

LA LABOR DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN TORNO AL DISCURSO DE ODIO EN LOS PARTIDOS POLÍTICOS: COINCIDENCIAS Y CONTRADICCIONES CON LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS'S WORK ON THE HATE SPEECH IN POLITICAL PARTIES: COINCIDENCES AND CONTRADICTIONS WITH SPANISH JURISPRUDENCE

Carmen Quesada Alcalá*

Sumario: INTRODUCCIÓN. I. EL CONSEJO DE EUROPA Y LOS DELITOS DE ODIO: LA INCITACIÓN AL ODIO Y EL DISCURSO DE ODIO. II. JURISPRUDENCIA EUROPEA Y NACIONAL EN MATERIA DE DISCURSO DE ODIO: CONTRASTES Y CRITERIOS A APLICAR. III. LAS CUESTIONES MÁS CONTROVERTIDAS DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA Y NACIONAL EN RELACIÓN CON EL DISCURSO DE ODIO Y LOS PARTIDOS POLÍTICOS. IV. PRINCIPIOS BÁSICOS EN TORNO A LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN RELACIÓN CON EL DISCURSO DE ODIO: SU APLICACIÓN A LOS PARTIDOS POLÍTICOS. V. CONCLUSIONES

RESUMEN: En los últimos años han proliferado los partidos políticos que mantienen un discurso de inspiración racista y xenófoba, con el objetivo de captar más votos. Lamentablemente, dicho discurso reviste, en algunas ocasiones, las características propias del *hate speech* o discurso de odio, como una forma de incitación al odio, que merece ser tipificada y castigada penalmente por los sistemas judiciales internos. En el caso de España, nos encontramos con una jurisprudencia incoherente al respecto, puesto que, en algunos supuestos, se prioriza de modo abusivo la sacrosanta libertad de expresión. En consecuencia, resulta necesario analizar dicha jurisprudencia interna y contrastarla con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mucho más consistente y rotunda. El fin básico de este análisis comparativo será determinar una serie de principios que sean de utilidad a la hora de perfilar los límites de la libertad de expresión cuando los partidos políticos lanzan un discurso de odio.

Fecha de recepción del original: 22 de mayo de 2015. Fecha de aceptación de la versión final: 6 de noviembre de 2015.

*Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Educación a Distancia. La autora es actualmente Miembro Suplente de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa. Las opiniones vertidas en este artículo son estrictamente personales. Este artículo se inscribe en el marco del Proyecto titulado “La protección de los valores de la comunidad internacional: inmunidad, justicia e impunidad en el Derecho Internacional contemporáneo”, cuya investigadora principal es la Profesora Escobar Hernández. Correo electrónico: cquesada@der.uned.es

ABSTRACT: In recent years, political parties with a racist and xenophobic speech have increased, in order to attract more votes. Unfortunately, this speech can be considered as a hate speech, that should be criminalized and punished by domestic judicial systems. In the case of Spain, we find an inconsistent jurisprudence because the sacrosanct freedom of expression is often prioritized. Consequently, it is necessary to analyze such internal jurisprudence and to compare it with the jurisprudence of the European Court of Human Rights. In fact, this international jurisprudence is much more consistent and unequivocal. The basic purpose of this comparative analysis is to determine a set of principles that are useful to outline the limits of freedom of expression when political parties launched a hate speech.

PALABRAS CLAVE: Delitos de odio, discurso de odio, libertad de expresión, partidos políticos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos

KEY WORDS: hate crimes, hate speech, freedom of expression, political parties, European Court of Human Rights

INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, se ha producido la proliferación de los llamados delitos de odio, y más concretamente, el contexto de crisis y violencia social ha propiciado el surgimiento de partidos políticos que utilizan un discurso de inspiración racista y xenófoba con el fin de atraer mayor número de votos. Este discurso merece ser calificado, en algunas ocasiones, como discurso de odio o *hate speech*, de acuerdo con la Recomendación nº 97 (20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el Discurso de Odio. Dicho instrumento nos proporcionó una definición de esta forma de delito de odio, que ha sido utilizada de modo profuso por el el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde el año 1999.

La importancia de este fenómeno hace necesario prestar especial atención a la labor que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desempeñado en relación con el discurso de odio y su utilización por los partidos políticos. En efecto, dicho órgano judicial ha venido sentando una rica jurisprudencia que nos permite vislumbrar una serie de principios aplicables al discurso de odio, sobre todo cuando se enfrenta a una de las libertades más veneradas: la libertad de expresión. Esta jurisprudencia es objeto de gran interés, si tenemos en cuenta que la jurisprudencia interna española no sólo se ha apartado de la sentada en el ámbito internacional, sino que ha mostrado entre sí profundas contradicciones e incoherencias.

Pero, para llegar a concluir esa serie de principios básicos que determinen los límites de la libertad de expresión cuando se enfrenta al discurso de odio, es preciso realizar un recorrido que nos conduzca a ese punto final. Ese recorrido tiene como punto de partida la propia definición de los delitos de odio, y más específicamente, de una tipología concreta de estos delitos como es la incitación al odio, en la que se enmarcaría el *hate speech*. Ésta va a ser nuestra aproximación, pero siempre desde el respeto hacia autores,

como REY MARTÍNEZ, que afirman es un error se interprete el concepto de discurso de odio a partir del concepto de delitos de odio¹.

Posteriormente, realizaremos un análisis selectivo de la jurisprudencia del Tribunal del Consejo de Europa y de la jurisprudencia española con el fin de realizar una confrontación de las mismas que permita deducir una serie de criterios aplicables por parte de dichas instancias al discurso de odio y su utilización por los partidos políticos. De dicha confrontación resulta el estudio de una serie de cuestiones controvertidas, tales como la relación entre la libertad de expresión y el discurso político, el fundamento de los propios límites a la libertad de expresión en el caso del discurso de odio de los partidos políticos y la necesaria distinción entre el discurso de odio y el discurso impopular u ofensivo.

De este modo, finalizaremos nuestro recorrido por el tema, concluyendo con una serie de principios básicos, que nos ha proporcionado el análisis comparativo de la jurisprudencia europea y nacional. Dichos principios nos servirán de guía futura para sentar los límites de la libertad de expresión cuando nos hallamos frente al uso del discurso de odio por los partidos políticos. Estos principios, que operan a modo de conclusiones, esperamos sean de utilidad para lograr que nuestra jurisprudencia interna sea consistente y coherente con la internacional, contribuyendo así a atajar un fenómeno de creciente relevancia y particularmente vejatorio para las víctimas.

I. EL CONSEJO DE EUROPA Y LOS DELITOS DE ODIOS: LA INCITACIÓN AL ODIOS Y EL DISCURSO DE ODIOS

1. La definición de los delitos de odio y sus caracteres

La definición de los *hate crimes* delitos de odio se ha logrado consensuar en el ámbito regional europeo. Es en el ámbito de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), donde la Oficina para los Derechos Humanos y las Instituciones Democráticas (ODIHR) desarrolló una definición más específica de trabajo de los delitos de odio². Conforme a esta definición, un delito o crimen de odio puede ser definido como: “Cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas (A) o las propiedades, donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo como los definidos en la parte B. (B) Un grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su “raza” real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje,

¹REY MARTÍNEZ, F., “Discurso de odio y racismo líquido”, en REVENGA M., *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá, 2015.

²Esta definición contó con la aportación de expertos de las fuerzas de seguridad de siete Estados miembros dentro del currículum del Programa Piloto para Agentes de las Fuerzas de Seguridad sobre la Lucha contra los Crímenes de Odio llevado a cabo en Hungría y España. Definición utilizada en la Decisión del Consejo de Ministros de la OSCE N°4/03, Maastricht, 2 de diciembre de 2003, y consolidada en la Decisión del Consejo de Ministros N°12/04, “Tolerancia y No Discriminación”, Sofía, 7 de diciembre de 2004. Ver: http://tandis.odihr.pl/hcr2010/pdf/Hate_Crime_Report_full_version.pdf

el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad intelectual o física, la orientación sexual”³.

Nosotros vamos a utilizar indistintamente *hate crimes* y delitos de odio, en el entendimiento de que no se trata de una traducción que no es literal, y según figura en las traducciones oficiales de instituciones tales como la European Union Agency for Fundamental Rights (FRA). En cualquier caso, el término se refiere más a un tipo de delitos, o fenómenos, que a un delito específico. Aunque no contamos con una definición jurídica *stricto sensu*, podemos afirmar que prácticamente todos los sistemas penales recogen los delitos de odio. En todo caso, los delitos de odio poseerían dos elementos básicos: un delito y un motivo basado en prejuicios de diferente tipo⁴. El factor más sobresaliente para identificar y denunciar delitos de odio es, probablemente la percepción de la víctima y/o los testigos.

Tradicionalmente los bienes jurídicos protegidos en relación con estos delitos serían los rasgos de identidad personal, tales como la raza, la ideología o religión y la etnia. En los últimos años, la doctrina criminológica contemporánea, se decanta por incluir entre los bienes tutelados por este tipo de delitos la orientación sexual, la identidad sexual, la discapacidad y, en general, cualesquiera señas de identidad comunitarias diferenciadas, tales como la exclusión social y la pobreza. En concreto, siguiendo los criterios adoptados por la ODIHR, los rasgos identitarios que singularizan a las colectividades cuyos miembros son objeto de este tipo de agresiones son la “raza, real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad intelectual o física, la orientación sexual u otro factor similar”. De ahí que las disposiciones penales cuya finalidad sea proteger alguna o algunas de estas señas de identidad personal deban ser incluidas dentro de la categoría genérica de delitos de odio siempre que, como hemos dicho, la posesión de la misma haya sido la causa motivadora de la comisión del tipo delictivo⁵.

En este sentido, debe ser tenido en consideración que la finalidad que persigue este tipo de delitos es la de humillar y vejar a la víctima, creando en la misma un sentimiento de terror, de angustia o de inferioridad por la gratuidad del ataque sufrido⁶. En esta misma

³Ver: http://tandis.odhr.pl/hcr2010/pdf/Hate_Crime_Report_full_version.pdf, consultado por última vez el 15 de mayo de 2015.

⁴ODIHR, *Hate Crimes. A Practical Guide*, 2009, pp.16-17. Por otra parte, dichas acciones suelen afectar a grupos de población en situación de subordinación o discriminación. En algunos casos, son minorías, o bien grupos vulnerables por su edad, género, etc. En términos generales, la legislación busca proteger al individuo y sus derechos, pero siempre queda la duda de si se protege al grupo o a la persona que forma parte del grupo. En todo caso, cuando ahondamos en la determinación de qué actos son tipificados como delitos de odio en las distintas legislaciones, constatamos la preocupación del legislador por abordar las consecuencias prácticas de los mismos, que suelen involucrar a grupos de población (EUROPEAN UNION FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY, *Data in Focus Report. Minorities as Victims of Crime*, 2012, pp.3-16).

⁵ ODIHR, *Hate Crimes. A Practical Guide*, 2009, p.16.

⁶Ver la jurisprudencia del TEDH en: STEDH, *Asunto Nachova y otros c. Bulgaria* (Nº 43577/98 y 43579/98), de 6 de julio de 2005; STEDH, *Asunto DH y otros c. República Checa* (Nº 57325/00), de 13

línea, como veremos a continuación, el rasgo que define el discurso de odio dentro de esta categoría de delitos, según WALDRON, es su capacidad para aientar contra la dignidad humana, comprendida como su posición social, el fundamento de una reputación básica que le permite ser tratado como un igual⁷. De este modo, lo que deben proteger las leyes es la dignidad de los miembros de aquellos colectivos que hayan sido difamados⁸.

En cuanto al marco normativo en el que nos vamos a mover, la *Decisión Marco 2008/913/JAI, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal*⁹ constituye un apoyo importante¹⁰. Esta

de noviembre de 2007; STEDH, *Asunto Anguelova c. Bulgaria* (Nº 38361/97), de 13 de junio de 2002; STEDH, *Asunto Moldovan y otros c. Rumanía* (Nº 41138/98 y 64320/01), de 30 de noviembre de 2005.

En la línea de lo apuntado por estas sentencias, el Movimiento contra la Intolerancia ha destacado que “en los delitos de odio, las víctimas son intencionalmente seleccionadas por motivo de intolerancia. Se les inflige un daño físico y emocional incalculable, se atemoriza a todo el colectivo y se amenaza la seguridad de todos los ciudadanos. Reconocer su existencia, implica señalar que un delito de odio puede ser cualquier delito realizado contra personas, colectivos sociales y/o sus bienes, cuando la víctima, los bienes o el objetivo del delito hayan sido seleccionados por prejuicios o animadversión a su condición social, por vinculación, pertenencia o relación con un grupo social” (MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, Material Didáctico nº 5: La Lucha contra los Delitos de Odio en Europa

<http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/admin/verNoticia.asp?cod=1849&esBusq=True>, consultado por última vez el 15 de mayo de 2015).

⁷ WALDRON, J., *The harm in hate speech*, Harvard University Press, London, 2012.

⁸ *Ibidem*, pp.105-146.

⁹ 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, Diario Oficial de la Unión Europea L 328/55, 6 de diciembre de 2008, consultado en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0055:0058:ES:PDF>, por última vez el día 29 de abril de 2015.

¹⁰ Con carácter previo, es preciso realizar una aproximación jurídica, en el ámbito internacional, al concepto de incidentes racistas, que sea complementaria respecto de las definiciones que se hacen desde otros campos. “Discriminación Racial” directa es todo trato diferenciado por motivos de raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico, que no tenga una justificación objetiva y razonable. En este sentido, estimamos que una justificación no sería objetiva y razonable, si no persigue un fin legítimo o no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que pretende ser conseguido (ECRI, *General Policy Recommendation Nº 7 on National legislation to combat racism and racial discrimination*, Adopted by ECRI on 13 December 2002). Siguiendo esta misma Recomendación de la ECRI, “Discriminación racial indirecta” implica aquellos casos en los que un factor aparentemente neutral, como una disposición, un criterio o una práctica no puede ser fácilmente cumplido sin causar desventajas a personas pertenecientes a un grupo determinado en razón de su raza, color, lenguaje, religión, nacionalidad, u origen étnico, a menos que este factor tenga una justificación razonable y objetiva.

En cuanto a la definición de incidente racista, la definición sobre la que existe consenso es la adoptada por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, en su Recomendación sobre la Política nº11 (ECRI *General Policy Recommendation Nº11: Combating racism and racial discrimination in policing* Adopted by ECRI on 29 June 2007). De este modo, y a efectos de la ECRI, “incidente racista” es: “any incident which is perceived to be racist by the victim or any other person” »: “Un incidente racista es cualquier incidente que es percibido como racista por la víctima o por cualquier otra persona”. Ver: ABRISKETA, J., “La discriminación racial: un análisis comparado sobre el marco jurídico internacional y europeo”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 29, 2015, pp.1-36; REYMARTÍNEZ, F., “La prohibición de discriminación racial o étnica en la Unión Europea y en España. El caso de la minoría

Decisión Marco¹¹ prevé la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros referentes a las conductas de carácter racista o xenófobo contempladas en los artículos 1 y 2. Se considerarán punibles como delitos penales determinados actos¹² cometidos con objetivos racistas o xenófobos, tales como la incitación pública a la violencia o al odio, dirigidos contra un grupo de personas o contra un miembro de dicho grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión o creencia, la ascendencia o el origen nacional o étnico. En esta categoría nos encontraríamos, pues, ante el llamado discurso de odio que, en el siguiente epígrafe, pasaremos a definir.

En su forma más extrema, las conductas típicas que son recriminadas por las legislaciones nacionales sobre delitos de odio serían el genocidio, la limpieza étnica y los asesinatos en serie. En sus formas menores, pero no menos insidiosas, puede incluir agresiones, violaciones y otros tipos delictivos calificados en la doctrina “de baja intensidad” como, por citar algunos ejemplos, el acoso o el vandalismo y en general todas aquellas acciones delictivas que persigan la finalidad esencial de degradar la calidad de vida de las víctimas. En todas estas formas delictivas, adquieren una relevancia especial la incitación al odio, en cuyo seno se incluiría el discurso de odio.

En todo caso, en la UE se intenta responder a las directrices establecidas por la Decisión Marco anteriormente señalada, conforme a la cual los Estados miembros deberán establecer: sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, y penas máximas de uno a tres años de prisión como mínimo. De este modo, la motivación racista y xenófoba se considerará como una circunstancia agravante, o bien los tribunales tendrán en cuenta dicha motivación, a la hora de determinar las sanciones aplicables. Otra de las particularidades que señala la Decisión es que el inicio de las investigaciones y actuaciones judiciales respecto a delitos racistas o xenófobos no estará supeditado a la presentación de declaraciones o de cargos por parte de la víctima. Estas medidas penales a adoptar por los Estados se hacen extensivas a la tipología de delito de odio que nos ocupa: el discurso de odio.

gitana”, *Revista de Derecho Político*, núm. 57, 2003; REY MARTÍNEZ, F., “La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Pensamiento Constitucional*, núm. 17, 2012, pp. 291-319; REY MARTÍNEZ, F., “Igualdad y prohibición de discriminación”, *Lecciones de Derecho constitucional II*. Valladolid: Lex Nova, 2013.

¹¹La Decisión Marco es continuación de la Acción común 96/443/JAI, de 15 de julio de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia, *Diario Oficial de la Unión Europea* L 185 de 24/07/1996 p. 0005 – 0007.

¹²Otros delitos incluidos en la Decisión Marco mencionada serían: la difusión, por cualquier medio, de escritos, imágenes u otros soportes de contenido racista o xenófobo; la apología pública, negación o trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se define en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (artículos 6, 7 y 8) y los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo. También serán punibles la incitación, la participación intencional o la tentativa de cometer alguno de los actos anteriormente mencionados (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, *Diario Oficial de la Unión Europea* L 328/55, 6 de diciembre de 2008, artículo 1).

2. Lincitación al odio como forma de delito de odio: definición y normativa aplicable

Mientras que en materia de delitos de odio y de incidentes racistas en general, el marco normativo lo podemos hallar en la OSCE y en la UE, en materia de incitación al odio o discurso de odio, y partiendo de la base de una serie de instrumentos normativos¹³, la acción del Consejo de Europa resulta decisiva¹⁴. De hecho, la primera vez que el término “discurso de odio” se utilizó fue por Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el año 1999¹⁵. En este trabajo nos vamos a centrar en el discurso de odio, inscrito en la incitación al odio, de modo que vamos a comenzar examinando la definición de esta forma de delito de odio, proporcionada por la Recomendación N° 97 (20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el Discurso del Odio.

Conforme a dicha definición, por “discurso de odio” entenderíamos aquellas “formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas

¹³ Varios instrumentos internacionales contienen disposiciones que prohíben el discurso de odio, y todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas sobre la raza, religión, etc., entre otros: la Carta de las Naciones Unidas de 1945 (párr.2º del Preámbulo, artículos 1.3, 13.1.b), 55.c) y 76.c)), la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículos 1, 2 et 7), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículos 2.1, 20.2 y 26), la Convención Internacional de 1965 sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículos 4 y 5), la Declaración de 1981 sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la religión o las convicciones.

¹⁴ Otros instrumentos relevantes en el marco del Consejo de Europa serían: *Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems*; *Framework Convention for the Protection of National Minorities - Third thematic commentary on language rights*; *Report of the Group of Eminent Persons of the Council of Europe, - Living together - Combining diversity and freedom in 21st-century Europe*, 11 May 2011; *The situation of Roma and travellers in Europe: Main human rights standards of the Council of Europe*, 20 September 2010; Committee of Ministers, *Recommendation No. R (97) 20 on “hate speech”* adopted on 30 October 1997; *Recommendation No. R (97) 21 on the media and the promotion of a culture of tolerance* adopted on 30 October 1997; Parliamentary Assembly, *Recommendation 1805 (2007) on Blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion* adopted on 29 June 2007; *Recommendation 2003 (2012) on Roma migrants in Europe* adopted on 28 June 2012; *Resolution 1889 (2012) on the portrayal of migrants and refugees during election campaigns* on 27 June 2012; Commissioner for Human Rights, Opinion, *Human rights of Roma and Travellers in Europe*, February 2012; European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), *General policy recommendation no. 13 on combating anti-gypsyism and discrimination against Roma*, adopted on 24 June 2011; *General Policy Recommendation N°6: Combating the dissemination of racist, xenophobic and antisemitic material via the internet*; *European Commission for democracy through Law, Report on the relationship between freedom of expression and freedom of religion: the issue of regulation and prosecution of blasphemy, religious insult and incitement to religious hatred*, adopted by the Venice Commission at its 76th Plenary Session 17-18 October 2008.

¹⁵ STEDH, *Asunto Sürek v. Turkey* (N°1), párr.62; *Sürek & Ödemir v. Turkey*, párr.63; *Sürek v. Turkey* (N°4), párr.60, y *Erdogdu & Ince v. Turkey*, párr.54.

de la inmigración”¹⁶. De este modo, se penalizarían acciones tales como incitar al odio, agredir la dignidad humana, promover y/o justificar el racismo o toda forma de discriminación, incitar a la violencia o a la persecución de personas o grupos de personas, discriminar basándose en la raza, color, etnia, religión u origen nacional, o por otros motivos referentes a la ideología, creencias, pertenencia a una etnia o raza, sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.

Esta definición del término ha gozado de aceptación y ha sido adoptada tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, además, ha determinado que dicho concepto es un concepto autónomo, ya que no se encuentra vinculado por la clasificación al respecto que realizan los tribunales internos¹⁷. Este concepto incluiría tres categorías: en primer lugar, la incitación al odio racial o contra personas o grupos de personas por distintos motivos; en segunda instancia, la incitación a otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo. De estas dos formas nos ocuparemos con posterioridad en relación con el discurso de odio en los partidos políticos.

Y, finalmente, la incitación al odio por motivos religiosos. Es relevante, a estos efectos, la Recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa¹⁸ sobre *Blasfemia, insultos religiosos y discursos de odio contra personas por causa de su religión*, que considera discursos de odio “las manifestaciones en las que se pide que una persona o grupo de personas sean objeto de odio, discriminación o violencia por motivo de su religión o por cualquier otro motivo¹⁹. Sin embargo, la Recomendación afina más al afirmar que, en la medida en que sea necesario en una sociedad democrática, y con arreglo a lo previsto en el art.10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la legislación nacional sólo deben penalizarse aquellas expresiones sobre cuestiones religiosas “que alteren grave e intencionadamente el orden público y en las que se haga un llamamiento público a la violencia”²⁰. De este modo, se limita la penalización de dichas expresiones con el criterio de la gravedad y del llamamiento público a la violencia. La cuestión religiosa precisa incluso de mayores cautelas, y en este sentido, se recomienda que se revisen el Derecho y las prácticas internas con miras a despenalizar la blasfemia, en su condición de insulto a la religión²¹.

Las tres formas de incitación al odio precisan de su concreción como tipo penal en las legislaciones internas. Así, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa adoptó en el año 2002 la Recomendación N°7 relativa a las

¹⁶Recomendación N° 97 (20) del Comité de Ministros sobre el Discurso del Odio, en http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec%281997%29020&expmem_EN.asp, consultado por última vez el 15 de mayo de 2015.

¹⁷Ver al respecto: STEDH, *Asunto Sürek v. Turkey*, (N° 26682/95), 8 de julio de 1999.

¹⁸PARLIAMENTARY ASSEMBLY, *Recommendation 1805 (2007), Blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion*, en <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta07/erec1805.htm>

¹⁹ Ibidem, párrs. 12 y 17.2.2.

²⁰ Ibidem, párr.15.

²¹ Ibidem, párr. 17.2.4.

legislaciones nacionales para la lucha contra el racismo y la discriminación racial, en la que se establece que: “deben tipificarse como delitos penales los comportamientos siguientes, cuando se muestren de forma intencionada: a) la incitación pública a la violencia, el odio o la discriminación; b) las injurias o la difamación públicas o c) las amenazas, cuando se dirijan contra una persona o un conjunto de personas por razón de su raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico”²². Con posterioridad, constataremos cómo nuestro país sí ha procedido a tipificar estos tres tipos de conducta.

Igualmente, en dicha Recomendación se establece que se reprima la expresión pública, con fines racistas, de una ideología que propugne la superioridad de un conjunto de personas por razón de su raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico, o que calumnie o denigre a un conjunto de personas por estos motivos²³. Se incluirían, del mismo modo, en dichos actos, la negación, la minimización grosera, la justificación o la apología públicas, con fines racistas, de los genocidios, los crímenes contra la humanidad o los crímenes de guerra. De este modo, posee un marco muy amplio de aplicación, lo que resulta relevante a la hora de luchar contra esta tipología de delitos de odio.

II. JURISPRUDENCIA EUROPEA Y NACIONAL EN MATERIA DE DISCURSO DE ODDIO: CONTRASTES Y CRITERIOS A APLICAR

1. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de discurso de odio

Establecido el marco normativo del discurso de odio en el seno de la incitación al odio, nos vamos a detener a continuación en la jurisprudencia de los órganos judiciales nacionales y europeo en materia de discurso de odio, y más concretamente, en cuanto a su utilización por los partidos políticos. A primera vista, constatamos en los últimos años una cada vez mayor implicación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuanto al discurso de odio. Desde el año 1999 esta instancia contempla dicho concepto y desde 2003, como veremos a continuación, estima que son discursos de odio sometidos, por tanto a limitaciones, todas aquellas “formas de expresión que propaguen, inciten, promueven o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa)”²⁴.

²²ECRI, *General Policy Recommendation Nº7 on National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination*, Adopted on 13 December 2002, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/en/recommendation_n7/ecri03-8%20recommendation%20nr%207.pdf

²³ Ibidem, párr.18.d).

²⁴Éste es el planteamiento de la Sentencia *Gunduz c. Turquía*(nº35071/97), 4 de diciembre de 2003, párr.40 que también fue recogido en otras sentencias: *Garaudy c. Francia*(no 65831/01), 24 de junio de 2003; *Norwood c. Reino Unido*(nº 23131/03), 16 de noviembre de 2004; *Alinak c. Turquía*(nº 40287/98), 29 de marzo de 2005; *Erbakan c. Turquía*(nº 59405/00), 6 de julio de 2006; *Leroy c. Francia*(nº

Aunque el Tribunal no ha adoptado, hasta el momento una definición taxativa de “discurso de odio”, podemos afirmar, conforme a la doctrina especializada, que sí ha establecido una calificación en tres categorías en relación con el discurso de odio²⁵. Así, por un lado, hallamos varias sentencias que establecen que a los discursos explícitamente racistas o negacionistas no se les aplica la protección correspondiente a la libertad de expresión. Por otro lado, nos encontramos con sentencias referentes a que los discursos menos explícitos, para estar protegidos por la libertad de expresión, habrán de estar sometidos a un análisis detallado de: el contenido, la forma, el tipo de autor y su intención, el impacto sobre el contexto y la proporcionalidad de la sanción. Un último tipo de sentencias hacen alusión a las leyes destinadas a reprimir la blasfemia y los insultos religiosos. En este último caso, el Tribunal Europeo ha venido considerando que no se produce una vulneración de la libertad de expresión cuando, mediante una medida proporcionada, se establecen límites a unas injurias “gratuitas” que no contribuyen a “ninguna forma de debate público capaz de favorecer el progreso en los asuntos humanos”. Sin embargo, la tendencia actual es la progresiva abolición de los delitos de blasfemia, en el marco del Consejo de Europa²⁶.

En definitiva, podemos concluir que las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto del discurso de odio han sido decisivas. Partiendo de la consideración de la libertad de expresión como uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, y de que la misma cubriría también la información o ideas que ofenden, chocan o molestan a algún sector de la población (el discurso impopular u ofensivo), la instancia europea destaca que, en algunos supuestos, resultaría de aplicación la prohibición del abuso del derecho conforme al art.17 del CEDH²⁷. Así, en

36109/03), 2 de octubre de 2008; *Balsyte-lideikiene c. Lituania*(nº. 72596/01), 4 de noviembre de 2008; *Féret c. Bélgica*(nº 15615/07), 16 de julio de 2009.

²⁵Referencias doctrinales a esta prolija jurisprudencia las encontramos en: OETHEIMER, M., “Protecting Freedom of Expression: The Challenge of Hate Speech in the European Court of Human Rights Case Law” *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, nº17, 2009, pp. 427 y ss.; KEAN, D., “Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights”, *N.Q.H.R.* 4/2007, pp. 641 y ss.; RORIVE, I., “What Can Be Done against Cyber Hate – Freedom of Speech versus Hate Speech in the Council of Europe”, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 17, Issue 3 (Summer 2009), pp. 417-426; BELAVUSAU, U., “A Dernier Cri from Strasbourg: An Ever Formidable Challenge of Hate Speech (Soulas & Others v. France, Leroy v. France, Balsyte-Lideikiene v. Lithuania)”, *European Public Law*, Vol. 16 Issue 3, Sep 2010, p. 373-389; VOORHOOF, D. y CANNIE, H., “Freedom of Expression and Information in a Democratic Society: The Added but Fragile Value of the European Convention on Human Rights”, *International Communication Gazette*, June 2010 pp. 407-423. Ver también: TULKENS, F., “When to say is to do. Freedom of expression and hate speech in the case law of the European Court of Human Rights”, European Court of Human Rights-European Judicial Training Network.Seminar on Human Rights for European Judicial Trainers, Strasbourg, 9 October 2012; DÍAZ SOTO, J.M., “Una aproximación al concepto de discurso de odio”, *Revista Derecho del Estado*, nº34, Universidad Externado de Colombia, enero-junio 2015, pp.77-101.

²⁶CHRISTIANS, L.-L., *Informe sobre el Taller de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial y religioso*. Estudio para el taller sobre Europa (9 y 10 de febrero de 2011, Viena), p.5.

²⁷ El art.17 dedicado a la prohibición del abuso de derecho reza así: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los

el caso *Norwood v. The United Kingdom*, el Tribunal Europeo aplicó el mencionado artículo por primera vez en relación con los ataques de un Partido Político, el British National Party, contra la comunidad musulmana.

En este asunto, el mencionado Partido político mostró una fotografía de las Torres Gemelas en llamas con las palabras “Islam out of Britain-Protect the British People”, y el símbolo de la media luna en una señal de prohibición. El Tribunal Europeo estimó que tal ataque contra un grupo religioso, vinculando dicho grupo con el terrorismo, es incompatible con los valores proclamados y garantizados por la Convención, sobre todo con la tolerancia, la paz social y la no discriminación. En consecuencia, la exhibición de dicho poster por parte del demandante constituía un acto incluido en el art.17 de la CEDH, por lo que no podía gozar de la protección de los artículos 10 o 14. La demanda fue, así, declarada inadmisibile puesto que era incompatible *ratione materiae* con las disposiciones de la Convención²⁸. En consecuencia, para el Tribunal Europeo, quedarían excluidos de la protección de la libertad de expresión los discursos claramente racistas. De este modo, el recurso al art.17 de la CEDH, raramente invocado²⁹, pone de manifiesto una postura evidente de implicación de dicha instancia europea³⁰ en la lucha contra el discurso de odio, postura que sería reafirmada con posterioridad

Sin embargo, y al mismo tiempo, el TEDH también se muestra reticente a dificultar las restricciones a la libertad de expresión, como en el caso *Erbakan*³¹. Dicho asunto se refería a un político y ex primer ministro de Turquía que, durante la campaña para las elecciones municipales, pronunció un discurso contra los no musulmanes, con acusaciones de explotación y opresión del mundo islámico, y con una abierta invitación a instaurar una fraternidad basada sobre el Islam³². El discurso fue interpretado por los tribunales internos como incitación al odio y a la hostilidad, y Erbakan sería condenado a penas pecuniarias y de prisión. El Tribunal Europeo estimó, en cambio, que la sanción impuesta a nivel interno por el discurso de odio entraba en contradicción con el art.10.2 de la CEDH.

derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.”(*Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, de 4 de noviembre de 1950 (BOE núm. 243, 10 octubre 1979))

²⁸Ver. WEBER, A., *Manual on hate speech*, Council of Europe Publishing, France, 2009, en particular, pp.26 y 27.

²⁹ De hecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos suele preferir usar esta disposición de manera indirecta, como “principio de interpretación”, con el fin de determinar qué restricciones, en el caso de la libertad de expresión, son necesarias.

³⁰KEAN, D., “Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights”, N.Q.H.R. 4/2007, pp. 641 y ss.

³¹STEDH, *Asunto Erbakan c. Turquía*(Nº 59405/00), de 6 de julio de 2006.

³² Sobre el tema del velo islámico y una interesante interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto del discurso de odio, ver: MARTÍNEZ TORRÓN, J., “La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo”, en http://www.deltapublicaciones.com/derechoyreligion/gestor/archivos/07_10_41_980.pdf, consultado por última vez el día 10 de abril de 2015.

En dirección totalmente contraria, se halla la Sentencia del Tribunal Europeo en el caso *Féret*, al considerar que las condenas de los tribunales internos a un político, por sus pronunciamientos realizados en el marco de una campaña electoral, sí eran conformes al art.10 del CEDH, en tanto que se incitaba de modo evidente a la discriminación y al odio racial. Matizó, además, que la contextualización de dicho discurso en el marco de un proceso electoral, no impide que “levantemos el velo” para determinar si el lenguaje utilizado se halla incitando al odio y a la discriminación racial³³.

En conclusión, vemos cómo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos reiterado, en varias de sus decisiones, que “[...] es necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia”³⁴. No obstante, al tiempo que dicha instancia judicial europea se muestra beligerante contra el discurso de odio³⁵, en sus razonamientos jurídicos, resulta ser prudente y cautelosa. En cuanto a los mensajes explícitos, se impone claramente la idea de que la libertad de expresión no puede ofrecer garantías para los mismos, de modo que “expresiones concretas que constituyen un discurso del odio [...] no se benefician de la protección del artículo 10³⁶ del Convenio”³⁷. En cambio, para los mensajes implícitos, se habrán de tomar en consideración determinados criterios en referencia al contexto y al impacto que produzcan los mismos en el momento de su difusión. En todo caso, se ha de hacer un análisis sistemático de los mensajes difundidos con el fin de lograr a resultados claros.

³³STEDH, *Asunto Féret c. Bélgica* (nº 15615/07), de 16 de julio de 2009, párr.78.

³⁴STEDH, *Asunto Sürek c. Turquía* (nº 26682/95), de 8 de julio de 1999; *Asunto Müslüm c. Turquía* (nº 35071/97), de 4 de diciembre de 2003; *Asunto Féret c. Bélgica* (nº 15615/07), de 16 de julio de 2009.

³⁵ALCÁ CER GUIRAO, R., “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-02 (2012), p.5.

³⁶ “Artículo 10: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la Ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.” (*Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, de 4 de noviembre de 1950 (BOE núm. 243, 10 octubre 1979)). Sobre la libertad de expresión y los límites impuestos por el TEDH a la injerencia en dicho art.10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ver: GARCÍA SAN JOSÉ, D. I., *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, pp.45-46, 60-63.

³⁷STEDH, *Asunto Müslüm Gündüz c. Turquía* (nº 35071/97), de 4 de diciembre de 2003; *Asunto Féret c. Bélgica* (nº 15615/07), de 16 de julio de 2009. En este último asunto, por cuatro votos contra tres, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó que no era contraria a la libertad de expresión la condena por delito de incitación a la discriminación y al odio que fue impuesta al Presidente de un partido político de extrema derecha llamado “Frente Nacional”, ya que dicho partido divulgaba pasquines entre los que se propugnaba la expulsión de inmigrantes irregulares de Bélgica.

A continuación, vamos a realizar un examen de la jurisprudencia de los tribunales nacionales españoles sobre la materia, con el fin de extraer una serie de criterios generales que resulten de la confrontación de la misma con la jurisprudencia del TEDH en su aplicación al discurso de odio de los partidos políticos.

2.La jurisprudencia española en la materia: comparación con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

A) El marco normativo español del discurso de odio a la luz de la última reforma del Código Penal

Antes de adentrarnos en la jurisprudencia española, conviene situar el marco normativo de referencia, que viene dado por los artículos 510 y 607.2 del Código Penal español. Por un lado, el art.510.1 CP, antes de la reforma de 2015, tipificaba la conducta de quienes “provocaren a la discriminación, el odio o la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”. Como requisitos, para considerar su comisión, se precisaría la publicidad y la incitación directa³⁸.

Recordemos que en el Anteproyecto de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, texto que data de 22 de mayo de 2013 ya se modifica la regulación de las conductas de incitación al odio y a la violencia, y dichas modificaciones subsisten, tras el Dictamen del Consejo de Estado³⁹, en el proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal presentado ante el Congreso de los Diputados el 24 de septiembre de 2013⁴⁰, y en la propia reforma del Código Penal mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo⁴¹, que ha propiciado varios cambios.

Así, en el art.510.1se realiza la sustitución del término “provocaren”, lo que plantea serios problemas⁴² por “fomenten, promuevan o inciten”. Sin embargo, también

³⁸ ALASTUEY, C., “La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas”, *La Ley*, nº8245, 6 de febrero de 2014, p.3.

³⁹ CONSEJO DE ESTADO: Dictamen sobre el Proyecto de ley de Ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 27 de junio del 2013, Expediente 358/2013, disponible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-35>.

⁴⁰ Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (121/000065), Presentado el 24/09/2013, calificado el 01/10/2013, consultado por última vez el 15 de mayo de 2015.

⁴¹Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado nº77, Sección I, pp.27061 y ss.

⁴²De este modo, se elimina la polémica relativa a si el art.510.1 CP hay que interpretarlo o no de conformidad con el art.18.1 CP. Si exigimos la adecuación a esta última disposición, se precisaría que se tratase de una provocación pública que incitara a cometer delitos concretos contra las personas de los grupos mencionados en la disposición mencionada.

contempla, amén de la incitación directa, la indirecta⁴³. Este último tipo de incitación, la indirecta, suscita dudas en cuanto a su posible colisión con la libertad de expresión⁴⁴, y tampoco estaría contemplada en la Decisión Marco de 2008, por lo que supondría, a juicio de algunos autores, una expansión deliberada de la acción penal⁴⁵.

No obstante, la nueva regulación posee aspectos ciertamente positivos. Por un lado, la ampliación del marco de aplicación del mencionado artículo no tiene porqué ser negativa. Por otro lado, se incluyen medidas para la destrucción de los documentos, archivos o materiales por medio de los cuales se hubiera cometido el delito, o para impedir el acceso a los mismos. Y finalmente, se prevé la agravación de las penas en el caso de existencia de organizaciones delictivas, y se incluye la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que permitirá perseguir con mayor eficacia asuntos que posteriormente examinaremos, como el de la Librería Europa y la Librería Kalki. Igualmente, se destaca la particular amenaza que supone la difusión del discurso de odio a través de las nuevas tecnologías de información e internet, previendo la aplicación de la pena en su mitad superior en caso de comisión del delito por dichos medios (art.510.3)⁴⁶. Esta agravación de la pena resulta muy pertinente a la luz de la creciente importancia que han adquirido las nuevas tecnologías para la difusión del discurso de odio.

En relación con el delito de negación de genocidio del art.607.2, que encajaría también en el discurso de odio, hemos de señalar que el actual Código Penal realiza un cambio de ubicación de la mencionada disposición, lo que viene justificado por el propio texto de la Decisión Marco y por el hecho de que el Tribunal Constitucional, haya determinado, en una sentencia que será analizada posteriormente que la negación del genocidio solamente puede ser delictiva como forma de incitación al odio o a la hostilidad, en el contexto, por tanto, de un discurso del odio⁴⁷. En todo caso, la Decisión Marco impone la tipificación de la negación del genocidio en la medida en que se trate de una forma de incitación al odio contra minorías, y en consonancia con lo también

⁴³Ver: LANDA GOROSTIZA, J.-M., La intervención penal frente a la xenofobia: problemática general con especial referencia al “delito de provocación” del art.510 del Código Penal, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko, Bilbao, 1999, pp.403; ALASTUEY DOBÓN, M., “La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas”, *Diario La Ley*, 2014, p.8245.

⁴⁴AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Recomendaciones de Amnistía Internacional al Proyecto de Ley de reforma del Código Penal*, abril 2014, pp.41-43.

⁴⁵ ALASTUEY DOBÓN, M., “La reforma de los delitos de provocación al odio justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas (1)”, *Diario La Ley*, 8245, pp.10-16.

⁴⁶Sobre la reforma del art.510 del Código Penal, ver: AGUILAR GARCÍA, M.A., “La reforma del art.510 del Código Penal”, *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y penitenciario*, nº86, 2011, pp.5-13; AGUILAR GARCÍA, M.A., “Necesaria reforma del art.510 del Código Penal. Análisis de los problemas que plantea la redacción actual del art.510 del Código Penal a la vista de las interpretaciones realizadas por nuestros tribunales. Necesidad de reforma legislativa urgente”, Informe Raxen Especial: Acción Jurídica contra el Racismo y los delitos de odio-Movimiento contra la Intolerancia, pp.11-18.

⁴⁷TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Pleno. Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre de 2007 (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007).

apuntado por el Comité para la Eliminación de Discriminación Racial⁴⁸. Esta cuestión es ciertamente discutida, y será analizada la jurisprudencia española al respecto, realizando críticas a sus puntos débiles.

B) Principal jurisprudencia interna sobre la materia

En España la jurisprudencia en esta materia no ha sido siempre uniforme. De hecho, la sentencia que constituye un punto de partida ha sido rebatida por sentencias actuales, que van desde una línea restrictiva en torno a la interpretación del discurso de odio hasta una línea más expansiva de dicha interpretación. La mencionada decisión de la que arrancamos es la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 235/2007⁴⁹, de 7 de noviembre, referida a una cuestión de inconstitucionalidad que planteaba la Audiencia Provincial de Barcelona en relación con el delito de negación al genocidio del art.607.2 CP, y que tenía su origen en una condena a Pedro Valera, director de la librería Europa por venta y difusión de material de ideología nazi. Es una decisión que no se enmarca en el ámbito del discurso de odio por parte de los partidos políticos, pero cuyos argumentos tienen repercusiones de cara a las actuaciones de éstos, por lo que serán examinados brevemente.

En esta Sentencia, aún basándose en la doctrina del propio TC sobre la libertad de expresión⁵⁰ y en la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵¹, que lo ampara y consagra, establece la existencia de una serie de límites a la misma. La Sentencia 235/2007 afirma, en consecuencia, que la libre transmisión de ideas, en sus diferentes manifestaciones, no es en modo alguno un derecho absoluto⁵². De manera genérica, se sitúa fuera del ámbito de protección de dicho derecho la difusión de las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias a este propósito⁵³. Sin embargo, el Tribunal señala que el art.607.2 sólo sería conforme a la Constitución si se interpreta de modo que suponga la incitación a la comisión de ciertos delitos⁵⁴.

⁴⁸COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, Recomendación 35. La lucha contra el discurso de odio racista (CERD/C/GC/35 (2013)), párr.14; ver también: Plan de Acción de Rabat o la Recomendación nº35, La lucha contra el discurso de odio racista (CERD/C/GC/35 (2013) del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, párr.135; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comentario General 34, 2001, párr.49.

⁴⁹TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Pleno. Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre de 2007 (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007).

⁵⁰TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Pleno. Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre de 2007 (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007), Fundamentos Jurídicos 4º y 5º. Ver también: STC 6/1981 de 16 de marzo, Fundamento Jurídico 3º, recogido, entre otras, en las STC/1990, de 15 de febrero; 336/1993, de 15 de noviembre; 101/2003, de 2 de junio; 9/2007, de 15 de enero).

⁵¹STEDH *Asunto Castells c. España*, de 23 de abril de 1992 (nº 11798/85), párr. 42; *Asunto Fuentes Bobo c. España* (nº 39293/98), de 29 de febrero de 2000, párr. 43.

⁵² STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 5º.

⁵³STC 204/1997, de 25 de noviembre; 11/2000, de 17 de enero, 49/2001, de 26 de febrero, 160/2003, de 15 de septiembre.

⁵⁴STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, Fundamentos Jurídicos 6º y siguientes.

La frontera se halla, pues, en la tipificación penal, en que la negación del genocidio suponga una incitación directa a la violencia contra ciertos grupos o al menosprecio hacia las víctimas de genocidio, y en que no se trate tan sólo de una mera adhesión ideológica a posturas políticas, lo que sí estaría cubierto por el art.16 de la Constitución española en conexión con el art.20 del mismo instrumento⁵⁵. Esta sentencia se aparta de otras anteriores, del Tribunal Constitucional, en particular la relativa al caso Violeta Friedman⁵⁶ y al de la editorial Makoki⁵⁷, cuyo planteamiento no radica en la incitación a la comisión de delitos en el futuro, sino que parten de considerar que es punible la simple difamación dirigida a una minoría étnica. Coincidimos con REY MARTÍNEZ, cuando afirma que este enfoque sería el que debería prevalecer a la hora de abordar penalmente el tema de los delitos de odio⁵⁸.

Vamos a ver, a continuación, si en el ámbito más concreto del discurso de odio y la provocación al odio por parte de los partidos políticos, las instancias judiciales españolas han mantenido la interpretación restrictiva aplicada a la negación del genocidio. En este sentido, constatamos que, en el marco de la actuación de los partidos políticos nos encontramos con dos sentencias que plantean líneas jurisprudenciales absolutamente contradictorias entre sí.

La primera es la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Manresa de 11 de noviembre de 2011⁵⁹, que condenó a un miembro de un partido político, Plataforma per Catalunya (PxC) como autor de un delito de provocación a la violencia, a la discriminación y al odio, del art.510 del Código Penal, por hechos consistentes en la distribución de un panfleto en campaña electoral. En dicho panfleto se ironizaba, con comentarios

⁵⁵LANDA GOROSTIZA, J.-M., “Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 cp y propuesta de lege lata (A la vez un comentario a la STS 259/2011 —Librería Kalki— y a la STC 235/2007)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 7 (enero de 2012), pp. 297-346. Ver: también: SUAREZ ESPINO, M., “Comentario a la sentencia 235/2007 por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio”, *Revista para el Análisis del Derecho*, nº2, 2008, pp.1-12; TAJADURA TEJADA, J., “Libertad de expresión y negación del genocidio: comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº80, 2008, pp.233-255; J.M. BILBAO, “La negación de un genocidio no es una conducta punible (Comentario de la STC 235/2007)”, *Revista española de Derecho Constitucional*, nº85, 2009, pp.299-352; CATALA I BAS, A.; PEREZ I SEGUI, Z., “La negación del Holocausto. A propósito de la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 10 (2007), pp. 181 y ss; PECH, L., “The Law of Holocaust Denial in Europe”, en HENNEBEL, LUDOVICH/HOCHMANN, Th., *Genocide Denials and the Law*, Oxford, 2011, pp.206, con referencia a la jurisprudencia española en particular en la p.209. J.M. BILBAO, “La negación de un genocidio no es una conducta punible (Comentario de la STC 235/2007)”, *Revista española de Derecho Constitucional*, nº85, 2009, pp.299-352.

⁵⁶STC 214/1991, de 11 de noviembre de 1991. Es de destacar que esta sentencia se enmarca en la línea jurisprudencial española, que considera que se atenta contra el núcleo irreductible de valores esenciales de nuestro sistema constitucional con los juicios ofensivos contra el pueblo judío que, emitidos al hilo de posturas que niegan la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista.

⁵⁷STC 176/1995, de 11 de diciembre de 1995.

⁵⁸REY MARTÍNEZ, F., “Discurso de odio y racismo líquido”, en REVENGA M., *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá, 2015.

⁵⁹ Sentencia del Juzgado de lo Penal de Manresa núm. 307/2011 de 11 de noviembre de 2011.

degradantes, sobre supuestos tratos de favor que dan otros partidos políticos a los musulmanes en Cataluña. La segunda es la Sentencia de 10 de diciembre de 2013 del Juzgado de lo Penal nº18 de Barcelona⁶⁰, que absolvió al alcalde de Badalona, Javier García Albiol, del Partido Popular, por el hecho de repartir folletos en la campaña electoral, así como ofrecer mítines y declaraciones en relación con los gitanos rumanos residentes en su ciudad, calificándolos directamente (esta vez sin ironías sutiles) como una "lacra", "plaga" o "colectivos [...] que han venido única y exclusivamente a robar y ser delincuentes".

En la primera de las Sentencias, el Juzgado de lo Penal estimó que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado "discurso del odio", esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular, basándose en la Recomendación (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶¹. En cambio, en la segunda, en el caso García Albiol, apartándose de la jurisprudencia europea, el tribunal concluyó que sus declaraciones sí estaban amparadas por la libertad de expresión⁶². Son curiosas las conclusiones divergentes, puesto que en el primero de los supuestos tan sólo se dan difamaciones encubiertas en un discurso irónico, mientras que en el segundo de los casos se da una difamación directa.

En el asunto de Plataforma Per Catalunya, se consideró que el delito incluido en el art.510 de nuestro Código penal de provocación al odio, es un delito de peligro abstracto, lo que supone que no resulta necesario probar que el discurso mantenido en el panfleto hubiera tenido una "real y efectiva influencia para la consumación del tipo"⁶³. Se condenó, así, al acusado a un año y seis meses de prisión y a una pena de multa de nueve meses, tomando en cuenta tanto "las circunstancias del hecho", como el dato de "que éste se cometiera en periodo de campaña electoral, en el último tramo de la misma, esperando obtener mejores resultados en los comicios", por lo que, en definitiva, no se podía aplicar la pena mínima establecida por la ley para dicho tipo delictivo⁶⁴.

⁶⁰Sentencia del Juzgado de lo Penal nº18 de Barcelona núm. 574/2013, de 10 de diciembre de 2013.

⁶¹STEDHA asunto *Müslüm Gündüz c. Turquía* (nº35071/97), de 4 de diciembre de 2003, párr. 41; *Erbakan c. Turquía* (nº 59405/00), de 6 de julio de 2006. Ver también: BUYSE, A., "Dangerous expressions: the ECHR, violence and free speech", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63, nº 2, 2014, pp. 491-503.

⁶² Sentencia del Juzgado de lo Penal nº18 de Barcelona núm. 574/2013, de 10 de diciembre de 2013, Fundamento Jurídico 3º.

⁶³"Tercero. Identificado el contenido de dicho panfleto como discurso del odio según lo expuesto en el razonamiento anterior, nos encontramos, a juicio de quien suscribe, tal y como ha mantenido el Ministerio Fiscal, ante un delito de peligro abstracto, resultando extremadamente difícil, a tenor de la valoración de la prueba practicada, según se expondrá, poder determinar cuál es la capacidad real de un mensaje de ideas, del contenido concreto del panfleto en cuestión, de influir a posteriori en el comportamiento ilícito de sus receptores, pero resultando ciertamente indiferente que dicho contenido haya tenido una real y efectiva influencia para la consumación del tipo aquí enjuiciado" (Sentencia nº 307/2011 de 11 de Noviembre de 2011 de Juzgado de lo Penal nº 2 de Manresa, Fundamento Jurídico 3º).

⁶⁴Sentencia nº 307/2011 de 11 de Noviembre de 2011 de Juzgado de lo Penal nº 2 de Manresa, Fundamento Jurídico 6º.

Por el contrario, en el caso Albiol, el tribunal, partió de que “la libertad de expresión no ampara el insulto, pero tampoco exige que los hechos expresados sean ciertos ni que no resulten ofensivos para nadie”⁶⁵. A continuación, estimó que había que interpretar restrictivamente el 510.1 CP, en combinación con el delito de provocación del art.18.1 CP, de modo que en este supuesto, no se daban los requisitos para que la actuación de Albiol fuera considerada delictiva, puesto que “ni incitó directamente a nadie a hacer nada, ni mucho menos incitó a cometer un delito”⁶⁶. Se fundamenta, así, de manera errónea en la Sentencia del asunto de la Librería Kalki⁶⁷, que ni siquiera se refiere a la disposición penal aplicable al caso que es el art.510. 1 CP⁶⁸.

Evidentemente, la Sentencia del Juzgado de Manresa se adecúa a la tendencia imperante en el Consejo de Europa, en tanto que la del caso Albiol se aleja diametralmente. De hecho, tal y como menciona ALCÁCER GUIRAO⁶⁹, la primera de las decisiones nos recuerda enormemente al *asunto Féret c. Bélgica* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷⁰, que hacía referencia a la difusión de unos pasquines por un partido político de extrema derecha en los que se incitaba a la repatriación de los inmigrantes, a convertir los centros de acogida a inmigrantes en un albergue para los belgas sin techo, y a conceder el derecho de asilo sólo las personas de origen europeo, entre otras medidas⁷¹. La difusión de dicho discurso político se da en el contexto de una campaña electoral, y la persona condenada por participar en esta campaña es un cargo electo del partido político en cuestión. Este hecho es tomado en consideración con el fin de considerar la actividad de Féret como especialmente reprobable⁷², mientras que en el

⁶⁵Sentencia del Juzgado de lo Penal nº18 de Barcelona núm. 574/2013, de 10 de diciembre de 2013, Fundamento Jurídico 3º.

⁶⁶Sentencia del Juzgado de lo Penal nº18 de Barcelona núm. 574/2013, de 10 de diciembre de 2013, Fundamento Jurídico 4º.

⁶⁷Se fundamenta, así, en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº259/2011, de 12 de abril de 2011 (asunto de la Librería Kalki).

⁶⁸Esta sentencia se refiere a la difusión de ideas genocidas y a la asociación ilícita, en relación con las actividades de una librería filonazi. “En este supuesto el nivel de organización de la actividad en la librería como centro de agitación determina que la condena en instancia no sólo sea por el delito de provocación (art. 510) y de apología del genocidio (art. 607.2) sino, también, por delito de asociación ilícita (art. 515 CP)”. Posteriormente, el Tribunal Supremo absuelve a los acusados del delito de provocación (LANDA GOROSTIZA, J.-M., “Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 cp y propuesta de lege lata (A la vez un comentario a la STS 259/2011 —Librería Kalki— y a la STC 235/2007)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 7 (enero de 2012), pp.304-305; CUEVA FERNÁNDEZ, R., “A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 259/2011: Discurso del odio, incitación y derecho al honor colectivo. ¿Una nueva vuelta de tuerca contra la prohibición del hate speech?”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 2, marzo – agosto 2012, pp. 99-108).

⁶⁹ALCÁCER GUIRAO, R., “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-02 (2012), p.5.

⁷⁰STEDH, *Asunto Féret c. Bélgica* (nº 15615/07), de 16 de julio de 2009.

⁷¹Además de estas medidas, el programa político de dicho partido promovía reglamentar más estrictamente el acceso a la propiedad inmobiliaria en Bélgica, impedir la implantación de familias que no procedieran de Europa y el establecimiento de guetos étnicos en el territorio con el objetivo de impedir el avance del Islam.

⁷²STEDH, *Asunto Féret c. Bélgica* (nº 15615/07), de 16 de julio de 2009, párr.78.

asunto Albiol, se estima que el marco de la campaña electoral atenúa su responsabilidad respecto del discurso⁷³. En definitiva, en dicha sentencia europea, en la que se inspira el caso Plataforma per Catalunya, se confirma que los delitos de odio no requieren necesariamente que haya un posterior acto de violencia u otro delito, sino que el delito se comete por el simple hecho de injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas minorías, tesis con la que coincidimos.

A continuación, vamos a examinar las principales cuestiones controvertidas planteadas por la confrontación de las sentencias nacionales señaladas y de las pronunciadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El fin será determinar, con posterioridad, la existencia de una serie de principios en torno a los límites de la libertad de expresión en relación con el discurso político.

III. LAS CUESTIONES MÁS CONTROVERTIDAS DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA Y NACIONAL EN RELACIÓN CON EL DISCURSO DE ODIOS Y LOS PARTIDOS POLÍTICOS

1. El discurso político y sus fronteras

En definitiva, hemos comprobado cómo uno de los aspectos en los que se detecta serias carencias es el referente a la determinación de los deberes y obligaciones de los políticos en relación con la libertad de expresión. De hecho, ante dicho vacío legal, sólo nos encontramos con medidas promocionales, en el marco del trabajo de supervisión de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia⁷⁴, y del Comité Consultivo del Convenio Marco para la Protección de Minorías Nacionales. En esta línea, destacamos la Carta de los Partidos Políticos Europeos para una Sociedad No-Racista, que se firmó el 25 de septiembre del 2003 por el Presidente de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y el Presidente del Parlamento Europeo⁷⁵. La Carta llama a los partidos políticos para que actúen con responsabilidad cuando se traten cuestiones relacionadas con la raza, el origen étnico y nacional y la religión. Igualmente, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia adoptó, en marzo de 2005, una Declaración sobre el uso de elementos racistas, antisemitas y xenófobos en el discurso político⁷⁶, en la que se hacía referencia a la Carta.

⁷³ Sentencia del Juzgado de lo Penal nº18 de Barcelona núm. 574/2013, de 10 de diciembre de 2013, Fundamento Jurídico 6º.

⁷⁴ Sobre el papel desempeñado por la ECRI en el contexto de los mecanismos de supervisión de los derechos humanos del Consejo de Europa, ver: DE BECO, G., *Human Rights Monitoring Mechanisms of the Council of Europe*, Routledge, 2012, pp.243, en particular pp.117 y ss.

⁷⁵ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM AND INTOLERANCE, *Charter of European Political Parties for a Non-Racist Society* (adopted on 25 September 2003).

⁷⁶ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM AND INTOLERANCE, *Declaration on the use of racist, antisemitic and xenophobic elements in political discourse* (adopted on 17 March 2005).

Sin embargo, tal y como venimos examinando, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha ocupado de manera activa de la protección de la dignidad humana ante el discurso de odio por el que apuestan ciertos partidos políticos. Uno de los asuntos más paradigmáticos es el asunto *Féret*, del que nos ocuparemos a continuación, por sentar las bases aplicables a la relación entre el discurso de odio y la libertad de expresión en relación con su uso por los partidos políticos, y porque nos va a servir de base para determinar, con posterioridad, cuáles son los límites de la libertad de expresión en relación con el discurso político.

Como primera consideración aplicable, derivada del asunto *Féret* sometido a la instancia europea, cabe afirmar que no hay dudas de que la libertad de expresión, tal y como está garantizada en el art.10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ampara el discurso político. E, incluso, yendo más allá, podemos sostener, tal y como deduce el Tribunal Europeo, en dicho asunto, que la mencionada disposición, en su apartado 2º, no posibilita restricciones a la libertad de expresión en cuanto al discurso político, así como respecto de cuestiones de interés general⁷⁷. Si no pudiera ser aplicable el art.10 CEDH, contaríamos, en todo caso, con la aplicación del art.17 de dicho instrumento, referido a la cláusula de abuso de derecho⁷⁸.

Sin embargo, a continuación, el Tribunal reconoce que la libertad de discurso político no reviste un carácter absoluto. En consecuencia, un Estado puede sujetar dicha libertad de discurso político a ciertas restricciones o sanciones, pero le corresponde, en definitiva, a la Corte Europea determinar su compatibilidad con la libertad de expresión, tal y como está consagrada en el artículo 10 de la Convención⁷⁹. En este sentido, coincidimos con McGONAGLE⁸⁰, cuando afirma que cualquiera que esté involucrado en el debate político está, en principio, sometido a los límites generales de la libertad de expresión. Sin embargo, dada la importancia del debate político, dichos límites merecen una mayor profundización, tomando en consideración las variables del contexto específico. Dichas variables del contexto que merecen ser examinadas son, por ejemplo: el contenido, el contexto o la forma de expresión, el estatus y la intención del hablante o el partido, así como la naturaleza y gravedad de la interferencia y de la correspondiente la sanción.

En efecto, para lograr concluir si el concepto de discurso de odio, aplicado al discurso político, estaría englobado en la libertad de expresión o, por el contrario, estaría sometido a ciertos límites, hay que tomar en consideración ciertos aspectos ambientales que rodean al pronunciamiento político. De hecho, uno de los primeros aspectos a

⁷⁷STEDH, Asunto *Féret c. Bélgica* (nº 15615/07), de 16 de julio de 2009, párr.63.

⁷⁸Sobre la aplicación de la cláusula de abuso del art.17 del CEDH a la libertad de expresión, ver: CANNIE, H. & VOORHOFF, D., "The abuse clause and freedom of expression in the European Human Rights Convention: an added value for democracy and human rights protection", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 29/1, 54-83, 2011, pp.54-83.

⁷⁹STEDH, Asunto *Castells c. Espagne* (nº11798/85), de 23 de abril de 1992, párr.46.

⁸⁰ McGONAGLE, T., *The Council of Europe against online hate speech: Conundrums and Challenges*, en http://hub.coe.int/c/document_library/get_file?uuid=62fab806-724e-435a-b7a5-153ce2b57c18&groupId=10227, consultado el 4 de abril de 2015.

analizar que, como hemos visto, no han examinado convenientemente algunos tribunales españoles pero sí la instancia europea, es el hecho de que el discurso de odio tenga lugar en el ámbito de una deliberación política, en una campaña electoral, y que el individuo en cuestión sea un cargo electo de un partido político. Recordemos que, tal y como hemos mencionado, en el asunto Albiol, este contexto fue considerado, erróneamente, como un elemento de atenuación de la responsabilidad y no de agravación.

En consonancia con la jurisprudencia europea, consideramos que es precisamente el factor ambiental el que agrava el contexto en el que se da el discurso de odio. Si bien el discurso político ha de estar protegido por la libertad de expresión, en cuanto introducimos ese discurso en un ámbito electoral de gran difusión, se contribuiría a un fortalecimiento e intensificación del odio, de su mensaje y del impacto y efectos del discurso⁸¹.

Podría ser relevante a estos efectos el hecho de que el discurso se realice para contribuir al debate público, o sea satírico, explote aspectos sociales sensibles con el fin de ganar votos o incite al odio o la violencia. En esta misma línea, sería pertinente que el mensaje se formulara en un lenguaje que contuviera un significado específico para grupos particulares⁸².

Justamente el tema de la incitación al odio y la explotación de aspectos sociales sensibles como la inmigración se plantean en el asunto Féret ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los casos de Plataforma per Catalunya y Albiol. Es evidente que un partido político puede realizar propuestas en relación con cuestiones que tienen perfiles problemáticos como la inmigración, pero en ningún caso, deben recurrir a la discriminación racial o a actitudes vejatorias o humillantes, puesto que tal comportamiento “corre el riesgo de suscitar entre el público reacciones incompatibles con un clima social sereno” y podría llegar a minar la confianza en las instituciones democráticas⁸³.

En esta misma línea, y en el ámbito nacional portugués, contamos con el Partido Nacionalista Renovador, próximo al movimiento Skinhead de Portugal, y que semanifiesta abiertamente en sus discursos en contra de la inmigración, en favor de reestablecer las fronteras ya que asocia criminalidad con multiculturalismo. En primera instancia, el juzgado rechazó la petición de la Fiscalía que solicitaba condenar por motivos racistas (artículo 240.2(b) del Código Penal Portugués), al no quedar probado que dicho partido difamara abiertamente en cuestiones de índole racista⁸⁴. El

⁸¹ STEDH, *Asunto Féret c. Bélgica* (nº 15615/07), de 16 de julio de 2009, párr.76.

⁸² MCGONAGLE, T., *The Council of Europe against online hate speech: Conundrums and Challenges*, en http://hub.coe.int/c/document_library/get_file?uuid=62fab806-724e-435a-b7a5-153ce2b57c18&groupId=10227, consultado el 4 de abril de 2015, pp.17-18., consultado por última vez el 15 de mayo de 2015.

⁸³ STEDH, *Asunto Féret c. Bélgica* (nº 15615/07), de 16 de julio de 2009, párr.77.

⁸⁴ En febrero de 2011 el Tribunal de Apelación de Lisboa, falló en el caso 59862/08.7TDLSB, en relación al recurso de apelación presentado por la Fiscalía en base al artículo 240.2(b) del Código Penal

Tribunal de Apelación de Lisboa ratificó, lamentablemente, a nuestro parecer, la sentenciadel Juzgado de Primera Instancia. Para la instancia de apelación, la incriminación basada en discriminación racial esrelatada en la “Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial”, y siguiendo su artículo 1, se podría condenar todo acto de propaganda y organizaciones que se basen enideas o teorías sobre la superioridad de una raza o grupo de personas, respecto a otros.Sin embargo, lamentablemente dicho Tribunal no consideró probado que el discurso delPartido Nacionalista Renovador contuviera amenazas contra los inmigrantes ni que incitara al odio racial y a la discriminación, entendiend que tan solo hizo uso de lalibertad de expresión de sus ideologías.

Fuera del ámbito político, en el asunto *Gündüz*, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸⁵, dicha instancia también estimó la primacía de la libertad de expresión, en cuanto al discurso de un líder religioso en una emisión televisiva. Sin embargo, nos encontramos con la Opinión Disidente del Juez Türmen, que realiza un análisis completamente diferente. Dicho Juez destaca que el Tribunal Europeo se aparta de su jurisprudencia anterior puesto que establece los límites de la libertad de expresión en tanto que libertad pública digna de protección “sin considerar que el ejercicio de la misma genera una serie de deberes y responsabilidades, tales como el no atentarse contra los derechos de los otros y no ofenderles gratuitamente”⁸⁶.

De este modo, y si bien la libertad de expresión genera deberes y responsabilidades, estas obligaciones se intensifican más en el caso de la responsabilidad de los políticos.Lamentablemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Féret*, perdió la oportunidad de profundizar en el tema de los deberes y obligaciones de

Portugués. Es interesante el comentario a dicha Sentencia por parte de “European network of legal experts in the non-discrimination field” (iniciativa de la Comisión Europea para combatir la discriminación).

⁸⁵STEDH *Asunto Müslüm Gündüz c. Turquía* (nº35071/97), de 4 de diciembre de 2003. En este asunto, el 12 de junio de 1995, el Sr. Müslüm Gündüz en tanto que dirigente de *Tarikat Aczmeni*, una secta islámica, participó en una emisión televisada emitida por una cadena privada. En dicha emisión intervinieron varios participantes, entre ellos un estilista, un profesor, un notable de Erzurum y el representante de la dirección de los asuntos religiosos. El problema se planteó en el tratamiento de la democracia, la laicidad y el Islam, puesto que el Sr. Gündüz defendió la *charia*, atacó la Democracia y habló de la instauración de un sistema alejado de la laicidad, que estimaba “impía”y de la democracia “cueste lo que cueste”. En este último sentido, calificó a los nacidos de aquellos casados por un funcionario del Estado como “piç” (hijos ilegítimos).A causa de dichas declaraciones, el 1 de abril de 1996, la Corte de Seguridad del Estado, con sede en Estambul, condenó al Sr. Gündüz a una pena de prisión de dos años y una multa por el delito de incitación del pueblo al odio y a la hostilidad sobre la base de una distinción fundada en la pertenencia a una religión. El demandante agotó los recursos internos al acudir la Corte de Casación por vulneración de la libertad de religión y expresión, pero dicho tribunal confirmó la sentencia de primera instancia el 25 de septiembre de 1996. Posteriormente, presentó una demanda contra Turquía alegando la vulneración de su derecho a la libertad de expresión ante la anterior Comisión Europea de Derechos Humanos, para llegar finalmente, tras la entrada en vigor del Protocolo XI, al propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que estimó se había producido una vulneración del art.10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sobre el discurso de odio y los modelos de democracia, ver: Revenga, M., “Discurso del odio y modelos de democracia”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 50, 2015, pp. 32-35.

⁸⁶STEDH, *Otto Preminger-Institut c. Autriche*, (nº11/1993/406/485).

los representantes públicos electos. En cambio, sí afirmó en el año 2006 que “es crucialmente importante para los políticos que, en su discurso público, eviten expresiones que es probable que alimenten la intolerancia”⁸⁷. Y ello siempre tomando en consideración el hecho de que la libertad de expresión no incluye “la libertad de expresar opiniones racistas o que constituyen una incitación al odio, la xenofobia, el antisemitismo y todas las formas de intolerancia”⁸⁸.

En conclusión, el hecho de atentar contra los derechos de los otros, e incitar de modo claro a la discriminación y el odio racial son aspectos básicos a tener en cuenta para determinar la observancia de la libertad de expresión por parte de un Estado cuyos tribunales internos condenan a un partido político con un discurso político revistiendo dichas características.

De este modo, en el caso *Féret*, la instancia judicial europea estimó, por tanto, que las condenas de los tribunales internos a dicho político eran conformes al art.10 del CEDH, en tanto que “el lenguaje empleado por el demandante incitaba claramente a la discriminación y al odio racial”. Y añadió, incluso, que el hecho de que dicho discurso se diera en el marco de un proceso electoral, no puede en absoluto camuflar el lenguaje incitando al odio y la discriminación racial⁸⁹. Éste debería ser el punto de partida de los tribunales españoles a la hora de examinar hechos parecidos, pero lamentablemente no es así en todos los casos.

El problema de aplicación de estas teorías a nuestro ámbito jurisprudencial interior lo encontramos precisamente en demostrar que el lenguaje en el contexto electoral posee una motivación racista, y no meramente electoralista, como se alega en el caso *Albiol*⁹⁰. Esta tesis se confirma cuando comprobamos que, en el asunto del alcalde de Badalona, tampoco el Tribunal constata la aplicación al mismo del art.510.2 CP, relativo a la difusión de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a la pertenencia a una etnia, raza, origen nacional, etc..., ya que considera que no se da el *animus injuriandi*, sino tan sólo la intención de captar votos de nuevo⁹¹. Quizás, en el fondo, subyace no sólo el miedo a la limitación de la sacrosanta libertad de expresión, sino la existencia de lo que REY MARTÍNEZ califica de “racismo líquido”, un racismo de baja intensidad y formas nuevas que está extendido en nuestro país⁹².

⁸⁷ La traducción es propia. Ver: STEDH, Asunto *Erbakan v. Turkey* (Nº 59405/00), de 6 de julio de 2006, párr.64.

⁸⁸La traducción es propia. Ver:COUNCIL OF EUROPE, Committee of Ministers, *Declaration on freedom of political debate in the media* (Adopted by the Committee of Ministers on 12 February 2004 at the 872nd meeting of the Ministers' Deputies).

⁸⁹STEDH, Asunto *Féret c. Bélgica* (nº 15615/07), de 16 de julio de 2009, párr.78.

⁹⁰Sentencia del Juzgado de lo Penal nº18 de Barcelona núm. 574/2013, de 10 de diciembre de 2013, Fundamento Jurídico 6º.

⁹¹Sentencia del Juzgado de lo Penal nº18 de Barcelona núm. 574/2013, de 10 de diciembre de 2013, Fundamento Jurídico 6º.

⁹²REY MARTÍNEZ, F., “Discurso de odio y racismo líquido”, en REVENGA M., *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá, 2015.

2. El fundamento de los límites a la libertad de expresión en el caso del discurso de odio de los partidos políticos

En todo caso, conviene precisar cuál es el fundamento de la conveniencia de imponer límites a la libertad de expresión en los casos que estamos examinando. Nuestro Tribunal Constitucional español, ha confirmado, tal y como hemos visto, que ni la libertad ideológica (art. 16 C.E.) ni la libertad de expresión (art. 20.1 C.E.) pueden amparar el hecho de efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo. Para dicha instancia, tal y como dispone el art. 20.4 CE, no existen derechos ilimitados que puedan afectar no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (art. 10 C.E.)⁹³.

No podemos olvidar, en este sentido, que la dignidad humana fundamenta el derecho al honor (art. 18.1 C.E.), de tal manera que no se admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias⁹⁴. En efecto, ya en la Sentencia 176/1995, del Tribunal Constitucional español, éste reconocía la dignidad humana como el punto de partida dentro del que hay que desarrollar el ejercicio de los derechos fundamentales⁹⁵. La referencia a la dignidad de la persona también es hallada en la argumentación del Juzgado nº2 de Manresa. Éste estima que, en relación con las manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, el art. 20.1 de la Constitución española no garantizaría su protección. Sobre todo si tenemos en cuenta que el ánimo sería el de menospreciar y discriminar a personas o grupos de personas por su pertenencia a un grupo étnico, social o personal. En caso contrario, se estarían vulnerando valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social; la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)" ⁹⁶.

En consecuencia, si el límite se halla en el respeto a la dignidad humana, este límite opera de manera suficientemente contundente como para paralizar claramente aquellos discursos políticos que atentan contra ese valor fundamental. Esta jurisprudencia interna encaja con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en su Sentencia *Ergogdu e Ince c. Turquía*, de 8 de julio de 1999, y en otras como *Gündüz c. Turquía* de 4 de diciembre de 2003 (párrafo 41) y *Erbakan c. Turquía*, de 6 de julio de 2006, establecía que la libertad de expresión no puede amparar el discurso de odio,

⁹³STC 204/1997, de 25 de noviembre; 11/2000, de 17 de enero, 49/2001, de 26 de febrero, 160/2003, de 15 de septiembre.

⁹⁴De la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que, ni el ejercicio de la libertad ideológica, ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social.

⁹⁵STC 176/1995, de 11 de diciembre de 1995.

⁹⁶STC 214/1991 de 11 de noviembre , Fundamento Jurídico 8º.

entendiendo por tal el que incita directamente a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular⁹⁷.

Sin embargo, debemos ir más allá, y considerar, en la línea de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal y como hemos apuntado, que los delitos de odio, incluido el discurso de odio, no precisan, amén de la incitación, la comisión posterior de actos de violencia. Recordemos que nuestro Tribunal Constitucional, en el caso de la Librería Europa, establece que la libertad de expresión, en su configuración constitucional, no puede ser restringida por el hecho de difundir ideas u opiniones contrarias a la Constitución⁹⁸. Para el Tribunal Constitucional, el problema estriba en determinar si los hechos se pueden inscribir en el debate social, que garantiza la libertad de expresión o, por el contrario, dichas opiniones pueden ser objeto de sanción estatal puesto que afectan a bienes constitucionalmente protegidos. El hecho de que para nuestro Alto Tribunal sea difícil deslindar las conductas delictivas del mero debate social, nos demuestra, una vez más, la tolerancia existente en torno al que ya hemos calificado, de acuerdo con REY MARTÍNEZ, como “racismo líquido”. Ésta es, sin duda, una cuestión sobre la que merece reflexionarse.

3.La distinción entre el discurso de odio y el discurso impopular u ofensivo

Los argumentos anteriores nos conducen a una cuestión importante, que se centra en distinguir entre el llamado discurso del odio o *hate speech*, que no está protegido, de manera general, por la libertad de expresión y el discurso impopular u ofensivo. Éste último sí estaría protegido por la libertad de expresión, ya que no atentaría contra la dignidad humana. De hecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado, en varias ocasiones, que la libertad de expresión extiende su cobertura al llamado discurso ofensivo o impopular, es decir, a aquellas ideas no sólo “favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas otras que chocan, ofenden o inquietan al Estado o una fracción cualquiera de su población”⁹⁹. Para el Tribunal del Consejo de Europa, es importante respetar estas premisas, pues así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y la apertura propios de una sociedad democrática. En varios asuntos, dicha instancia ha afirmado que la libertad de expresión no se proyecta sólo sobre las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también sobre las que contrarían, chocan o inquietan¹⁰⁰.

⁹⁷En estas sentencias, se sigue la línea de la *Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia.*

⁹⁸TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Pleno. Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre de 2007 (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007), Fundamentos Jurídicos 4º y 5º.

⁹⁹STEDH, *Asunto Müsliim c. Turquía* (nº35071/97), de 4 de diciembre de 2003, párr.37; *Asunto Handyside c. el Reino Unido* (nº 5493/72), de 7 de diciembre de 1976, párr.49; *Asunto Lingens c. Austria*(nº 9815/82),de 8 de julio de 1986, párr. 41.

¹⁰⁰Ver otros asuntos en este mismo sentido: STEDH, *Asunto Lehideux y Isorny c. Francia* (nº 55/1997/839/1045), de 23 de septiembre de 1998); *Asunto Baskaya y Okcuoglu c. Turquía* (nº 23536/94

El problema, por tanto, no se plantea en relación con el discurso ofensivo o impopular, que sí estaría bajo el amparo de la libertad de expresión, sino por aquellas manifestaciones que se incluirían en la provocación al odio. Sin embargo, la distinción entre ambos tipos de manifestaciones no es siempre clara. Así, en opinión del Juzgado nº2 de Manresa, no se ha establecido a nivel judicial una línea divisoria clara entre ambos discursos¹⁰¹. Dicha línea divisoria, en nuestra opinión, debería contar con una diferenciación evidente, sobre todo habida cuenta de que en el discurso de odio se incluyen modalidades tales como la apología del terrorismo y del genocidio, el negacionismo, y el discurso discriminatorio respecto de ciertos colectivos. De este modo, hemos examinado la jurisprudencia del TEDH y de nuestras instancias nacionales, con el fin de lograr vislumbrar unos perfiles diferenciadores de ambos discursos, y establecer una serie de principios que nos sirvan de guía y que desglosaremos a continuación.

En efecto, comprobamos cómo para deslindar un discurso impropio de un discurso de odio propiamente dicho, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido haciendo referencia a la necesidad de tomar en consideración una serie de criterios, ya apuntados, tales como las circunstancias del mensaje, lo que ha sido determinante en las sentencias de nuestras instancias nacionales. Dicho examen ha de tener como finalidad determinar si la comunicación ideológica cae o no en el ámbito de protección de la libertad de expresión. Otro de los criterios a tomar en consideración, como ya hemos mencionado, es que el discurso sea pronunciado en el marco de una campaña electoral o cualquier otra expresión de la deliberación política. Pero dichos criterios merecen un examen más profundo, de modo que seamos capaces de extraer una serie de principios básicos, que nos orienten sobre los límites de la libertad de expresión en referencia con el discurso de odio, cuando éste es utilizado por los partidos políticos.

IV. PRINCIPIOS BÁSICOS EN TORNO A LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN RELACIÓN CON EL DISCURSO DE ODIO: SU APLICACIÓN A LOS PARTIDOS POLÍTICOS

En cuanto al objetivo de analizar si la comunicación ideológica quedaría englobada en la libertad de expresión y cuáles serían los principios aplicables, nos sirve de referencia la sentencia del Juzgado nº2 de Manresa que confirma lo expuesto en la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional 235/07, de 7 de noviembre, al considerar que se había excedido de la protección que le otorgaba el artículo 20 de la Constitución Española¹⁰², conforme a la jurisprudencia que sobre el "discurso del odio" ha sentado el

and 24408/94), de 8 de julio de 1999; *Asunto Oztürk. Alemania* (nº 8544/79), de 29 de septiembre de 1999.

¹⁰¹ Sentencia del Juzgado de lo Penal de Manresa núm. 307/2011, de 11 de noviembre de 2011, FJ II.

¹⁰² STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, párr.5.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰³. De este modo, comprobamos cómo este término, conforme a la definición ya mencionada, proporcionada por el Consejo de Europa, y reafirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, encuentra su reflejo en la jurisprudencia española. Así, podemos afirmar que el primer principio aplicable sería la necesidad de tomar en consideración la definición del discurso de odio establecida en el marco del Consejo de Europa y los caracteres de este fenómeno, asentados por la jurisprudencia del TEDH.

Por otro lado, otras conclusiones a las que llega la mencionada instancia judicial nacional en el caso Plataforma per Catalunya se podría estimar que son de carácter general, y de aplicación extensiva: las manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo no están amparadas por la libertad de expresión, en tanto en cuanto tienen como objeto menospreciar y discriminar a las personas por motivo de su pertenencia a un grupo. Tal y como hemos visto, si fueran amparadas, se estaría vulnerando la propia dignidad de las personas y la igualdad. Este principio ha de servir como guía a la hora de dictar nuevas sentencias de nuestros tribunales internos en relación con el tema.

En tercer lugar, y a la luz del posible dilema con la libertad de expresión, una de las limitaciones al discurso de odio se ha de encontrar en que el legislador penal castigue estos delitos tan odiosos, es decir, una serie de conductas que, aunque fuere de manera indirecta, operen como incitación a la comisión de determinados delitos, o simplemente que castigue las difamaciones injuriosas contra ciertas minorías. La clave de la tipificación del primer tipo de conductas se hallaría, pues, en la incitación a la perpetración de un delito de índole racista, o cuando se intente la provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante en relación con su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación. Como consecuencia de esta argumentación, podemos concluir que resulta constitucionalmente válido castigar conductas que supongan una incitación a la comisión de delitos y que provoquen de modo mediato la discriminación, el odio o la violencia. En este sentido, se puede producir la intervención penal del Estado, siempre con cautelas y con respeto a la libertad ideológica. Pero, yendo más allá, y siguiendo la argumentación del TEDH en el caso *Féret*, afirmamos que no es preciso el llamamiento a un acto de violencia concreto ni a cualquier delito posterior para que nos hallemos ante un delito por el simple hecho de injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población¹⁰⁴.

¹⁰³Ver otros asuntos en este mismo sentido: *Handyside c. el Reino Unido*, (nº 5493/72 de 7 de diciembre de 1976, *Lingens c. Austria*(nº 9815/82), de 8 de julio de 1986. Ver también: STEDH, *Asunto Lehideux y Isorny c. Francia* (nº 55/1997/839/1045), de 23 de septiembre de 1998); *Asunto Baskaya y Okcuoglu c. Turquía* (nº 23536/94 and 24408/94), de 8 de julio de 1999; *Asunto Oztürk c. Alemania* (nº 8544/79), de 29 de septiembre de 1999; *Norwood c. Reino Unido*(nº 23131/03), 16 de noviembre de 2004; *Alinak c. Turquía*(nº 40287/98), 29 de marzo de 2005; *Erbakan c. Turquía*(nº 59405/00), 6 de julio de 2006; *Leroy c. Francia*(nº 36109/03), 2 de octubre de 2008; *Balsvite-lideikiene c. Lituania*(nº. 72596/01), 4 de noviembre de 2008; *Féret c. Bélgica*(nº 15615/07), 16 de julio de 2009.

¹⁰⁴STEDH, *Asunto Féret c. Bélgica* (nº 15615/07), de 16 de julio de 2009, párr.73.

La contradictoriedad entre diversas sentencias del TEDH ya examinadas nos conduce a una reflexión ya mencionada, relativa a que el Tribunal Europeo realiza una resolución caso por caso teniendo en cuenta las particulares circunstancias de cada uno de los asuntos. No obstante, en cuarto lugar, vamos a intentar deducir una serie de conclusiones que nos sirvan de guía para su aplicación general. La primera, tenemos que distinguir el discurso ofensivo o impopular, que sí estaría bajo el amparo de la libertad de expresión, del discurso de odio. En segundo lugar, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene en cuenta, a estos efectos y fundamentalmente en el caso de los mensajes implícitos, una serie de criterios ya mencionados. Entre otros: las circunstancias del mensaje, si el discurso ha sido pronunciado en el marco de una campaña electoral o cualquier otra expresión de la deliberación política, y si dicho discurso tiene como objetivo la difamación racial e incitación al odio o se ha realizado con el fin de contribuir al debate público. Otros criterios serían: el estatus y la intención del hablante o el partido, así como la naturaleza y gravedad de la interferencia y la sanción, y el hecho de que el lenguaje utilizado poseyera un significado específico para determinados grupos. Estos criterios habrán de constituir parámetros válidos a aplicar por nuestros tribunales internos, tomando en consideración las circunstancias del caso.

En consecuencia, la actuación de nuestros tribunales internos, en particular de nuestro Tribunal Constitucional, también merece una revisión de cara a rectificaciones futuras. Así, si bien, nuestro alto Tribunal ha confirmado que la libertad de expresión (art. 20.1 C.E.) no puede amparar las manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, ha sido benévolo con ciertos casos. En efecto, en asuntos como el de la Librería Europa¹⁰⁵ o en el del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Partidos¹⁰⁶, nuestra jurisprudencia constitucional no tiene en cuenta las llamadas circunstancias del mensaje referidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en general, se muestra bastante reticente a permitir cualquier restricción en el ámbito de la libertad de expresión¹⁰⁷. En esta línea, y yendo más allá, algún sector de la doctrina penalista ha puesto en duda la penalización del discurso de odio, desde la perspectiva constitucional¹⁰⁸. Como ya hemos examinado, la propia Sentencia del Tribunal Constitucional en el asunto de la Librería Europea supone un paso atrás, al confirmar

¹⁰⁵TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Pleno. Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre de 2007 (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007).

¹⁰⁶TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 48/2003, de 12 de marzo, sobre el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Partidos.

¹⁰⁷Para un análisis de esta jurisprudencia muy acertado, ver: GUTIÉRREZ DAVID, M.E.; ALCOLEA DÍAZ, G., “El “discurso del odio” y la libertad de expresión en el Estado democrático”, en <http://derecom.com/numeros/pdf/gutierrez.pdf>, consultado por última vez el 10 de abril de 2015; SAAVEDRA, M., “El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, *Persona y Derecho*, nº55 (2006), pp.547-576.

¹⁰⁸MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal: Parte especial*, 15ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp.823-824. Ver también: GASCÓN CUENCA, A., “Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso de odio en España en la última década”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº26, 2012, pp.283-309.

que la sanción penal del negacionismo sólo resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o el menosprecio hacia las víctimas del genocidio¹⁰⁹. En consecuencia, uno de los principios a tener en cuenta habría de ser el de adecuar, en nuestra jurisprudencia futura, las sentencias de nuestros tribunales internos a la línea jurisprudencial predominante en el marco del Consejo de Europa en materia de discurso de odio, con el fin de evitar estas contradicciones y retrocesos.

Como última consideración, y en cuanto a la calificación del discurso de odio como delito de provocación a la violencia, la discriminación y el odio, coincidimos con ALCÁCER GUIRAO¹¹⁰, en ciertas reflexiones, aunque de modo parcial, que también nos sirven de referencia. La primera, debe diferenciarse entre las conductas que quieren provocar la violencia y la discriminación de aquellas que poseen como fin contribuir al debate público; en segunda instancia, se debe diferenciar entre la incitación a actos concretos de violencia o discriminación y el fomento general de actitudes hostiles que, indirectamente, puedan dar lugar a actos de violencia y/o discriminación¹¹¹. No obstante, no estamos de acuerdo con la deriva que toma, en la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo en el asunto de la Librería Kalki, esta última diferenciación. Nuestro tribunal establece que, para que haya delito, es preciso que se trate de una incitación directa a la comisión de hechos concretos de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia¹¹². En cambio, nosotros opinamos que habremos de ser flexibles con el tema del llamamiento a actos concretos de violencia posterior al discurso, puesto que, de lo contrario, ampararemos mensajes que, sin ser explícitos, pueden poseer consecuencias graves para ciertos grupos de población.

V. CONCLUSIONES

¹⁰⁹TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Pleno. Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre de 2007 (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007), Fundamento Jurídico nº7.

¹¹⁰ALCÁCER GUIRAO, R., “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-02 (2012), pp.32.

¹¹¹De hecho, en dos asuntos ante el TEDH no referentes a partidos políticos, el caso Vajanaí (STEDH, *Asunto Vajani c. Hungría* (Nº 33629/06), de 8 de julio de 2008) y el Vona (STEDH, *Asunto Vona c. Hungría* (Nº 35943/10), de 9 de julio de 2013), el tribunal examinó la relación entre el discurso de odio y el potencial uso de violencia, llegando a conclusiones contradictorias. En el primero, no encontró ligamen alguno entre el discurso y la posible violencia, y en el segundo sí halló dicho vínculo (TULKENS, F., “When to say is to do. Freedom of expression and hate speech in the case law of the European Court of Human Rights”, *European Court of Human Rights-European Judicial Training Network. Seminar on Human Rights for European Judicial Trainers*, Strasbourg, 9 October 2012, pp.1-15; BUYSE, A., “Dangerous Expressions: The ECHR, Violence and Free Speech”, *International Law and Comparative Quarterly*, Vol.63, April, 2014, pp. 491-503).

¹¹²TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de la Sala Segunda nº259/2011, de 12 de abril de 2011 (asunto de la Librería Kalki), p.172.

Tomando como punto de partida algo que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos nos recuerda: el Tribunal no puede reemplazar la tarea de los tribunales nacionales competentes, destacamos que sí podría revisar, a la luz del art.10 del CEDH dedicado a la libertad de expresión, las decisiones adoptadas en el ejercicio de su poder de apreciación¹¹³. Sin embargo, la práctica jurisprudencial del TEDH pone de manifiesto que en los asuntos relativos al discurso de odio en general, se adoptan dos posiciones. La más amplia de exclusión de la protección de la Convención, proporcionada por el art.17 CEDH que prohíbe el abuso del derecho, y la más restrictiva de restringir la protección garantizada por el art.10.2 del mismo texto¹¹⁴. En el caso de los partidos políticos y el uso del discurso de odio, no existe una posición uniforme, sino que la jurisprudencia de nuestra instancia europea varía caso por caso, tomando en consideración varios factores que, como resumiremos a continuación, perfilan el alcance del margen de apreciación y, en consecuencia, la intensidad de la supervisión europea¹¹⁵.

En todo caso, y en ausencia de un consenso europeo uniforme sobre ciertas cuestiones, como la que aquí nos ocupa (los ataques con motivación discriminatoria), es obvio que los Estados poseen gran discrecionalidad en sus decisiones de aplicar restricciones a la libertad de expresión¹¹⁶. Así, el Tribunal Europeo nos recuerda que corresponde primeramente a las autoridades nacionales evaluar si existe una presión social que justifica la interferencia en los casos de uso del discurso de odio por los partidos políticos, y para este fin, ellos gozan de un margen de apreciación que es más amplio si afecta a la libertad de expresión en relación con discursos capaces de atentar contra las convicciones personales más íntimas. Una vez pasado el filtro de las autoridades nacionales y en ejercicio de su facultad de supervisión que le corresponde a la Corte Europea, ésta habrá de hacer frente a la revisión del ejercicio de la libertad de expresión, tomando en consideración las circunstancias del caso en su conjunto.

Las circunstancias a ser tenidas en cuenta dependen del caso, pero a continuación, vamos a desglosar las principales. En primer lugar, habrá que atender a la intención del autor del discurso. En este sentido, habrá que determinar si la intención consiste en diseminar ideas racistas u opiniones a través del uso del discurso de odio, o si simplemente está intentando informar al público en un asunto de interés colectivo. En el supuesto de los partidos políticos, por tanto, habrá que averiguar si la intención es difundir un aspecto más de su programa electoral, o difundir ideas racistas con el objetivo de generar un clima de odio contra un determinado grupo, buscando finalmente conseguir más votantes entre los extremistas y radicales. De este modo, y como ya hemos mencionado, el discurso ofensivo o impopular sí estaría bajo el amparo de la

¹¹³STEDH, *Handyside c. el Reino Unido*, (nº 5493/72), de 7 de diciembre de 1976, párr.2

¹¹⁴TULKENS, F., “When to say is to do. Freedom of expression and hate speech in the case law of the European Court of Human Rights”, *European Court of Human Rights-European Judicial Training Network.Seminar on Human Rights for European Judicial Trainers*, Strasbourg, 9 October 2012, pp.1-15, en particular pp.1-2.

¹¹⁵Para un compendio de estos factores, ver: SOTTIAUX, S., “Bad tendencies in the EctHR’s “Hate Speech” jurisprudence”, *European Constitutional Law Review*, vol. 7, n.º1, 2011, pp. 40-63.

¹¹⁶WEBER, A., *Manual on hate speech*, Council of Europe Publishing, France, 2009, p.32.

libertad de expresión, pero no aquellas manifestaciones que se incluirían en la provocación o incitación al odio. Estas mismas consideraciones son aplicables al discurso negacionista, en tanto en cuanto su objetivo es acusar a las víctimas de falseamiento de la historia.

Una vez identificada la intención del autor del discurso, se pasaría a examinar si la mencionada injerencia en la libertad de expresión es o no necesaria en el contexto de una sociedad democrática, habida cuenta de la constatación de si el propósito es una incitación a la violencia y al odio, en consonancia con la jurisprudencia apuntada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En cualquier caso, esta instancia del Consejo de Europa otorga una singular importancia al discurso político o a las materias de interés público, que son áreas donde operaría el art.10.2 con un escaso margen para las restricciones de la libertad de expresión¹¹⁷. En consecuencia, para la instancia internacional, la libertad de expresión en el contexto del debate político sólo podría ser restringida por razones imperiosas.

En el ámbito interno español, y a pesar del valor “especial” otorgado a la libertad de expresión¹¹⁸, el Tribunal Constitucional ha venido estableciendo una serie de límites en referencia con el discurso de odio, y éstos han de ser tomados como referencia. Así, siguiendo a ALCÁCER GUIRAO¹¹⁹, destacamos los siguientes: en cuanto a la incitación a la violencia o el uso de discursos amenazantes, no podemos considerar como un ejercicio legítimo de las libertades de expresión aquellos mensajes que contengan amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o electores, de modo que no existe respeto a la libertad de los otros, ni se forma una opinión pública calificada de “libre”; en referencia al derecho a expresar y difundir una concepción de la historia o del mundo, con la intención de menospreciar y/o discriminar por ciertos motivos, tampoco quedaría cubierto por la libertad de expresión; en relación con las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o aquéllas que inciten directamente a dichas actitudes, tampoco la libertad de expresión puede otorgarles su amparo. Pero, yendo más allá, nosotros consideramos que tampoco estarían cubiertas por la libertad de expresión aquellas manifestaciones que no incitaran directamente a actos concretos de odio, aunque deberían revestir determinadas condiciones anteriormente apuntadas.

De hecho, coincidimos con la interpretación más flexible del Juzgado nº2 de Manresa, cuando no exige la incitación directa a la realización de actos de violencia o discriminación. Nos alineamos, así, con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando, en el asunto *Féret c. Bélgica* afirma que “la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo”¹²⁰. Bien al contrario, como ya hemos constatado, con sólo introducir ese discurso de odio en un ámbito electoral de gran difusión, ya estamos contribuyendo a un fortalecimiento e intensificación del odio, de su mensaje y del impacto y efectos del discurso¹²¹. En

¹¹⁷*Ibidem*. Sobre la relación del art.10.2 y del 17 del CEDH, ver también: TULKENS, F., “When to say is to do: freedom of expression and hate speech in the case law of the ECHR”, *Freedom of expression: Essays in Honour of Nicolas Bratza*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2012, pp. 279 y ss.

¹¹⁸ALCÁCER GUIRAO, R., “Discurso del odio y...*op.cit.*”, p.14.

¹¹⁹*Ibidem*, pp.15-16.

¹²⁰STEDH, *Asunto Féret c. Bélgica* (nº 15615/07), de 16 de julio de 2009, párr.73.

¹²¹*Ibidem*, párr.76.

definitiva, en ningún caso se deben recurrir a la discriminación racial o a actitudes vejatorias o humillantes, ya que se corre el riesgo de suscitar alteraciones en el clima social sereno, al tiempo que se podría menoscabar la confianza en las instituciones propias de un Estado Democrático y de Derecho¹²². En este sentido, nos parece interesante la opinión disidente del Juez Steiner en el caso *Erbakan*¹²³, cuando distingue entre los efectos a corto plazo y las consecuencias a largo plazo, que englobaría la creación de un ambiente de crispación propicio para la comisión de actos delictivos con motivación discriminatoria.

En conclusión, no podemos menospreciar los efectos de estos discursos de odio, aunque haya voces que se alcen alertando sobre el peligro de restringir la sacrosanta libertad de expresión respecto de cualquier partido político que lance un discurso mínimamente provocador y que consideren que sólo cabría criminalizar dichos discursos cuando se enmarquen en el contexto de una grave crisis económica y sociedades desestructuradas con grupos severamente discriminados. Sólo recordar algunos datos, nos hallamos en una Europa sumida en la crisis económica, con una serie de problemas asociados al fenómeno migratorio y la gestión de la frontera exterior de la UE, con el surgimiento de grupos radicales y extremistas que incitan claramente a la violencia. En este panorama, los partidos políticos tendrían que jugar un papel pacificador, y aquellos que no lo hagan, ser sometidos al control de las autoridades judiciales nacionales, conforme a los criterios acertados establecidos por la instancia judicial del Consejo de Europa. Una Europa que protege a los ciudadanos, y que defiende los derechos de los ciudadanos, de todos los ciudadanos, sin discriminación alguna.

¹²²*Ibidem*, párr.77.

¹²³ Opinión parcialmente disidente del Juez Steiner. STEDH, *Asunto Erbakan c. Turquía* (Nº 59405/00), de 6 de julio de 2006. Ver también: BUYSE, A., “Dangerous Expressions: The ECHR, Violence and Free Speech”, *International Law and Comparative Quarterly*, Vol.63, April, 2014, pp. 491-503, en particular pp.499-500.