el Discurso del Odio, por lo que, con ello, damos la entrada a la siguiente parte de nuestro trabajo.

Este artículo quedó modificado, como muchos otros, por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En concreto, por el punto 235 del artículo único de dicha ley.

⁴⁵ Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 22/1984, de 17 de febrero

⁴⁶ Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (BOE 31 de marzo de 2015)

⁴⁷ Barriuso Clark, G., *Derecho Constitucional... op. Cit.*, p.24

⁴⁸ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995)

CAPÍTULO IV. EL DISCURSO DEL ODIO

1. CARACTERIZACIÓN DEL CONCEPTO

El Discurso del Odio es un término que se ha expandido rápidamente en los últimos tiempos. Como primera aproximación intuitiva ante este concepto, podemos decir que comprende ciertas expresiones con intención discriminadora y ofensiva, dirigidas hacia grupos sociales diferenciables por ideología, creencias religiosas, sexo y orientación sexual, o discapacidad, que provoquen odio y estigmatización hacia dichos grupos.

La DUDH, ya en la década de 1940, reflejó en su escrito el derecho a la no discriminación, lo cual quedó reflejado en su artículo 7: “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación”⁴⁹. Como vemos, no entra en ningún tipo de detalle, pero sirve como base para avances posteriores.

Casi veinte años más tarde, llegaría la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (en adelante CEDR) en 1965. Esta, desarrolla los principios sentados por la DUDH al obligar a los Estados a tipificar esta discriminación y a dotarla de carácter penal. En el artículo 4 de este texto se establece que “Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal Discriminación (...) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación; Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley; No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas

⁴⁹ Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre, 1948, de la Declaración Universal de Derechos Humanos

nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.”⁵⁰. Como podemos ver, esta ley limita en gran manera la libertad de información, pero también la libertad de expresión.

Con el tiempo, el concepto fue quedando más definido. El Consejo de Europa, en 1997, aporta una definición que describe este discurso como cualquier expresión que “propaguen, inciten, promuevan o justifiquen” el odio por motivos como “el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo (...) agresivo nacionalismo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante”⁵¹. Este mismo órgano, en 2015, nos finaliza el concepto estableciendo que el Discurso del Odio es “el uso de una o más formas de expresión específicas - por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones- basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual”⁵².⁵³

Dicho esto, vemos con claridad que el Discurso del Odio, a pesar de restringir ciertos Derechos Fundamentales, como pudiera ser la libertad de expresión o la de información, se basa en otros principios constitucionales y derechos constitucionalmente protegidos. En primer lugar, la Constitución en su artículo 9 establece el principio de igualdad de trato, diciendo que “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”, por lo que podríamos considerar la tipificación del Discurso del Odio como una forma de hacer que la igualdad de trato sea “real y efectiva”. Tras esto, dice que el Estado debe también “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y

⁵⁰ Convenio Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, con una reserva a la totalidad del artículo XXII (BOE 17 de mayo de 1969)

⁵¹ Recomendación n. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre “Discurso del Odio”, adoptada el 30 de Octubre de 1997

⁵² Recomendación General nº 15 sobre Líneas de Actuación para combatir el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa, adoptada el 8 de diciembre de 2015

⁵³ Infante Castilla, I., *El Discurso del Odio como Límite a la Libertad de Expresión*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2018, p.13-14

facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”. Esto quiere decir que la igualdad no debe ser solo ante la ley, como establece el artículo 14 de la Constitución, sino que debe ser una igualdad real también en los demás ámbitos dentro de la vida de un individuo en una sociedad democrática. Si bien es importante decir que dicha igualdad no se refiere a que todos deban recibir el mismo trato por parte de las personas y las administraciones, sino que cualquier desigualdad de trato tiene que ser necesariamente justificada y argumentada⁵⁴. Por otra parte, el artículo 10 de la Constitución defiende “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Este principio constitucional de defensa de la dignidad de la persona también está detrás del Discurso del Odio. Y es que, el ejercicio de un derecho no puede suponer que otra persona o grupos de personas vean mermada su dignidad como personas o no puedan desarrollarse libremente⁵⁵.

Como vemos, en estas definiciones se deja claro que las expresiones a las que se hace referencia deben realizarse sobre un individuo o conjunto de ellos por motivos discriminatorios. Es decir, aunque la expresión vaya dirigida a una persona, el sujeto específico no es relevante, pues podría dirigirse de igual manera a cualquiera de los que conforman el grupo discriminado. Los grupos que pueden considerarse como discriminados no son iguales en todos los países, aunque, atendiendo a la definición aportada, podemos ver cuáles son los motivos que suelen causar dicha discriminación⁵⁶.

Esta definición nos aporta, no solo los individuos y grupos que pueden ser sujeto pasivo de estos discursos, si no que también nos describe las características concretas que deben tener estas expresiones para ser consideradas como Discurso del Odio. En primer lugar, deben contener tanto un carácter ofensivo o vejatorio que vaya más allá de lo meramente desagradable o punzante. En segundo lugar, debe existir una intencionalidad de generar odio, e incluso actuaciones violentas basadas en este odio, o descrédito sobre un colectivo de los anteriormente mencionados. Por tanto, para que haya Discurso del Odio, no vale con que se den expresiones intolerantes, pues estas caerían bajo el paraguas de la libertad

⁵⁴ Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Recurso de amparo número 1.123/85. Sentencia número 128/1987, de 16 de julio.

⁵⁵ Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 120/1990, de 27 de junio

⁵⁶ Cueva Fernández, R., “El "discurso del odio" y su prohibición”. Cuadernos de filosofía del derecho, Nº 35, 2012, pp. 445-446

de expresión, sino que estas deben ir hacia un grupo de personas por motivos discriminatorios, y con una intención subyacente como la descrita⁵⁷.

El Discurso del Odio, por tanto, no incluye cualquier discurso ofensivo o extremo, si no que tiene unas cualidades muy singulares descritas en los párrafos anteriores. En los últimos años en España, se está viendo una deriva del Tribunal Constitucional a incluir dentro de esta clasificación conductas que no cumplen con las características descritas. En palabras de Teruel Lozano, este hacer de los tribunales ha provocado que “la categoría del discurso del odio sea prácticamente un cajón de sastre que incluiría de forma omnicomprendiva casi cualquier tipo de discurso extremo que exprese intolerancia por algún motivo anti-democrático. La consecuencia de ello es grave en el momento en el que la inclusión de un tipo de expresiones en esta categoría lleva de forma casi necesaria a privarle de protección constitucional al amparo de la libertad de expresión en un juicio basado en el contenido del mensaje y en la intencionalidad o en peligrosidades potenciales”⁵⁸. Debido a la relevancia del asunto, puesto que supone distinguir lo que realmente es Discurso del Odio de otras cuestiones similares que a menudo se confunden.

2. OTROS DISCURSOS EXTREMOS. DISTINCIÓN CON EL DISCURSO DEL ODIO

2.1 El negacionismo de crímenes graves

Cuando, en la década de 1990, el Tribunal Constitucional emitió las primeras sentencias sobre negacionismo de graves crímenes, en concreto la del caso Violeta Friedman⁵⁹ este fallaba en favor del Derecho al honor. En un primer momento, el Tribunal establecía que aunque “es indudable que las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean -y ciertamente lo son al negar la evidencia de la historia-, 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, lo que tampoco corresponde a este Tribunal sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos

⁵⁷ Teruel Lozano, G. M., “El Discurso del Odio como límite a la libertad de expresión”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 27, 2017, p.7

⁵⁸ Teruel Lozano, G. M., “Discursos extremos y Libertad de expresión: Un Análisis Jurisprudencial”, *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 17, 2017, p.3

⁵⁹ Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 214/1991, de 11 de noviembre

históricos”⁶⁰, lo que daría pie a pensar que se iba a decantar por la defensa de la libertad de expresión.⁶¹

Sin embargo, teniendo en cuenta que el Tribunal exponía el conflicto como una colisión entre la libertad de expresión y el Derecho al honor, la sentencia continuaba con: “Pero también es indudable que, en las declaraciones publicadas, 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 (...), manifestando, además, expresamente su deseo de que surja un nuevo Führer (con lo que ello significa en cuanto al pueblo judío a la luz de la experiencia histórica). Se trata, con toda evidencia, de unas afirmaciones que manifiestamente poseen una connotación racista y antisemita, y que no pueden interpretarse más que como una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos”⁶². Es decir, el Tribunal consideró oportuno valorar la ofensa producida, llegando a la conclusión de que suponían la vejación y el desprecio de un grupo religioso y social como es la comunidad judía⁶³.

Más adelante, en 2007, el Tribunal Constitucional, aunque de acuerdo con lo que había establecido en sentencias previas como la ya vista, quiso dar un paso más. La sentencia de la que hablamos, resolvía una cuestión de inconstitucionalidad presentada por la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual trataba sobre el delito de negacionismo. En esta sentencia, el Tribunal estableció el límite de la libertad de expresión “en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquéllas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables”⁶⁴, en cuanto a que afectan a la dignidad humana como principio constitucional. Al evaluar la inconstitucionalidad de castigar la negación del genocidio en la norma mencionada, el Tribunal decía que “la referida conducta permanece en un 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”⁶⁵.

⁶⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 214/1991, de 11 de noviembre, FJ. 8.

⁶¹ Teruel Lozano, G. M., “Discursos extremos y Libertad... op. Cit., p.3

⁶² Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 214/1991, de 11 de noviembre, FJ. 8.

⁶³ Teruel Lozano, G. M., “Discursos extremos y Libertad... op. Cit., p.5

⁶⁴ Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 235/2007, de 7 de noviembre, FJ.5.

⁶⁵ Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 235/2007, de 7 de noviembre, FJ.8.

Por otra parte, en cuanto a la justificación del genocidio, el tribunal si aprecia el “elemento tendencial”, diciendo que esta conducta sí podría ser merecedora del reproche penal que estaba recibiendo en el Código Penal, ya que “La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite (...) que el legislador penal (...) castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión”^{66,67}.

2.2 Injurias a la Corona

En los últimos tiempos cuando el delito de Injurias a la Corona se ha intentado introducir de manera dudable dentro de los supuestos del Discurso del Odio. Recordamos, que para que una conducta pueda considerarse incluida dentro de este tipo de discursos, debe ir dirigida hacia un grupo que sea objetivo de discriminación por razones diversas, entre las que se encuentran la raza, ideología, sexo o religión. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 177/2015 de 22 de julio, juzga unas actuaciones que serían típicas del delito de injurias a la Corona como Discurso del Odio. Esta sentencia no fue unánime, y hay varios votos particulares destacables, que, a mi juicio, son más merecedores de atención que la propia sentencia.⁶⁸

El Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos establece que el fallo del Tribunal es “incoherente con el interés protegido por el tipo penal”, siendo su mayor crítica a la sentencia el hecho de que “la función que debe desarrollar un tribunal de garantías constitucionales en este tipo de supuestos de reacción penal ante el ejercicio supuestamente incurrido en extralimitación del derecho a la libertad de expresión no puede ser la búsqueda imaginativa de cualquier límite hipotéticamente concurrente que no haya sido el que concretamente justificaba la reacción penal y fue objeto de contradicción en el proceso de instancia.”⁶⁹.

La Magistrada Adela Asúa Batarrita, criticaba de forma enérgica la inclusión de estas actuaciones como Discurso del Odio al decir que “Equiparar bajo el mismo concepto el discurso antimonárquico —aquí y ahora— con el discurso dirigido a fomentar la

⁶⁶ Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 235/2007, de 7 de noviembre, FJ.9.

⁶⁷ Teruel Lozano, G. M., “Discursos extremos y Libertad... op. Cit., p.7

⁶⁸ Teruel Lozano, G. M., “Discursos extremos y Libertad... op. Cit., p.8-9

⁶⁹ Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 177/2015, de 22 de julio, Voto particular del Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos

discriminación y exclusión social de colectivos secularmente vulnerables, revela una lamentable utilización de conceptos”⁷⁰.

Por otra parte, el Tribunal afirma que no estarán protegidas constitucionalmente las actuaciones o expresiones que “persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo al odio y la intolerancia”⁷¹. Ante esto, los votos particulares critican la falta de pruebas consistentes sobre la efectiva vejación o el supuesto peligro alegado por la sentencia.

En conclusión, vemos como el Tribunal Constitucional en ocasiones intenta reconducir otros tipos de discursos extremos hacia el campo del Discurso del Odio, como vemos claramente en este caso⁷².

2.3 Enaltecimiento del Terrorismo

Poco tiempo después de la sentencia vista en los párrafos anteriores, el Tribunal Constitucional volvió a reconducir al ámbito del Discurso del Odio a conductas con características distintas de este, en concreto, las de enaltecimiento del terrorismo⁷³. En esta sentencia se establece que las mencionadas conductas eran merecedoras de reproche penal “en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades”⁷⁴.⁷⁵

Para justificar que se trataba de una manifestación del Discurso del Odio, el tribunal afirmaba que se cumplían las características de este, las cuales enumeraba como “[1] fue una expresión de odio basado en la intolerancia (...); [2] manifestado a través de un nacionalismo agresivo; [3] con inequívoca presencia de hostilidad hacia otros individuos”⁷⁶.

⁷⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 177/2015, de 22 de julio, Voto particular de la Magistrada Adela Asúa Batarrita

⁷¹ Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 177/2015, de 22 de julio, F.J. 4.

⁷² Teruel Lozano, G. M., “Discursos extremos y Libertad... op. Cit., p.10

⁷³ Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 112/2016, de 20 de junio

⁷⁴ Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 112/2016, de 20 de junio, F.J. 4.

⁷⁵ Teruel Lozano, G. M., “Discursos extremos y Libertad... op. Cit., p.10-11

⁷⁶ Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 112/2016, de 20 de junio, F.J. 6.

La parte más relevante de la sentencia viene a la hora de valorar la incitación a la violencia terrorista, pues el Tribunal establece que incitar a esta supone “llevar a cabo una acción que ex ante implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta. Desde esta última perspectiva, acciones como las que nos ocupan crean un determinado caldo de cultivo, una atmosfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, antesala del delito mismo”⁷⁷. En el voto particular del Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos considera que, aunque es correcta la necesidad de incitación a la violencia terrorista, no debe ser suficiente una potencial incitación mediata de la misma⁷⁸.

En conclusión, vemos como el Tribunal Constitucional en esta y otras sentencias vistas anteriormente en el trabajo, realiza una limitación demasiado estricta de la libertad de expresión, ya que no requiere, siquiera, una efectiva lesión de un bien jurídico u otro Derecho Fundamental.

3. REGULACIÓN ESPAÑOLA DEL DISCURSO DEL ODIOS

3.1 El artículo 510. La reforma del Código Penal

Es importante decir que el Discurso del Odio está tipificado en España en el artículo 510 del Código Penal, configurándose como un claro límite a la libertad de expresión ya que, como ya vimos, las leyes de desarrollo de los Derechos Fundamentales pueden ejercer como límites a la libertad de expresión, aunque se realizará una interpretación restrictiva de estos límites en contraposición a la de los Derechos. Además, debemos recordar que estas leyes no podrán nunca afectar al núcleo esencial de dichos derechos.

El Discurso del Odio fue tipificado en España por primera vez en 1995, con la reforma que se llevó a cabo del Código Penal, a través de diversos artículos que contenían las conductas merecedoras de reproche penal, es decir, los delitos de odio. Por una parte, nació el artículo 510, que tipificaba la provocación a la discriminación, el odio y la violencia; por otra, el artículo 607.2 que trataba los temas de defensa y enaltecimiento del genocidio.⁷⁹

⁷⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 112/2016, de 20 de junio, F.J. 6.

⁷⁸ Teruel Lozano, G. M., “Discursos extremos y Libertad... op. Cit., p.11

⁷⁹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 24 de noviembre de 1995)

Es en este momento en el que resulta conveniente traer a colación la Decisión Marco 2008/913 JAI. Según esta, debe garantizarse el castigo penal, según el artículo 3 de la citada norma, de las conductas que supongan “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”, así como la difusión de esta; o “la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (...) 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”⁸⁰. Como vemos ambas conductas tienen en común la incitación a la violencia o al odio contra un grupo o miembro del grupo de esas características, ya sea directamente o a través de la apología de crímenes graves. Es decir, cumple con las notas características del Discurso del Odio.

En 2015, teniendo en cuenta muchas sentencias (como la anteriormente explicada STC 235/2007) y opiniones de los tribunales, la Decisión Marco 2008/913 JAI, y imitando la redacción del artículo 130 STGB alemán sobre los delitos de odio, se llevó a cabo una nueva modificación del Código Penal a través de la ley orgánica 1/2015, de 30 marzo, por la que se modifica el Código penal. Esto resultó en una nueva redacción del artículo 510, y la absorción del antiguo artículo 607.2. Este nuevo artículo se contiene en la Sección 1.^a De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución, dentro del Capítulo IV de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas.⁸¹

3.2 Elementos del Delito

En primer lugar, el bien jurídico protegido es plural. Por un lado, tenemos las incitaciones directas al odio o la discriminación, en las que se pone en riesgo el derecho a la igualdad

⁸⁰ 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

⁸¹ Rodríguez Ferrández, S., “El Ámbito de Aplicación del Actual Artículo 510 CP en Retrospectiva y en Retrospectiva tras la Reforma Penal de 2015”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3º Época, nº 12, 2014, pp. 174

de trato, ya que busca una reacción social hacia esa persona o grupo de personas que estas no tengan una igualdad real y efectiva. Por otra parte, en las incitaciones indirectas al odio o la discriminación, hay un peligro de segundo orden, ya que, de alguna forma, se condena el peligro de poner en riesgo el derecho a la igualdad. Además, en la incitación a la violencia se protege la seguridad como bien constitucionalmente protegido.

En cuanto al sujeto activo puede ser cualquier persona, ya que se trata de un delito común. El sujeto pasivo, en cambio, tiene unas características muy concretas. Antes de la reforma de 2015, ya mencionada, el sujeto pasivo se limitaba a los “grupos o asociaciones”, por lo que las personas como individuos no podían serlo. Sin embargo, a partir de esta reforma, el artículo 510 del Código Penal protege a “un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel”.⁸²

La conducta típica del delito de odio es, como dice el artículo 510 CP, fomentar, promover o incitar de forma directa o indirecta a la discriminación, el odio o la violencia. De esta manera, aunque se constituya como un delito autónomo, lo que condena este artículo es una especie de tentativa de inducción a la discriminación o a la violencia. Esto puede suscitar, y de hecho ocurre, que haya opiniones encontradas sobre este tipo de delitos, pues no hace otra cosa que adelantar el momento en el que se considera punible una actuación, ya que este artículo no pena la discriminación o la violencia (regulado en artículos distintos del Código Penal), ni siquiera pena la inducción a esta, sino, como ya hemos dicho, la tentativa de inducción. Con esto, procedemos a analizar más a fondo el artículo 510 CP.

3.3 Tipo Básico

El tipo básico (510.1 C.P.), regulado en el apartado primero del mencionado artículo, prevé la “pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses” para los que realicen alguna de las tres conductas típicas de este apartado.

La primera conducta típica (510.1.a C.P.) se refiere a “Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra” el sujeto pasivo común. Este sujeto pasivo se define como “un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a

⁸² Rodríguez Ferrández, S., “El Ámbito de Aplicación... op. Cit., p.176

aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”. En cuanto a los motivos expuestos, elemento subjetivo, se introdujeron modificaciones respecto de la redacción de 1995: se añade la pertenencia a una nación de forma diferenciada al origen nacional, es decir, que por nacimiento puedes pertenecer a una nación de la que actualmente no formas parte; se añade también la identidad sexual como motivo de discriminación, incluyéndose así las ofensas hacia las personas transexuales ; por último, se sustituye la palabra minusvalía por la de discapacidad, aunque tiene más una relevancia formal que de fondo⁸³.

En cuanto a los verbos utilizados: fomentar, promover e incitar, son en gran medida equivalentes entre sí, sobre todo entre los dos primeros. Por otra parte, se añade que las conductas solo serán típicas si se realizan “públicamente”, por lo que quedan excluidos los casos en los que se produce en el ámbito privado, lo cual se introdujo una vez paso la ley al Senado, no estando presente cuando se pasó del Gobierno al Congreso⁸⁴. Además, se incluye que esta incitación al odio o a la violencia puede hacerse de forma indirecta, cosa que nos lleva aún más a la conclusión de que se intenta transformar en delito autónomo “lo que no son más que actos preparatorios de delitos, actos preparatorios de sentimientos y otros actos de complicidad en delitos y sentimientos sin inicio de la tentativa que no llegan a la categoría de actos preparatorios”⁸⁵.

La segunda conducta típica (510.1.b CP) se refiere 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” las personas, grupos o asociaciones que conforman el sujeto pasivo. Esta conducta no estaba tipificada como delito de odio en la redacción de 1995 del CP, siendo una nueva adición. Esta, castiga conductas que estén enfocadas o preordenadas a la consumación de la conducta del 510.1.a CP antes

⁸³ Rodríguez Ferrández, S., “El Ámbito de Aplicación... op. Cit., p.177-178

⁸⁴ Roig Torres, M., “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)”, en González Cussac, J. L. (Dir.), Górriz Royo, E. y Matallín Evangelio, Á. (Coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Pamplona, 2015, p. 1.254.

⁸⁵ Portilla Contreras, G., “La represión penal del ‘discurso del odio’”, en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 725.

vista. Se penan las conductas relacionadas con los objetos materiales determinados, siempre que sean idóneas para que se lleven a cabo las conductas del apartado a)⁸⁶.

Como vemos, se penan la producción o elaboración, la posesión para distribuir, facilitar a otros su acceso, y la distribución, difusión o venta. Como vemos, son conductas que se localizan en un estadio anterior a los de la letra a), aunque reciben la misma pena. Por una parte, sería razonable pensar que, puesto que es un paso anterior en el proceso delictivo, estas conductas debieran tener una pena inferior asociadas a ellas⁸⁷. Otra parte de la doctrina opina que, por los medios usados, estas conductas implican un riesgo mayor para los principios y bienes constitucionalmente protegidos, aunque solo sea considerada la tenencia, producción o elaboración. Más aún, en los casos de efectiva distribución, venta o difusión, los cuales sí son equiparables a la incitación al odio del apartado a)⁸⁸.

La tercera conducta típica del tipo básico es la contenida en el 510.1.c CP. Este apartado estaba, antes de 2015, incardinado en el artículo 607.2 CP. Actualmente, este artículo sólo contiene el delito de genocidio, y no los delitos relacionados con su enaltecimiento, negación o trivialización. Pues bien, la conducta típica de la que tratamos pena precisamente a quienes “Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores”, con el requisito de que estas conductas vayan dirigidas contra las personas o grupos que comprenden el sujeto pasivo común ya explicado anteriormente. En la actualidad, los delitos a los que se hace referencia dentro de este apartado están recogidos en los artículos 607 – 614 CP, dentro del título que comprende los delitos contra la comunidad internacional.

Como ya vimos en capítulos anteriores del trabajo, la sentencia STC 235/2007 declaró la inconstitucionalidad de una parte de este apartado, cuando aún estaba contenido en el artículo 607.2 CP. En concreto, estableció que la negación de estos delitos no podía ser constitutiva de delito, refiriéndose al núcleo esencial de la libertad de expresión, ya que “la referida conducta permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del Derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados”⁸⁹. Sin embargo, en la actual redacción, se incluye al final del apartado

⁸⁶ Rodríguez Ferrández, S., “El Ámbito de Aplicación... op. Cit., p.179

⁸⁷ Portilla Contreras, G., “La represión penal... op. Cit., p.740

⁸⁸ Rodríguez Ferrández, S., “El Ámbito de Aplicación... op. Cit., p.180

⁸⁹ Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 235/2007, de 7 de noviembre, FJ.8.

que estas conductas solo serán típicas cuando efectivamente se “promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación”, cumpliendo con la recomendación del Tribunal a este respecto. Si bien es cierto que esto genera cierta inseguridad, puesto que al tener que juzgar este tipo de casos “se delega en el juez para que valore peligrosos contextos socio-políticos y motivaciones subjetivas”⁹⁰.

3.4 Tipo Atenuado

El artículo 510.2 CP castiga “con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses” las conductas que desarrollaremos en los próximos párrafos. Como vemos, la pena de multa se mantiene igual, pero la pena privativa de libertad es notablemente inferior, excepto para los casos comprendidos en el último párrafo del 510.2.b CP, para los que se prevé una pena igual a las conductas tipificadas en el 510.1 CP.

Pues bien, el primer apartado tipifica las conductas que lesionen la dignidad de la persona, protegida por la Constitución es su artículo 10, “mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito” de los grupos o personas que conforman el sujeto pasivo común ya descrito. Además, esta parte del artículo (510.2.a CP), también condena 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 sean “idóneos” para lesionar la dignidad de las personas en los mismos términos explicados en las primeras líneas de este párrafo.

Vemos, por tanto, que la diferencia entre este apartado y los apartados a) y b) del 510.1 CP es que en este se lesiona la dignidad de la persona y en los otros se incita al odio. Parte de la doctrina opina que la diferencia de pena aplicada a estas conductas no tiene una justificación razonable ya que “por qué ha de aplicarse una pena inferior a quien lesiona la dignidad de otra u otras personas mediante actuaciones humillantes, por motivos raciales o discriminatorios, que a quien por iguales razones fomenta el odio contra esas mismas personas”⁹¹.

⁹⁰ Teruel Lozano, G. M., *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. Particular estudio de los ordenamientos español e italiano*, Tesis Doctoral inédita, Murcia, 2014, pp. 511-512

⁹¹ Roig Torres, M., “Los delitos de racismo y...”, op. cit., pp. 1.261-1.262

En el segundo apartado (510.2.b CP), se castiga a “Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra” el sujeto pasivo común. Esta conducta es similar a la del 510.1.c CP, aunque con algunos matices: primero, hay una diferencia formal, aunque no de fondo, a la hora de referirse a la necesidad de que dichas actuaciones se hagan de forma pública; segundo, este tipo hace referencia a cualquier delito que se haya producido en contra del sujeto pasivo, y no solo a los comprendidos entre los artículos 607 – 614 CP⁹².

Como ya adelantábamos, esa pena se equipara a la de los tipos del 510.1 CP si estas conductas hacen que “se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos”. Esto nos genera ciertas dudas puesto que, al incluir esta última parte, asumimos que no es necesario que efectivamente se favorezca un clima de la clase mencionada para incurrir en el delito del primer párrafo de este apartado. Por tanto, se estaría penando de igual forma un delito de peligro (párrafo primero del 510.2.b) y un delito de lesión efectiva de la dignidad (510.2.a), lo cual no parece lógico⁹³.

3.5 Tipos Agravados

El artículo 510.3 CP recoge un tipo agravado de las conductas tipificadas en el 510.1 y 510.2 CP, haciendo que las penas se apliquen en su mitad superior. Esto ocurrirá cuando “los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas”. Es comprensible que esto sea así, pues, además de producir un daño mayor por alcanzar a un número más amplio de personas, se vuelve mucho más compleja “la persecución del delito y la identificación del responsable”⁹⁴.

El artículo 510.4 CP recoge, al igual que el punto 3, un tipo agravado de las conductas tipificadas en el 510.1 y 510.2 CP, haciendo que las penas se apliquen en su mitad superior o incluso en grado superior. El agravante comprende los comportamientos que, además

⁹² Rodríguez Ferrández, S., “El Ámbito de Aplicación... op. Cit., p.185

⁹³ Portilla Contreras, G., “La represión penal... op. Cit., p.746

⁹⁴ Roig Torres, M., “Los delitos de racismo y...”, op. cit., pp. 1.263-1.264

de cumplir con los requisitos el tipo básico, “, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo”⁹⁵.

3.6 Otras Consideraciones

En primer lugar, el artículo 510.5 CP impone, de forma adicional “la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre” por 3 a 10 años desde que finalice la pena de prisión, considerando, “proporcionalmente”, “la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurren en el delincuente”. La justificación de esta pena adicional pretende “evitar que los condenados puedan utilizar su relación con los menores en los contextos previstos, para inculcarles ideas racistas o discriminatorias”⁹⁶, aunque una parte de la doctrina opina que va contra el núcleo esencial de la libertad de expresión y contra el artículo 20.1.c CE sobre la libertad de cátedra⁹⁷.

En cuanto al artículo 510.6 CP, pretende garantizar la eliminación del soporte material utilizado para llevar a cabo estos delitos. Se “acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito”. Si se realizó a través métodos tecnológicos o de la comunicación, “se acordará la retirada de los contenidos”. Por último, si se produjo “a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información”, entonces, para evitar un mayor daño, “se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo”.

⁹⁵ Rodríguez Ferrández, S., “El Ámbito de Aplicación... op. Cit., p.188

⁹⁶ Roig Torres, M., “Los delitos de racismo y...”, op. Cit., pp. 1.265

⁹⁷ Portilla Contreras, G., “La represión penal... op. Cit., p.751

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES

Habiendo llegado ya hasta la parte final de este trabajo, realizamos una reflexión sobre lo estudiado. La libertad de expresión es, como ya hemos dicho, uno de los pilares fundamentales de cualquier sociedad democrática. El Estado moderno, tal y como lo concebimos hoy en día, sería imposible, ya que esta libertad, y también la libertad de información, es lo que nos permite desarrollar nuestras opiniones y generar un pensamiento crítico fundamental para la vida democrática. Por tanto, no es ninguna sorpresa cuando vemos otros países, consumidos por regímenes de afán totalitario, normalmente en países con cierta tendencia comunista, que, en este proceso de abandono del Estado democrático lo más común es la restricción de la libertad de expresión alegando la protección de otros bienes o derechos.

Imponer límites a un derecho tan fundamental como la libertad de expresión es tanto peligroso como necesario. Es necesario porque no se puede permitir que se vulneren otros derechos, como el Derecho al honor o a la Intimidad, bienes constitucionalmente protegidos o principios constitucionales, aunque esto suponga un ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, es un terreno peligroso, pues una vez queda abierta la puerta a esta limitación, el gobernante puede intentar abusar de esta capacidad como forma de consolidación del poder. En la historia constitucional de España, aunque ha habido idas y venidas en los Tribunales sobre temas de libertad de expresión, no ha habido una represión destacable sobre la libertad de expresión, pero este no es el caso de otros países como Rusia, donde el actual presidente (lo es desde el año 2000) ha limitado la libertad de expresión a través de la intimidación, la prohibición de facto de manifestaciones no acordes con los pensamientos del Régimen.

Por otra parte, en cuanto a los delitos de odio tipificados en el Código Penal, que limitan también la libertad de expresión, se adelanta en mi opinión en exceso el momento de intervención del Derecho Penal, quedando tipificados como delitos autónomos conductas que quedan aún, desde mi punto de vista, en una estación previa a la que merecería la intervención del Derecho penal.

En resumen, el tema tratado es ampliamente discutido y, sin duda, controvertido. Requiere, desde mi punto de vista, que los legisladores y los Tribunales actúen con sentido común y responsabilidad, calibrando siempre que ninguna de las dos partes de la balanza quede muy descompensada. Sin dejar desprotegidos ciertos derechos y principios

frente a una libertad de expresión ejercida de forma bárbara, pero tampoco capando una libertad que se constituye como pilar fundamental de nuestra sociedad.

CAPÍTULO VI. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICAS

1. LEGISLACIÓN

Constitución Española (BOE 29 de diciembre de 1978).

Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre, 1948, de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, de la Asamblea Nacional Constituyente francesa.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (BOE 14 de mayo de 1982).

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE 31 de diciembre de 1990).

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE 17 de enero de 1996).

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1950.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (BOE 30 de abril de 1977).

Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (BOE 31 de marzo de 2015).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995).

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 31 de marzo de 2015).

Convenio Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, con una reserva a la totalidad del artículo XXII (BOE 17 de mayo de 1969).

Recomendación n. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre “Discurso del Odio”, adoptada el 30 de Octubre de 1997.

Recomendación General nº 15 sobre Líneas de Actuación para combatir el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa, adoptada el 8 de diciembre de 2015.

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.

2. JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), Sentencia núm. 2003/81, de 4 de diciembre, apartado 37.

TRIBUNAL SUPREMO

Tribunal Supremo, Sentencia núm. 518/2012, de 24 de Julio.

Tribunal Supremo, Sentencia de 2 de junio de 2009 (RJA 2009, 5104).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 104/1986, de 17 de julio.

Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 6/1981, de 16 de marzo.

Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 11/1981, de 8 de abril.

Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 81/2001, de 26 de marzo.

Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 156/2001, de 2 de julio.

Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 185/1989, de 13 de noviembre.

Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 219/1992, de 3 de diciembre.

Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 297/2000, de 11 de diciembre.

Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 9/2007, de 15 de enero.

Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 231/1988 de 2 de diciembre (Caso Paquirri).

Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 22/1984, de 17 de febrero.

Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 128/1987, de 16 de julio. Recurso de amparo número 1.123/85.

Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 120/1990, de 27 de junio.

Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 214/1991, de 11 de noviembre.

Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 235/2007, de 7 de noviembre.

Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 177/2015, de 22 de julio.

Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 112/2016, de 20 de junio.

3. OBRAS DOCTRINALES

Alcón Yustas, M., Álvarez Vélez, M., Astarloa Huarte Mendicoa, I., Correas Sosa, I., Macías Jara, M., Méndez López, L., de Montalvo Jääskeläinen, F., Ripollés Serrano, M., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2020.

Alvarez García, F.J. *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

Barriuso Clark, G., *Derecho Constitucional Comparado: la Libertad de Expresión en España y EE.UU*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2017.

Beatrice Hall, E., *Los amigos de Voltaire*, Publicado Independientemente, Londres, 1906.

Berdugo Gómez de la Torre, J.R., “Revisión del contenido del bien jurídico honor”. *Anuario de derecho penal y Ciencias Penales*, N° 2, 1984.

Briones Martínez, I., “Dignidad Humana y Libertad de Expresión en una sociedad plural”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.32, 2013.

Cueva Fernández, R., “El "discurso del odio" y su prohibición”. *Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 35, 2012, pp. 438-455

De Verda y Beamonte, J. R., “Los Derechos al Honor, a la Intimidad y a la propia Imagen como Límites del Ejercicio de los Derechos Fundamentales de Información y de

Expresión: ¿Una nueva sensibilidad de los Tribunales?”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, 2015, pp.389-436

Gay Montalvo, E., “El derecho fundamental al honor”, *Cuadernos digitales de formación*, nº 16, 2008.

Infante Castilla, I., *El Discurso del Odio como Límite a la Libertad de Expresión*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2018.

Kovach, B., *Cuadernos de Periodistas*, Aguilar, Madrid, 2012.

López Acuña, C. R., *La evolución de la libertad de expresión y el derecho a la información en la España constitucional. Relevancia de la jurisprudencia en la profesión periodística*, Universidad Complutense, Madrid, 2017.

Masferrer, A., “Una lección histórica de la libertad de expresión”, *El Mundo*, 3 de marzo de 2021 (disponible en <https://www.elmundo.es/opinion/2021/03/03/603e21dafc6c83466a8b467a.html>).

Portilla Contreras, G., “La represión penal del ‘discurso del odio’”, en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015.

Rodríguez Ferrández, S., “El Ámbito de Aplicación del Actual Artículo 510 CP en Retrospectiva y en Retrospectiva tras la Reforma Penal de 2015”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3º Época, nº 12, 2014, pp. 165-231

Roig Torres, M., “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)”, en González Cussac, J. L. (Dir.), Górriz Royo, E. y Matallín Evangelio, Á. (Coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Pamplona, 2015.

Teruel Lozano, G. M., “El Discurso del Odio como límite a la libertad de expresión”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 27, 2017, pp. 81-105

Teruel Lozano, G. M., “Discursos extremos y Libertad de expresión: Un Análisis Jurisprudencial”, *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 17, 2017, pp. 1-20

Teruel Lozano, G. M., *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. Particular estudio de los ordenamientos español e italiano*, Tesis Doctoral inédita, Murcia, 2014.

Torres del Moral, A., *Principios de Derecho Constitucional Español. Tomo I: Sistemas de Fuentes, Sistema de los Derechos*, Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004.