

LAS RECOMENDACIONES DE LA ECRI SOBRE DISCURSO DEL ODIOS Y LA ADECUACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL A LAS MISMAS

Por

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO
Catedrática de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza

elosegui@unizar.es

Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado 44 (2017)

RESUMEN: En este artículo se presenta la definición de discurso de odio y de negacionismo como una forma de delito en las Recomendaciones de política general nº 7 sobre la legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial y nº 15 de la ECRI sobre la lucha contra el discurso del odio (Comisión contra el racismo y la intolerancia del Consejo de Europa). A continuación se realiza un análisis del ordenamiento jurídico español a la luz de la Recomendación nº 7, primeramente a nivel constitucional y de otras partes del ordenamiento, como el ámbito laboral, administrativo y civil, así como un detallado estudio sobre la adecuación del derecho español a dichas recomendaciones, desglosando los conceptos de incitación pública, la lesión de la dignidad humana, como bien jurídico protegido, la negación, justificación o aprobación en público de delitos de genocidio, la producción, almacenaje y venta de material racista, la incitación directa e indirecta. Se señalan los puntos en los que el ordenamiento jurídico español, especialmente el art. 510 del Código Penal se aproxima o se aleja de estas recomendaciones, concluyendo que la reforma del Código Penal ha cumplido con la mayoría de los consejos sugeridos por la ECRI. Por último, se apunta un concepto novedoso en la Recomendación nº 15 el de "Responsabilidad por imprudencia y la difamación irresponsable", que aparece en TEDH, *Féderet c. Bélgica* cuando menciona la posible responsabilidad incluso penal por un uso irresponsable (o imprudente) de la libertad de expresión.

PALABRAS CLAVE: Recomendaciones de política General de la Comisión contra el racismo y la intolerancia del Consejo de Europa, Discurso del odio, legislación española sobre racismo, art.510 Código Penal español.

SUMARIO: I: Introducción. II. La definición de discurso del odio y de negacionismo como una forma de delito de odio en la Recomendación de política general nº 15 de la ECRI. III. La Recomendación de política general nº 7 de la ECRI y el ordenamiento jurídico español. IV. La adecuación del Derecho penal español a la Recomendación de política general nº 7 de la ECRI. 4.1. La incitación pública. 4.2. La lesión de la dignidad de la persona. 4.3. Negación, justificación o aprobación en público de delitos de genocidio. 4.4. Producción, almacenaje y venta de material racista. 4.5. La incitación directa e indirecta y las contradicciones en la jurisprudencia del TS y del TC en los casos de la librería Europa y la editorial Kalki. V. La responsabilidad por imprudencia o difamación irresponsable desarrollada en la RPG nº 15 de la ECRI. Peligro de que la sátira se convierta en incitación al odio. VI. Conclusión.

THE RECOMMENDATIONS OF ECRI ON HATE SPEECH AND THE ADEQUACY OF THE SPANISH LEGAL SYSTEM TO THEM

ABSTRACT: This article presents the definition of hate speech and denialism as a form of crime in General Policy Recommendations N^o. 7 on National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination and N^o. 15 on Combating Hate Speech of ECRI (Commission against racism and intolerance of the Council of Europe). The following is an analysis of the Spanish legal system in the light of Recommendation No. 7, first at constitutional level and taking in account the whole of the legal system, such as labor, administrative, civil and criminal law, as well as a detailed study on the adequacy of Spanish law to such recommendations, disaggregating the concepts of public incitement, injury to human dignity, as a protected legal right, denial, justification or approval in public of crimes of genocide, production, storage and sale of racist material, direct and indirect incitement. It analyses the points in which the Spanish legal system, especially art. 510 of the Criminal Code approaches or departs from these recommendations, concluding that the reform of the Criminal Code has complied with most of the advice suggested by ECRI. Finally, a new concept is pointed out in Recommendation n^a. 15. Namely, "Responsibility for recklessness and irresponsible defamation", which appears in TEDH, *Féderet c. Belgium* when it mentions the possible criminal liability for irresponsible (or reckless) use of freedom of expression.

KEY WORDS: General policy recommendations of the Commission against racism and intolerance of the Council of Europe (ECRI), Hate speech, Spanish legislation against racism, art.510 Spanish Criminal Code.

SUMMARY: I. Introduction. II. The definition of hate speech and negationism as a form of hate crime in ECRI General Policy Recommendation No. 15. III. The general policy recommendation No. 7 of ECRI and the Spanish legal system. IV. The fulfillment of Spanish criminal law of the ECRI general policy recommendation No 7. 4.1. Public incitement. 4.2. Injury to the dignity of the person. 4.3. Denial, justification or approval in public of crimes of genocide. 4.4. Production, storage and sale of racist material. 4.5. Direct and indirect incitement and contradictions in the jurisprudence of TS and TC in the cases of the "Europa" bookstore and the "Kalki" bookstore. V. Responsibility for recklessness or irresponsible defamation developed in RPG No. 15 of ECRI. Danger of satire becoming an incitement to hatred. VI. Conclusion

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo ¹ se centrará en un análisis de la nueva Recomendación de Política General n^o 15 de la ECRI (Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia del Consejo de Europa ²), sobre la lucha contra el discurso del odio ³ (a partir de ahora

¹ Este trabajo se inserta dentro de las líneas de investigación del «Grupo de Estudios Penales», grupo de investigación consolidado, subvencionado por el Departamento de Innovación, Investigación y Universidad del Gobierno de Aragón, así como por el Fondo Social Europeo, y cuyo responsable es el profesor Dr. D. Miguel Ángel Boldova Pasamar (Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza).

² Sobre la función de la ECRI, véase KICKER, Renate and MÖSTL, Markus. *Standard-setting through monitoring? The role of the Council of Europe expert bodies in the development of human rights*. Strasbourg: Publishing Editions, Council of Europe, 2012, p. 64 y HOLLO, Anna. *The European Commission against Racism and Intolerance (ECRI). Its first 15 years*, Publishing Editions, Council of Europe, Strasbourg, 2009.

³ ECRI, General Policy Recommendation N^o, 15 *on combating Hate Speech*, de 8 de diciembre de 2015, aprobada en su sesión plenaria (ecri/plenary meetings/2015/ecri15-45add6. La Recomendación consta tan sólo de diez artículos, pero lleva anexa un Memorandum explicativo de 63 páginas. La traducción al español de la Recomendación es *Líneas de Actuación en relación con la lucha contra las expresiones de incitación al odio*, traducida por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de cooperación, Oficina de Interpretación de lenguas, está disponible en: www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Recomendación%20ECRI%20num%20

será citada como RPG nº 15), así como la Recomendación de Política General nº 7 sobre la legislación nacional para luchar contra el racismo (será citada como RPG nº 7)⁴ y la adecuación del ordenamiento jurídico español a la mismas, especialmente del artículo 510 del Código Penal español, hoy vigente, reformado en julio de 2015⁵.

Antes de pasar a un análisis doctrinal de la Recomendación nº 15, conviene sentar algunas bases. En primer lugar, para poder llegar al objeto real del contenido de este estudio, se dejarán de lado otras múltiples cuestiones esenciales para el estudio de la libertad de expresión⁶, pero colaterales en este artículo que se centra en el derecho a la igualdad y a la no discriminación por motivos raciales. Para empezar, en la doctrina muchos autores son críticos con el nuevo concepto de discurso del odio, por la ambigüedad de su definición y porque en ocasiones se identifica y confunde el discurso de odio con el delito de odio, lo cual es a todas luces jurídicamente incorrecto⁷. No siempre todo discurso de odio (*hate speech*) es un delito de odio (*hate crime*). Admitimos que sería más claro usar los términos de “conductas expresivas de discriminación racista”. Con independencia de ello, se empleará este término tal y como ha sido definido en los organismos internacionales, especialmente en el marco jurídico del Consejo de Europa. Más bien se intentará definir en que contexto el Consejo de Europa, y más concretamente, la ECRI entiende que algunas expresiones de odio pueden tipificarse

15%20discurso%20de%20odio%20Trad%20a%20castellano.pdf?idFile=4d659fae-e740-4381-984a-1b2d7da939db. Traducción al español de la Recomendación General nº 15: Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. Traducción al español del Memorandum explicativo: Asociación de Intérpretes Madrid (AIM) por encargo de OBERAXE (Observatorio Español contra el racismo y la xenofobia) y se encuentra disponible en su web.

⁴ ECRI, Recomendación de Política General nº 7 sobre la legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial, aprobada el 13 de diciembre de 2002. Traducción al castellano oficial realizada por el Consejo de Europa en: https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N7/REC7-2003-8-ESP.pdf

⁵ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal .

⁶ Las Recomendaciones de la ECRI se insertan también en el respeto del derecho de libertad de expresión, marcado por el Convenio de Derechos Humanos del Consejo de Europa, la doctrina asentada por el TEDH y también por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En este la ECRI se adhiere al Dictamen *Faurisson versus France*, Comunicación No 550/1993, Dictamen del 8 de noviembre de 1996, donde el Comité de Derechos Humanos declara que “Las leyes que penalizan la expresión de opiniones sobre hechos históricos son incompatibles con las obligaciones que el Pacto impone a los Estados partes en lo tocante al respeto de las libertades de opinión y expresión. El Pacto no autoriza las prohibiciones penales de la expresión de opiniones erróneas o interpretaciones incorrectas de acontecimientos pasados. No deben imponerse nunca restricciones al derecho a la libertad de opinión y, en cuanto a la libertad de expresión, las restricciones no deberían exceder de lo autorizado en el párrafo 3, o de lo prescrito en el artículo 20”; con las restricciones autorizadas en el artículo 19(3) (Observación General N ° 34 artículo 19: Libertades de opinión y expresión, apartado 49). (Cfr. RPG, nº 15, Memorandum explicativo, nota a pie de página 19).

⁷ REY MARTÍNEZ, Fernando, “Discurso del odio y racismo líquido”, en Miguel REVENGA (Dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, p. 52.

como un delito de odio y van más allá de un ejercicio legítimo de la libertad de expresión⁸.

En este sentido, considero que la Recomendación de Política General nº 15, publicada en marzo de 2016, en el contexto de la anterior Recomendación nº 7, contribuye a aportar un marco jurídico al debate legal y académico. Estas recomendaciones están hechas en el contexto del respeto a la normativa del Consejo de Europa y de la jurisprudencia del TEDH, así como de la ONU y de la UE⁹. Aunque no son prescriptivas, y por tanto no son normas jurídicas vinculantes para los Estados parte del Convenio de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, sus consejos marcan un norte a dichos Estados. Como se puede comprobar en los informes país a país, realizados con una periodicidad quinquenal, para controlar la adecuación de las legislaciones nacionales a los estándares del Consejo de Europa en materias de igualdad y no discriminación por razón de raza (y otros motivos relacionados), los Estados avanzan adaptando sus normativas a dichos requerimientos¹⁰.

La Recomendación nº 15 se hace en el marco del respeto al derecho a la libertad de expresión, pero no vamos a centrarnos aquí en el debate sobre las garantías de este derecho, sino más bien en sus límites¹¹. La perspectiva que se aborda en este artículo obedece al título de esta recomendación, a saber, la lucha contra el racismo en las palabras. En suma, dilucidar qué discursos racistas deben considerarse delictivos y cómo usar los instrumentos legales para impedirlos.

⁸ Resolución (97) 20 de 1997 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre discurso del odio, 30 de octubre de 1997, principio 4: "National law and practice should allow the courts to bear in mind that specific instances of hate speech may be so insulting to individuals or groups as not to enjoy the level of protection afforded by Article 10 of the European Convention on Human Rights to other forms of expression. This is the case where hate speech is aimed at the destruction of the rights and freedoms laid down in the Convention or at their limitation to a greater extent than provided therein". Hay que tener en cuenta que la definición de este principio no es norma jurídica vinculante para los Estados del Consejo de Europa. El único tratado con fuerza de ley es el Convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación de Naciones Unidas.

⁹ Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 20 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal (DOUE nº L328, de 6 de diciembre de 2008). Hemos tratado ya el contenido de esta norma de la UE, así como el Convenio de Cibercrimen del Consejo de Europa en un artículo ya en prensa ELÓSEGUI, M. "La justificación o negación del genocidio como delito en el derecho europeo", *Revista de Derecho Político*, enero-abril nº 98, 2017, pp. 251-334 a la que remitimos.

¹⁰ Véase ECRI Report on Spain (fourth monitoring cycle). Adopte don 7 December 2010. Published on 8 February 2011. Strasbourg: ECRI Secretariat. Directorate General of Human Rights and Legal Affairs Council of Europe. Disponible en: <https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Spain/ESP-CBC-IV-2011-004-ENG.pdf>. El quinto informe correspondiente al quinto ciclo está en proceso de elaboración.

¹¹ Véase, MARTÍNEZ-TORRÓN, J., "Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2, 2003.

Por su parte, la Recomendación nº R (97) 20 del Comité de Ministros a los estados miembros sobre el “discurso de odio” define este término como “toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique 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 y etnocentrismo agresivo, y de discriminación y hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante”¹².

A ello se añade que el término “expresión” a efectos de la RPG nº 15 de la ECRI se entiende como “los discursos orales y publicaciones en cualquiera de sus formas, incluyendo el uso de los medios electrónicos y su difusión y almacenamiento. El discurso de odio puede tomar forma oral o escrita o cualquier otra forma como pinturas, señales, símbolos, dibujos, música, obras de teatro o videos. También abarca el uso de conductas específicas como gestos para comunicar una idea, mensaje u opinión”¹³. Las últimas novedades van también en la línea de la persecución de las expresiones racistas en internet, a través de las plataformas *online*, la difusión de medios de comunicación digital, prestadores de servicios de internet, intermediarios *online*, redes sociales, moderadores de blogs. Ello lleva como consecuencia que su difusión sea mucho más rápida y que impacte en muchos más lectores. De ahí que estas dos RPG pongan el foco también en el discurso racial a través de internet¹⁴, con otro tipo de elementos como las dificultades para demostrar su autoría o la responsabilidad civil, administrativa o penal última, abogando preferiblemente por el uso de códigos éticos de *soft law* como mecanismos de autorregulación. En ámbitos jurídicos se comienza a realizar investigación precisa sobre este aspecto¹⁵. Nosotros nos centraremos en un marco más general aplicable de un modo común también a este tipo de infracciones o delitos.

¹² En el apéndice de la Recomendación (97) 20: “The principles set out hereafter apply to hate speech, in particular hate speech disseminated through the media. For the purposes of the application of these principles, the term “hate speech” shall be understood as covering all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin”.

¹³ ECRI, RPG nº 15, Memoria explicativa, § 11. Se citará por los números de la Recomendación, que son los mismos tanto en su versión inglesa, como en la traducción no oficial al español realizada por OBERAXE. Para el texto se utilizará esta última versión, en cuya supervisión pude participar antes de su versión final.

¹⁴ Así como otra específica, ECRI, Recomendación de Política General Nº. 6, Combatir la difusión de material racista, xenófobo y antisemita a través de internet. *General Policy Recommendation N°6: Combating the dissemination of racist, xenophobic and antisemitic material via the internet.*

¹⁵ Sobre el discurso del odio en internet véase, MIRÓ LLINARES, Fernando. “Taxonomía de la comunicación violenta y el discurso del odio en internet”, *IDP, Revista d’ internet, dret i política. Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 22, Junio, (2016), pp. 93-118. Monográfico sobre “Ciberdelincuencia y cibervictimización”. También del mismo autor, «La oportunidad criminal en el

Las RPG de la ECRI, ya lo hemos señalado, se basan en la normativa del Consejo de Europa y en ciertos criterios marcados por el TEDH. Al margen de que estos no sean muy homogéneos, la ECRI se fija en un núcleo duro de doctrina asentada por éste. A su vez, como no podía ser menos, parte del marco de Tratados de Derecho Internacional, especialmente los de Naciones Unidas.

En cuanto a los Tratados vinculantes es obligado citar el artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965. La persecución penal de la difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial viene ya requerido por este Tratado Internacional ¹⁶.

Debemos hacer otra precisión relativa a la discriminación racial en los casos en que a ésta, se añade el elemento religioso. Si bien la religión no aparece en la definición de discriminación racial en el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, el comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, reconoce, a la luz del principio de interseccionalidad, que el discurso de odio se extiende al discurso “dirigido contra las personas pertenecientes a determinados grupos étnicos que profesan o practican una religión distinta de la mayoría, por ejemplo las expresiones de islamofobia, antisemitismo y otras manifestaciones de odio similares contra grupos etnorreligiosos, así como las manifestaciones extremas de odio tales como la incitación al genocidio y al terrorismo” ¹⁷. Comparto las tesis de Javier Martínez-Torrón cuando establece las razones jurídicas para penalizar cierto discurso de odio en el contexto de afirmar que el discurso de odio antirreligioso debe ser tratado jurídicamente igual que los demás discursos del odio ¹⁸.

ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13, 2011.

¹⁶ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965. Artículo 4: “Los Estados parte ... (a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación; (b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley; (c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella”).

¹⁷ ONU, Recomendación General N° 35 sobre la Lucha contra el discurso de Odio Racista, CERD/C/GC/35, 26 de septiembre de 2013, apartado 6.

¹⁸ En definitiva, el discurso de odio antirreligioso debe ser tratado jurídicamente igual que los demás discursos del odio. Véase MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier. “La tragedia de Charlie Hebdo: algunas claves para un análisis jurídico”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 50, Febrero, 2015, p. 26: “Las agresiones a la religión no son intrínsecamente diversas de las agresiones por razón del sexo, la raza o el origen nacional; y recordemos que todos esos factores son mencionados por el artículo 14 CEDH, que prohíbe la discriminación”.

La ECRI hace suya esta definición ¹⁹, entendiendo que si el elemento religioso está unido a una cuestión étnica, la protección de estos individuos o grupos entra dentro de su mandato de lucha contra la discriminación. Concretamente entre sus recomendaciones ha dedicado varias específicamente a la protección de personas de religión judía ²⁰, así como a personas de religión musulmana ²¹. En sus informes país por país refleja la situación de las diversas minorías religiosas en los 47 Estados, incluidos los ortodoxos, las diversas minorías islámicas y otras confesiones cristianas como los Testigos de Jehová etc.

Entre las acciones más cercanas en el tiempo realizadas por Naciones Unidas destaca la aprobación del Plan de Acción de Rabat ²², ya que es la culminación de un ejercicio iniciado por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos “para examinar la aplicación de las pautas legislativas, prácticas judiciales y políticas sobre la prohibición de la apología de odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, hostilidad o violencia a niveles nacionales y religiosos, al mismo tiempo que alienta al pleno respeto de la libertad de expresión, tal y como se protege en la legislación internacional sobre Derechos Humanos” ²³. Recomienda que se haga una distinción clara entre (a) expresión constitutiva de delito penal, (b) expresión que no es penalmente punible, pero que puede justificar un procedimiento civil o sanciones administrativas y (c) expresión que no da lugar a sanciones penales o civiles pero que, aun así, plantea problemas de tolerancia, civismo y respeto a los derechos de los demás ²⁴. En este sentido, se ha elaborado una prueba que consta de seis partes para definir un umbral que permita establecer adecuadamente qué tipos de expresiones constituyen delito en el derecho penal: el contexto, el orador, la intención del orador, el contenido y forma del discurso, el alcance y la magnitud de la expresión, y la posibilidad de que se produzca un daño así como su inminencia ²⁵. Además en otras recomendaciones se insta a realizar esfuerzos para combatir la difusión de estereotipos negativos y la discriminación y promover el diálogo intercultural, investigar las denuncias por incitar al odio y garantizar una recogida de

¹⁹ ECRI, RPG n° 15, Memorándum explicativo, p. 18, nota a pie número 8.

²⁰ ECRI, RPG n° 9, *La lucha contra el antisemitismo*.

²¹ ECRI, RPG n° 5, *Combatir la intolerancia y la discriminación contra los musulmanes*.

²² Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología de odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, 5 de octubre de 2012.

²³ Informe del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso, A/HRC/22/17/Add.4, 11 de enero 2013, apartado 6.

²⁴ *Ibid.*, apartado. 12.

²⁵ *Ibid.*, Appendix, apartado 29.

datos sistemática²⁶. La Recomendación nº 15 de la ECRI sigue también de un modo muy cercano estas pautas, como examinaremos a continuación²⁷.

En España no existe una definición legal sobre que sea el delito de odio. A efectos de nuestro estudio arroja alguna luz la perspectiva que adopta el Ministerio del Interior a la hora de realizar los informes sobre incidentes relacionados con los delitos de odio, en la que se adapta la definición utilizada por la OSCE. En el informe publicado en 2015²⁸ se explicita que “Tras las paulatinas adaptaciones de la legislación nacional a los nuevos principios consolidados a nivel internacional en esta materia, y a pesar de no existir en nuestra normativa interna una tipología delictiva que haga referencia al término “delitos de odio”, se ha venido admitiendo que dicha definición se refiera, tal y como determina la OSCE, a “toda infracción penal, incluidas las cometidas contra las personas o la propiedad, dónde el bien jurídico protegido, se elige por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo. Un grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su <<raza>>, real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, u otro factor similar”. Pero además, debe descenderse al ámbito administrativo al hablar de los <<delitos de odio>>. Es por lo que, en el concepto de <<delitos de odio>> se encuadra un amplio abanico de conductas y hechos, cuyo intervalo (bajo un elemento denominador, el odio), abarca desde un conjunto de infracciones penales tipificadas en el Código Penal, hasta las infracciones contempladas en diferentes normas administrativas, como ocurre, por ejemplo, con la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte”²⁹. En estas estadísticas se entiende, como lo hace la ECRI, que “En este sentido, los <<delitos de odio>> comprenden todas aquellas infracciones penales y administrativas cometidas contra las personas o la propiedad por cuestiones de “raza”, etnia, religión o práctica religiosa, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, situación de pobreza y exclusión social o cualquier otro factor similar, como las diferencias ideológicas”³⁰.

²⁶ Ibid., Appendix, apartado. 42-47.

²⁷ ECRI, RPG nº 15. Memorandum explicativo § 59.

²⁸ Ministerio del Interior. Secretaria del Estado de Seguridad. Gabinete de Coordinación y Estudios. *Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España, 2014*, Madrid, Ministerio del Interior, p. 4. Disponible también online: <http://www.interior.gob.es/documents/10180/1643559/Estudio+Incidentes+Delitos+de+Odio+2014.pdf> (Consultado 20 de enero de 2017).

²⁹ Ministerio del Interior. Secretaria del Estado de Seguridad. Gabinete de Coordinación y Estudios. *Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España, 2014*, Madrid, Ministerio del Interior, p. 4.

³⁰ Idem, p. 5.

El orden que seguiremos es el siguiente: En primer lugar analizaremos la definición de discurso de odio y de negacionismo como una forma de delito en la Recomendación de política general nº 15 de la ECRI (2). Hemos elegido comenzar por esbozar el marco general de esta Recomendación por ser la más reciente y porque ayuda a entender la Recomendación nº 7, que es cronológicamente anterior. A continuación procederemos a analizar el ordenamiento jurídico español a la luz de la Recomendación nº 7, primeramente a nivel constitucional y de otras partes del ordenamiento, como el ámbito laboral, administrativo y civil (3). Posteriormente nos adentraremos en un detallado estudio sobre la adecuación del derecho español a la Recomendación de Política General nº 7 de la ECRI (4). Desglosaremos para ello los siguientes conceptos: el de incitación pública (4.1); la lesión de la dignidad humana, como bien jurídico protegido (4.2); la negación, justificación o aprobación en público de delitos de genocidio (4.3); la producción, almacenaje y venta de material racista (4.4.); la incitación directa e indirecta y las contradicciones en la jurisprudencia del TS y del TC en los casos de la librería Europa y la editorial Kalki. Por último, queremos dejar indicado un concepto a nuestro juicio novedoso que sea apunta en la Recomendación nº 15 y cuyo tratamiento hemos preferido dejar como colofón, después de haber presentado y tratado ambas Recomendaciones, debido a que se introduce un tema doctrinalmente polémico que tan sólo queremos dejar apuntado para posteriores reflexiones. Se trata de la introducción en la Recomendación nº 15 del concepto de “Responsabilidad por imprudencia y la difamación irresponsable”. Esta idea también aparece en la sentencia *Féderet c. Bélgica* cuando el TEDH menciona la posible responsabilidad incluso penal por un uso irresponsable (o imprudente) de la libertad de expresión. Quedaría ahí apuntada una línea de investigación sobre los límites de la utilización de la sátira cuando ésta pueda convertirse en incitación al odio. En relación con esta cuestión, el TEDH no ha querido entrar a estos temas, por ejemplo el de las caricaturas de Mahoma, como coinciden en señalar Revenga, Rey Martínez, Martínez Torrón, Lobba, Keane (ver *infra*). Según lo apuntado por la recomendaciones de la ECRI, su tratamiento jurídico no debería hacerse desde la ofensa a los sentimientos religiosos, sino desde la discriminación racial o religiosa, en un marco de derecho antidiscriminatorio (5). Por último en las conclusiones, sintetizaremos los puntos en los que el ordenamiento jurídico español, especialmente el art. 510 del Código Penal se aproxima o se aleja de estas recomendaciones de la ECRI, adelantando desde ahora que la reforma del Código Penal ha cumplido con la mayoría de los consejos sugeridos por la ECRI. Ahora se trata de ponerlos en práctica a través de una nueva jurisprudencia y de las medidas civiles y administrativas antidiscriminatorias que serían deseables. Los instrumentos normativos del derecho

internacional de los derechos humanos, ONU, UE, Consejo de Europa, ordenamiento español son muy avanzados. Apliquémoslos debidamente.

II. LA DEFINICIÓN DE DISCURSO DEL ODIOS Y DE NEGACIONISMO COMO UNA FORMA DE DELITO DE ODIOS EN LA RECOMENDACIÓN DE POLÍTICA GENERAL N° 15 DE LA ECRI

En la Recomendación de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia, n° 15, *on combating Hate Speech*, de 8 de diciembre de 2015, se define el discurso del odio como “fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales”³¹. Esta definición nos proporciona los elementos que hacen de una conducta expresiva un delito de odio. Es decir debe haber promoción o incitación con animo de denigrar y odiar a una persona o grupo de personas, o acoso o insulto con la intención de estigmatizarla, por razón de su raza, color, ascendencia, nacional o de origen étnico, edad, minusvalía, lengua, religión o creencia, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o estatus. La ECRI especifica que considera que todos los seres humanos pertenecen a la misma especie y que rechaza las teorías basadas en la existencia de diferentes razas. Sin embargo, en esta Recomendación se utiliza el término “raza” con el fin de asegurar que estas personas que son percibidas general y erróneamente como pertenecientes a otra raza no sean excluidas de la protección proporcionada en esta Recomendación. La razón para criminalizar en el derecho internacional ciertas formas de discurso del odio fue la de proteger a miembros de grupos vulnerables³² y también individuos, que podían ser de un modo desproporcionado objeto de persecuciones.

³¹ ECRI, RPG n° 15, preámbulo: “The advocacy, promotion or incitement, in any form, of the denigration, hatred or vilification of a person or group of persons, as well as any harassment, insult, negative stereotyping, stigmatization or threat in respect of such a person or group of persons and the justification of all the preceding types of expression, on the ground of “race”, colour, descent, national or ethnic origin, age, disability, language, religion or belief, sex, gender, gender identity, sexual orientation and other personal characteristics or status”.

³² QUESADA Carmen, “La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso del odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, 2015, pp. 1-32; en p. 9, nota 4: “ODIHR, *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

Analizando el marco jurídico que proporciona esta Recomendación nº 15 de la ECRI, en conexión con todas las demás Recomendaciones de ese mismo organismo, que busca encuadrar algunas interpretaciones basadas en el Convenio, en la jurisprudencia del TEDH y en las normas internacionales, se podrían extraer las siguientes pautas de actuación para formular los tipos penales.

Por un lado el bien jurídico protegido sería la igual dignidad de cada persona humana, en conjunción con otros derechos como la libertad de expresión y de opinión. Se recuerda que Europa tiene una especial obligación derivada de su historia de memoria, vigilancia de luchar contra el ascenso del racismo, la discriminación racial, discriminación basada en el género, el sexismo, la homofobia, transfobia, xenofobia, antisemitismo, islamofobia, antigitanismo y antitolerancia. En ocasiones se reduce la causa de esta vigilancia al fenómeno del nazismo en la II Guerra Mundial. Esto sería una visión reduccionista. A la ECRI le preocupan los actuales fenómenos de violencia en toda Europa, recrudecidos a partir de los años 90 por la formación de nuevos Estados a raíz de la caída de los países comunistas³³. A su vez, el fenómeno de la inmigración económica, así como los ataques terroristas del DAESH en Francia, Bélgica y Turquía han puesto a todos los países europeos en alerta con nuevos actos violentos ilegales de contrarréplica contra los refugiados provenientes de Siria, así como un recelo acrecentado contra los nacionales europeos de segunda generación y tercera proveniente de esos países de religión musulmana³⁴. Además los fenómenos de política internacional, como la llegada de refugiados provenientes de Siria y Libia, debido a las redes sociales y a la globalización afectan a todos los estados miembros del Consejo de Europa, incluso a aquellos cuyas fronteras se ven menos afectadas por la llegada de los mismos.

Esta recomendación trata de ir a la raíz de las discriminaciones raciales y luchar contra ellas de un modo holístico con medidas de educación en derechos humanos y de fomento del diálogo intercultural, especialmente emprendiendo acciones positivas para

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)".

³³ Véase ELÓSEGUI, M. *El derecho a la identidad cultural en la Europa del siglo XXI*, Pamplona, EUNSA, 2012. También, ELÓSEGUI, M., *El concepto jurisprudencial de Acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la Diversidad cultural y religiosa en el espacio público*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, 459 p.

³⁴ MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier. "Islam in Strasbourg: Can Politics Substitute for Law?", en W.C: Durham, D.M. Kirham, C. Scott and R. Torfs (Eds.) *Islam, Europe and Emerging Legal Issues*, Ashgate, Aldershot, 2012, pp. 19-61.

evitar las discriminaciones raciales y removiendo barreras que dificultan la comprensión entre personas de diferentes culturas. Por otro lado, hay un abanico amplio de medidas que comienzan por los códigos de autorregulación de la prensa, códigos éticos de conducta, también en las asociaciones deportivas y de los usuarios de internet. En estos últimos casos se insiste en que las regulaciones deben ser respetuosas con la libertad de expresión. Hay que fomentar los mecanismos de aplicación de las normas existentes, y en este ámbito regular procedimientos de recepción de quejas. Entre las disposiciones legales, deben tomarse medidas, a poder ser administrativas y civiles, con compensaciones económicas y sanciones administrativas cuando existan responsabilidades administrativas, usando también este tipo de medidas contra las organizaciones. El derecho penal se considera el último instrumento a utilizar, cuando no haya otras medidas de naturaleza menos restrictiva. Su imposición se considera apropiada sólo en circunstancias muy limitadas, debido al riesgo potencial que plantean de violar el derecho de libertad de expresión ³⁵.

En este contexto de actuación penal, se distingue entre el discurso del odio con sus diferentes formas delictivas y la negación del genocidio como un delito encuadrado dentro de los anteriores, pero con un tipo penal específico. El hecho lesivo que se quiere prevenir es la discriminación racial o la lesión de la dignidad de la persona. El Convenio de Derechos Humanos utiliza como límite al derecho a la libertad de expresión el daño a la reputación de los demás. La Recomendación no habla de lesionar la “reputación”, pero sí denigrar, estigmatizar e insultar, que se podrían entender como una lesión de la reputación ³⁶. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos admite que un estereotipo

³⁵ Cabría afirmar que el planteamiento de estas Recomendaciones de la ECRI la nº 15 y la nº 7 coincide bastante con el marco apuntado por Fernando Rey de que el discurso del odio debe plantearse desde el derecho discriminatorio, con medidas amplias tanto de responsabilidad civil como administrativas. Por otro lado, plantea sancionar la difamación racial y el ataque al honor y a la dignidad en sí mismos, sin que se exija la previsión de un ataque futuro o de un peligro abstracto, muy difícil de probar. La difamación racial es ya en sí una lesión directa e inmediata de bienes jurídicos esenciales. Véase, REY MARTÍNEZ, F. “Discurso del odio y racismo líquido”, en Miguel Revenga, “Libertad de expresión y discursos del odio”, Madrid, Universidad de Alcalá, p. 52. Coincide también Rey Martínez con el planteamiento de la ECRI al sostener que el concepto central es el de discriminación (p. 54).

³⁶ En el mismo sentido y basándose en la jurisprudencia del TEDH, véase MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier. “La tragedia de Charlie Hebdo: algunas claves para un análisis jurídico”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 50, Febrero, 2015, p. 27: “ A mi entender, las expresiones ofensivas para la religión, incluso las *gratuitamente ofensivas*, sólo pueden restringirse o sancionarse en casos extremos. En concreto, cuando el lenguaje injurioso, aun no constituyendo en rigor *hate speech*, puede traducirse de hecho, por las circunstancias y el contexto, en una limitación al derecho de libertad religiosa de las personas. Por ejemplo, y sobre todo, cuando la ofensa proferida no se limita a herir los sentimientos de determinados fieles, sino que dañan seriamente la reputación de una confesión religiosa o de sus miembros, produciendo así situaciones de discriminación o dificultando que algunos ciudadanos practiquen libremente su religión. Esto es más fácil que suceda con minorías religiosas, por lo general más vulnerables a las consecuencias de la difamación, que con la religión mayoritaria”.

negativo cara a un grupo étnico puede a partir de un cierto grado, actuar sobre el sentido de la identidad de este grupo así como afectar a los sentimientos de estima de si mismo y de autoconfianza de los miembros de este grupo, y que puede afectar a la vida privada de ese individuo o grupo (de la víctima) (*Aksu c. Turquía* (GC), nºs 414904 y 41029/04, §67, CEDH, 2012). También la reputación de un ascendiente puede atentar contra el derecho a la vida privada (*Putistin c. Ucrania*, nº 16882/03, §§33 y 36-41, 21 de noviembre de 2013)³⁷.

Para ello se utilizan varios conceptos que conviene precisar. En cuanto a lo que se castiga es la provocación o incitación, en cualquier forma de la denigración, odio o vilipendio de una persona o de un grupo de personas, así como el acoso, insulto, estereotipar, estigmatizar o amenazar a esa persona o ese grupo de personas y justificar ese tipo de manifestaciones, por discriminación basada en la raza, el color, el origen nacional o étnico, la edad, discapacidad, lengua, religión o creencia, sexo, género, identidad de género u otras características o estatus. Criterios casi todos ellos contemplados en la Declaración Universal de Naciones Unidas, en el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, o en las directivas de la UE, a las que se añade género e identidad de género. En este sentido debemos incidir en que los delitos de discursos que acosen, insulten, estigmaticen y amenacen son en si mismos delictivos cuando su contenido es racista y discriminatorio. Es decir, no son delitos de provocación o incitación que requieran un resultado. A diferencia de estos, existirían también los delitos de incitación y provocación que incite a otros a cometer esos delitos de discriminación que hemos descrito. Pero nos movemos en dos tipos de delitos diferentes.

Líneas después al concretar en qué consiste la incitación, se precisa que se trata de incitar (o razonablemente que tenga el efecto de incitar a otros) a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad y discriminación contra aquellos que son objeto del mismo y se debe asegurar que es una forma seria de discurso, punto que trataremos más tarde.

Interpretando lo expresado en el texto, cabe concluir que el titular de la dignidad son las personas concretas individualmente o en grupo, pero en cuanto que cada uno de ellos posee una dignidad. No se contempla un derecho colectivo o una titularidad colectiva, aunque las demandas puedan ser accionadas colectivamente. Si bien es posible utilizar conceptos como difamación colectiva o grupos vulnerables etc, detrás de ellos estamos refiriéndonos a la dignidad individual de cada una de las personas que

³⁷ STEDH, *Perinçek c. Suiza*, de 15 de octubre de 2015.

forman parte de ese grupo ³⁸. En este sentido entendería que se otorga tutela a un daño que se pueda probar de vejación o humillación de uno varios individuos que son lesionados ³⁹. La acción penal contra conductas raciales tiene como objetivo proteger a los individuos y a los grupos, pero no a la creencias, a las ideologías o las religiones ⁴⁰. Por eso las formas de expresión crítica de ideas están protegidas por el derecho de libertad de expresión, también las que ofendan, choquen o inquieten ⁴¹.

En cuanto al ilícito penal debemos distinguir entre la existencia de actos discriminatorios como parte de un discurso discriminatorio o insultante en los que no se requiere un resultado, sino que ese mismo discurso es ya en sí un acto discriminatorio,

³⁸ Discutiremos *infra* sucintamente la categoría dogmática penal de bienes jurídicos colectivos intermedios y la peligrosidad hipotético-potencial tal y como es entendida por el profesor cerezo Mir.

³⁹ La Recomendación no habla de tutelar sentimientos subjetivos colectivos, pero indudablemente es un equilibrio difícil, como señala TERUEL, G. "La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal", *Indret*, 2015, pp. 2-51, aquí p. 18. Como he señalado al final de la introducción está pendiente de desarrollarse una verdadera tutela antidiscriminatoria de grupos vulnerables en los que a la nota de la raza se une el estigma de la religión. No llevada desde el ámbito de la ofensa de los sentimientos religiosos, ni del escarnio, ni de la blasfemia, sino por la vía del respeto a la diversidad y al trato no discriminatorio de ciudadanos europeos de diversas religiones, que incluye a los cristianos europeos, así como a los acomodados razonables y la objeción de conciencia. He señalado algunas de estas ideas en ELÓSEGUI, M., "El principio de proporcionalidad de Alexy y los acomodamientos razonables en el caso del TEDH Eweida y otros c. Reino Unido/ Das Verhältnismässigen anpassungen in der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) im Fall Eweida und Andere gegen das Vereinigte Königreich", en ELÓSEGUI, María (Coordinadora), *Los principios y la interpretación judicial de los Derechos Fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, Zaragoza, Fundación Giménez Abad, Alexander von Humboldt Stiftung y Marcial Pons, 2016, pp. 157-186 y pp. 333-365. También en: ELÓSEGUI, M., "La argumentación jurídica del tribunal constitucional alemán sobre el uso del velo. Un análisis desde la teoría de la ponderación de Alexy", *Libro homenaje al profesor Andrés Ollero*, Madrid, Editorial Congreso de los Diputados, 2015 (disponible en la web: <http://intercultural.unizar.es>). Igualmente en: ELÓSEGUI, M., "El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público", *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 30, pp. 69-96 (disponible en Dialnet).

⁴⁰ Sin embargo, como señala MARTÍNEZ- TORRÓN, J., "La tragedia de Charlie Hebdo: algunas claves para un análisis jurídico", p. 28: "El derecho fundamental a la libertad de expresión no protege la calumnia deliberada, ni tampoco el <<hate speech>>, ya sea antirreligioso o de cualquier otro tipo; es decir, el discurso encaminado a provocar odio o discriminación (sentencia Jersild y Gündüz, entre otras)". STEDH, *Jersild c. Dinamarca*, 23 de septiembre de 1994 y STEDH, *Gündüz c. Turquía*, 4 de diciembre de 2003. Además, el mismo, p. 26, nota 13, para el TEDH los juicios de valor de carácter ofensivo exigen un mínimo de base fáctica, de lo contrario se considerarían excesivos. Véase STEDH, *Patrel c. Francia*, 22 de diciembre de 2005, § 36.

⁴¹ Es común en la jurisprudencia del TEDH tratar el *hate speech* antirreligioso con mayor tolerancia que otras expresiones de incitación al odio. (Cfr., TORRÓN-MARTÍNEZ, J., o.c., p. 27). En esto coinciden entre otros REVENGA, M., o.c., p. 29, KEANE D., o.c., 661-662. No nos referimos ahora al delito de blasfemia, que ha desaparecido de la mayoría de las legislaciones, sino a la discriminación religiosa en ámbitos laborales etc, que llevaría a rechazar el acceso de personas a puestos laborales o servicios públicos por su religión. Véase VÁZQUER ALONSO, Víctor. "Libertad de expresión y religión en la cultura liberal. De la moralidad cristiana al miedo postsecular", en Miguel Revenga, o.c., p. 107. También COUNCIL OF EUROPE, *Compilation of Council of Europe standards relating to the principles of freedom of thought, conscience and religion and links to other human rights*, Strasbourg, Council of Europe, 2015, pp. 103-105.

especialmente cuando considera a unas personas inferiores por motivo de su raza o su religión. En la sentencia *Féret c. Bélgica*, se sostiene por la mayoría, cuatro votos a favor frente al disenso de otros tres de los jueces: “El Tribunal estima que la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación, como en el caso de autos, son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos”⁴². En la misma línea Martínez-Torrón señala muy certeramente que: “la justificación de que se criminalice el *hate speech* no está en la presunción de que esas expresiones provocativas vayan a producir, directa y necesariamente, situaciones de hecho de violencia o discriminación... Su razón de ser se encuentra, más bien, en que cierto tipo de lenguaje es inaceptable en una sociedad democrática porque implica una descalificación de seres humanos a los que se considera inferiores -indignos- por tener una concreta raza o sexo, o por mantener determinadas ideas o creencias”⁴³.

En el caso de la incitación y la provocación el delito no se deriva de una mera conducta, sino que debe causar actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación o peligro de que se produzcan estos actos. Sería en este contexto en el que se aplicaría el concepto de riesgo inminente y grave, lo que llevará también al análisis sobre el posible peligro, que discutiremos en breve.

En cuanto a la necesidad o no de hacer un balance en casos de conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, son varios los autores que comparten la tesis del TEDH según la cual hay situaciones en las que determinados discursos racistas no están amparados por el derecho a la libertad de expresión. Por ejemplo, Rey Martínez sostiene que el discurso del odio debe tratarse desde el derecho antidiscriminatorio y “no desde el exclusivo polo de la libertad de expresión”, ya que “en los casos en que el contenido del discurso cuestionable no es más que un insulto, ... no está cubierto de modo alguno por la libertad constitucional de expresión”⁴⁴. Como se deriva de la jurisprudencia del TEDH esa conducta no está protegida por el derecho de libertad de

⁴² STEDH, *Féret c. Bélgica*, 73.

⁴³ MARTÍNEZ- TORRÓN, J. “La tragedia de Charlie Hebdo: algunas claves para un análisis jurídico”, p. 27.

⁴⁴ REY MARTÍNEZ, F., o.c., p. 59.

expresión. Así visto el discurso del odio no es un límite a la libertad de expresión, sino acoso discriminatorio ⁴⁵.

También esta Recomendación de la ECRI considera que hay opiniones discriminatorias que por si mismas lesionan la igualdad y el honor, pero no como delitos de peligro futuro, sino como delitos de difamación e injuria ⁴⁶.

Resulta importante destacar que en el momento en que se habla de actos ya no aparece la palabra odio (aunque aparezca la de hostilidad que es bastante abstracta). A mi juicio, no se utiliza aquí la palabra odio porque el sentimiento de odio no se puede cuantificar, ni medir penalmente ⁴⁷. Lo que se miden son sus efectos. Por otro lado la incitación es a “realizar actos concretos”. En ningún momento se usa la palabra “clima hostil o clima de odio”. El discurso debe buscar incitar, luego se requiere dolo, intención racista, si bien se introduce una novedad de la posibilidad de asumir responsabilidad penal por imprudencias que generen un riesgo inminente y grave de discriminación racial, aspecto novedoso en el que nos detendremos más adelante. Por otro lado, este tipo de expresiones debe hacerse a través de medios públicos, lo que incluye determinadas formas electrónicas de comunicación. Aunque la definición de discurso del odio no se restringe a las expresiones usadas en público, la existencia de un contexto publico es un requisito esencial cuando se recomienda que las sanciones penales sean

⁴⁵ También REY MARTÍNEZ, F., o.c., p. 69. Una de las afirmaciones de este autor iría en la dirección del uso del artículo 17 del CEDH que hace el TEDH. “Esto quiere decir que el discurso discriminatorio no es un límite a la libertad de expresión y, por tanto, de interpretación estricta bajo el principio de proporcionalidad), sino que, simplemente, no es una facultad que forme parte del perímetro de su contenido” (MARTÍNEZ-TORRÓN, J., o.c., p. 29). Compartiendo esta idea, no obstante sería aconsejable que el TEDH realice una tarea de ponderación, antes de admitir una demanda de protección de libertad de expresión por considerarla abusiva. En esa línea, hay situaciones en las que el *hate speech* no está protegido por el artículo 10 del Convenio Europeo, y su criminalización es legítima. En estos casos, no se trata de hacer un balance entre dos derechos protegidos, sino que directamente estos discursos no están protegidos por el derecho de libertad de expresión. Por tanto, no se trata de que ceda uno u otro, es que uno de ellos no existe. No hay derecho a insultar. Por otro lado, la libertad de expresión protegida por el artículo 10, permite juzgar la veracidad de los datos o el rigor de las opiniones. El TEDH distingue entre las declaraciones de hecho y los juicios de valor. Esto se ha aplicado de un modo contundente a la negación de hechos históricos claramente establecidos como la negación del Holocausto judío. Por su parte, Keane apunta con sagacidad que el debate sobre la libertad de expresión en Europa es muy confuso y que la persecución de Irving en Austria frente a la inacción ante la publicación de las caricaturas de Mahoma envía un mensaje contradictorio, que consiste en entender que no se debe tolerar el discurso negacionista racista contra el Holocausto, pero se debe tolerar en el resto de casos. De manera que concluye que Europa debe abordar el derecho de los derechos humanos en la discriminación múltiple de raza-religión. KEANE, David, “Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights”, o.c., p. 662.

⁴⁶ REY MARTÍNEZ, F., o.c., p. 70.

⁴⁷ De la misma opinión REY MARTÍNEZ, F., o.c., p. 62. La ECRI estaría en contra de un derecho penal de autor y de un derecho penal del enemigo. También para ALASTUEY, Carmen. “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-14, 2016, pp. 1-38. En p. 10 afirma: “El odio es una emoción humana, no una conducta ilícita en sí misma”. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-14.pdf>

impuestas en ciertos usos del discurso del odio cuando esto interfiere con la libertad de expresión⁴⁸. De manera que las conductas expresivas privadas de discriminación racial pueden tratarse con otros medios jurídicos, como la vía civil o las sanciones administrativas etc, pero no sería apropiado crear tipos penales.

Por ejemplo, en el uso de medios escritos debe medirse si existe un acceso del público en general. Este es un elemento esencial para saber si se trata de un delito racial. Por tanto, los tres elementos comunes al discurso racial para que sea penado civil, administrativa o penalmente es que sea público y persiga discriminar racialmente a una persona, con intención de denigrarle, siendo también un criterio que la persona que emite ese discurso o conducta expresiva refleje o promueva la injustificada asunción de que se considera superior a la persona o grupo que denigra o insulta. Es evidente que este hecho se debe de probar. Además en materias penales no se admite la inversión de la carga de la prueba.

Siguiendo con una posible interpretación, al margen de los discursos claramente racistas e insultantes que serían un delito en si mismas, hay otras conductas que pueden ser juzgadas también por el peligro que suponen para la vida o la integridad de las personas criticadas. En este caso, se deriva que la recomendación no anima a penalizar palabras que impliquen una peligrosidad abstracta, sino como mucho una peligrosidad potencial o hipotética y/o una peligrosidad concreta⁴⁹ o creen una situación de riesgo grave. Por tanto, no se esta recomendando a los Estados adelantar la barrera punitiva persiguiendo un peligro abstracto, aunque sí un peligro potencial. Para medir si hay riesgo de que se produzcan esos actos hay que tener en cuenta las circunstancias específicas en el que se produce el discurso. Concretamente si existen tensiones en la sociedad, la capacidad de la persona de usar ese discurso para influir en otros (es decir, si ocupa un papel relevante por ser político, un líder religioso o líder de una comunidad), la naturaleza y dureza del lenguaje usado (si es provocativo y directo, si implica estereotipos negativos, estigmatización, capaces de incitar a los actos mencionados), si se realizan reiteradamente, si hay posibilidad de contra-argumentar o no, especialmente en el curso de un debate, el medio usado y la naturaleza de la audiencia⁵⁰. En mi

⁴⁸ Ídem, nº 20.

⁴⁹ Admito que la cuestión sobre el peligro abstracto, hipotético y concreto quizá no queda muy explicitada y requiera un mayor análisis. Según lo apuntado en alguna jurisprudencia española "En el caso de la peligrosidad potencial o hipotética, también llamada por la doctrina penalista peligro abstracto -concreto, no se requiere un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. La situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro" (Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sentencia de 22 de octubre de 2014), en interpretación del artículo 325 del Código Penal.

⁵⁰ ECRI, RPG nº 15, y ECRI, RPG nº 16.

opinión, el juez debe hacer una valoración del contexto social y se debe probar la conexión casual entre el discurso emitido y sus efectos, así como probar el resultado lesivo, el riesgo y la peligrosidad, que pueden ser también potenciales.

Se caracteriza como una forma especial de discurso del odio los supuestos en los que dicho discurso adquiera la forma de una negación pública, trivialización, justificación o condonación del crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra, cuya existencia haya sido reconocida por los tribunales, y la glorificación de las personas condenadas por haber cometido tales crímenes. Aplicando las características indicadas en el párrafo anterior a esta justificación de crímenes de genocidio, para calificarlas como delitos de odio, deben responder a la intencionalidad de denigrar o estigmatizar a personas o grupos actuales por razón de su raza, religión nacionalidad o por su origen étnico etc. La criminalización de este discurso está relacionado con su objetivo, que es herir a individuos o grupos. De lo que se deriva que debe haber incitación a denigrar a personas o grupos, que se exige dolo con intención racista y realizarse de modo público a lo que se añade la posibilidad de penar la conducta imprudente grave. El contenido del injusto es que se genere un peligro cierto de actos ilícitos contra las personas o grupos, que incluye el riesgo inminente o real, aunque no sólo un peligro concreto. Junto a ello, la libertad de expresión como crítica a determinadas creencias, ideologías o religiones estará protegida por el derecho a la libertad de expresión contemplado en el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, dentro de los límites marcados por la jurisprudencia del TEDH ⁵¹.

Otras dos características que deben confluír para dar lugar a delito de discurso de odio es que ese discurso refleje o promueva una asunción injustificada de que quien lo emite se considera superior a una persona o a un grupo que son objeto de esa crítica. Además ese discurso debe tener como intención el incitar o esperar razonablemente el efecto de incitar a otros a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra quienes va dirigido el discurso crítico, ya que de este modo esto constituye una forma especialmente seria de discurso de odio. Es decir, el elemento de incitación implica que exista una clara intención de incitar a cometer actos de esos tipos, o un riesgo inminente de que esos actos ocurran a consecuencia de ese particular discurso de odio utilizado ⁵². No se especifica si la incitación es directa o indirecta. Entendemos que ambas entrarían en el tipo, discusión que abordaremos después con más detalle.

⁵¹ MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier. "¿Libertad de expresión amordazada? Libertad de expresión y libertad de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo", en Javier Martínez-Torrón y Santiago Cañamares (coords), *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 83-120.

⁵² Cfr, ECRI, RPG nº 15, Explanatory Memorandum, § 14.

En este marco jurídico, se explicita un delito con tipo especial que tendría lugar en la forma de negación pública, trivialización, justificación o condonación de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra (retomando la recomendación nº 7 de la ECRI). Se inauguran dos conceptos que no figuraban en los tratados internacionales, a saber los de condonación y el de glorificación (que podríamos considerar equivalente al de enaltecimiento) de las personas que han cometido esos crímenes. El memorándum proporciona una definición de los términos empleados. Concretamente resulta útil aclarar que el término “glorificación” se entiende cómo la celebración o alabanza de alguien que haya cometido genocidio. Así como se define “condonación”, como excusar, perdonar o pasar por alto una particular conducta⁵³. Esos genocidios deben de haber sido reconocidos por los tribunales, especificando que se trata de casos sobre los que haya recaído sentencia firme en tribunales nacionales e internacionales (siguiendo el Convenio de Cibercriminalidad y su protocolo adicional⁵⁴ que admite ambos). Todas esas conductas descritas para ser delictivas deben haber sido realizadas con un fin racista y/o discriminatorio.

En la otra cara de la moneda se sitúa la defensa de la libertad de expresión y el peligro de que la penalización de determinadas conductas como delitos de odio puedan ser usadas por los gobiernos para suprimir cualquier libertad de crítica en la sociedad o silenciar a las minorías o de crítica política o de crítica de las creencias⁵⁵. A su vez la libertad de expresión protege discursos que pueden ofender, chocar o herir⁵⁶. En la sentencia *Féret c. Bélgica* se indica que “La tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que, en principio, se puede considerar necesario, en las

⁵³ ECRI, RPG nº 15, Explanatory Memorandum, § 7. m y § 7. e respectivamente.

⁵⁴ Consejo de Europa, Convenio sobre Cibercriminalidad, Firmado en Budapest el 23 del 11 de 2001. Ratificado por España el 20 de mayo de 2010. BOE núm 226, Viernes 17 de septiembre de 2010, Sec. I. Páginas 78847-78896. Instrumento de Ratificación del Protocolo adicional al Convenio sobre la Cibercriminalidad relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 2003. BOE núm. 26, de 30 de enero de 2015, páginas 7214 a 7224 (11 págs.)

⁵⁵ Sobre el debate en Francia en relación con la injerencia en la libertad de cátedra, véase Pierre NORA, historiador francés, “Lois mémorielles: pour en finir avec ce sport législatif purement français”, *Le Monde* 28 del 12 de 2011. CRUZ DÍAZ, José. “Más allá del consecuencialismo: la tutela penal contra el discurso negacionista en Francia”, en José Cruz Díaz y Rafael Rodríguez Prieto (Coord.), *Holocausto y crímenes contra la humanidad. Claves y recorridos del Antisemitismo*, Barcelona, Anthropos, 2009, pp. 107-147. En cuanto a la posible utilización de los gobiernos de la restricción de la crítica para acallar a la oposición o para defender al Estado de la llegada de un régimen autoritario o de la imposición de la Shariá o contra el terrorismo es ingente la jurisprudencia del TEDH relacionada con Turquía. Véase por todas, KILINÇ, Ümit, “La conception de la démocratie militante dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l’homme”, pp. 317-325.

⁵⁶ STEDH, *Hansyde c. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976, serie A, número 24, § 49. STEDH, *Soulas c. Francia*, 10 de julio de 2008.

sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa), si se vela por que las <<formalidades>>, <<condiciones>>, <<restricciones>> o <<sanciones>> impuestas sean proporcionales al fin legítimo perseguido (en lo que respecta al discurso del odio y la apología de la violencia, mutatis mutandis, Sentencia *Sürek c. Turquía* (TEDH 1999, 28 (GS) nº 26682/1995, 62, TEDH 1999-IV y, especialmente *Gündüz c. Turquía* (TEDH 2003, 81, nº 35071/1997, 40, TEDH 2003-IX)⁵⁷.

III. LA RECOMENDACIÓN DE POLÍTICA GENERAL DE LA ECRI Nº 7 Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La Recomendación se basa en los siguientes instrumentos internacionales: la Declaración adoptada por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa en su primera Cumbre, celebrada en Viena los días 8 al 9 de octubre de 1993; la Declaración Final y el Plan de Acción adoptados por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados Miembros del Consejo de Europa en su segunda Cumbre, celebrada en Estrasburgo los días 10 y 11 de octubre de 1997; en el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos; en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; en la Convención núm. 111 de la Organización Internacional del Trabajo con respecto a la discriminación (empleo y ocupación); en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; en la Convención para la Prevención y el Castigo del delito de genocidio; en la Recomendación General de política núm. 1 de la ECRI relativa a la lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia, y la Recomendación General de política núm. 2 de la ECRI relativa a los organismos nacionales especializados en la lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia; en la Declaración y el Programa de Acción adoptados por la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia celebrada en Durban (Sudáfrica), del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001⁵⁸.

Pide a los Estados contratantes del CEDH que adopten una visión integrada para combatir el racismo desde todas las ramas del derecho, es decir utilizando el derecho constitucional, civil, administrativo y penal. La ECRI recomienda que se adopten

⁵⁷ STEDH, *Féret c. Bélgica*, 64.

⁵⁸ Considerandos del preámbulo de la RPG de la ECRI nº 7.

principalmente disposiciones en las tres primeras ramas indicadas, y sólo adicionalmente disposiciones penales. Lo que indica la Recomendación es un nivel mínimo deseable, que no impide que los Estados establezcan mayores garantías contra el racismo y la discriminación racial.

En la RPG nº 7 se aconseja que los Estados elaboran una legislación integral antidiscriminatoria. La Recomendación exhorta a que los Estados definan claramente la discriminación racial directa e indirecta (§ 4)⁵⁹. En el caso de España, se traspusieron las Directivas 2000/43 y 2000/78 de la UE⁶⁰ en la Ley 62/2003⁶¹, en sus artículos 27 al 43. Esta Ley no fue una Ley específica, sino una Ley de Acompañamiento que enmendó 50 leyes existentes. Esta trasposición utilizando una Ley de acompañamiento ha sido criticado por organismos internacionales de control, entre ellos, tanto por la ECRI en su IV informe sobre España⁶², como por el Comité de eliminación de la discriminación racial de Naciones Unidas⁶³.

En dicha Ley 62/2003 se define y prohíbe la discriminación directa e indirecta en general, sin embargo la definición no incluye los motivos de raza, color, lengua,

⁵⁹ ECRI, RPG nº 7, § 1: Definiciones. 1. A los efectos de la presente Recomendación se aplicarán las siguientes definiciones:

a) "racismo" se entenderá como la creencia de que, por motivo de la raza, el color, el idioma, la religión, la nacionalidad o el origen nacional o étnico, se justifica el desprecio de una persona o grupo de personas o la noción de superioridad de una persona o grupo de personas.

b) "discriminación racial directa" se entenderá como todo trato diferenciado por motivos de raza, color, idioma, religión, nacionalidad, u origen nacional o étnico, que no tenga una justificación objetiva y razonable. El trato diferenciado no tiene

una justificación objetiva y razonable si no persigue un objetivo legítimo o si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende alcanzar.

c) "discriminación racial indirecta" se entenderá que ocurre en aquellos casos en los que un factor aparentemente neutral, como pueda ser una disposición, un criterio o una práctica, sea más difícil de cumplir o ponga en una situación de desventaja a las personas pertenecientes a un grupo determinado por motivos

de raza, color, idioma, religión, nacionalidad, u origen nacional o étnico, a menos que dicho factor tenga una justificación objetiva y razonable. Tal sería el caso si se persigue un objetivo legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende alcanzar.

⁶⁰ Directiva 2000/43/EC del Consejo de la Unión Europea relativa a la aplicación del principio de la igualdad de trato entre las personas, independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78/EC del Consejo de la Unión Europea, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación;

⁶¹ Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

⁶² ECRI Report on Spain (fourth monitoring cycle). Adopted on 7 December 2010. Published on 8 February 2011. Strasbourg: ECRI Secretariat. Directorate General of Human Rights and Legal Affairs Council of Europe. Disponible en: <https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Spain/ESP-CBC-IV-2011-004-ENG.pdf>.

⁶³ UN Committee for the Elimination of Racial Discrimination (CERD) (2016), Conclusiones sobre España, p. 2.

ciudadanía u origen nacional. En cuanto a las constituciones se alienta a que se recojan entre los supuestos por lo que no se debe discriminar, los motivos de raza, color, idioma, religión, nacionalidad, u origen nacional o étnico

La Recomendación nº 7 de la ECRI anima a que se pongan en práctica acciones positivas para evitar las discriminaciones raciales en todos los ámbitos. En las mencionadas leyes españolas está previsto el empleo de acciones positivas en el mercado laboral. También son aplicables en el ámbito educativo (Ley Orgánica 2/2006 en su artículo 80). De un modo general la Constitución española en su artículo 9.2 establece una obligación positiva por parte de las autoridades públicas para promover la igualdad real y remover los obstáculos que impidan su total disfrute. Por ello la jurisprudencia del TC español ha considerado legítimas las acciones positivas.

En el campo del derecho civil y del derecho administrativo, según la Recomendación nº 7, debería incluirse entre las formas de discriminación, no sólo la segregación, sino también la intención declarada de discriminar, instruir en la discriminación, incitar a otros a discriminar, ayudar a otros a discriminar⁶⁴.

Además se anima a garantizar a las víctimas el acceso a los procedimientos judiciales y/o administrativos, así como a los procedimientos de conciliación. En el caso de la discriminación racial se considera que debería haber inversión de la carga de la prueba⁶⁵. Igualmente la Ley 62/2003 se aplica tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas, tanto en los sectores privados como en los públicos⁶⁶. No obstante, se constata la carencia de unas garantías específicas para evitar la discriminación para los no residentes o por motivos de ciudadanía o nacionalidad.

En relación con lo previsto en el número 7 de la RPG § 7: "La legislación debería estipular que la prohibición de la discriminación es aplicable a todas las autoridades públicas y a todas las personas físicas y jurídicas, tanto en el sector público como privado y en todas las esferas, particularmente en las siguientes: empleo; afiliación a organizaciones profesionales; educación; formación; vivienda; salud; protección social; bienes y servicios dirigidos al público y lugares públicos; ejercicio de actividades económicas; servicios públicos", la ley 62/2003 recoge todos estos aspectos, con excepción de los policía y el ámbito militar. Si bien, la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, contempla en su artículo 6 la necesidad de respetar la igualdad de oportunidades en el acceso a esos cuerpos.

⁶⁴ Cfr., ECRI, RPG nº 7, § 6.

⁶⁵ Cfr., ECRI, RPG nº 7, § 10.

⁶⁶ European Equality Law Network (EELN) (2016), Country report on non-discrimination: Spain, p. 48. . Elaborado por Lorenzo Cachón Rodríguez de la Universidad Complutense de Madrid. Periodo 1 de enero al 31 de diciembre de 2015. <http://www.equalitylaw.eu/downloads/3682-2016-es-country-report-nd> (consultado 30 de noviembre de 2016).

La Constitución española en su artículo 9.2 cumple con el requerimiento de la Recomendación en su número 8 de “imponer a las autoridades públicas el deber de promover la igualdad y de prevenir la discriminación en el ejercicio de sus funciones”. En relación con el § 9 de la Recomendación nº 7: “La legislación debería imponer a las autoridades públicas el deber de garantizar que los beneficiarios de contratos, préstamos, subvenciones u otras prestaciones públicas respeten y promuevan una política de no discriminación. En particular, la legislación debería estipular que las autoridades públicas otorguen contratos, préstamos, subvenciones u otras prestaciones a condición de que el beneficiario respete y promueva una política de no discriminación y prever también que la violación de tal condición pueda suponer la terminación del contrato, subvención, o cualquier otra prestación. El ordenamiento jurídico español cumple con esa sugerencia, ya que el Real Decreto Legislativo 3/2011 en su artículo 60.1⁶⁷ prohíbe la adjudicación de contratos a entidades que hayan sido condenadas por constituir o integrar organizaciones o grupos criminales, asociaciones ilegales, hayan financiado ilegalmente partidos políticos o hayan cometido crímenes contra los derechos de los trabajadores o hayan sido sancionados por graves delitos en materias profesionales o hayan cometido distorsiones en la igualdad de oportunidades y no discriminación de personas con minusvalías, u otros. Todas esas conductas discriminatorias están recogidas en el Estatuto de los Trabajadores como delitos graves. Además el artículo 17.1 del Estatuto de los trabajadores prevé la nulidad e invalidez de cualquier legislación, contrato individual o acuerdo colectivo que contenga cláusulas discriminatorias en el ámbito laboral. Este artículo no cubre otro tipo de regulaciones laborales internas o de profesiones independientes y organizaciones de empresarios. Tampoco se extiende a otros campos fuera del derecho laboral.

En relación con las garantías judiciales en caso de violación de estos derechos, en palabras del propio Tribunal Constitucional: “...el artículo 53.2 CE atribuye la tutela de los derechos fundamentales primariamente a los Tribunales ordinarios (...), por lo que la

⁶⁷ Real Decreto legislativo que aprueba texto refundido. Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. (132/000005). Art. 60.1 : “Subsección 3.ª Prohibiciones de contratar. Artículo 60. Prohibiciones de contratar.

“1. No podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de asociación ilícita, corrupción en transacciones económicas internacionales, tráfico de influencias, cohecho, fraudes y exacciones ilegales, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación y receptación y conductas afines, delitos relativos a la protección del medio ambiente, o a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio. La prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o a beneficio de dichas personas jurídicas, o en las que concurran las condiciones, cualidades o relaciones que requiera la correspondiente figura de delito para ser sujeto activo del mismo”.

articulación de la jurisdicción constitucional con la ordinaria ha de preservar el ámbito que al Poder Judicial reserva la Constitución (...). El respeto a la precedencia temporal de la tutela de los Tribunales ordinarios exige que se apuren las posibilidades que los cauces procesales ofrecen en la vía judicial para la reparación del derecho fundamental que se estima lesionado (...) esta exigencia, lejos de constituir una formalidad vacía, supone un elemento esencial para respetar la subsidiariedad del recurso de amparo y, en última instancia, para garantizar la correcta articulación entre este Tribunal y los órganos integrantes del Poder Judicial, a quienes primeramente corresponde la reparación de las posibles lesiones de derechos invocadas por los ciudadanos, de modo que la jurisdicción constitucional sólo puede intervenir una vez que, intentada dicha reparación, la misma no se ha producido"⁶⁸.

En relación con el § 10 de la Recomendación nº 7, sobre garantizar que todas las víctimas de la discriminación puedan acceder fácilmente a los procedimientos judiciales y/o administrativos, incluyendo los procedimientos de conciliación, la legislación española prevé procedimientos administrativos y de conciliación para materias civiles y laborales, así como métodos de resolución alternativa de conflictos como la mediación⁶⁹.

Aquellas personas con ingresos familiares menores que el doble del salario mínimo tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita. Esto se aplicará igualmente a los extranjeros⁷⁰. La Ley 42/2015 para la reforma de la LEC "establece los máximos para tener acceso a la justicia gratuita, en dos veces el indicador público de renta de efectos múltiples para personas no integradas en ninguna unidad familiar, en dos veces el mismo indicador para personas integradas en unidad familiar con menos de cuatro miembros; o en el triple de dicho indicador, cuando se trate de unidades familiares integradas por cuatro o más

⁶⁸ STC 284/2000, de 27 de noviembre. Citada en Sinopsis realizada por: Isabel María Abellán Matesanz. Letrada de las Cortes Generales. Diciembre 2003. Actualizada por Sara Sieira. Letrada de las Cortes Generales. 2011. Fuente: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=53&tipo=2>

⁶⁹ Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Texto consolidado. Última modificación: 31 de julio de 2015. 2. Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley: a) La mediación penal. b) La mediación con las Administraciones públicas. c) La mediación laboral. d) La mediación en materia de consumo (Cfr. Art.2).

⁷⁰ Ley 1/1999 de Asistencia Jurídica Gratuita y posteriores modificaciones en la Ley 42/2015 para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Véase como se recoge en *el Informe de Delitos de odio de 2015*, Ministerio del Interior, 2016, p. 7: "Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito mediante la que se transpone la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos; y el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito".

miembros o que tengan reconocida su condición de familia numerosa”⁷¹. Traducido en cifras eso significa que los ingresos mínimos deben ser de 12.780,26 euros anuales para el primer grupo, 15.975,33 para el segundo y 19.170,39 para el tercero⁷².

Existen unos supuestos en los que se prestará la asistencia gratuita con independencia de los ingresos, que resultan de sumo interés para la cuestión de víctimas del racismo. Estos grupos protegidos, siempre que los procesos tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas, son las víctimas de violencia de género, de terrorismo, de trata de seres humanos, los menores de edad y las personas con discapacidad. Otros supuestos cubiertos son los procesos de reclamación de indemnizaciones por los daños sufridos por las víctimas de accidentes con secuelas permanentes que le impidan ejecutar su ocupación laboral⁷³.

En la práctica, las víctimas de discriminación no tienen facilidad para el acceso a los tribunales en general⁷⁴, no ya sólo a la asistencia jurídica gratuita⁷⁵. Con lo que en España no se cumple debidamente con lo recomendado por la ECRI en este punto. Tampoco está establecido un procedimiento de mediación informal a través de alguna de las instituciones de igualdad para resolver las demandas individuales⁷⁶. Cabe apuntar aquí la función del Consejo para la eliminación de discriminación racial y étnica, así como el servicio que se ofrece de atención de víctimas.

En relación con la inversión de la carga de la prueba sugerida en el §11 de la Recomendación 7, la Ley 62/2003 en su artículo 32 prevé dicho mecanismo también en los casos de discriminación por motivos raciales o étnicos⁷⁷. Esta Recomendación nº 7 aconseja

⁷¹ SÁNCHEZ, Alberto. “ Justicia gratuita, pero no para todos: quién puede y quién no acceder a ella en España”, *Hipertextual*, 1 de agosto de 2016. Disponible online: <https://hipertextual.com/2016/08/justicia-gratuita> (consultado el 20 de enero de 2017).

⁷² Cfr., *Idem*.

⁷³ Cfr., *Idem*.

⁷⁴ Aunque se ha mejorado la situación con la creación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, BOE-A-2015-4606.

⁷⁵ Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities (2015). Fourth opinion on Spain, ACFC/OP/IV (2014) 003, p. 8.

⁷⁶ *Idem*, ACFC (2014), p. 8.

⁷⁷ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas disciales, administrativas y de orden social. “**Artículo 32. Carga de la prueba en relación con el origen racial o étnico.** En aquellos procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico de las personas, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. EELN, p. 11: “The Civil Procedure Law (Law 1/2000) regulates the burden of proof in court and shifts the burden of proof in certain cases. In the field of anti-discrimination law, Law 62/2003 establishes the possibility of a shift in the burden of proof on the ground of discrimination by racial or ethnic origin (in all fields) (Article 32), and in the field of employment on the ground of discrimination by racial or ethnic origin, religion or belief, disability,

en materias civiles y administrativas una carga de la prueba compartida. Esto quiere decir: “que el denunciante debe de confirmar los hechos que acreditan la presunción de discriminación después de lo cual la responsabilidad se traslada al demandado que tendrá que demostrar que no hubo tal discriminación”⁷⁸. Esto no sería posible en materias penales, en las que no cabe inversión de la carga de la prueba.

Como contraste, la legislación española no cumple con lo recomendado en el punto 12 de la Recomendación nº 7, según el cual: “La legislación debería prever sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para los casos de discriminación. Tales sanciones deberían incluir el pago de indemnizaciones por los daños, tanto materiales como morales, ocasionados a las víctimas”. Estas sanciones han sido establecidas para materias penales y en el campo del empleo⁷⁹.

Según el informe de EELN (European Equality Law Network) de 2016⁸⁰, los castigos son proporcionados porque la Ley establece una jerarquía de ofensas proporcionadas (menor, grave y muy grave) y de castigos (mínimo, medio y alto), pero no son efectivos ni disuasivos porque muchos casos de discriminación en los que se viola la ley no son denunciados y por tanto no llegan a los tribunales.

En conclusión del examen de la normativa constitucional, civil, administrativa se deriva que en España existen los instrumentos jurídicos necesarios para realizar el seguimiento de la conformidad de las leyes, reglamentos y disposiciones administrativas a todos los niveles, como son el Instituto de la Mujer y de la Igualdad de oportunidades y la Defensoría del Pueblo.

IV. LA ADECUACIÓN DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL A LA RECOMENDACIÓN DE POLÍTICA GENERAL N ° 7 DE LA ECRI

A continuación haremos un examen para comprobar si el actual Código Penal español, en la reforma de 2015, especialmente en su artículo 510⁸¹, se adecua a los

age or sexual orientation (Article 36). The General Law on the rights of persons with disabilities and their social inclusion (RDL 1/2013) establishes a shift in the burden of proof on the ground of disability (Article 77)”.

⁷⁸ ECRI, RPG nº 7, §11 y § 29 del Memorándum explicativo.

⁷⁹ Ley 62/2003, art. 181.2, prevé sanciones económicas por discriminación racial en el empleo, incluyendo multas y compensaciones.

⁸⁰ European Equality Law Network (EELN) (2016), Country report on non-discrimination: Spain. <http://www.equalitylaw.eu/downloads/3682-2016-es-country-report-nd>

⁸¹ Sobre el contexto de la reforma del art. 510 CP, véase entre otros GÓMEZ MARTÍN, Víctor, “Discurso del odio y principio del hecho”, en *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, Dirigido por Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, Valencia, Tirant lo Blanc, 2012, pp. 106-109. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad? A propósito de los delitos de odio y la discriminación en el Código penal español”, en *Constitución y sistema penal*, Dir. Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 193-194. GÓMEZ MARTÍN, Víctor, “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”,

requisitos sugeridos por el Recomendación de la ECRI nº 7 sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial ⁸².

El artículo 510.1. a) penaliza expresamente la incitación pública a la violencia, al odio o a la discriminación por motivos racistas en conformidad con lo exigido por el art. 18 a) de la recomendación nº 7. Si bien, el código penal español no incluye expresamente los motivos de color, lengua y ciudadanía como causas de discriminación.

Una cuestión crucial en el derecho penal la constituye el tema de si se requiere que la incitación pública sea directa o indirecta. La Recomendación de la ECRI en este punto no lo especifica, pero cabe concluir que incluye a ambas, si tenemos en cuenta el contexto de la Recomendación y de las definiciones del número 1, en el que define la discriminación racial directa e indirecta, así como su asunción de las definiciones establecidas en las Directivas de la UE: “Las definiciones de discriminación racial directa e indirecta contenidas en los apartados 1 b) y c) de la Recomendación se inspiran en las definiciones contenidas en la Directiva 2000/43/CE del Consejo de la Unión Europea relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico , y en la Directiva 2000/78/CE del Consejo de la Unión Europea relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación , y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” ⁸³, se entiende que se debe penalizar tanto la incitación directa como la indirecta ⁸⁴. Precisamente en temas penales la Recomendación prevé que las legislaciones nacionales penales adopten definiciones más precisas con objeto de respetar los principios fundamentales de esta rama del derecho ⁸⁵. Además en una serie de ámbitos, “los Estados miembros pueden sencillamente aplicar unas normas generales que no necesitan estipularse en la presente Recomendación. Este es el caso,

Revista electrónica de ciencia penal y criminología, nº 18, 2016, pp. 1-25. ISSN 1695-0194. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-20.pdf>

⁸² Una opinión muy crítica con la reforma del Código Penal es la mantenida por ALASTUEY LOBÓN, Carmen. “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-14, 2016, pp. 1-38. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-14.pdf>

⁸³ ECRI, RPG nº 7, Memorándum explicativo, § 8, p. 13.

⁸⁴ 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*, nº 26, 2012, pp. 283-309. Afirma este autor en nota 6, p. 75 que: “El TEDH cuando decide sobre un caso de discurso del odio no valora si este se realiza de forma directa o indirecta. Los estándares que este Tribunal emplea para decidir en estos casos son: que sea un comportamiento que esté regulado por la Ley; 2) que persiga una finalidad legítima; 3) que sea una medida necesaria en una sociedad democrática; y 4) que sea proporcional a los fines previstos en la propia ley”. Así se refleja en el análisis que realizo de la sentencia *Perinçek c. Suiza* (Gran Cámara), 15 de octubre de 2015. Ver ELÓSEGUI, M. “La negación o justificación del genocidio como delito”, *Revista de Derecho Político, Revista de Derecho Político*, o.c., nº 98, 2017.

⁸⁵ ECRI, RPG nº 7, § 7, p. 13.

por ejemplo, en derecho civil, de la responsabilidad múltiple, de la responsabilidad indirecta y del establecimiento de niveles de daños; en derecho penal, de las condiciones de responsabilidad y de la estructura de las sentencias; y en cuestiones de procedimiento, de la organización y jurisdicción de los tribunales”⁸⁶.

4.1. La incitación pública

Por otro lado, la Recomendación de la ECRI resume la conducta penalizada en una “la incitación pública”, mientras que el código penal español la extiende en tres palabras, “fomentar, promover o incitar”. Para algunos autores como Gascón⁸⁷ y Roig Torres⁸⁸ bastaría con el término incitar. Coincidiría ello con la redacción de la Recomendación nº 7.

Es destacable la noción de publicidad porque eso lleva a respetar y garantizar la libertad de expresión en ámbito privado. De todos modos en la Memoria explicativa se argumenta que el carácter público debe ser entendido de manera que abarque declaraciones pronunciadas en reuniones de organizaciones neonazis o en foros de internet⁸⁹. En este sentido la Recomendación nº 15 ha definido con más precisión qué ámbitos del discurso público en internet deben atacarse desde el derecho civil, administrativo o penal, siguiendo también la Declaración del Consejo de Europa sobre Ciberdelitos.

En el caso del Código Penal español, la introducción de los términos de “incitar de manera directa o indirecta” las conductas racistas descritas fue un deseo de una parte de la doctrina penalista y de la fiscalía⁹⁰, compatible con el hecho de que otra gran parte de la doctrina española penalista y constitucionalista esté criticando la tendencia expansionista del derecho penal en la reforma de 2015⁹¹.

⁸⁶ ECRI, RPG nº 7, § 4. p. 12.

⁸⁷ GASCÓN CUENCA, A., o.c., p. 75

⁸⁸ ROIG TORRES, Margarita. “Los delitos de racismo y discriminación” (arts 510, 510 bis, 511 y 512)”, en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, dirigido por José L. González Cussac, Valencia, Tirant lo Blanc, 2015, p. 1255.

⁸⁹ Idem, punto 38, p. 19.

⁹⁰ AGUILAR GARCÍA, Miguel Ángel. “La reforma del art. 510 del Código Penal”, *La Ley* 89, (2011), p. 6. AGUILAR GARCÍA, M.A., “La reforma del art. 510 del Código Penal”, *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y penitenciario*, nº 86, 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.

⁹¹ Por ejemplo, estaban de acuerdo con la interpretación del TS en la sentencia de la librería Kalki, ALASTUEY DOBÓN, C., “La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas”, *Diario La Ley*, Año XXXV,

En relación con la hostilidad, la Recomendación nº 7 no utiliza ese concepto, pero se incluye en la Recomendación reciente nº 15 en los párrafos 8, 9 y 10, en concordancia con la Recomendación número R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 30 de octubre a la que la Recomendación hace una referencia clara en su preámbulo remitiéndose a ella ⁹². En cuanto a quiénes poseen legitimación para actuar ante los tribunales, la Recomendación entiende que las víctimas son personas o grupos de personas ⁹³. A mi juicio es evidente que los titulares de los derechos son los individuos, pero eso es compatible con una acción grupal. La lesión de la dignidad de un grupo por sufrir discriminación racial está compuesta por la suma de las dignidades individuales de cada una de las personas que forman parte del grupo. Por tanto la formulación del texto de la ECRI es adecuada y la del Código penal español en su reformado artículo 510. 1. a) también lo es ⁹⁴.

La Recomendación nº 7, § 18 b) queda recogida en el ordenamiento español por las normas generales de difamación previstas en los artículos 205 al 207 del Código Civil, así como los insultos (artículos 208 al 210 del Código Civil) en combinación con el artículo 22.4 de Código Penal sobre las circunstancias agravantes ⁹⁵. Según figura en la memoria explicativa nº 40 de la RPG nº 7: “El término “difamación” contenido en el § 18 b) debería entenderse en un sentido amplio, incluyendo particularmente la injuria y la calumnia”.

Esta agravante de discriminación del art. 22. 4 CP exige la prueba plena de la condición de la víctima y la intencionalidad del autor. La introducción de esta agravante en el Código Penal español de 1995 dio lugar a numerosos debates doctrinales, que no son objeto de este artículo. En nuestro caso, somos partidarios de su introducción, sin obviar los problemas de interpretación judicial que plantea en la práctica. A modo de resumen recogemos entre la numerosa jurisprudencia el comentario vertido por el

Número 8245, jueves, 6 de febrero de 2014, pp. 1-12. y ALCÁCER GUIRAO, R., “Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH”, *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 97, 2013, pp. 309-341.

⁹² GASCÓN, A., *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Número 32, (2015), p. 75, nota 11, recoge que el apéndice de la recomendación nº R(97) “especifica como lenguaje del odio: la hostilidad en contra de las minorías, los migrantes o las personas de origen migrante”.

⁹³ Según mi interpretación de la RPG nº 15, como ya se ha dicho *supra*, lo que se lesiona es la dignidad de la persona individual. También cuando hablamos de grupo estamos refiriéndonos a la dignidad de varias personas, no es que haya una titularidad grupal, si bien la acción judicial, civil, administrativa o penal podrá ser individual o colectiva.

⁹⁴ La redacción anterior del artículo 510 era quizá confusa, pero la discusión sobre si comprendía a los individuos o no era kafkiana, no por parte de la interpretación de la doctrina, sino quizá por su mala redacción. Una interpretación literal era del género absurdo.

⁹⁵ Art. 22. 4 CP vigente: "Son circunstancias agravantes: cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, la religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

Tribunal Supremo en la Sentencia 1145/2006, de 23 de noviembre : “Esta circunstancia que ya había sido incorporada a nuestra legislación penal en la reforma por LO 4/1995 de 1 de mayo, ha sido objeto de críticas doctrinales, por cuanto se basa en algo que pertenece al juicio interno del autor, lo que impide encontrar razones por las que la gravedad objetiva del delito sea mayor, y delimitar, en términos de seguridad jurídica, que es un comportamiento racista, antisemita o discriminatorio, es introducimos en un terreno valorativo que sin duda se presta a la discrecionalidad, por cuanto lo que caracteriza la circunstancia es que el racismo, el antisemitismo o cualquier sentimiento discriminatorio, sea el motivo de cometer el delito, por tanto nos encontramos ante la averiguación, en términos de carga de prueba, de un elemento motivacional que solo podrá deducirse de indicios. Es cierto que en muchos supuestos estarán acreditados de forma palmaria, pero también lo es que pudiera producirse casos límite de muy compleja solución. No obstante los valores de antirracismo, antisemitismo o tolerancia ideológica y religiosa son valores esenciales de la convivencia, y el derecho penal debe cumplir su función de asentar tales valores en el seno del tejido social, de ahí que entienda positiva su incorporación al CP, pero de la misma manera, para no vulnerar los postulados de seguridad jurídica, debe determinarse con precisión que éste y no otro ha sido el móvil del delito, para evitar la aplicación indiscriminada de esta circunstancia agravante por más que algunos hechos ofendan los valores más esenciales de nuestra convivencia. Por ello para la aplicación de esta circunstancia será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate, así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad, y esto es una injerencia o juicio de valor que debe ser motivada”⁹⁶ y continúa: “elemento este último de carácter subjetivo relativo al móvil o ánimo específico que ha de inspirar la acción del autor y que no ha de ser otro que alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, debiendo recogerse estos extremos en la motivación existente en el fundamento de hechos probados. La agravante vista es de carácter personalísimo como se desprende de la dicción literal del artículo 22.4 del Código Penal, al señalar éste que supone una agravación en la penalidad el cometer el delito por los motivos que constan, no pudiendo sobrepasar a terceras personas distintas del agredido, como pudieran ser los padres,

⁹⁶ Recogida en la Ley Digital, Guías Jurídicas. Motivos racistas y discriminatorios. http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUjY0MLtbLUouLM_DxblwMDCwNzA7BAZlqIS35ySGVBqm1aYk5xKgBfRrMwNQAAAA= =WKE

restantes familiares, amigos, etc.. El motivo que provoca la agresión debe concurrir en la víctima y solo en ella”⁹⁷.

En relación con el delito de amenazas por motivos racistas se encuadraría dentro de las normas generales de amenazas del artículo 169 del Código Penal, en combinación con el ya citado artículo 22.4 CP. El artículo 169 del CP incluye entre las amenazas de causar un mal a él o a su familia u otras personas con las que se esté vinculado, las que afecten a la integridad moral, la intimidad, el honor, lo que se castiga con una pena de prisión de uno a cinco años o de seis meses a tres años, imponiéndose en su mitad superior si las amenazas se hicieran por teléfono, por escrito o por cualquier medio de comunicación o reproducción. En esos conceptos cabría integrar actos de discurso de odio. Además según el CP el delito de amenazas de un mal que constituye delito está dirigido a “atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior”. Cabe preguntarse si la referencia genérica a “Cualquier otro grupo de personas” podría incluir el color, lengua, raza, y origen nacional o étnico, que es lo que exige la Recomendación nº 7.

Una de las líneas principales de la ECRI que se repiten en casi todas las Recomendaciones es la idea de que deben ser perseguidas penalmente la expresión en público, con objetivo racista, de las ideologías que reivindicquen la superioridad de una persona sobre otra por motivos de raza, color, idioma, religión, nacionalidad, u origen nacional o étnico. En resumen, para la ECRI, siguiendo la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación racial de la ONU, defender públicamente una ideología que afirme que una raza es superior a otra debería estar tipificada como delictiva. En el Código Penal español no se recoge de un modo explícito un tipo penal que condene la expresión en público de la superioridad racial, si bien el desprecio o denigración de personas por los motivos citados sí que está tipificado.

Creemos que este punto es importante, ya que permitiría con mayor facilidad condenar ciertos discursos racistas realizados por grupos políticos extremistas o por letras de canciones de grupos musicales, aunque cabe su subsunción en el desprecio o denigración. De hecho así se condenó, entre otros motivos, a los grupos Hammerskin y Blood and Honour (ver *infra*).

Si bien el tratamiento jurídico de la libertad de expresión de los partidos políticos merece un tratamiento jurídico diferenciado, con mayores márgenes de libertad si la

⁹⁷ PUGA, Santos. “Nueva agravante de género. ¿Es necesaria?”, *El Derecho.com. Lefebvre*. 10 de agosto de 2015. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Nueva-agravante-genero-codigo-penal_11_847930001.html (consultado el 20 de enero de 2017).

información vertida es de interés público, no obstante eso no justifica un discurso racista⁹⁸.

Siguiendo la línea del TEDH, habría que distinguir las actuaciones en el marco de los partidos políticos⁹⁹, que merecen un mayor margen de libertad, frente a otros ámbitos como el de los conciertos de odio. No obstante, ello no justifica la no persecución penal de los programas o los partidos políticos cuando emiten discursos o programas racistas. No sostenemos las versiones liberales de la jurisprudencia estadounidense del libre mercado de ideas, menos en un contexto social como el que está viviendo Europa en este momento, si bien especialmente en EEUU, se están permitiendo restricciones de las libertades relacionadas con la prevención del terrorismo, *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* de 1996, reformada en 2002, sin prestar atención a la verdadera discriminación racial¹⁰⁰.

4.2. La lesión de la dignidad de la persona

El análisis de la Recomendación nº 7 nos conduce a la definición del bien jurídico protegido y en consecuencia al análisis del contenido del ilícito penal o la conducta antijurídica. Pues bien, la RPG nº 7 no habla directamente en su formulación de la dignidad de la persona, si bien lo hace en los considerandos al referirse a la Declaración Universal de Derechos Humanos. La literalidad del punto 18 d) reza así: “ la expresión en público, con un objetivo racista, de una ideología que reivindique la superioridad o que desprecie o denigre a una categoría de personas por motivos de raza, color, idioma, religión, nacionalidad, u origen nacional o étnico”. En el análisis comparativo que estamos realizando en relación con nuestro Código Penal, éste es más explícito, ya que el artículo 510.2. a) del Código Penal contempla literalmente como bien lesionado la dignidad de las personas: “Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a

⁹⁸ Creemos que debe diferenciarse este punto, pero no vamos a tratarlo aquí. Simplemente indicar que la sentencia del TEDH en el caso *Féret c. Bélgica* de mantener la condena al político Féret por insultar a los inmigrantes es ajustada a la CEDH. De la misma opinión, QUESADA Carmen, “La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso del odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, 2015, p. 12 y p. 27, mientras que Alcácer critica la actuación del TEDH. Cr., ALCACER GUIRAO, Rafael. (2013). “Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH”, *Revista española de derecho constitucional*, nº 97, p. 319, nota 29.

⁹⁹ WEBER, A., *Manual on hate speech*, Council of Europe Publishing, France, 2009, pp. 35-40. A favor también de la inclusión de la incitación indirecta en el Código Penal, QUESADA, Carmen, o.c., p. 14: “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”.

¹⁰⁰ Véase REVENGA, M., o.c., p. 26.

que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad...”¹⁰¹.

Para Alastuey. “ Se trata de un delito que presenta menos problemas de legitimación que los demás, y al que probablemente podrían reconducirse la mayoría de las conductas negacionistas o caracterizadas como discurso del odio. En este caso, se identifican como bienes jurídicos el honor y la integridad moral aunque el precepto se refiera a una lesión de la dignidad. Esta referencia me parece desacer- tada, pues es muy discutible que se trate de un concepto lo suficientemente preciso como para cumplir satisfactoriamente las funciones atribuidas a los bienes jurídicos ”¹⁰².

Como comenta Rodríguez Ferrández: “ahora se castiga la lesión de la dignidad del sujeto(s) pasivo(s) común (es) (incluido el elemento subjetivo) mediante las acciones de <<humillar>>, <<menospreciar>> o <<desacreditar>>, o bien la puesta en peligro (<<idóneos>>) de tal dignidad mediante la misma serie de conductas recogidas en la letra b) del artículo 510.1 CP, referidas a los mismos objetos materiales, en tanto entrañen una <<grave>> acción de, igualmente, <<humillación>>, <<menosprecio>> o <<desacreditación>>”¹⁰³.

Este vocabulario menos típico del derecho español, en el que es más común hablar del derecho al honor y el derecho a la fama, responde quizá también a unos conceptos más empleados en el ámbito del derecho internacional de Naciones Unidas y del derecho del Consejo de Europa¹⁰⁴. Por un lado, el artículo 10.2 del Convenio de Derechos Humanos establece como límite al derecho de libertad de expresión el desprecio a los seres humanos. Por otro, es más común insistir en la igual dignidad de todos los seres humanos y no permitir el insulto gratuito. La palabra “desprecio” según el

¹⁰¹ ECRI, RPG nº 7, § 18 d).

¹⁰² ALASTUEY, C. “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, o.c., p. 32.

¹⁰³ RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel. “El ámbito de aplicación del actual artículo 510 P en retrospectiva tras la reforma penal de 2015”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº 12, (julio de 2014), págs. 165-232, p. 20. Disponible en web: http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2014-12-5015/Ambito_aplicacion_articulo_510CP.pdf. Critican que se castigue con la misma pena conductas de lesión y conductas de puesta en peligro, por ejemplo RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, o.c., p. 185, que cita a Portilla Contreras.

¹⁰⁴ COUNCIL OF EUROPE, Compilation of Council of Europe standards relating to the principles of freedom of thought, conscience and religion and links to other human rights, Strasbourg, Council of Europe, 2015. Adopted by the Steering Committee for Human Rights (CDDH) on 19 June 2015. Sobre Hate Speech and Hate Crime nºs 195-220, pp. 93-103.

diccionario de la Real Academia significa “Desestimación, falta de respeto” (RAE)¹⁰⁵ y “despreciar” es sinónimo de : “Desestimar y tener en poco, desairar o desdeñar”. La “humillación” sería la “acción y efecto de humillar”, mientras que por “menospreciar” se entiende: “Tener a alguien o algo en menos de lo que se merece”. El “menosprecio” consiste en “tener poco aprecio o poca estimación”. La definición de “desacreditar” es “Disminuir o quitar la reputación de alguien, o el valor y la estimación del algo”. Con ello pretendo demostrar que el significado semántico de estos tres términos es muy similar al concepto utilizado en el ámbito del derecho europeo. Por supuesto, que admitir esa influencia no supone de ningún modo renunciar a la tradición jurídica española. Más bien, considero que es un enriquecimiento mutuo entre los sistemas jurídicos europeos. Sería deseable “mirar a Europa”, sin pretender imitar o tener complejo de inferioridad ante el modelo estadounidense, que prioriza la libertad de expresión, aunque también estableciendo límites. No digo con ello que no hayamos de conocerla y que sea posible un cierto diálogo entre tribunales o “jurisdictional cross fertilization”, pero ello tiene sus peligros al ser tradiciones jurídicas muy diferentes que se deben ver en el contexto de un conjunto sistemático de normas y de jurisprudencia de los tribunales constitucionales de cada país¹⁰⁶.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha marcado bien la línea¹⁰⁷, a pesar de sus vaivenes y a pesar de las críticas recibidas¹⁰⁸, al no permitir que

¹⁰⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE). *Diccionario de la lengua española*, Edición del tricentenario, 2017.

¹⁰⁶ ROCA, María. “Luces y sombras en la argumentación de la jurisprudencia reciente del TEDH sobre el art. 9 del CEDH”, en María Elósegui (dir.) *Los principios y la interpretación judicial de los derechos humanos*, Zaragoza, Marcial Pons y Fundación Giménez Abad, 2016, pp. 187-206. (Aquí pp. 194-195).

¹⁰⁷ 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.

¹⁰⁸ 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. Explicando los motivos por los que el TEDH ha utilizado el art. 17 del CEDH en los casos de negacionismo del holocausto, pero razonando que no lo hará en el futuro en otros casos véase TULKENS, Françoise. (2008). “Les relations entre le négationnisme et les droits de l’homme. La jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l’homme”, en *Law in the Changing Europe/Le droit dans une Europe en changement. Liber Amicorum Pranas Kuris*, Mykolo Romerio Universitetas, Vilnius, pp. 425-445. AA.VV. (2007) *Les propos qui heurtent, choquent ou inquiètent, Revue de la Faculté de Droit, Université Libre de Bruxelles*, volumen 35, 1 Semestriel. En la línea defendida en mi artículo de que a partir de ahora el TEDH debe restringir el uso del art. 17 se sitúa LOBBA, Paolo. “Holocaust Denial before the European Court of Human Rights: Evolution of an Exceptional Regime”, *European Journal of International Law*, nº 26 (1), pp. 237-253. DOI: <https://doi.org/10.1093/ejil/chv003> Published: 31 March 2015. Disponible además on line: <https://academic.oup.com/ejil/article/26/1/237/497492/Holocaust-Denial-before-the-European-Court-of>

el derecho de libertad de expresión ampare ideas o críticas insultantes que no aportan nada al debate de las ideas ¹⁰⁹. En este punto, sostengo que la defensa de la dignidad de las personas está por encima de una presunta libertad de las ideas racistas que nieguen la igualdad de los seres humanos. No comparto por tanto, muchos de los planteamientos de un derecho penal liberal como última ratio que priorice la libertad de expresión en las actuales sociedades interculturales europeos permitiendo los discursos racistas discriminatorios, emitidos con el mero ánimo de insultar, y más teniendo en cuenta los crecientes fenómenos de inmigración. Comparto las tesis del profesor Cerezo y de Hassemer, para los que el núcleo del derecho penal se debe caracteriza por la protección de los bienes jurídicos cuyo portador es el individuo. Según el profesor Cerezo: “Los delitos deberían ser básicamente delitos de lesión y sólo de modo excepcional delitos de peligro (delitos de incendio, de asociaciones ilícitas, delitos contra la seguridad del Estado). Los bienes jurídicos colectivos deberían ser reducidos al mínimo, ser descritos con la mayor precisión posible y ser interpretados en función de la protección de los bienes jurídicos individuales (teoría de la concepción personal de los bienes jurídicos)” ¹¹⁰. Sin embargo, el profesor Cerezo admite que ante los delitos de peligro abstracto cabría penalizar aquellos casos en los que están en peligro ciertos bienes jurídicos colectivos, que no son supraindividuales, sino que son un instrumento para la protección de bienes jurídicos individuales. Entre ellos señala la seguridad del tráfico y los delitos de incendio que buscan proteger la integridad corporal y la salud de las personas y la propiedad. Expresamente señala que “no es posible una vuelta al Derecho penal del siglo XIX, reduciendo el Derecho penal a la protección de los bienes jurídicos individuales. El Derecho penal no puede ignorar la evolución del Estado liberal al Estado de bienestar, so pena de desconectarse del fin de conseguir una mayor justicia social” ¹¹¹. El profesor Cerezo distinguiría estos bienes colectivos intermedios frente a

BUYSE, Antoine. “Dangerous expressions: the ECHR, violence and free speech”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63, no 2, 2014, pp. 491-503. El autor sostiene que los casos de libertad de expresión deben ser tratados a la luz del artículo 10 del CEDH porque ello permite ponderar los intereses en juego, mientras que la aplicación de la cláusula de abuso de derecho del artículo 17 es por esta razón no deseable, además del uso inconsistente de este artículo realizado por el TEDH. <https://doi.org/10.1017/S0020589314000104>. Publicado online el 24 de abril de 2014.

¹⁰⁹ VOORHOOF, Dirk. “The European Convention on Human Rights: The Right to Freedom of Expression and Information restricted by Duties and Responsibilities in a Democratic Society”, <https://biblio.urgent.be>. Sobre la difamación sin suficientes bases fácticas, p. 20. También VOORHOOF, Dirk. “The Right to Freedom of Expression and Information under the European Human Rights system: towards a more transparent democratic society”, EUI Working Paper, European University Institute Working Paper (Florence: EUI RSCAS 2014/2 22 pp, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/29871/RSCAAS_2014_12.pdf?sequence=1).

¹¹⁰ CEREZO MIR, José., o.c., p. 56.

¹¹¹ CEREZO MIR, José., o.c., p. 56.

otros bienes jurídicos realmente supraindividuales, como el medio ambiente etc. Para estos últimos considera que hay otros modos más eficaces de lucha más eficaz con otros sectores del ordenamiento jurídico, como el Derecho civil, el Derecho mercantil y especialmente el Derecho administrativo sancionatorio ¹¹².

A mi juicio, considero que esta frontera es perfectamente trasladable a la diferencia entre conductas de expresiones racistas discriminatorias que debe ser tratadas desde el derecho civil y el derecho administrativo, frente a otras que lesionan directamente la dignidad y la igualdad y que deben ser castigadas con el derecho penal. Si bien, tampoco sería aceptable un derecho penal del riesgo.

Como hemos señalado anteriormente al analizar la Recomendación nº 15 de la ECRI, en ésta se recogen los criterios del derecho a la Libertad de expresión sentados por el TEDH y el contexto que el juez debe de tener en cuenta para calificar determinadas expresiones como despreciativas o denigratorias de la dignidad de las mismas. Además, el Tribunal Constitucional español ha insistido también en el respeto y la tutela de la dignidad de las personas como límite a discursos que impliquen un descrédito, menosprecio o humillación de las personas ¹¹³, y como un *prius* lógico y ontológico ¹¹⁴. El legítimo debate de ideas amparado por el derecho de libertad de expresión, también las que inquieten y choquen, no incluye un derecho a considerar a unos seres superiores a otros. Nuestro Tribunal ha hablado en numerosas ocasiones de la igualdad de todas las razas ¹¹⁵. Si bien se deben ensayar otro tipo de disposiciones y sanciones (civiles, administrativas) como la misma Recomendación nº 15 de la ECRI indica, ello es compatible con una ampliación de los comportamientos considerados delictivos en el campo de la discriminación racial. Por ello esta nueva legislación, si es aplicada, evitará la impunidad de conductas como las de los librereros nazis de las librerías Europa y Kalki. Comparto con Quesada la idea de que el Tribunal Constitucional español ha sido reticente últimamente a restringir la libertad de expresión en cuestiones relacionadas con la discriminación racial, lo que no se adecua a la línea jurisprudencial del Tribunal

¹¹² Idem, pp. 58-59.

¹¹³ TERUEL LOZANO, G., *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, Madrid, CEPC, 2015, pp. 433-436.

¹¹⁴ STC 53/1985, de 11 de abril.

¹¹⁵ STC 214/1991, de 17 de diciembre y 176/1995 Fº 5, 235/2007, de 7 de noviembre.. Respecto a la pauta del deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por su condición, véase TERUEL LOZANO, G. *La lucha del derecho contra el negacionismo...*, o.c., p. 367. GASCÓN, A., p. 80. Doctrina asentada por el TC, también según ROIG TORRES, M. "Los delitos de racismo...", FERRÁNDEZ, o.c., p. 184, ALASTUEY, C., "La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas", o.c., p. 8.

Europeo de Derechos Humanos, ni al espíritu de la normativa vinculante, y menos a las Recomendaciones de la ECRI, aunque no sean prescriptivas ¹¹⁶.

Por otro lado, si bien le dedicaremos otra publicación posterior, compartimos con Miguel Revenga la idea de que “detrás de la expresión <<democracia militante>> hay, me parece, un profundo malentendido. Si lo que se quiere decir es que se trata de democracias que defienden sus valores fundamentales frente a quienes no los comparten, parece obvio que todas las democracias lo son” ¹¹⁷. Además, como el mismo autor indica es “una etiqueta confusa y hasta contradictoria que no ha dejado de atraer la atención de la Ciencia Política y del Derecho Constitucional desde la publicación, en 1937, del par de trabajos de Loewenstein ¹¹⁸ sobre la defensa de la democracia frente al acoso del totalitarismo, en cuyo título utilizó el rótulo” ¹¹⁹. Lo peor de este tema es los errores en cadena que se producen en la siguiente dirección. Primero, nuestro tribunal constitucional afirmó en varias sentencias que en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de “democracia militante”, entendido como “un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y , en primer lugar, a la Constitución” (STC 48/2003, FJ7 ; STC 5/2004, de 16 de enero, FJ 17 ; STC 235/2007, FJ 4 ; STC 12/2008, FJ 6 ; STC 31/2009, de 29 de enero, FJ 13). Sin embargo, la propia jurisprudencia del TC contradice su propia idea de que en nuestro ordenamiento tengan cabida cuantas ideas quieran defenderse, mientras no se vulneren los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales. Confunde el hecho de que la Constitución no es un dogma de fe y por tanto está abierto a cambios, con la idea de que una democracia constitucional, incluida la española, no puede tolerarlo todo. De hecho hemos asistido a la ilegalización de Herri Batasuna ¹²⁰. El segundo falso razonamiento en esta cadena es afirmar que el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han defendido una democracia militante, lo cual es también discutible o a lo sumo sería tan

¹¹⁶ QUESADA, C., o.c., p. 29. “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”.

¹¹⁷ REVENGA, Miguel. “Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?”, en Miguel Revenga (Dir.) *Libertad de expresión y discursos del odio*, Madrid, Universidad de Alcalá, Defensor del Pueblo, 2015, pp. 29-30.

¹¹⁸ LOEWENSTEIN, K. “Militant Democracy and Fundamental Rights (I)”, *American Political Science Review*, 1937, Vol. 31, nº 3, pp. 417-432. Ver también HARVEY, P., “Militant Democracy and European Convention on Human Rights”, *European Law Review*, 2004, pp. 407-420.

¹¹⁹ Idem, p. 30.

¹²⁰ STC 5/2004, de 16 de enero , sobre ilegalización de los partidos políticos Batasuna, Herri Batasuna y Euskal Heritarrok y STEDH, Batasuna y Herri Batasuna c. España, 30 junio, 2009, nºs 25803/04 y 25817/04, § 20-45.

militante como la jurisprudencial de nuestro propio Tribunal Constitucional. A continuación en ese razonamiento falaz o basado en un sofisma algunos concluyen que dado que la doctrina del TEDH defiende un modelo de democracia militante, mientras que “ la Constitución española, a diferencia del Convenio Europeo, no recoge un modelo de democracia militante o protegido” ¹²¹, la conclusión sería que el Tribunal Constitucional español no deba plegarse a la jurisprudencia del TEDH, siendo esta una razón para no cumplir con el espíritu del Convenio Europeo, que hemos ratificado y que forma parte de nuestro ordenamiento y a la luz del cual debemos interpretar los derechos fundamentales. En la misma línea, aunque refiriéndose en este caso a los valores del Tratado de la Unión, Revenga sostiene que la Constitución española no es agnóstica, y por tanto no cabe todo, ni basta respetar una democracia procedimental sino que debe asumir los fundamentos valorativos del Tratado de la Unión Europea en su artículo 2, a saber: “el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres” ¹²².

En conclusión, opino que el término democracia militante es una etiqueta poco útil en el debate sobre la defensa de la igualdad y dignidad de las personas en las actuales democracias europeas. Ni resulta adecuado afirmar que la Constitución española no es militante, ya que no está exenta de la defensa de un núcleo duro de valores, sin por ello, pasar a ser “militante”, ni la jurisprudencia del TEDH defiende un modelo de democracia militante ¹²³, por más que sea una etiqueta que se le haya asignado en reiteradas ocasiones por el uso del artículo 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ¹²⁴. En ambos casos sería más apropiado hablar de un modelo abierto y personalista ¹²⁵, y más bien, el que he utilizado ya en muchas ocasiones, un modelo de democracia intercultural. Es frecuente al hablar del reconocimiento de la dignidad acudir a bibliografía estadounidense. En mi caso, he hecho referencia desde hace años a autores canadienses como Charles Taylor ¹²⁶ y Will Kymlicka, más cercanos a mi entender a

¹²¹ TERUEL LOZANO, G., *La lucha del derecho contra el negacionismo. Una peligrosa frontera*, o. c., p. 369.

¹²² Cfr, REVENGA, M., o. c., p. 31.

¹²³ KILINÇ, Ümit. “La conception de la démocratie militante dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l’homme”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 90, (2012), pp. 297-328.

¹²⁴ Véase HAARSCHER, G., “Les périls de la démocratie militante”, *Revue Trimestrielle des droits de l’homme*, 2010, pp. 445-466. También KEANE, David. “Attacking Hate Speech under article 17 of the European Convention on Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol 25/4, 2007, pp. 641-663.

¹²⁵ Utilizo aquí unas palabras escritas por Germán TERUEL LOZANO, *La lucha del derecho contra el negacionismo. Una peligrosa frontera*, p. 454.

¹²⁶ Entrevisté ya hace 25 años en 1992 personalmente a Charles Taylor en Montréal cuando acababa de publicarse su breve obra sobre el multiculturalismo, la política del reconocimiento, que

modelos sociales de Estado. A lo que cabe añadir la tradición belga con juristas como Brems, Brivosia, Ringelheim, Rorive ¹²⁷, Foblets ¹²⁸ etc. A su vez, esa defensa de la dignidad como *prius* ontológico y fundamento del resto de derechos constitucionales está muy presente en la dogmática constitucional alemana, en autores como Böckenforde ¹²⁹, Häberle ¹³⁰, Alexy ¹³¹, entre juristas. Quiero decir con ello que no hay que ir a buscar estas tesis sobre la dignidad en el mundo anglosajón estadounidense, sino que han sido defendidas por juristas y filósofos contemporáneos de la Europa continental desde la antigüedad.

A todo ello, se suma que se ha de tener en cuenta que en los momentos de conflicto de nuestras actuales sociedades interculturales, muy distantes del modelo de sociedades en las que nació el derecho liberal en los siglos XVIII y XIX, el legislador debe estar muy atento a castigar conductas que en palabras de Gascón “ además de lesionar el núcleo esencial de la personalidad de los grupos o individuos tienen por objetivo crear este clima de tensión, con el propósito de replantear y cuestionar que pueda existir una pacífica convivencia entre una determinada minoría social y la mayoría social” ¹³². La recomendación nº 15 tiene en cuenta los datos que se reflejan en los informes de seguimiento país por país de los 47 Estados miembros del Consejo de

se publicó como ELÓSEGUI, M. “Entrevista a Charles Taylor. Los problemas de la sociedad multicultural”, *Debats*, nº 47, 1994, pp. 41-46. Más recientemente en 2011 pude discutir con su discípulo Maclure cuando acababa de salir su libro conjunto sobre *Laicidad y libertad de conciencia*, Madrid, Alianza Editorial, 2011. Sobre ello ELÓSEGUI, M. . “La laicidad abierta en Charles Taylor y J. Maclure versus las nuevas leyes de neutralidad de los funcionarios públicos en Alemania / “Der offene Säkularismus nach Charles Taylor und J. Maclure als Alternative zur Neutralität der Beamten in der neuen Gesetzgebung Deutschlands”, en M. Elósegui (coordinadora), *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, Zaragoza, Fundación Giménez Abad, 2012, pp. 109-145 (versión en español), pp. 313-350 (versión alemana).

¹²⁷ BRIVOSIA, E., RINGELHEIM, J., y RORIVE, I., “Le voile à l’école: une Europe divisée”, en *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 15 année, núm. 60, 1er oct., (2004), pp. 951-983.

¹²⁸ Marie-Claire FOBLETS, Michèle GRAZIADEI et Jacques VANDERLINDEN (dir.) *Convictions philosophiques et religieuses et droits positifs. Textes présentés au Colloque international de Moncton (24-27 août 2008)*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 658 p., ISBN 978-2-8027-2895-5.

¹²⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Der säkularisierte Staat: sein Charakter, seine Rechtfertigung und seine Probleme im 21. Jahrhundert*, München, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 2007, 41 pp

¹³⁰ HÄBERLE, Peter. “Die Menschenwürde als Grundlage der staatliche Gemeinschaft”, *Hanbuch des Staatsrecht* (BStR) I, 1987.

¹³¹ ALEXY, Robert. “Un concepto no positivista de derecho fundamental: sobre la relación entre teoría de los principios, derechos fundamentales y moral”, en María Elósegui (Dir.,) *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales*, Marcial Pons y Fundación Giménez Abad, 2016, pp. 27-45. También en ALEXY, R. “La dimensión real e ideal del derecho”, *Studium Generale Caesaraugustanae Civitatis*, Colección Paraninfo Honoris Causa, Zaragoza, Prensas de la Universidad de Zaragoza, pp. 39-50. Versión en inglés “The real and the ideal dimension of the Law”, pp. 51-60. Disponible en: https://issuu.com/irelaaleman/docs/acto_de_investigacion_del_grado_de_do/33

¹³² GASCÓN, A. o.c., p. 81.

Europa. Entre ellos se constatan numerosos incidentes en los que “individuos, instituciones, memoriales y propiedades han sido objeto de ataques violentos por motivo de la hostilidad”, por las causas de discriminación ya citadas. Esas actitudes negativas impiden la integración social adecuada de muchas de las minorías de inmigrantes¹³³.

En esta línea el preámbulo de la Recomendación nº 15 señala ser consciente: “de los efectos nocivos que sufren los destinatarios de las expresiones de incitación al odio, el riesgo de alienación y radicalización que se deriva de su uso y el daño causado a la cohesión social cuando no se combaten”. En apoyo de mi idea de criminalizar estas conductas: leemos en el preámbulo de la Recomendación nº 15 que ésta tiene presente: “el criterio de seis puntos consagrado en el Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, y convencida de que las prohibiciones penales son necesarias cuando estas expresiones tienen por objeto, o cabe esperar razonablemente que produzcan tal efecto, incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra las personas a las que van dirigidos”.

En cuanto a la proporcionalidad de las penas, la ECRI exige el respeto a este principio penal, si bien no establece ningún baremo, remitiéndose en todo caso al mínimo obligatorio de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo (UE) y al Convenio Marco sobre Cibercrimen del Consejo de Europa¹³⁴. En el Código Penal español hay dos niveles: uno el de conductas típicas que lesionan la dignidad (tipo atenuado, pena de prisión de seis meses a dos años) mediante un discurso oral que entrañe humillación, menosprecio o descrédito hacia las personas o grupos protegidos y otro más agravado porque fomenta el odio hacia esas mismas personas, incitando a la discriminación o a la violencia¹³⁵.

¹³³ Cfr, ECRI, RPG nº 15, Memorándum explicativo, § 22.

¹³⁴ En España ya comienza a haber jurisprudencia novedosa sobre delitos de odio por internet, como por ejemplo la pronunciada en Pamplona el 11 de octubre de 2016, por delito de discriminación racial, sentencia del Juzgado de lo penal nº 1 de Pamplona, 273/2016. Ponente María Alemán Ezcaray. Disponible en: www.poderjudicial.es/stfls/.../Jdo%20Penal%20Pamplona%2011%20oct%202016.pdf. El acusado, de origen y nacionalidad marroquí, residente en España, procedió a colgar en su muro de la red social de Facebook, operando bajo el nick “Cornelio”, un vídeo de alto contenido antisemita. Según se recoge en la sentencia “En el vídeo titulado <<asesina a los judíos>>, de contenido musical para atraer a personas jóvenes y con la letra en inglés, que hace más sencilla su distribución y comprensión por las redes sociales, aparecen unas mujeres que incitan a la violencia contra las personas de religión judía y contra el Estado de Israel, diciendo reiteradamente <<Mata, mata a los judíos>>, arrancando la cabeza de un muñeco vestido de judío ortodoxo, al que también simulan clavar de forma reiterada un cuchillo de grandes dimensiones”.

¹³⁵ En la doctrina, para Gascón esa diferenciación es coherente, GASCÓN, A., o.c., p. 81. Para Roig Torres la pena debería ser la misma, ROIG TORRES, o.c., pp. 1261-1262. Para 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*, Año XXXV, Número 8245, jueves, 6 de febrero de 2014, no debería hablarse de lesión de la dignidad, sino de lesiones al honor y a la integridad moral,

4.3. Negación, justificación o aprobación en público de delitos de genocidio

En ese contexto de la Recomendación nº 7, el §18 e) encarece a la penalización de la “la negación, banalización, justificación o aprobación en público, con un objetivo racista, de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra”. El primero de ellos según se define en el artículo II de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio de la ONU de 1948 y en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Penal internacional de 1998. Los segundos y terceros deben ser entendidos también tal y como se definen en los artículos 7 y 8 del Estatuto del Tribunal que acabamos de citar ¹³⁶. Así mismo en el preámbulo de la Recomendación nº 15 se hace una referencia explícita a que se penaliza la negación, trivialización o justificación o condonación públicas de los delitos de genocidio, los delitos de lesa humanidad o delitos en caso de conflicto armado cuya comisión haya sido comprobada tras recaer sentencia por parte de los tribunales o el enaltecimiento de las personas condenadas por haberlos cometido” ¹³⁷. Precisamente como figura en el Memorándum explicativo de la RPG nº 15: “La condición de que los delitos tienen que estar demostrados por sentencia judicial tiene por objetivo garantizar que las acusaciones infundadas sobre determinados comportamientos no se conviertan en motivo para denunciar que algunas declaraciones constituyen expresiones de incitación al odio” ¹³⁸.

La reforma del Código Penal español de 2015 es más restrictiva que lo sugerido por la ECRI porque requiere que ese discurso “promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos”, pero es conforme al mínimo exigido por la Decisión Marco del Consejo europeo 2008/913/JHA sobre la lucha contra el racismo y la xenofobia por medio del derecho penal ¹³⁹. Según el art. 510.1.c) CP español serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis

ALASTUEY, C., “La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas”, o.c., p. 15. Para RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, o.c., p. 184: La reducción de pena en el nuevo 510.2 a) CP en relación con el antiguo 512.2. CP que preveía de uno a tres años de privación de libertad: “debería incrementarse para el elenco de conductas de puesta en peligro que recoge en su segunda parte este artículo 510.2.a CP, pues tal y como está redactado ahora el precepto, se están castigando con la misma pena conductas de lesión y conductas de puesta en peligro, lo cual evidentemente es totalmente contrario al principio de proporcionalidad”. También crítica con la falta de proporcionalidad de las penas, ALASTUEY, C., “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del código Penal de 2015”, o.c., p. 32.

¹³⁶ ECRI, RGP, nº 7, Memorándum Explicativo, § 41 sobre el § 18 de la Recomendación.

¹³⁷ ECRI, RPG, nº 15, Preámbulo de la Recomendación.

¹³⁸ Recomendación nº 15, Memorándum Explicativo § 12.

¹³⁹ No nos detenemos en el punto de la negación del holocausto, ya que hemos dedicado un estudio específico sobre el mismo tema “La negación o justificación del genocidio como delito en el derecho europeo. una propuesta a la luz de la Recomendación nº 15 de la ECRI” en la *Revista de Derecho Político*, o.c., 2017.

a doce meses ¹⁴⁰: “Quienes públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos”.

Es cierto que la literalidad de este enunciado no especifica si la pena por la negación o justificación se refiere a genocidios reconocidos como tales por tribunales nacionales o internacionales. No obstante, a mi juicio ello debe ser interpretado en el contexto de los Tratados Internacionales sobre la materia del genocidio firmados por España y teniendo en cuenta el artículo 607 del CP que criminalizan a quienes han cometido genocidios, se entiende que todo ello debe ser interpretado a la luz de los dos tratados internacionales a los que la ECRI hace referencia, a saber: la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio de la ONU y los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional ¹⁴¹. En cuanto a los “crímenes contra la humanidad” se dice explícitamente que se refiere a la lista de actos enumerados en el artículo 7 del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional ¹⁴² y los “crímenes de guerra” a la lista de los enumerados en el artículo 8 del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional ¹⁴³. En el artículo 607 bis CP se contemplan los delitos de lesa humanidad y en el 608 a 614 CP los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, todos ellos tipificados dentro de los Delitos contra la Comunidad Internacional. Precisamente como recoge Rodríguez Ferrández: “ finalmente, no se incluye la sugerencia del artículo 1.4.º de la norma comunitaria (que sí contemplaba el Anteproyecto de Ley Orgánica), según la cual sólo se castigarían dichos tres comportamientos en caso de que los delitos concernidos hubieran sido «establecidos por resolución firme de un tribunal nacional» de un Estado miembro o «un tribunal

¹⁴⁰ Aumentando la pena de prisión prevista para este delito antes de la reforma que era de uno a dos años.

¹⁴¹ He comentado ya en el artículo sobre negacionismo como delito las razones por las que me parece más clara la redacción de la Recomendación de la ECRI porque como contraste es problemático concretar a qué genocidios se refiere el Convenio nº 185, del Consejo de Europa y su Protocolo adicional

¹⁴² Cfr, ECRI, RPG, nº 15, Memorándum Explicativo, Definiciones, f. p. 16 de la traducción española.

¹⁴³ Idem, Definiciones, hh. p. 19.

internacional», o «mediante resolución firme exclusiva de un tribunal internacional»¹⁴⁴. En la práctica hubiera sido mejor referirse de un modo explícito a las sentencias judiciales. Lo que concretaría mucho más el tipo, en lugar de volver a la condición del clima, lo cual es mucho más difícil de probar y vuelve a quedar excesivamente al arbitrio del juzgador¹⁴⁵, siendo que los jueces deben de valorar cuándo estamos ante un peligro cierto.

Las Recomendaciones de la ECRI no añaden el adjetivo gravemente a la trivialización, pero es cierto que en la Decisión Marco de la UE se ha utilizado el término “grossly”, que significa gravemente, enormemente y no se ha usado el término flagrante que en inglés sería “flagrant”¹⁴⁶. La redacción española introduce también el término enaltecer, en lugar de respetar la expresión ya acuñada en el derecho del Consejo de Europa “la negación, banalización, justificación o aprobación en público”. Resulta interesante como posible explicación que el legislador español se ha adelantado a la nueva redacción de este delito en la Recomendación nº 15 de la ECRI que ha introducido el término de castigar también a quienes condonen. Como hemos señalado *supra*, insistimos nuevamente en que en este marco jurídico, se explicita un delito con tipo especial que tendría lugar en la forma de negación pública, trivialización, justificación o condonación de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra (retomando la RPG nº 7 de la ECRI). Se inauguran dos conceptos que no figuraban en los tratados internacionales, a saber los de condonación y el de glorificación (que podríamos considerar equivalente al de enaltecimiento) de las personas que han cometido esos crímenes. El memorándum proporciona una definición de los términos empleados. Concretamente resulta útil aclarar que el término “glorificación” se entiende cómo la celebración o alabanza de alguien que haya cometido genocidio. Así como se define “condonación”, como excusar, perdonar o pasar por alto una particular conducta¹⁴⁷.

En el contexto de la ECRI, la idea de castigar también la condonación o la glorificación se debe situar en la realidad social no sólo del neonazismo, sino en la de

¹⁴⁴ RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., o.c., p. 183.

¹⁴⁵ También es crítico TERUEL LOZANO, G. M., *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. Particular estudio de los ordenamientos español e italiano*, p. 502. Aunque a diferencia de este autor considero que en el tipo de delitos que estamos definiendo es imprescindible que el juez valore los peligros en el contexto socio-político y las motivaciones subjetivas, desde el momento que debe valorar si hay intención racista o no, y el peligro cierto dependerá también de la realidad social. No sólo es inevitable, sino que esa es su función, igual que ocurre en otros muchos delitos como la injuria, la lesión del honor, la fama etc.

¹⁴⁶ Comparto por tanto la apreciación de RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ para quien el término es adecuado, o.c., p. 183, nota 61.

¹⁴⁷ ECRI, RPG nº 7, Memorándum Explicativo, Definiciones. 7. m y 7. e respectivamente.

otros países como los de la ex República de Yugoslavia, en la que en Serbia y Bosnia es continua la glorificación de personas condenadas por el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia por los delitos ahora reconocidos como genocidio de musulmanes en Herzegovina ¹⁴⁸. Lo mismo ocurre, como se observa en los informes recientes, en otros

¹⁴⁸ El Tribunal Internacional para Yugoslavia consideró que la masacre de Srebrenica en Bosnia fue un genocidio. ICTY (Appeals Chamber), Judgment in the case Prosecutor v. Krstic (19 de abril 2004). Country Report on Serbia, 22 de noviembre de 2016. Adoptado durante la reunión plenaria nº 71(6-9 de diciembre de 2016). ECRI Report on Bosnia and Herzegovina, CRI (2016)45-2, 17 de Noviembre de 2016, Adoptado durante la reunión plenaria nº 71(6-9 de diciembre de 2016), p. 16, párrafo 23 y Nota a pie nº 29. En marzo de 2014, un partido de fútbol entre el equipo nacional juvenil de Bosnia-Herzegovina contra Serbia tuvo que ser suspendido por los cantos de los hinchas del Serbia en apoyo de la masacre de Srebrenica (Balkan Insight (12 de Marzo de 2014)). Ha habido muchos incidentes relacionados con el discurso del odio antisemita en el ámbito del deporte. En agosto de 2014 en un encuentro del campeonato europeo de Baloncesto en Tuzla los hinchas desplegaron una bandera de Israel en la que figuraba una esvástica en lugar de la estrella de David. En junio de 2015, durante un partido de fútbol entre Bosnia e Israel se cantaron canciones antisemitas. En abril de 2015, un grupo de fans de Bosnia que visitaron Viena cantaron eslóganes en los que se pedía "matar a los judíos" (Idem. p. 16, párrafo 24, nota a pie 31, the Local (abril de 2015)).

En Serbia, dos grupos extremistas y racistas han sido disueltos por el Tribunal Constitucional en los últimos años. Pero uno de ellos, denominado "Obras", está todavía activo. Existen estrechos vínculos entre los clubes de fútbol formados por grupos de hinchas violentos con organizaciones de extrema derecha que a su vez tienen relación con partidos nacionalistas y el crimen organizado. Los hinchas del equipo de fútbol, Estrella Roja de Belgrado viajaron a Novi Pazar, una ciudad habitada fundamentalmente por personas de origen bosnio, para asistir a partidos el 27 de marzo y el 28 de agosto de 2016. Durante ambos partidos, los fans del citado equipo cantaron canciones en apelando por una nueva Srebrenica, en la que se mataran musulmanes y afirmando que la ciudad de Novi Pazar no debería existir, llevando banderas, símbolos y retratos de personas condenadas por genocidio durante la segunda guerra mundial. Los hinchas estuvieron rodeados por 2000 miembros de la policía especial que no intervinieron. (p. 18, número 31, y nota 52, *Protectors of the Citizens* 2016, 8). ECRI report on Austria, adopted on 15 December 2009. pp. 25 y ss: "Inside football stadiums, overt forms of behaviour such as verbal abuse of black players and the display of antisemitic banners are not uncommon". ECRI report on Belgium, adopted on 4 December 2013. pp. 22 y ss: "ECRI considers that the good practices in reporting, the adoption and implementation of disciplinary measures and the numerous awareness-raising initiatives are quite relevant in combating and preventing forms of hate speech that may not reach the criminal punishment threshold but constitute nevertheless intolerant and inflammatory discourse". ECRI report on France, adopted on 29 April 2010. pp. 28 y ss: "In recent years a number of incidents of verbal violence of a racist (above all against Black or North African players) or antisemitic nature have been noted at French football grounds". ECRI report on Italy, adopted on 6 December 2011. pp. 26 y ss: "(...) administrative measures can be taken such as suspending a match on account of a racist incident. Preventive measures are also provided for, which range from ordering stadium bans against known violent fans to playing games behind closed doors when there is a risk of serious public order incidents". ECRI report on The Netherlands, adopted on 20 June 2013. pp. 40 y ss: "The Ajax team's supporters are nicknamed the Jews and antisemitic chants are generally shouted before, during or after matches involving this team. (...) In February 2010, for instance, upon request of the Mayor of Amsterdam, the municipal police sent around 700 supporters of the FC Utrecht home by train before the game against Ajax began, because, in spite of police warnings, they were chanting antisemitic slogans". ECRI report on Poland, adopted on 28 April 2010. pp. 28 y ss: "Moreover, ECRI considers that the authorities should step up their efforts to raise awareness". ECRI report on Slovakia, adopted on 19 June 2014. pp. 20 y ss: "The latest episode concerns a Japanese footballer who cited racism as the reason for his departure from the Slovak football club, Rimavska Sobota, in January 2013, after fans repeatedly hurled abuse at him at matches while his teammates and the club's managers never reacted". ECRI report on Spain, adopted on 7 December 2010. pp. 23 y ss: "For example, a fine of 6000 Euros and a ban from any sports stadium for a period of 12 months was imposed on a spectator who, in the game Club Atletico de Madrid-Real Madrid, shouted racist insults against several players".

países como Ucrania, Rusia, los países Bálticos, Georgia, Azerbayán, en los que la interpretación de hechos históricos del pasado lleva a continuas confrontaciones en lugares públicos, especialmente en los partidos de fútbol. En el ámbito europeo y español esta glorificación de personas, como Hitler, también se está dando en el ámbito del fútbol ¹⁴⁹. Sería diferente, el delito de glorificación de terroristas, ya que no se encuadraría en este tipo al no estar condenados por genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra.

A mi juicio, ha sido crucial la introducción del término “públicamente” que no figuraba en la anterior redacción del artículo 602.2 del Código penal, ahora derogada, que es muy necesaria para marcar los límites a la libertad de expresión en el ámbito de la verdadera investigación científica. También se ha eliminado la referencia como delito a quienes “pretendieran «la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos”. En consecuencia la negación o justificación de esos crímenes, aunque no se pretenda rehabilitarlos, sería una conducta penalizada. En este caso estamos refiriéndonos al delito descrito en el art. 510. 1. c) CP, con la condición de que “de este modo promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación”.

Mientras que en el enunciado de la ECRI no se añade ninguna restricción en este caso de la negación o justificación, es decir basta que sea público y con intencionalidad, sin que sea necesario demostrar que se haya creado un clima de violencia, hostilidad u odio, el legislador español ha añadido al tipo esa condición. El CP no se ajusta a lo exigido por la ECRI, si bien repetimos que no es vinculante. En relación con algunos de los comentarios en la doctrina española a la redacción de la reforma, se aboga porque se haga una interpretación restrictiva sancionando conductas que inciten directamente a la violencia. Sin embargo, la doctrina del TEDH no condena, en estos casos, sólo por el

PILZ, Gunter A. “International Conference on Ultras”. *Overview of the Ultra culture phenomenon in the Council of Europe member States in 2.009*. Strasbourg. 2.010. pp. 18 y ss. SEDANO JIMENEZ, Damián. “Grupos radicales españoles y europeos”. *Radiografía de los grupos Ultras en acontecimientos deportivos*. Madrid. Ed. Dykinson. 2001. Véase también, ECRI Recomendación nº12 sobre la lucha contra el racismo y la discriminación racial en el campo del deporte.

¹⁴⁹ Como apoyo de esta afirmación véase el innumerable número de sanciones que está imponiendo la Comisión española de violencia en el deporte, que si bien son sanciones administrativas muestran las conductas cada vez más violentas por parte de los hinchas y la influencia de los movimientos de hooligans neonazis españoles en el fútbol, que va más allá del mero discurso de odio, porque terminan en delitos de lesiones y homicidios. La última Reunión es de 26 del 1 de 2017 (consultado el 28 de enero de 2017). Ver su web con las multas y sanciones: <http://www.csd.gob.es/csd/documentacion/01GabPr/Noticias/reunion-de-la-comision-estatal-contra-la-violencia-el-racismo-la-xenofobia-y-la-intolerancia-en-el-deporte-10-11-2016/>. La Comisión Estatal contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el Deporte fue creada por el Real Decreto 748/2008, de 9 de mayo. Además el Real Decreto 203/2010, de 26 de febrero, aprueba el Reglamento de prevención de la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.

hecho de que haya una incitación directa a la violencia, sino también indirecta, como lo estamos mostrando en este artículo. En esto discrepo totalmente de algunas de las interpretaciones interesadas e incoherentes que hizo el Tribunal Constitucional español en relación con la doctrina del TEDH y de las normas del Consejo de Europa en la sentencia de cuestión de inconstitucionalidad suscitada por el caso Varela Geiss, que ya fueron puestas de relieve en los votos particulares ¹⁵⁰.

Por último se contempla el artículo 510.2.b) con otro tipo atenuado de enaltecimiento o justificación por cualquier medio o expresión pública o de difusión de los delitos que se hubieran cometido contra los sujetos pasivos de protección, sin necesidad de crear un clima de violencia, hostilidad y odio o discriminación contra los mencionados grupos. La pena entonces es de seis meses a un año, pero si concurre la creación del clima de violencia se incrementa nuevamente de dos a cuatro años. Para autores como Roig Torres para aplicar la agravación se precisaría “un riesgo real de desencadenar actos violentos o discriminatorios “ ¹⁵¹. La Recomendación nº 15 usa el término de riesgo inminente o cierto, si bien parece hacer esto compatible con el peligro potencial, además del peligro real. Este punto lo analizaremos más tarde.

En cuanto al tipo agravado común por razón del mayor desvalor de la acción del art. 510. 3 CP afectará a los medios de comunicación social e internet y al uso de las nuevas tecnologías, tema que dejamos tan sólo indicado ¹⁵².

4.4. Producción, almacenaje y venta de material racista

La reforma del Código Penal en ese punto había sido solicitada entre otros por la Fiscalía de Odio de Barcelona y por el abogado de Sos Racisme Oscar Vicario y por el Movimiento contra la intolerancia ¹⁵³. El incluir el delito tipo de almacenamiento y venta, junto con la promoción directa o indirecta de actos de violencia y hostilidad va a hacer posible, por fin, que sea más eficaz la persecución de estos delitos.

Considero muy acertada la introducción de este nuevo tipo penal, que tiene su raíz en las indicaciones de la ECRI, aunque en el Convenio sobre Cibercrimen están recogidas,

¹⁵⁰ Es imposible entra ahora en detalles y más cuando ya no tiene sentido seguir centrando la atención en lo allí dicho, cuando debemos aplicar el nuevo código penal.

¹⁵¹ ROIG TORRES, M., “Los delitos de racismo y...”, o.c., p. 1.263. Citado también por RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., o.c., p. 181 y por GASCÓN, A., o.c., p. 82.

¹⁵² Ver los tipos cualificados, GASCÓN, A., o. c., p. 83.

¹⁵³ MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA. (2015). *Informe Raxen. Racismo, Xenofobia, Antisemitismo, Islamofobia, Neofacismo y otras manifestaciones relacionadas con la intolerancia a través de los hechos. Especial 2015 (1). El avance de la Xenofobia en Europa*, Madrid, edita Movimiento contra la intolerancia, 2016..

pero limitadas al uso de internet, al IP de quien procede la noticia, y no a la prensa escrita ¹⁵⁴.

Ciertamente, no nos estamos refiriéndonos ahora mismo al dueño de la publicación, a quien escribe o a quien tiene a personal contratado que escribe, sino al mero almacenaje y venta de material racista escrito por si mismo o por otros. Concretamente en España, esto lleva a resolver la inacabada polémica sobre las librerías Europa ¹⁵⁵ y Kalki ¹⁵⁶. De hecho, la librería Europa ha sido precintada el 18 de julio de 2016 por orden del fiscal especial de delitos de odio de Barcelona ¹⁵⁷. Pedro Varela Geiss, en el momento en que se escribe este artículo, está en libertad bajo fianza y pendiente de nuevo juicio: “A raíz de la investigación, el pasado 9 de julio una operación de los Mossos d'Esquadra supuso el precinto de la librería y la detención de cuatro personas vinculadas a Ediciones Ojeda, la editorial de Varela, por la difusión de libros que promueven el odio y la discriminación. En la operación, además, se intervinieron más de 15.000 libros” ¹⁵⁸.

No vamos a resumir ahora los hechos probados de las sentencias de la librería Europa y de la librería Kalki, porque son de sobra conocidos y remito directamente a la lectura de las sentencias que son en si mismas explícitas e ilustrativas y han sido objeto

¹⁵⁴ No obstante, hay doctrina del TEDH, recogida en la Recomendación de la ECRI con respecto a la responsabilidad penal de los directores de medios escritos de prensa o de internet por las noticias que se publican en el mismo.

¹⁵⁵ STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio. La SJP núm. 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998 condenó al titular de la librería Europa en la que se vendían materiales vinculados al negacionismo del holocausto nacionalsocialista por los delitos del art. 510.1 y 607.2. del Código Penal español de 1995, ahora recogido en parte en el art. 510 del actual CP. Como resumen, véase, ALASTUEY, C., “La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas”, o.c., pp. 10-11, nota 4: “Posteriormente, la AP Barcelona, en su sentencia de 5 de marzo de 2008, resolvió el recurso de apelación, absolviendo al condenado del delito de provocación a la discriminación, si bien mantiene la condena por el delito del art. 607.2. Posteriormente se inició otro procedimiento contra la misma persona, y el Juzgado de lo Penal núm. 11 de Barcelona vuelve a condenarle por los mismos delitos, pero la AP Barcelona, en sentencia de 26 de abril de 2010, le absuelve del delito del art. 510.1 y confirma también aquí la condena por el delito del art. 607.2”.

¹⁵⁶ STS. Sentencia de la Sala Segunda n.º 259/2011, de 12 de abril de 2011 (asunto de la Librería Kalki), p.172.

¹⁵⁷ <http://www.publico.es/politica/capitulo-final-libreria-europa-centro.html>.

“Sus primeros problemas serios con la justicia arrancan en 1996, con una operación policial en la que se registró la librería y la vivienda de Varela y se requisaron más de 20.000 libros y otros materiales neonazis. La sentencia definitiva del caso no llegaría hasta doce años más tarde, cuando la Audiencia de Barcelona condenó a Varela a siete meses de cárcel por un delito de apología del genocidio. Poco antes, el Tribunal Constitucional había dictaminado que la negación del Holocausto no era delito, algo que permitió al librero evitar una condena mayor y, por lo tanto, ingresar en prisión. En 2006, hubo una segunda operación policial contra la librería Europa, que comportó la detención de Varela y la confiscación de unos 5.000 libros que almacenaba el local. En esta ocasión, la sentencia tardó algo menos y se anunció en 2010. El librero neonazi fue condenado a un año y tres meses de prisión por un delito de difusión de ideas genocidas. Y esta vez sí tuvo que cumplir la pena entre rejas, en concreto en la cárcel de Can Brians”.

¹⁵⁸ <http://www.publico.es/politica/capitulo-final-libreria-europa-centro.html>.

de innumerables análisis en la doctrina¹⁵⁹. Lo que interesa es resaltar la pertinencia de la introducción de este delito que es conforme a lo sugerido por la ECRI.

En relación con la RPG nº 7 en §18 f), “la divulgación o distribución pública o la producción o almacenamiento con la intención de divulgar o distribuir públicamente, con un objetivo racista, material escrito, gráfico o de cualquier otra índole que contenga manifestaciones de los tipos descritos en los § 18 a), b), c), d) y e)”¹⁶⁰, el tema de la elaboración, posesión de escritos con la finalidad de distribuirlos, la propia distribución, difusión, o venta son conductas que la ECRI anima a penalizar. En la reforma de 2015 del CP se han introducido como delitos la producción de este material, así como su difusión y distribución, además de su venta, lo que está en plena consonancia con las sugerencias de la Recomendación nº 7 de la ECRI. Según nuestro CP: “Art. 510. 1. b) o quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas. Antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o idoneidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”.

En el artículo del CP español no figuran los motivos de color, lengua y ciudadanía. Al margen de ello, el debate crucial en este punto es que para la ECRI el almacenamiento de material racista con la intención de distribuirlo debe ser penalizada, también su propia producción.

Esto lleva a la discusión de si en este caso se está adelantando la barrera punitiva lesionando el derecho a la libertad de expresión y de opinión más allá de los límites permitidos por el art. 10.2 de la CEDH. Además, a nivel doctrinal se plantea la calificación de la penalización de estos delitos como de peligro abstracto. A mi juicio, la primera discusión es si este tipo penal debe ser calificado como peligro abstracto o como

¹⁵⁹ 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*, n.º 26, 2012, pp. 283-309. 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, n.º 7 (enero de 2012), pp. 297-346.

¹⁶⁰ Memorandum explicativo, § 42: “El apartado 18 f) de la Recomendación se refiere a la divulgación, distribución, producción o almacenamiento de material escrito, gráfico o de otra índole manifiestamente racista, incluyendo su divulgación a través de Internet. Este material incluye soportes musicales como discos, cintas y discos compactos, accesorios informáticos (por ejemplo, disquetes, software), cintas de vídeo, DVDs y juegos”.

peligro hipotético (concreto-abstracto)¹⁶¹. La recomendación de la ECRI no entra en estas discusiones doctrinales. Simplemente considera que deben de ser penalizadas esas conductas. En mi caso, admitida cualquiera de las dos posibilidades de calificación doctrinal, considero adecuada su penalización. Respetando, como no podía ser de otro modo, las opiniones doctrinales contrarias en este punto¹⁶², pensar que quien produce y

¹⁶¹ Para unos los delitos de peligro hipotético o potencial serían un tipo dentro de los de peligro abstracto, para otros merecerían una clasificación diferenciada, con una categoría propia. No podemos detenernos ahora en la discusión de este punto. Pero resulta ilustrativo el artículo de CEREZO MIR, José. "Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal de riesgo". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 10, 2002, pp. 42-72, para quien. "En los delitos de aptitud para la producción de un daño, o delitos de peligro abstracto-concreto, es mucho mayor la gravedad del desvalor de la acción. Para que la acción sea típica es preciso que, desde un punto de vista ex ante, aparezca como no absolutamente improbable que de ella se derive la lesión del bien jurídico" (p. 17), si bien Cerezo considera los delitos de peligro hipotético como una categoría dentro de los de peligro abstracto. KISS, Alejandro, "Delito de lesión y delito de peligro concreto. ¿qué es lo adelantado?". *InDert* 1/2015, Barcelona, Enero de 2015, pp. 1-26. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat: rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1989. KINDHÄUSER "Rationaler Rechtsgüterschutz durch Verletzungs- und Gefährdungsverbote" en LUDERSSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, t. I, Nomos, Baden Baden, 1998, pp. 263 y ss. KISS, *El delito de peligro abstracto*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2011. RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004. SCHÜNEMANN, "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte", *JA*, 1975, pp. 435 y ss., 511 y ss., 575 y ss., 647 y ss., 715 y ss., 787 y ss. TORIO LÓPEZ, Ángel. "Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)". *Anuario de Derecho Penal*, 1981, pp. 825-847. Online en:

<http://www.whitmanabogados.com/que-es-un-delito-de-peligro-presunto-o-hipotetico-se-incluye-en-el-el-tipo-del-articulo-325-del-codigo-penal/>

La respuesta a ambas cuestiones nos las ofrece la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en sentencia de 22 de octubre de 2014 que examinando un supuesto de emisiones sonoras en un bar del 325 del Código Penal declara que "conviene comenzar advirtiendo que el tipo del artículo 325 del Código Penal constituye lo que la doctrina viene denomina de delito de peligro presunto o hipotético. Es decir de aquellos en los que, no solamente no es necesario que se llegue a producir una lesión del bien jurídico que se pretende proteger, sino que ni siquiera el resultado del peligro para el mismo ha de ser probado, bastando con que se prueben los presupuestos del tipo ya que el peligro, en tal caso, se presume, siquiera cabría eludir la sanción penal si efectivamente se probara la inexistencia de lesión y peligro. Y constituye, eso sí, un presupuesto a probar la potencialidad en abstracto del comportamiento para generar el peligro para el equilibrio de los sistemas naturales, o, de tratarse del subtipo agravado del inciso final del hoy apartado único del citado artículo 325."

¹⁶² Esta inclusión ha sido criticada en España por parte de la doctrina, por ALASTUEY, C., "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*, Año XXXV, 2014, Número 8245, jueves, 6 de febrero de 2014, pp. 1-12. Para Alastuey Dobón anticipar la venta o distribución de esos materiales al momento de la venta o distribución o más todavía al de la producción o elaboración es un clarísimo atentado a la libertad de expresión y no es compatible con los principios penales más elementales. Véase, p. 7. Alastuey comparte la interpretación restrictiva que se había realizado en el caso de la librería Kalki por el TS. También considera no conforme con el principio de proporcionalidad de las penas la sanción prevista para el art. 510 1.b) similar al del 510.1.a) (Cfr., *Idem*, p. 8). También por TERUEL LOZANO, G., "La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal", *Indret*, 2015, pp. 2-51. Criticada por ALCÁCER GUIRAO, R., (2012). "Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 14 de febrero de 2012. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recp>, pp. 14-02, pp. 1-32. Alabada en este punto por GÁSCÓN CUENCA, Andrés. (2015). "La nueva

almacena no lo hace con la idea de vender es algo ilógico. En cualquier caso, considero adecuada y muy acertada la línea de la ECRI en este punto. A mi juicio interpretando la RPG nº 15 el peligro requerido podría ser calificado como hipotético (concreto-abstracto). En suma, se asimila el almacenaje de material racista similar a la intervención preventiva en el estado de los conductores en el tráfico con los controles de alcoholemia para evitar accidentes, cuya finalidad es la intervención antes de que se produzca el resultado lesivo. Es decir, se considera que quien conduce borracho es un peligro potencial o hipotético para los demás. Creo que este sería el estado equiparable a quien almacena material racista con intención de difundirlo de modo público, sin limitarse a su uso privado. En este caso, como en todos los supuestos de penalización sugeridos en la Recomendación debe probarse la intención racista y que su finalidad sea la de distribución por parte del individuo que almacena ese material.

4.5. La incitación directa e indirecta y las contradicciones en la jurisprudencia del TS y del TC en los casos de la librería Europa y la librería Kalki

En el caso de Varela Geiss, en la segunda sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona que volvió a condenarle por el art. 602.2 . se utiliza un argumento que resulta adecuado con la filosofía defendida por la ECRI: «la cual posee en sí misma el potencial lesivo para el bien jurídico en cuanto posibilita objetivamente, presentándolas como legítimas y/o necesarias, la reafirmación y el renacimiento de unas ideas y doctrinas que han originado las más grandes vergüenzas que la historia de la humanidad debe cargar sobre sus espaldas, y lo hace en un país en el que por su historia reciente las ideologías fascistas y la extrema derecha no democrática continúan representando potencialmente un peligro cierto y en una situación social (incremento de la inmigración de etnias bien definidas) que ha dado ya lugar a episodios xenófobos, en la que resucitarlas constituye una incitación indirecta a la violencia (peligro potencial)»¹⁶³. Como contraste, debe ser dicho que no compartimos la calificación de los hechos para negar su subsunción en el antiguo artículo 510 del CP. Por mucho que se requiera una incitación directa, la

regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: la modificación del artículo 510 CP”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 32, pp. 72-92. También a favor Carmen Quesada, “La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso del odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, 2015, pp. 1-32. Quien en o.c., p. 29 está a favor de que el bien jurídico es la dignidad y penalizar el negacionismo: LÓPEZ-SIDRO, Ángel. (2013). “Negacionismo y discurso del odio en España”, en PÉREZ-MADRID, Francisca y GAS AIXENDRI, Montserrat, *La Gobernanza de la Diversidad Religiosa*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 75-99.

¹⁶³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 2.ª) de 26 de abril de 2010. De todos modos las dilataciones en el proceso penal de Varela Geiss son lamentables porque no respetan las garantías procesales con un proceso que duró en la primera condena nueve años, con retirada del pasaporte durante todo ese tiempo.

apreciación sobre si esa incitación directa se da o no está muy lejos de ser algo objetivo y matemático. Que difundir unos escritos en los que se llama a los judíos parásitos, ratas o inferiores, y en los que se justifica los orígenes del holocausto, apoyando esas ideas no es una llamada o incitación directa a la discriminación de esta raza, según el Tribunal desde toda perspectiva jurídica, es más bien “su perspectiva jurídica”, la del juez en este caso concreto y no la de “toda perspectiva jurídica”.

En el caso de la librería Kalki, el Tribunal Supremo absuelve a los cuatro acusados, tras un recurso de casación de los delitos del Art. 607.2 CP , del delito 510 CP y de delito de asociación ilícita, desdiciendo todos los pronunciamientos de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 10.ª) de 7 de octubre de 2009. Todo ello es otra muestra de las diferencias de interpretación y argumentación jurídica y de los problemas de calificación, que ya he comentado en el artículo referido a la negación o justificación del negacionismo ¹⁶⁴. De hecho para el Magistrado Andrés Martínez Arrieta, como manifiesta en su voto particular, los hechos probados deben ser subsumidos en los delitos penales señalados por la Audiencia Provincial de Barcelona.

Una vez expuesto el nuevo texto del art. 510 1. b) cabe afirmar que estamos ante una nueva era en el derecho penal, en la que los hechos probados en estas sentencias cabe subsumirlos ya sin ninguna duda en dicho artículo ¹⁶⁵, respondiendo al espíritu de las RPG de la ECRI nº 7 y 15 ¹⁶⁶. No obstante dada la redacción del artículo 510.1.c) según el cual las conductas negacionistas, de trivialización y enaltecimiento deben provocar necesariamente un clima de violencia, hostilidad, o discriminación” contra los sujetos pasivos que provoquen actos reales de discriminación, se traslada a este artículo los antiguos problemas de calificación del antiguo artículo 510 CP .

De ahí que este enunciado no cumpla con las sugerencias de la ECRI. Este artículo va a resultar de muy difícil aplicación. No sería aplicable, a nuestro juicio, a las dos librerías citadas. No podrían ser condenadas por el nuevo art. 510. 1.c) CP, aunque sí por el art. 510. 1. a) CP ¹⁶⁷. En este punto se aprecia a mi juicio una incoherencia en el legislador, lastrada por la sentencia 235/2007 del TC, porque si en el caso de

¹⁶⁴ ELÓSEGUI, M. “La negación o justificación del genocidio como delito en el derecho europeo”, *Revista de Derecho Político* , nº 98, 2017.

¹⁶⁵ Contrario a la reforma, sin embargo opina que ahora las conductas de estas librerías serían delictivas PORTILLA CONTRERAS, G., “La represión penal del <<discurso del odio>>”, en G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 741-742,

¹⁶⁶ Por otro lado, se aplicaría el art. 510. 1. a) a los autores intelectuales de ideas racistas y que además las difundan públicamente. Para ello habría que demostrar que son los autores de las mismas, lo que sería aplicable, a algunos de los e-mails escritos por el propio Varela Geiss calificando de falso el Diario de Ana Frank.

¹⁶⁷ De la misma opinión RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., o.c., p. 206, después de un exhaustivo y acertado análisis en las pp. 193-206.

almacenar o vender literatura que defiende el genocidio se considera una incitación indirecta al racismo y es una conducta penalizada, no resulta coherente que esa venta y difusión de ideas genocidas requiera una incitación directa para ser calificada como delito de justificación del genocidio. Todo ello, dentro de la prueba del contexto social y de peligro cierto que debe valorar el juez. A su vez debe tenerse en cuenta los límites de la libertad de expresión, tema del que ya me he ocupado en el artículo mencionado ¹⁶⁸.

Volviendo al caso de la librería Kalki, hay voces en la doctrina, como la de Quesada que también aboga a favor de que la incitación indirecta fuera introducida en estos delitos: "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 violencia"¹¹². 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" ¹⁶⁹.

Al margen de ello, como es sabido, el TC ¹⁷⁰ y el TS ¹⁷¹ se separaron de la línea jurisprudencial anterior exigiendo que la negación del genocidio supusiera una incitación directa a la violencia contra ciertos grupos o un menosprecio directo, mientras que en la sentencia de Violeta Friedman ¹⁷² partía de considerar que es punible la simple difamación de una minoría étnica e igualmente en la Sentencia sobre la editorial Makoki ¹⁷³. También se observan contradicciones entre la sentencia del TS en el asunto Kalki en

¹⁶⁸ He destacado en el mismo el peligro de otros códigos penales europeos mal formulados o que han dado lugar a denuncias abusivas contra profesores de universidad también realizadas desde asociaciones civiles. En Francia se han archivado numerosas demandas civiles y denuncias penales realizadas por asociaciones contra académicos, en las que ha prevalecido su libertad de cátedra y de investigación. Pero dado que ahora estamos centrándonos en España, no creo que sea ese el peligro que corramos en este país en temas de discriminación racial, aunque si caben y existen, en otros campos falsas denuncias de conductas discriminatorias cuando en realidad se están formulando juicios de valor sobre cuestiones morales que forman parte de la libertad ideológica, de conciencia y de religión. Una cosa es respetar y no discriminar a las personas y otra diferente son los juicios morales que nos merezcan sus conductas. Pero eso merecería ser objeto de otra investigación.

¹⁶⁹ QUESADA, C., o.c., p. 29.

¹⁷⁰ STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007 .

¹⁷¹ la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 259/2011, de 12 de abril de 2011 (asunto de la Librería Kalki).

¹⁷² STC 214/1991, de 11 de noviembre de 1991 .

¹⁷³ Sentencia Makoki, STC 176/1995, de 11 de diciembre de 1995 . En el recurso de amparo núm. 1.421/92, interpuesto por don Damián Carullá Balagué, contra la Sentencia que la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó el 11 de mayo de 1992 en procedimiento abreviado seguido por delito de injurias. Han comparecido el Ministerio Fiscal y las Asociaciones "Amical de Mauthausen" y "B'Nai B'Rith de España", siendo Ponente el Magistrado don Rafael de Mendizábal Allende, quien expresa el parecer de la Sala.

relación con otro asunto similar Blood and Honour ¹⁷⁴ que se juzgó por otra sala del mismo tribunal una semana después.

En Kalki el Tribunal Supremo declara que: “ las frases acotadas y las conductas realizadas no tienen relevancia penal para rellenar la tipicidad en la medida en que es preciso que bien por la forma y ámbito de la difusión y por su contenido, vengan a constituir una incitación indirecta a su comisión o que, en atención a todo ello, supongan la creación de un clima de opinión o de sentimientos que den lugar a un peligro cierto de comisión de actos concretos de discriminación, odio o violencia, concretándose la posibilidad de un efectivo daño a los sujetos especialmente protegidos por la norma penal. Se estima el recurso de casación” ¹⁷⁵. Oscar Vicario ¹⁷⁶, abogado que representó a SOS Racisme, (en la actualidad abogado de Movimiento contra la intolerancia), y Cristóbal Martell, en nombre de la comunidad israelí en España, presentaron un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (TC) contra la absolución de "Kalki", que no fue admitido. Para SOS Racismo y el Movimiento Contra la Intolerancia el principal problema era la ambigua redacción del artículo 510 del Código Penal y pidieron su reforma para que se castigara no sólo la provocación, sino también la "incitación" al odio,

¹⁷⁴ STS (Sala de lo penal, sección 1) núm. 2014/2015, de febrero 5 de febrero rechaza el recurso de apelación (núm. 1521/2014) contra la sentencia del Tribunal Provincial de Madrid, Sección 3ª, de 24 de junio de 2014, que ha condenado a José María, como autor penalmente responsable de un delito de asociación ilegal por pertenecer a Blood and Honour España, un grupo de ideología neonazi, que promueve el odio basado en la raza, a través de la edición y distribución de revistas y eventos públicos (art. 515. 5º en relación con el art. 517. 2. Del Código Penal): “También se intervinieron discos, destinados a su venta y algunos coincidentes con los ocupados en el local con canciones cuyas letras promueven la xenofobia tales como <<Mis vecinos son apestosos turcos y en el parque de enfrente vaguea un negrata>>, << te partiré la boca hasta que cruja>>, << Estamos hartos de una tiranía judía y si el país se hunde es por culpa de esta mezcla de razas”, “Primero se mete el gas en la cámara, se sella, se colocan unas alcachofas y un desagüe, y acabado está el holocausto>>”.

¹⁷⁵ Ver el texto oficial del resumen de la sentencia en <http://supremo.vlex.es/vid/284165199>.

¹⁷⁶ VICARIO, Oscar. “Estimábamos que aquello era delito y resulta que era libertad de expresión. El caso de la librería Kalki”, *Revista Mugak*, nº 60, 2011. On line: <http://www.mugak.eu/revista-mugak/no-60/estimabamos-que-aquello-era-delito-y-resulta-que-era-libertad-de-expresion--2> (consultado 23 de enero de 2017). Según este autor: “En estos preceptos el odio es el elemento común de estas expresiones, tanto en el sentido de estar movidas por el odio, como, sobre todo, por tratar de transmitir ese mismo odio a los destinatarios del mensaje. La estructura de esos tipos penales participa de la naturaleza de los delitos de peligro, bastando para su realización con la generación de ese peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del “discurso del odio” que lleva implícito el peligro al que se refiere el tipo. De esta forma, estimábamos que los Convenios y normas internacionales reseñadas, refieren la antijuridicidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del discurso que contiene un mensaje odioso que por sí mismo, es peligroso para la convivencia. Los dos tipos penales (art 510 CP y 607.2 CP) requerían y requieren a nuestro modo de ver para su aplicación, la constatación de unas ofensas que puedan ser incluidas en el discurso del odio, pues esta inclusión supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia y de discriminación”.

de manera que los tribunales no pudieran aducir falta de relación directa entre los discursos y los actos xenófobos ¹⁷⁷.

El asunto que suscitó la petición de recurso de amparo fue que el Tribunal Supremo, “con el voto particular del magistrado Andrés Martínez Arrieta, revocó en su fallo una sentencia pionera de la sección 10^o de la Audiencia de Barcelona, el primer tribunal de España que aplicó el artículo 510 del Código Penal, que castiga la provocación del odio racial. En la sentencia, que absolvió a los líderes de CEI también de asociación ilícita, el magistrado ponente Miguel Colmenero argumentó que la difusión de ideas neonazis y racistas sólo es delictiva cuando crea un <<peligro real>> que pueda concretarse en actos violentos. Una semana después, otra sentencia del Supremo confirmó las penas impuestas por asociación ilícita a los líderes de la organización neonazi <<Blood & Honour>>, al considerar que en la provocación al odio <<basta con que el mensaje se difunda ante una colectividad difusa a través de cualquier medio de comunicación de masas” y excluir de la libertad de expresión una concepción del mundo “con deliberado ánimo de menospreciar o discriminar>>” ¹⁷⁸.

Para Vicario, en la sentencia del TS, caso Kalki “De esta manera es contradicha la tesis sostenida por la Sentencia del Constitucional 235/2007, donde se dice que “resulta constitucionalmente legítimo castigar conductas que, aun cuando no resulten idóneas para incitar directamente la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, si suponen una incitación indirecta de la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art 607.2 CP FJ noveno)” ¹⁷⁹.

En conclusión, la reforma del art. 510 del CP coincide con lo esperado por el abogado Oscar Vicario y también por lo sugerido por la RPG n^o 7 de la ECRI. La nueva redacción del CP y las RPG n^o 7 y también la 15 ayudarán a superar todos estos problemas de interpretación doctrinal, si bien indudablemente abrirán otros.

También se debería penalizar según el § 18 g) “la creación o el liderazgo de un grupo que promueva el racismo; el apoyo prestado a un grupo de tal naturaleza; y la participación en sus actividades con el propósito de contribuir a los delitos referidos en los apartados 18 a), b), c), d), e) y f)” ¹⁸⁰. El Código penal en su artículo 515 persigue a

¹⁷⁷ <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/06/13/barcelona/1307982347.html>

¹⁷⁸ <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/06/13/barcelona/1307982347.html>

¹⁷⁹ VICARIO, Oscar. “Estimábamos que aquello era delito y resulta que era libertad de expresión. El caso de la librería Kalki”, *Revista Mugak*, n^o 60, 2011.

¹⁸⁰ ECRI, RPG n^o 15, Memorandum explicativo § 43: “El apartado 18 g) de la Recomendación prevé el procesamiento de determinados actos relacionados con grupos que promueven el

quienes pertenezcan a una asociación delictiva y con más pena a sus jefes, encargados o administradores. En todo caso, quizá hubiera sido más claro introducir el término promoción del racismo y que hubiera quedado reflejada la palabra raza. En cuanto al § 18 h) “la discriminación racial en el ejercicio individual de una ocupación de carácter público”, está recogido en los artículos 314 y 511 del CP. La penalización del genocidio § 19 de la Recomendación está plenamente penalizada en España en el artículo 510 del nuevo CP ¹⁸¹. Del mismo modo en relación con la instigación, el punto 20 de la Recomendación nº 7 de la ECRI afirma: “La legislación debería penalizar cualquier instigación, ayuda, incitación”, es decir la tentativa de cometer alguno de los delitos previstos en los §18 y §19. El Código Penal español contempla el delito consumado y la tentativa de delito (art. 15 y 16 CP). También responsabiliza a los autores y cómplices (art. 27 CP) y a los inductores (art. 28 CP). En relación con la responsabilidad de los medios de comunicación tanto en papel, como online, son de bastante calado para la cuestión de la difusión de la discriminación racial por internet ¹⁸².

V. LA RESPONSABILIDAD POR IMPRUDENCIA O DIFAMACIÓN IRRESPONSABLE DESARROLLADA EN LA RPG Nº 15. PELIGRO DE QUE LA SÁTIRA SE CONVIERTA EN INCITACIÓN A ODIO

Si bien hasta ahora hemos comparado el Código Penal en relación con la RPG nº 7, parece oportuno en este contexto volver a profundizar en algunos aspectos de la RPG nº 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso del odio que desarrolla algunas ideas de la RPG nº 7 en temas claves para el derecho penal. Hemos preferido dejar para este posterior momento la profundización en tres aspectos apuntados por esta última

racismo. El concepto de grupo incluye grupos de facto, organizaciones, asociaciones y partidos políticos. La Recomendación estipula que debería prohibirse la formación de grupos que promuevan el racismo. Esta prohibición también incluye mantener o reconstituir un grupo que ha sido prohibido. La cuestión de la disolución de un grupo que promueva el racismo también se aborda en la Sección III -Derecho civil y administrativo (véase el apartado 37 del presente Memorando Explicativo) y más abajo (véase el apartado 49 del presente Memorando Explicativo). Además, la noción de “apoyo” incluye actos como facilitar financiación al grupo, suministro de material o la producción u obtención de documentos”.

¹⁸¹ Para la controversia sobre la consideración o no del negacionismo como equivalente a la justificación véase mi artículo. A favor de penalizar ambas por considerarlas sinónimas BARRERO ORTEGA, Abrahan. “Negacionismo y libertad de expresión o de cómo frenar el discurso del odio”, en José Cruz Díaz y Rafael Rodríguez Prieto (Coords), *Holocausto y crímenes contra la humanidad*, Barcelona, Anthropos, 2009, pp. 87-105.

¹⁸² Art. 30 CP: “ 1. En los delitos que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente. 2. Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden: 1.º Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo. 2.º Los directores de la publicación o programa en que se difunda. 3.º Los directores de la empresa editora, emisora o difusora. 4.º Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora”.

RPG nº 15 debido a que son bastantes más polémicos y porque al haber sido publicada en marzo de 2016 se requiere que transcurra más tiempo para ver qué impacto real causa en las legislaciones de los Estados contratantes del CEDH.

Un tema que queda bien deslindado es que la sátira o la caricaturización forman parte de la libertad de expresión y no deben ser, en principio, penalizadas. La novedad es que se introduce un nuevo elemento sobre una posible responsabilidad por imprudencia: “Al mismo tiempo, la Recomendación excluye de forma explícita de la definición de discurso de odio, cualquier forma de expresión, tales como la sátira o informes o análisis realizados de forma objetiva, que simplemente ofenden, dañan o molestan. Al hacerlo, la Recomendación refleja la protección de la definición que adopta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de conformidad con el artículo 10 de la Convención de Derechos Humanos¹⁸³. A pesar de ello, se recuerda que el Tribunal Europeo también reconoce que la incitación al odio puede ser resultado del insulto, la ridiculización o difamación irresponsables de determinados grupos de población, cuya consecuencia puede ser la ofensa innecesaria, la defensa de la discriminación, el empleo de un lenguaje vejatorio o humillante o puede incluir la inevitable exposición de la víctima¹⁸⁴ y todas estas formas también estarían incluidas en la definición de la Recomendación”¹⁸⁵. Esto vendría al caso de las problemáticas caricaturas de Mahoma y otras situaciones similares.

Todo ello nos conduce a tratar la espinosa cuestión de la responsabilidad por imprudencia en el discurso difamatorio y la definición del elemento de incitación. En realidad este concepto aparece ya en el informe de la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia) sobre la Relación entre Libertad de expresión y la libertad de religión¹⁸⁶ que “concluye que la incitación al odio, incluido el odio religioso, ha de ser objeto de sanciones penales y que sería adecuado que existiese intencionalidad o imprudencia”¹⁸⁷.

¹⁸³ Véase por ejemplo *Jersild c. Dinamarca* [GC], no. 15890/89, 23 de septiembre de 1994, *Sürek y Özdemir c. Turquía* [GC], nº. 23927/94, 8 de julio de 1999, *Giniewski c. Francia*, no. 64016/00, 31 de enero de 2006, *Alves da Silva c. Portugal*, nº.41665/07, 20 de octubre de 2009 y *Fáber c. Hungría*, nº. 40721/06, 24 de julio de 2012.

¹⁸⁴ Véase, por ejemplo, TEDH, (Sección segunda), *Féret c. Bélgica* (nº 15615/07), 16 de julio de 2009, TEDH, *Vejdeland y Otros c. Suecia*, nº. 1813/07, 9 de febrero de 2012.

¹⁸⁵ ECRI, RPG nº 15, Memorándum Explicativo § 13.

¹⁸⁶ Informe sobre la Relación entre la Libertad de expresión y la Libertad de religión: legislación y procesamiento por blasfemia, insulto religioso e incitación al odio religioso, CDL-AD (2008)026, 23 de octubre de 2008.

¹⁸⁷ ECRI, RPG nº 15, Memorándum explicativo, § 48. La RPG nº 15, ídem, añade a continuación: “También concluye que no es necesario, ni deseable tipificar un delito por insulto religioso, por ejemplo, el simple insulto a los sentimientos religiosos sin el elemento de incitación al odio como componente esencial. Además, el informe concluye que el delito de blasfemia ha de abolirse y no volverse a introducir”.

La posible responsabilidad por imprudencia grave está muy unida a la definición de qué se entienda por incitación y la medición del riesgo. La RPG nº 15 define cómo evaluar el riesgo inminente: “significa que o bien existe una intención clara de cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, o bien existe un riesgo inminente de que tales hechos ocurran como consecuencia de haber utilizado el discurso de odio”¹⁸⁸. De hecho, el TEDH en su jurisprudencia ha tenido en cuenta a la hora de valorar el riesgo las circunstancias sociales y si existía previamente una tensión en la que determinados discursos podrían exacerbar una situación ya explosiva¹⁸⁹.

LA RPG nº 15 establece también algunos criterios interpretativos para valorar la intencionalidad de la persona que utiliza el discurso de odio, si “de forma inequívoca, hace un llamamiento a los demás para que cometan los actos pertinentes o se puede deducir por la contundencia del lenguaje utilizado y otras circunstancias destacables, como la conducta previa del orador”¹⁹⁰. Además para evaluar si existe o no riesgo inminente: “de que se produzcan estos actos hay que tener en cuenta las circunstancias específicas en las que se utiliza el discurso de odio. Concretamente, hay que tener en cuenta (a) el contexto en el que se utiliza el discurso de odio en cuestión (especialmente si ya existen tensiones graves relacionadas con este discurso en la sociedad); (b) la capacidad que tiene la persona que emplea el discurso de odio para ejercer influencia sobre los demás (con motivo de ser por ejemplo un líder político, religioso o de una comunidad); (c) la naturaleza y contundencia del lenguaje empleado (si es provocativo y directo, si utiliza información engañosa, difusión de estereotipos negativos y estigmatización, o si es capaz por otros medios de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación); (d) el contexto de los comentarios específicos (si son un hecho aislado o reiterado, o si se puede considerar que se equilibra con otras expresiones pronunciadas por la misma persona o por otras, especialmente durante el debate); (e) el medio utilizado (si puede o no provocar una respuesta inmediata de la audiencia como en un acto público en directo); y (f) la

¹⁸⁸ ECRI, RPG nº 15, Memorándum explicativo § 14.

¹⁸⁹ Véase por ejemplo, *Zana c. Turquía* [GC], no. 18954/91, 25 de noviembre de 1997 y *Sürek c. Turquía* (nº. 1) [GC], nº. 26682/95, 8 de julio de 1999. Algunos han criticado que el juez tenga que juzgar los hechos atendiendo a la realidad social. A mi juicio, esa es parte de la función del juez y uno de los criterios interpretativos clásicos del derecho. A su vez en muchos delitos de tráfico y otros se tienen en cuenta los datos estadísticos para extremar la vigilancia porque estadísticamente se sabe que determinados, días o épocas hay más personas conduciendo con índices altos de alcoholismo. Del mismo modo, lo que en un país no supone ningún peligro, por ejemplo, insultar a unas minorías que allí no existen, en otro lo podrían ser. Por ejemplo, el discurso racial contra los refugiados tiene distintos efectos en países que albergan un gran número de ellos y en los que se ha dado asaltos a los campos de acogida que en otros que no han recibido ninguno.

¹⁹⁰ ECRI, RPG nº 15. Memorándum Explicativo, § 15.

naturaleza de la audiencia (si tiene o no los medios para o si es propensa o susceptible de mezclarse en actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación)". En cualquier caso, es inevitable la valoración del juez.

La ECRI introduce como referencia los criterios que se consideraron en el Plan de Acción de Rabat para evaluar en qué caso las circunstancias pueden convertir una conducta es merecedora de la calificación de delito penal. Concretamente, la RPG nº 15 introduce una novedad con respecto a la nº 7 porque "va más allá al reconocer que la intención de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación no es imprescindible para esta forma grave de discurso de odio. Es más, se considera que existe empleo de discurso de odio también cuando cabe esperar, razonablemente, que como efecto del empleo de ese discurso en particular se cometan esos actos delictivos. Se considerará una imprudencia, cuando quepa esperar razonablemente que se produzca este efecto" ¹⁹¹.

Por tanto, en las circunstancias que justifican una responsabilidad penal se añade el elemento de la imprudencia, cuando ésta sea grave: "Los factores importantes para que el empleo de discurso de odio alcance el límite de responsabilidad penal son los que tienen un carácter más grave, es decir, cuando tienen la finalidad, o quepa suponer razonablemente que van a tener dicho efecto, incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación y cuando el empleo de expresiones de este tipo tiene lugar en público. Tal y como dejan claro los apartados anteriores que tratan la definición de discurso de odio ¹⁹², el primer factor va más allá de la formulación utilizada en el apartado 18 de la RPG nº7 ya que establece la responsabilidad cuando existe un elemento de imprudencia, como la violencia, intimidación, hostilidad o discriminación como consecuencia de un uso determinado del discurso de odio y no solo la intencionalidad. Además, aunque las amenazas, en contra de otras conductas cubiertas en la RPG nº7, no tienen que proferirse en público para que se aplique una responsabilidad penal, la RPG nº 15, en su número 10, exige que el empleo de discurso de odio se produzca en público para que se aplique una responsabilidad penal ¹⁹³.

A mi juicio, esta responsabilidad por imprudencia grave ¹⁹⁴ se podría comparar, salvando las distancias, y de modo simbólico, con el delito de incendios (art. 351 CP).

¹⁹¹ ECRI, RPG nº 15, Memorándum Explicativo, § 17.

¹⁹² Véase los anteriores §§ 14-18 de la RPG nº 15.

¹⁹³ ECRI, RPG nº 15, Memorándum explicativo, § 173.

¹⁹⁴ Para la responsabilidad penal por imprudencia habitualmente utilizada para delitos de tráfico, véase MARTIN SANTOS, Marta. "La nueva regulación de la imprudencia en el Código Penal tras la reforma operada por LO 1/2015 de 30 de marzo. La imprudencia menos grave". Fiscal de la Fiscalía provincial de Granada: delegada de Siniestralidad Laboral.

No en el sentido material de producir daños materiales, sino daños o lesiones morales a la dignidad de la personas, por su denigración. Muchos elementos serían comparables. El bien jurídico sería la salvaguarda de los intereses de individuos o de una comunidad frente a conductas de riesgo que pueden poner en peligro no sólo la seguridad colectiva, sino a los individuos. Se tutelaría la vida y la integridad de las personas. Habría alguna diferencia con el incendio porque éste afecta intereses difusos y de naturaleza pública, mientras las palabras que crean odio y un riesgo lo son para personas concretas y el sujeto activo es determinado, aun cuando se esconda en el anonimato de las redes sociales. Igual que el delito de incendio, el delito de un discurso de odio que cree peligro inminente sería un delito de riesgo o peligro “hipotético” o de aptitud porque no se castiga un resultado sino la idoneidad del comportamiento realizado para producir dicho peligro. El delito de incendio exige dolo, voluntad de realizarlo, pero se castiga también el incendio por imprudencia grave (art. 358 CP). En este sentido, cabe establecer un paralelismo con el matiz que introduce la RPG nº 15. Sería también equiparable el castigo de la imprudencia grave en el discurso del odio, con el caso del fuego, que se constituye como “un delito de consumación anticipada, es decir que se castiga en cuanto se produce la combustión, pues lo fundamental es el riesgo de propagación, sin necesidad de la mayor o menor duración y consecuencias que tenga el fuego”¹⁹⁵.

Esto entronca y a su vez abre una línea de investigación, muy trabajada en el campo de la libertad de expresión en relación con la difamación y la ofensa de los sentimientos, concretamente de los sentimientos religiosos, también muy tratada por el TEDH, por las normas internacionales y nacionales, así como por los tribunales constitucionales, que va más allá del objetivo de este artículo¹⁹⁶, pero que requiere una nueva sensibilidad no sólo ética, sino también jurídica para evitar en Europa dar protección jurídica a una sátira destructiva que no contribuye ni al legítimo debate de ideas, ni a la cohesión social, ni a una ciudadanía inclusiva, bajo capa de un ejercicio de la libertad de crítica intelectual de unas élites alejadas de las repercusión social que sus ideas producen en un mundo globalizado e intercultural.

www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ponencia%20Martín%20Santos,%20Mar%20ta.pdf?idFile=f6fdda0f-2a57-4162-8949-c7c8fd7c54

¹⁹⁵ Guías Jurídicas Wolters Kluwers, http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmTMyMjtbLUouLM_DxblwMDCwNzA0uQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAFfbDgTUAAAA=WKE (consultado 26 de enero de 2017).

¹⁹⁶ La opinión de QUESADA, C., o.c., p. 27 es que “represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de discriminación. 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 población “.

VI. CONCLUSIÓN

Tras presentar el contenido de las Recomendaciones de Política General nº 15 y nº 7 de la ECRI concluimos que ambas proporcionan un marco jurídico basado en el CEDH, la jurisprudencia del TEDH y las normas internacionales que permite afrontar una tutela antidiscriminatoria contra el racismo desde distintas áreas del derecho, reservando el derecho penal para algunas conductas más graves que merezcan dicho reproche. Ambas recomendaciones ofrecen definiciones precisas sobre el concepto de discurso del odio y delito de odio, diferenciando ambos. Se esboza un abanico amplio de medidas contra la discriminación racial que deben ser respetuosas del derecho de libertad de expresión, en los casos en que éste merezca protección porque no todo discurso expresivo está protegido por el artículo 10 del CEDH. En cuanto a la actuación penal se debe castigar los discursos que supongan un acoso, insulto, estigmatización de personas o grupos en razón de su raza, color y otros supuestos, sin necesidad de que estos discursos insultantes produzcan un resultado de lesión, más allá de la lesión de la dignidad que se produce con el propio discurso racista. Además también cabe penar conductas que provoquen o inciten a la denigración, odio o vilipendio de personas. En esos casos esos discursos para ser penalizados deben ser públicos e intencionados. En este segundo caso, se deberá analizar el peligro o riesgo grave. Entendemos que la recomendación nº 15 emplea la peligrosidad como potencial o hipotética, además de la real. Si bien esta es una cuestión que queda abierta a posibles interpretaciones según los derechos penales concretos de los Estados miembros del Consejo de Europa.

En cuanto al análisis del ordenamiento jurídico español, la Constitución, el derecho laboral, administrativo y civil se adecuan prácticamente al marco jurídico recomendado por la ECRI. Tanto el derecho español como las recomendaciones de la ECRI respetan a su vez el marco normativo no sólo del Consejo de Europa, sino también de la UE.

El Código Penal español ha adaptado prácticamente la totalidad de las Recomendaciones de la ECRI, especialmente la nº 7, penalizando una serie de conductas que directa y también indirectamente incitan a la comisión de conductas racistas (de delitos racistas) contra individuos o grupos. También castiga difamaciones injuriosas contra ciertas minorías, bajo los motivos señalados de raza y otros. También se recoge la incitación (y no ya la provocación), hacia personas o grupos por su raza etc, cuando esas conductas (incluidas palabras o discursos) provoquen el odio, la hostilidad, a discriminación o la violencia, si bien la ECRI habla de promover el racismo. Con un peligro cierto, en unos casos de peligro abstracto (almacenar material racista), en otro hipotético y en otros concreto (no queda muy claro en las Recomendaciones de la ECRI qué tipo de peligro se requiere), estando mucho más claro en el Código Penal que

adelanta la barrera punitiva a la creación del clima hostil, yendo más allá de lo que dicen las propias Recomendaciones de la ECRI, que se refieren a actos específicos de discriminación.

El delito de negacionismo o justificación de crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra se encuadra como un tipo especial dentro del marco de los delitos de odio. La Recomendación se refiere a genocidios que hayan sido reconocidos por los tribunales internacionales o nacionales.

Por otra parte, los delitos de discurso de odio requieren según la ECRI que la incitación sea pública. Esto se ha recogido también ahora en el nuevo Código Penal español. El bien jurídico lesionado es la dignidad de la persona, ajustándose nuestro Código al CEDH. La reforma del artículo 510 , se aproxima a lo sugerido por las Recomendaciones nº 7 y nº 15, penalizando la negación, justificación o aprobación en público de delitos de genocidio, si bien en estos casos establece la condición de la creación de un clima hostil que no es requerida en las citadas Recomendaciones. En cuanto a la producción, almacenaje y venta de material racista se adecua a lo sugerido por la ECRI. A su vez un nuevo avance en el CP ha sido la introducción de la incitación indirecta, junto a la directa lo que esperamos que ayudará a superar las contradicciones en la Jurisprudencia del TS y del TC en los casos de la librería Europa y la editorial Kalki.

Por último se deja apuntado en el artículo, un concepto que introduce la RPG nº 15 sobre la responsabilidad por imprudencia o la difamación irresponsable y el peligro de que la sátira se convierta en incitación al odio, cuestión que dejamos abierta para posteriores investigaciones.

En conclusión, esperamos que la reforma del Código Penal lleve a resolver algunos de los problemas que planteaba el Código Penal español para una verdadera persecución de los delitos de discurso racial discriminatorio. Por otro lado, como apuntan ambas Recomendaciones sería deseable un tratamiento jurídico holístico con mayores medidas civiles y administrativas, que incluyera la creación de un organismo autónomo e independiente que pudiera ejecutarlas, como existe en algunos países europeos, como por ejemplo Bélgica. Po último, cabe decir que a nivel normativo el ordenamiento jurídico español está dotado de suficientes instrumentos jurídicos para proteger la igual dignidad de todos y garantizar la protección ante la discriminación racial. Lo importante ahora es la eficacia en su aplicación. De hecho hasta ahora la jurisprudencia por motivo de discriminación racial ha sido escasa, a lo que se añade que la mayoría de las víctimas se sienten desprotegidas.