

Máster Universitario en Abogacía
Escuela de Doctorado y Estudios de Posgrado
Universidad de La Laguna
Curso 2020-2021
Convocatoria de septiembre

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

UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA A LAS PROPUESTAS *DE LEGE FERENDA* PARA LA TIPIFICACIÓN PENAL DEL ENALTECIMIENTO DEL FRANQUISMO.

Realizado por el alumno: D. Rafael de León Rodríguez
Tutorizado por el Profesor: D. Vicente Jesús Navarro Marchante
Departamento: Derecho Constitucional, Ciencia Política y Filosofía del Derecho
Área de conocimiento: Derecho Constitucional



ÍNDICE

1. Introducción.....	3-4
2. Delimitación doctrinal y jurisprudencial de los conceptos de <i>discurso del odio (hate speech) y delitos de odio (hate crimes)</i>.....	5-24
I. La tradición jurídica norteamericana. La Primera Enmienda a la Constitución de EEUU y la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema.....	7-12
II.El marco legal y jurisprudencial europeo. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	12-24
3. El <i>discurso del odio</i> criminalizado en el Derecho Penal español.....	24-43
I. Análisis jurisprudencial de los tipos penales del artículo 510 del Código Penal	24-33
A) Incitación al odio, la violencia o la discriminación contra grupos vulnerables (artículo 510.1 a) y b) del Código Penal).....	24-27
B) Difamación de colectivos vulnerables (artículo 510.2 a) del Código Penal).....	27-28
C) Enaltecimiento o justificación de delitos de odio (artículo 510.2 b) del Código Penal).....	28-30
D) Negacionismo del genocidio y de otros graves crímenes (artículo 510.1 c) del Código Penal).....	30-33
II. La obligación de ponderación previa de la libertad de expresión (artículo 20 de la Constitución) en el examen de tipicidad, y de interpretación restrictiva de los tipos penales de discurso del odio.....	33-43
4. Propuestas <i>de lege ferenda</i> para la tipificación del enaltecimiento del franquismo. Una aproximación crítica desde el Derecho alemán y la	



doctrina del Tribunal Constitucional sobre el apoyo a regímenes totalitarios y sus crímenes.....	43-59
I. El enaltecimiento del nazismo en el Derecho Penal alemán y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania como referencia de Derecho Comparado.....	50-56
II. La doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional sobre el apoyo a regímenes totalitarios y sus crímenes como ejercicio legítimo de la libertad de expresión.....	56-59
5. Conclusiones.....	60-62
6. Bibliografía.....	62-64
7. Jurisprudencia citada.....	64-66



1. Introducción.

El presente Trabajo de Fin de Máster tiene como objeto realizar una aproximación doctrinal a las propuestas *de lege ferenda* para la tipificación del enaltecimiento y exaltación del franquismo, desarrollado durante la Guerra Civil (1936-1939) y su posterior dictadura (1939-1978), planteadas por los dos Grupos parlamentarios en el Congreso de los Diputados, suscriptores del Acuerdo programático de 13 de noviembre de 2019 del actual Gobierno de coalición de nuestro país, esto es, los correspondientes al PSOE y a Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común. Concretamente, este estudio se centrará en las Propositiones de Ley presentadas por estos Grupos, Socialista y Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, en la pasada XII Legislatura, respectivamente en los años 2017 y 2018, por las que se plantea, en distintas formas y técnica legislativa, la penalización del referido enaltecimiento del franquismo, como modalidades de los delitos de odio de expresión del artículo 510 del Código Penal, en su posible limitación al ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, del artículo 20 de la Constitución española.

A tales efectos, se procederá, en primer término, al examen del concepto doctrinal del “discurso del odio” (*hate speech*) criminalizado, como categoría integrada en los denominados “delitos de odio” (*hate crimes*), y limitativa de la libertad de expresión, en exposición de su elaboración evolutiva por la doctrina científica y por la jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el marco de los artículos 10 y 17 del Convenio Europeo de Derechos Humano, en relación con la de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, a la luz de la Primera Enmienda a la Constitución norteamericana.

Seguidamente, se pasará a sistematizar la tipificación penal del discurso del odio criminalizado en nuestro ordenamiento jurídico, y, concretamente, en el referenciado artículo 510 del Código Penal, a través de un análisis doctrinal y jurisprudencial de los distintos tipos penales en vigor, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, y, tras ello, será objeto de tratamiento la conocida como obligación jurisdiccional de ponderación previa del derecho fundamental a la libertad de expresión, en el examen de tipicidad de tales modalidades de delitos de odio discursivos, y de interpretación restrictiva de las mismas, según se ha venido definiendo por las doctrinas jurisprudenciales de sendos Tribunales, Constitucional y Supremo.



Y, por último, se descenderá al estudio en profundidad de ambas Proposiciones de Ley de tipificación penal del enaltecimiento del franquismo, puestas en relación con el Proyecto de Ley de Memoria Democrática aprobado el pasado 21 de julio de 2021 por el Consejo de Ministros, del actual Gobierno de coalición, y con el preceptivo Informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) de 7 de julio de 2021, sobre el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática de 15 de septiembre de 2020, propuesto previamente, en relación con lo razonado por el Tribunal Supremo en su célebre STS 101/2012, de 27 de febrero, y, más recientemente en su STS 138/2021, de 17 de febrero, en las que se concluye la inviabilidad del proceso penal español para la investigación de posibles conductas delictivas cometidas por parte del régimen franquista tanto durante su dictadura como en la propia Guerra Civil.

En esta exposición en detalle de dichas Proposiciones de Ley se analizará asimismo la idoneidad o no de la penalización de este enaltecimiento del franquismo como modalidad de discurso de odio criminalizado en la línea del artículo 510 del Código Penal, y ello conforme a lo desarrollado con carácter previo hasta ese punto en el presente estudio, o si ha de tipificarse como otro tipo de categoría delictiva, en atención a la consideración de colectivos vulnerables de las potenciales víctimas, o al propio bien jurídico a proteger. Para ello, se planteará, en primer lugar, un tratado del modelo tipificador restrictivo del Derecho Penal alemán respecto al enaltecimiento del nazismo, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania en necesaria ponderación del derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 5.1 de la Ley Fundamental, como referencia de Derecho Comparado, desde la que abordar, en su caso, una posible tramitación legislativa de las meritadas Proposiciones por el legislador español; y, en segundo lugar, un análisis de la concreta doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional sobre el apoyo a tiranías totalitarias y sus crímenes, como ejercicio legítimo de la referida libertad de expresión.

A su término, se plantearán finalmente las correspondientes conclusiones a este Trabajo, en evaluación de la oportunidad de propuestas legislativas como estas, para la introducción de nuevos tipos penales que penalicen el enaltecimiento o exaltación del franquismo en el Derecho español vigente, y, en cualquier caso, sobre el modelo de tipificación y de técnica legislativa más idóneos a emplear por nuestro legislador, especialmente en lo que respecta a la máxima salvaguarda del ejercicio de este derecho fundamental a la libertad de expresión, habida cuenta de la potencial limitación al mismo intrínseca a este tipo de delitos de discurso.



2. Delimitación doctrinal y jurisprudencial de los conceptos de *discurso del odio (hate speech)* y *delitos de odio (hate crimes)*.

Los conceptos de “delitos de odio” (*hate crimes*) y de “discurso del odio” (*hate speech*) han ido ganando cada vez más protagonismo en el plano social, mediático, y, fundamentalmente, en lo que en este trabajo interesa, en el institucional, jurisprudencial y académico, con paralela influencia en la configuración jurídico-penal realizada por legislador de los distintos Estados en el diseño de su política criminal antidiscriminatoria.

La diferencia de ambos términos, frecuentemente confundidos en determinados sectores ajenos al Derecho, y siempre, dentro del ámbito del odio penalmente relevante generado a través del uso de la palabra, verbal o escrita, esto es, del discurso, viene dada por el carácter más amplio y previo del “discurso del odio” como fenómeno social anterior a las normas penales, frente a los “delitos de odio” por ellas tipificados, en criminalización del dicho discurso más grave.

Como plantea LANDA GOROSTIZA a este respecto, “el discurso del odio, en la línea indiciada, es el género y los delitos de odio vía propaganda, o que se materializan vía discurso (con «nudas» palabras), serían la especie”¹. Así, no todo discurso del odio se considera por el legislador penalmente relevante, y, por tanto, no se tipifica como delito de odio. Ahora bien, resulta procedente puntualizar que, si bien “los delitos de odio (*hate crime*), en sentido amplio, integran, en consecuencia, al menos los delitos de propaganda o de pura expresión (*hate speech* criminalizado)”, también integran, en ese propio sentido amplio, los denominados “delitos de actos de odio (*hate crime* en sentido restringido)”, esto es, aquellos en los que el odio se genera a través de acciones u omisiones distintas a la expresión y discurso, “por la fuerza de los hechos”².

En este sentido, y habiendo sido mayoritariamente superada por la doctrina la obsoleta concepción restringida de los “delitos de odio (*hate crimes*)”, como los únicamente integrados por los dichos “delitos de actos de odio”, en los que este se genera por acciones y omisiones,

¹ LANDA GOROSTIZA, J.M. (2018). *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4º CP 1995*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p.24.

² *Ibid.*, p.25.



de hecho, es imperante actualmente el concepto doctrinal amplio de estos “delitos de odio”, como aquellos integrados tanto por los mismos como por los referidos delitos de propaganda o de pura expresión, esto es, por el discurso del odio (*hate speech*) criminalizado.

Esta dicotomía entre las dos variantes típicas del delito de odio (*hate crimes*), el discurso del odio (*hate speech*) criminalizado y los delitos de actos o de hechos de odio, se evidencia, en buena parte, en la habitual naturaleza de estos últimos como “delitos comunes sobre cuya base se articula una especificidad de protección – y correlativa prohibición con pena intensificada – cuando la conducta en cuestión se dirige contra los denominados «colectivos diana»”, traducida, en la mayoría de las ocasiones, en “todo tipo de agravaciones de pena respecto de delitos base por razón del grupo al que se dirige la agresión”, delitos base estos en los que usualmente la conducta típica consiste en la aplicación de la llamada “fuerza de los hechos”³, como puede ser a través de la violencia o la intimidación, – véase, por ejemplo, la agravante genérica de pena en todo tipo de delitos, entre otros, los de lesiones, asesinato, amenazas o coacciones, o cualquier otro, dirigidos contra individuos con motivo de su pertenencia a un determinado grupo o colectivo, en hostilidad y discriminación al mismo –.

No obstante, los denominados delitos de actos o de hechos de odio también pueden llegar a tener la naturaleza no solo, aunque sí mayoritariamente, de dichos delitos comunes base agravados en su pena por razón del grupo al que se dirige la agresión del bien jurídico concreto, en discriminación al mismo, sino también de específicos tipos penales autónomos consistentes en diversas “conductas discriminatorias criminalizadas”⁴, en sí mismas, tales como los delitos de discriminación grave en el empleo, público o privado, o de denegación discriminatorio de prestaciones en el servicio público o en el ejercicio de actividades profesionales o empresariales.

Frente a esta vertiente de delitos de actos o de hechos de odios, delitos de odio en el abandonado sentido restringido, el presente estudio se centra en la otra perspectiva, la del discurso del odio (*hate speech*) criminalizado también integrado en el contemporáneo concepto amplio de estos los delitos de odio (*hate crimes*), como aquellas conductas típicas de palabra, expresión o propaganda, cuya evolución doctrinal en jurisprudencia, legislación, y en

³ Id.

⁴ Id.



la propia producción científica, viene determinada de manera claramente diferenciada por las tradiciones jurídicas estadounidense y europea o continental, en lo que a su intrínseca y definitoria dimensión de límite a la libertad de expresión y su vinculada eventual criminalización se refiere, recibiendo en ambas latitudes un tratamiento muy diferente, que será objeto de exposición y análisis a continuación en los siguientes epígrafes.

I. La tradición jurídica norteamericana. La Primera Enmienda a la Constitución de EEUU y la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema.

El denominado “discurso del odio”, término derivado de la traducción literal del inglés “*hate speech*”, constituye un concepto de elaboración jurisprudencial, inicialmente desarrollado por la Corte Suprema de EEUU en su jurisprudencia, como una suerte de “modalidad de crimen o delito de odio, que consiste en cometer delitos que requieran para su apreciación la manifestación de algún tipo de discurso, a sea verbalmente o por escrito”⁵.

La doctrina jurisprudencial norteamericana ha sido efectivamente la primera en la que se procedió a delimitar los contornos del también conocido como “*offensive speech*” y de las “*fighting words*”, desde una perspectiva garantista de la libertad de expresión que vienen a limitar, y que se encuentra amparada en la Primera Enmienda a la Constitución estadounidense de 1787, que consagra esta libertad individual, junto a la aconfesionalidad del Estado, la libertad religiosa y el derecho a la reunión, como límite al ejercicio de la potestad legislativa del Congreso, que “no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse, pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios”⁶.

En la formulación de esta doctrina jurisprudencial, tal y como razona ROIG TORRES, la Corte Suprema concede una posición de prevalencia casi total respecto al del resto de derechos y libertades, a diferencia del modelo doctrinal seguido por la tradición jurídica continental europea, en el que “se suele ponderar con el honor, la igualdad y la no

⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2018). *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, p.39.

⁶ Estados Unidos. Primera Enmienda, de 15 de diciembre de 1791, a la Constitución de los Estados Unidos de América de 17 de septiembre de 1787.



discriminación”⁷, partiendo para ello de la conocida como “teoría del mercado de las ideas” (market for ideas), de SUART MILL, invocada por el Juez Holmes en su voto particular a la Sentencia de la Corte Suprema de 10 de noviembre de 1919, en el caso *Abrams vs. United States*, y según la cual “no es papel del Estado prohibir ideas, aunque estas resulten desagradables, incómodas o equivocadas, ni la expresión de las mismas ya que «el mejor criterio de verdad es el poder que el pensamiento pueda tener de ser aceptado en la competencia del mercado»”⁸, de manera tal, que, como continua ROIG TORRES, “las ideas opiniones deben influir libremente en la sociedad, de forma que los ciudadanos puedan optar por aquellas que estimen válidas sin restricciones por parte de los poderes públicos, que conducirían a una visión parcial y partidista del asunto”⁹.

Si bien el primer asunto en el que la Corte Suprema estadounidense tuvo la ocasión de manifestar su criterio respecto al referido *hate speech* fue el caso *Chaplinski vs. Hampshire*, en su Sentencia de 9 de marzo de 1942¹⁰, en la que dispone que en el legítimo ejercicio de la libertad de expresión no se enmarca la manifestación de las denominadas injurias y calumnias así como las palabras que “con su mera emisión, causan daño o tienen a iniciar una inmediata ruptura de la paz”¹¹, a partir de la misma se sienta por el Alto Tribunal estadounidense su hasta hoy consolidada doctrina jurisprudencial, favorable a un concepto esencial amplio de esta libertad fundamental, adoptada por primera vez en su Sentencia de 9 de junio de 1969, sobre el caso *Brandenburg vs. Ohio*¹², en la que se establece el que continua siendo “el criterio vigente para valorar la licitud del discurso del odio, esto es, el llamado *test de la violencia clara e inminente o estándar Brandenburg*”¹³.

La aplicación de este estándar en el enjuiciamiento de asuntos relacionados con el discurso del odio por la jurisprudencia norteamericana consiste en el análisis casuístico de las

⁷ ROIG TORRES, M. (2020a). *Delimitación entre libertad de expresión y «discurso del odio». Postura del TEDH, del Tribunal Constitucional Español y del Tribunal Constitucional Alemán*. Valencia: Tirant lo Blanch, p.39.

⁸ *Ibid.*, p. 38.

⁹ *Id.*

¹⁰ Estados Unidos. Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Caso *Chaplinski v. Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942). Sentencia de 9 de marzo de 1942.

¹¹ *Id.*

¹² Estados Unidos. Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Caso *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969). Sentencia de 9 de junio de 1969.

¹³ VALERO HEREDIA, A. (2017). Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial. *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 110), pp. 305-333.



manifestaciones expresadas en el sentido de valorar si las mismas van dirigidas o no a incitar o producir “acciones inminentes contra la Ley”, en palabras de la propia Corte Suprema, es decir, de valorar la idoneidad del concreto discurso emitido para incitar o producir directamente un “daño claro e inminente”, una suficiencia para la incitación directa de una violencia y subversión inminentes, entendiendo dicha inminencia como la posibilidad de que el daño o violencia pueda llegar a tener lugar en un “espacio de tiempo muy breve”¹⁴.

En continuidad de esta línea jurisprudencial, en el año 1977 la Corte Suprema dicta su célebre Sentencia en el caso *National Socialist Party vs. Village of Skokie* (Illinois), de 14 de junio¹⁵, en la que, en evaluación del estándar *Brandenburg*, manifiesta tácitamente su adhesión a lo sentado por el tribunal inferior, que dispuso que la exposición pública de la esvástica y demás simbología nazi en una manifestación, se encuentra bajo el amparo de la Primera Enmienda, “pues tales símbolos no entraban en la categoría de «palabras combativas» (*fighting words*), esto es, las que por el solo hecho de ser proferidas, infligen daño o tienden a incitar una inmediata alteración de la paz social, ni podían constituir una incitación inminente al uso de la violencia”¹⁶.

Con todo, el caso objeto de Sentencia de la Corte Suprema, que, como sostiene RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, constituye la piedra angular en la consolidación de la doctrina jurisprudencial norteamericana sobre el discurso del odio, es, sin lugar a dudas, *R.A.V. vs. Village of St. Paul* (Minnesota), de 22 de junio de 1992¹⁷, en la medida que se trata de “la primera vez que la Corte aborda la cuestión de constitucionalidad de las leyes que criminalizan el odio racial o religioso”¹⁸, y en el que, el Juez Scalia, como Ponente, y con unanimidad, declaró inconstitucional la concreta ordenanza local prohibitiva de la exposición de símbolos que “fueran conocidos o razonablemente conocidos por «provocar indignación, alarma o resentimiento en otros, por motivos de la raza, color, credo, religión o género»”¹⁹,

¹⁴ Estados Unidos. Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Caso *Hess v. Indiana*, 414 U.S. 105 (1973). Sentencia de 19 de noviembre de 1973.

¹⁵ Estados Unidos. Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Caso *National Socialist Party v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977). Sentencia de 14 de junio de 1977.

¹⁶ VALERO HEREDIA, A. (2017), op. cit.

¹⁷ Estados Unidos. Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Caso *R.A.V. v. Village of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992). Sentencia de 22 de junio de 1992.

¹⁸ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (2012). *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, p.198.

¹⁹ VALERO HEREDIA, A. (2017), op. cit.



por ser contraria a lo dispuesto en la Primera Enmienda, y ello por cuanto considera las manifestaciones expresadas al margen del concepto de *fighting words*, y bajo la protección de esta Primera Enmienda, en tanto que “la ordenanza no afectaba a una categoría de discurso no protegido con carácter general (todas las *fighting words*), sino que era discriminatoria del punto de vista (prohibía solo algunas *fighting words* en atención al contenido del discurso, prohibía la expresión sobre ciertas materias con un cierto punto de vista (...))”²⁰.

En palabras de la propia Corte Suprema, “«(...) la razón por la cual las *fighting words* son una categoría excluida de la protección de la Primera Enmienda no es porque estas comuniquen una determinada idea, sino porque su contenido encarna una particular e intolerable forma de expresar cualquier idea que el hablante desea expresar», concluyendo pues que las mismas “no pueden estar basadas en un determinado contenido (debiendo tener un contenido neutral), sino que deben proscribir cómo se transmite el lenguaje por el hablante, dado que, si se permitiera lo contrario, se facultaría a los legisladores de la ciudad de St. Paul a prohibir la expresión de unos determinados puntos de vista y no de otros”²¹.

Finalmente, y, en contraste con el asunto sobre el que se falla en esta última resolución, resulta preciso hacer referencia al contenido de la Sentencia de esta Corte Suprema de 7 de abril de 2003, del caso *Virginia vs. Black*²², en la que, en el marco de la distinción dicotómica “entre expresión política de ideas racistas y las amenazas reales o intimidación explícita”, el Alto Tribunal declara la constitucionalidad de la concreta ley estatal que prohibía, en este supuesto, la quema de cruces, pues “ello puede representar «una forma especialmente violenta de intimidación», de modo que la cruz en llamas implica una amenaza real o una intimidación puede ser castigada”, en la medida que “constituiría una forma de discurso «no protegido», mientras que, por el contrario, “en otros contextos, como en una reunión del Ku Klux Klan, las cruces ardiendo constituyen «potenciales símbolos de identidad e ideología del grupo» y como tales pertenecen al corazón del discurso político plenamente protegido por la Primera Enmienda, pese al sentido de ira y odio que el símbolo implica”²³.

²⁰ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (2012), op. cit., p.199.

²¹ VALERO HEREDIA, A. (2017), op. cit.

²² Estados Unidos. Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Caso *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003). Sentencia de 7 de abril de 2003.

²³ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (2012), op.cit., p. 202.



Así, y ante casos similares, se plantean dos vías de resolución diferentes, pues, frente a lo sostenido por la Corte Suprema del Estado de Virginia en su dictamen de inconstitucionalidad de la referida ley estatal en su razonamiento de que “materialmente no difería de la que había sido anulada anteriormente por el Tribunal Supremo en la Sentencia *R.A.V. vs. Village of St. Paul*”, la Corte Suprema de EEUU falló que efectivamente si se daba una diferencia sustancial y evidente entre las dos normas, en tanto en cuanto mientras que la ordenanza local de la ciudad de St. Paul “estaba basada en contenidos -dado que establecía que era un acto perseguible cuando este se cometiese con la intención de intimidar por la raza, el color, la creencia, la religión o el género-”, la ley estatal de Virginia, por el contrario, “no establecía contenido alguno e imponía un castigo fuese cual fuese su objetivo, por lo que dicho acto intimidatorio podía ser efectivamente perseguido”²⁴.

Por consiguiente, y de manera conclusiva a lo expuesto en este sumario recorrido realizado por la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema norteamericana, reiterada hasta día de hoy, cabe afirmar que, de acuerdo con la misma, bajo el amparo de la libertad de expresión reconocida en la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense no se encuentra protegida la manifestación de las denominadas *fighting words*, esto es, de términos idóneamente dirigidos a incitar directamente la comisión inmediata de acciones violentas, y sí lo está la expresión de aquellas palabras que “aun siendo ofensivas no supongan esa provocación”, no pudiendo ser castigado pues el discurso del odio “salvo que comporte un peligro de desencadenar acciones violentas o ilegales y de alterar la paz pública”²⁵.

En contraposición a este modelo doctrinal norteamericano de delimitación restrictiva del concepto “discurso del odio” como límite al ejercicio de la libertad de expresión, caracterizado, como razona DE VICENTE MARTÍNEZ, “por la idea de tolerancia a partir de la interpretación de la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de 1787”, con su rotundo “No Law”, según la cual “el Congreso no puede aprobar medidas que limiten la libertad de expresión o impidan una práctica religiosa”, girando “en torno a la amplia protección de la libertad de expresión y la protección del discurso extremo, radical o subversivo propiciadas por la Primera Enmienda que hace casi imposible encontrar una

²⁴ VALERO HEREDIA, A. (2017), op. cit.

²⁵ ROIG TORRES, M. (2020a)., op.cit., p.41.



justificación constitucional para una medida restrictiva del discurso del odio”, se erige el sistema constitucional europeo, en el marco del Derecho Continental, con el Convenio Europeo de Derecho Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su cúspide, históricamente más restrictivo con esta libertad fundamental “como consecuencia de la mayor protección que brinda a otros derechos que entran en conflicto con aquella, como el honor, la no discriminación o la libertad religiosa”, articulándose en las diferentes Constituciones europeas “amplias cláusulas de limitación” de la misma²⁶.

Así, ante la prevalencia del derecho fundamental a la libertad de expresión en el sistema estadounidense, con estándares muy exigentes para la calificación de los discursos emitidos como de odio, en tanto que restricción excepcional a esta libertad de expresión, que “no solo es el derecho constitucional norteamericano más apreciado, sino también uno de los símbolos culturales más importantes de los Estados Unidos”, el constitucionalismo europeo, en respuesta a la experiencia histórica del continente en el siglo XX, “en la que los discursos odiosos, discriminatorios y racistas desembocaron en el holocausto judío de la Alemania nazi”, parte como fundamento de concepción de esta libertad de expresión “la aceptación de límites a la tolerancia democrática”²⁷, y, concretamente, al ejercicio de la misma, con la consecuente práctica en la jurisprudencia, tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como de la mayoría de las jurisdicciones constitucionales, de “estándares de control flexibles” que ponderan su interés en el supuesto, “con los otros derechos e intereses con los que entra en conflicto”²⁸, como lo son otros derechos fundamentales “íntimamente vinculados a la idea de democracia (fundamentalmente se apela a la dignidad y a la igualdad y a derechos de ellas derivados)”²⁹.

II. El marco legal y jurisprudencial europeo. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sin perjuicio de esta dicotomía existente entre ambos modelos o sistemas jurídicos, norteamericano europeo continental, en su concepción constitucional de la libertad de expresión, y de los contornos de su posible limitación, concretamente, por el denominado

²⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2018), op.cit., p.48.

²⁷ ROIG TORRES, M. (2020a), op.cit., p.49.

²⁸ RODRÍGUEZ MONTAÑES, T. (2012), op.cit., p. 222.

²⁹ Ibid., p. 223.



“discurso del odio”, no es menos cierto que la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema estadounidense anteriormente recorrida, ha influido enormemente en la propia creación de este concepto por parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el marco interpretativo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y, en concreto, a la luz de lo dispuesto en su artículo 10, por el que se garantiza el derecho de toda persona a la meritada libertad de expresión, si bien entendiendo el núcleo de esta mucho más reducido, que lo que ha hecho la Corte Suprema, cediendo en el modelo europeo “frente a otros derechos como el honor, la igualdad y la no discriminación”³⁰.

Mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 dispone en su artículo 20.2 que “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 “no contiene ninguna provisión específica sobre el discurso de odio y se restringe a reconocer posibles límites a la libertad de expresión (artículo 10.2) y a excluir de la protección de la misma aquellas actividades o actos tendentes a destruir los derechos y libertades que reconoce o a limitarlos con mayor amplitud que la previsto en el mismo (artículo 17)”³¹.

Es la Recomendación N° R (97) 20, de 30 de octubre de 1997, del Comité de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa, sobre discurso de odio, la que introduce en su apéndice “una de las definiciones de discurso de odio más recurrentemente utilizadas”:

“El término «discurso de odio» debe ser entendido abarcando toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia expresada por el nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante”.

³⁰ ROIG TORRES, M. (2020a)., op.cit., p.42.

³¹ ROLLNERT LIERN, G. (2019). El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional. *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 115), pp.81-109.



Esta definición referencial se ha venido a actualizar a su vez mediante la Recomendación de Política General N° 15, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), adoptada el 8 de diciembre de 2015, relativa a la lucha contra el discurso del odio, por la que:

“(…) a efectos de la presente Recomendación General, el discurso de odio debe entenderse 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; (...)”.

Tras la publicación de esta originaria y trascendente Recomendación N° R (97), de 30 de octubre de 1997, es el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos el que, en su Sentencia del caso *Erdogan and Ince vs. Turquía*, de 8 de julio de 1999³², empleó por vez primera el término “*Hate Speech*”, en una resolución “en la que dio la razón a los recurrentes, un editor y un periodista, condenados por difundir propaganda separatista, en la medida que sus escritos no incitaban a la violencia, como alegaba el Gobierno”³³, equiparando tal concepto a la “glorificación” o “promoción de la violencia”, y desde la cual el Tribunal “aunque nunca ha dado una definición precisa, ha acogido literalmente el concepto de la citada Recomendación”, en su definición del discurso del odio³⁴.

Es a partir de esta Sentencia, cuando, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentando las bases de su delimitación del concepto del discurso del odio o “*hate speech*”, en su intento de solventar el permanente “conflicto y tensión entre la sanción penal” del mismo y “el derecho a la libertad de expresión”, y, “tras reconocer que este derecho no es ilimitado”, viene aplicando las dos ya referidas vías distintas, previstas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, esto es: por un lado, “la vía de exclusión de la protección del Convenio”,

³² Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Erdogan and Ince v. Turquía*. Sentencia de 8 de julio de 1999.

³³ ROIG TORRES, M. (2020a)., op.cit., p.42.

³⁴ ROLLNERT LIERN, G. (2019), op.cit.



contemplada en el artículo 17, en su interdicción de abuso de derecho, y, por otro lado, “la vía de las limitaciones de la protección del Convenio”, establecida en el apartado segundo del artículo 10³⁵.

En este sentido, el Tribunal Europeo ha desarrollado su doctrina jurisprudencial en aplicación de ambas vías, la del artículo 17 del Convenio, por el que “podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”, y la del apartado segundo de su artículo 10, garante del derecho a la libertad de expresión, por el que “podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

En esta su Sentencia sobre el Caso *Erdogan and Ince vs. Turquía*, de 8 de julio de 1999, si bien, efectivamente, se introduce por vez primera el término “*hate speech*” o “discurso del odio”, la cuestión suscitada gira en torno a la “forma de discurso del odio”, “sin dar una definición completa de las expresiones que se engloban bajo este calificativo”³⁶, resolviendo, en aplicación, en este supuesto, de la vía del apartado segundo del artículo 10 del Convenio, que “la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado discurso del odio, esto es, a aquel desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular”³⁷.

A raíz de la misma pues, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos emprende un recorrido en la formulación de su jurisprudencia, en relación con la denominación del discurso del odio, y de la delimitación de sus contornos en su naturaleza de restricción

³⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2018), op.cit., p.54.

³⁶ ROIG TORRES, M. (2020a), op.cit., p.57.

³⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Erdogan and Ice v. Turquía*. Sentencia de 8 de julio de 1999.



legítima, conforme a lo previsto en el Convenio, al ejercicio de la libertad de expresión en él consagrada, que llega a nuestros días, y en el que ha venido a consolidar que el mismo comprende aquellas “expresiones que incitan, promueven, justifican o difunden el odio o la discriminación contra un grupo o sus miembros por motivos de intolerancia, y las ofensivas contra ellos por estas mismas razones”³⁸, excluyéndolo pues del ejercicio de esta libertad fundamental, al entender, cuanto menos en un principio, como tal exclusivamente aquel discurso que sea susceptible de provocar, incitar, un odio generador de violencia y/o discriminación hacia determinados colectivos.

En esta ponderación de los intereses en conflicto entre el ejercicio de la libertad de expresión y la manifestación del llamado discurso del odio, entendiendo como tal, al menos en un principio, el motivador directo e inmediato de violencia e infracción grave de las normas democráticas, el Tribunal Europeo acude mayoritariamente en su jurisprudencia al respecto a la aplicación de la segunda de las dos vías ya referidas, es decir, a la recogida en el apartado segundo del artículo 10 del Convenio, como las propias limitaciones de dicha libertad, configuradas en su texto como parte configuradora de su propio contenido.

Decimos que la estricta concepción del discurso del odio como aquel provocador o incitador de violencia y discriminación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se contempla cuantos menos en los inicios en su jurisprudencia, por cuanto en sus primeras Sentencias en tratamiento del discurso del odio como posible frontera a la libertad de expresión, para considerar esta restringible se limita a juzgar casuísticamente si hubo o no “incitación a la violencia o incumplimiento de las reglas democráticas”, en recepción de una clara influencia de la ya analizada doctrina jurisprudencial liberal norteamericana interpretativa de la Primera Enmienda de la Constitución de los EEUU, entendiendo pues el dicho discurso del odio como aquel referido a “actuaciones extraordinarias”³⁹.

Es, por el contrario, a partir de sus resoluciones posteriores, concretamente a partir de su Sentencia en el caso *Lehideux and Isorni vs. Francia*, de 23 de septiembre de 1998⁴⁰, cuando el Tribunal Europeo de Derecho Humanos incluye en la categoría del discurso de odio,

³⁸ ROIG TORRES, M. (2020a), op.cit., p.60.

³⁹ *Ibid.*, p. 46.

⁴⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Lehideux and Isorni v. Francia*. Sentencia de 23 de septiembre de 1998.



además de las expresiones incitadoras o provocadoras de violencia o incumplimiento grave de las normas de convivencia democrática, también aquellas que incitan o provocan “la hostilidad o la discriminación y las que atentan contra el honor de grupos o de sus miembros por razones de intolerancia”, precisando expresamente incluso “que ese discurso no requiere la inducción a actos violentos o delictivos”⁴¹.

Esta su Sentencia sobre el caso *Lehideux and Isorni vs. Francia*, aun cuando en ella no se hace uso del concepto del discurso del odio, fue pionera en sentar que “no se puede permitir que una política pro nazi goce de la protección que ofrece el artículo 10”⁴², sentando que los asuntos relativos a condenados por actuaciones proclives a la ideología nacionalsocialista debían ventilarse por este Tribunal Europeo a través de la ya aludida vía del artículo 17 del Convenio; si bien es en su Sentencia en el caso *Garaudy vs. Francia*, de 24 de junio de 2003⁴³, en la que con total rotundidad dispuso que el negacionismo del genocidio nazi, el Holocausto, carece de amparo en el ejercicio legítimo de la libertad de expresión consagrada en su dicho artículo 10, también en aplicación de la vía del artículo 17.

En su fundamentación al respecto, en esta resolución, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos destaca que no procede, en ningún caso, esta protección a la negación del exterminio judío por el nazismo, en tanto en cuanto implica una intención de “difamación racial hacia los judíos y de incitación al odio hacia ellos”, sosteniendo que “la tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista”, resultando de ello que “en principio, se puede considerar necesario en las sociedad democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia, del mismo modo que la libre expresión de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios”⁴⁴.

En este sentido pues, es a través de esta Sentencia cuando, por primera vez, ante un supuesto que, a diferencia de resoluciones anteriores sobre asuntos similares, estriba sobre unos actos de negacionismo del genocidio judío no instigadores directos a la violencia contra

⁴¹ ROIG TORRES, M. (2020a), op.cit., p.46.

⁴² *Ibíd.*, p. 47.

⁴³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Garaudy v. Francia*. Sentencia de 24 de junio de 2003.

⁴⁴ *Id.*



este colectivo, sino sobre un negacionismo per se, sin ser formulado en incitación de la misma, el Tribunal Europeo entiende que “la negación de ese hecho histórico supone siempre una incitación al odio y una difamación contra ellos”, incluyendo en consecuencia, a partir de ese momento, este negacionismo en sí mismo expresado, en su concepto jurisprudencial del denominado “discurso del odio” como límite a la libertad de expresión, al considerar que “no puede haber duda de que negar la realidad de hechos históricos claramente establecidos, como el Holocausto, como lo hace el solicitante en su libro, no constituye una investigación histórica relacionada con la búsqueda de la verdad...”, siendo su “verdadero propósito” “rehabilitar el régimen nacionalsocialista y, como consecuencia, acusar a las propias víctimas de falsificar la historia”⁴⁵.

Se trata, por tanto, de la Sentencia clave en la introducción en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del negacionismo del Holocausto como forma del denominado discurso del odio, no amparado por la libertad de expresión reconocida en el artículo 10 del Convenio, consecuencia de un relevante cambio en su jurisprudencia, al entender que el mismo, como “negación o reescritura de este tipo de hechos históricos”, “socava los valores sobre los que se basa la lucha contra el racismo y el antisemitismo” y “constituye una grave amenaza para el orden público”, y que “sus defensores persiguen indiscutiblemente objetivos que entran en la categoría de fines prohibidos por el artículo 17”⁴⁶.

Ya en el año 2009 el Tribunal Europeo se pronuncia sobre el conocido caso *Fêret vs. Bélgica* en su trascendental y célebre Sentencia de 16 de julio de 2009⁴⁷. En este asunto, el presidente del partido político belga “Frente Nacional”, con representación parlamentaria, fue condenado por los tribunales nacionales por difusión, en campaña electoral, de propaganda incitadora a la discriminación, el odio y la violencia, por motivos de raza u origen étnico o nacional, expresando en ella, entre otros fines políticos, “oponerse a la islamización de Bélgica”⁴⁸, recuperar el orden de preferencia de los belgas y europeos en el acceso al empleo, o la propia expulsión de los inmigrantes irregulares, llegando a calificar a estos como potenciales delincuentes y parásitos sociales.

⁴⁵ Id.

⁴⁶ Id.

⁴⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Fêret v. Bélgica*. Sentencia de 16 de julio de 2009.

⁴⁸ Id.



La relevancia del contenido de esta resolución en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos falla sobre este caso, viene determinada por su novedosa disposición, en lo que se refiere a su cambio jurisprudencial hacia una concepción más amplia de este discurso del odio frontera de la libertad de expresión y por consiguiente más restrictiva de la protección de este derecho fundamental, por la cual sienta que “la incitación al odio no necesariamente requiere un acto de violencia u otro acto delictivo”⁴⁹, tal y como sí venía entendiendo en sus resoluciones anteriores a lo largo del siglo XX, sino que estima que, sin perjuicio de valorar esta incitación al odio atendiendo a estas actuaciones excepcionales dirigidas directamente a provocar violencia y/o subversión del orden democrático inminentes, “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 tales, sin necesidad de incitar a esta violencia colectivos y perturbación de la convivencia democrática, “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”⁵⁰.

En su fundamentación al respecto, de esta evolución en su doctrina jurisprudencial, el Tribunal Europeo concluye que, efectivamente, “la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo”⁵¹, en clara exclusión, de la garantía de la libertad de expresión prevista en el artículo 10 del Convenio, “la propagación de ideas que inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiesta a través del nacionalismo agresivo y la discriminación y hostilidad contra las minorías y los inmigrantes”⁵².

De esta suerte, por vez primera, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos considera, en su jurisprudencia, excluir a un discurso político del dicho amparo de la libertad de expresión, rompiendo así con su tradición doctrinal previa, bajo el manifiesto influjo del constitucionalismo norteamericano, de corte eminentemente liberal, y ello bajo su rotunda consideración de que “los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios

⁴⁹ ROIG TORRES, M. (2020a)., op.cit., p.79.

⁵⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Fêret v. Bélgica*. Sentencia de 16 de julio de 2009.

⁵¹ ROIG TORRES, M. (2020a)., op.cit., p.57.

⁵² Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Fêret v. Bélgica*. Sentencia de 16 de julio de 2009.



religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos”, habida cuenta de la potencialidad de “estos discursos (en realidad eslóganes)” para avivar la intolerancia y tender a “imponerse sobre los argumentos racionales, como desgraciadamente la historia nos confirma”, razón más que suficiente a juicio del Tribunal para llegar a concluir que, “precisamente por ello, ni la libertad de expresión ni el ejercicio legítimo de participar en la política activa pueden darles cobijo”⁵³.

A partir de esta Sentencia, y en el marco de esta dinámica evolución, en la misma línea que esta ampliación objetiva de su concepto del discurso del odio en limitación de la libertad de expresión, en el sentido de entender que este va más allá de aquellas expresiones dirigidas a una incitación o provocación directa de una violencia sobre determinados colectivos o grupos de la población y/o alteración grave de las normas democráticas de convivencia social inminentes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos amplía también subjetivamente esas bases conceptuales de esta terminología de creación jurisprudencial del discurso del odio, en la dirección de expandir su radio de proyección a un conjunto creciente de colectivos.

En esta dirección, se dicta la Sentencia sobre el caso *Vejdeland y otros vs. Suecia*, de 9 de febrero de 2012⁵⁴, sobre discriminación por razón de orientación sexual, en el que los demandantes condenados, pertenecientes a una organización denominada Juventud Nacional distribuyeron a los alumnos de un centro de educación primaria folletos bajo el título de “Propaganda homosexual”, conteniendo, entre otras, frases como que “la sociedad ha pasado del rechazo a la homosexualidad y otras desviaciones sexuales a abrazar esta tendencia sexual desviada”, que “sus maestros anti-suecos saben muy bien que la homosexualidad tiene un efecto moralmente destructivo sobre la sustancia de la sociedad (*folkkroppen*) y voluntariamente intentarán presentarla como algo normal y bueno”, o que “el VIH y el SIDA aparecieron temprano con los homosexuales y que su promiscuo estilo de vida fue uno de los principales motivos por los que esta peste moderna se afianzó”⁵⁵.

En la misma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que “la orientación sexual debe tratarse de la misma manera que las categorías de raza, etnia y religión que

⁵³ Id.

⁵⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Vejdeland y otros v. Suecia*. Sentencia de 9 de febrero de 2012.

⁵⁵ Id.



comúnmente están cubiertas por las leyes contra el discurso del odio y los delitos de odio, porque la orientación sexual es una característica fundamental del sentido de sí misma de una persona” usándose además “como un marcador de identidad grupal”, concluyendo que, “por lo tanto, las restricciones a la libertad de expresión deben permitirse en los supuestos en que el objetivo del discurso sea degradar, insultar o incitar al odio contra personas o una clase de personas en razón de su orientación sexual”⁵⁶, en una calificación del discurso contra el colectivo homosexual como de tan grave como el propio discurso racista.

Y ello, desde el punto de vista de expansión conceptual subjetiva, coincidiendo, como se ha expresado anteriormente, insistiendo además, y nuevamente, en esta resolución, en su cambio doctrinal relativo a la ya referida ampliación objetiva de su concepción del discurso del odio, volviendo a reiterar ante este caso que “la provocación al odio no implica necesariamente una incitación a un acto de violencia o a otro acto de naturaleza criminal”, pudiendo resultar suficiente así la concurrencia de “ataques contra personas mediante el insulto, ridiculización o injuriando a determinados grupos de la población” “para que las autoridades acometan el combate del discurso racista en el marco de un ejercicio responsable de la libertad de expresión”⁵⁷.

Así, y siguiendo lo sostenido por LANDA GOROSTIZA, en efecto, “el caso señalado apunta con claridad a un discurso del odio fuera del ámbito o «clásico» del racismo o la xenofobia étnica y más en la línea de protección frente a injurias colectivas antes que basado en una lógica argumentativa de incitación a la violencia directa”, uniéndose así la propia incitación al odio “a otros presupuestos, como la ofensa al honor o el fomento de la discriminación”⁵⁸.

La consolidación de este nuevo criterio en su doctrina jurisprudencial en relación con el concepto de discurso del odio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tanto desde una perspectiva de ampliación objetiva -qué requisitos objetivos han de concurrir para considerarlo legítimamente susceptible de restricción del ejercicio de la libertad de expresión- como desde una de expansión subjetiva – contra qué colectivos, grupos o partes de la

⁵⁶ Id.

⁵⁷ Id.

⁵⁸ LANDA GOROSTIZA, J.M. (2018), op. cit., p. 35.



población puede ir dirigido – de su concepción de este término, se da a través de Sentencias posteriores, en un sentido favorable a las condenas emitidas por los respectivos tribunales nacionales en represión de este discurso del odio, con la consiguiente limitación a la libertad de expresión de los condenados, tales como la del caso *M.Bala M.Bala vs. Francia*, de 20 de octubre de 2015 -negacionismo del Holocausto-⁵⁹, la del caso *Belkacem vs. Bélgica*, de 27 de junio de 2017 -discriminación racial contra los no musulmanes-⁶⁰, o la del caso *Klass y otros vs. Alemania*, de 13 de marzo de 2018 -exaltación del nazismo-⁶¹, en la que procedemos a detenernos a continuación.

En este caso, en el que el demandante condenado mostró la imagen de Heinrich Himmler con su uniforme correspondiente de las SS con brazalete de esvástica incluido, en una publicación de su blog, el Tribunal Europeo, si bien acepta que este “no tenía la intención de difundir propaganda totalitaria, incitar a la violencia o al odio”, señala que “hay que atender a todas las circunstancias del caso y, en esencia, al uso gratuito de esos símbolos, sin una oposición clara y sólida a la ideología nazi, como exigen los tribunales nacionales”, añadiendo que “la experiencia histórica de Alemania es un factor importante a valorar, cuando se recurre a emblemas de esa índole, para determinar si existe una necesidad social apremiante de interferir en el derecho a la libertad de expresión”⁶².

Esta evolución expansiva de los contornos del discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tanto desde un plano objetivo como subjetivo, se asienta, en cualquier caso, desde sus inicios, sobre la sólida base del rechazo al nazismo y al fascismo por el modelo de democracia liberal asentado tras la Segunda Guerra Mundial, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, y posteriormente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, y el propio Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, en el que se opta, como se ha podido reflejar hasta el

⁵⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *M.Bala M.Bala v. Francia*. Sentencia de 20 de octubre de 2015.

⁶⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Belkacem v. Bélgica*. Sentencia de 27 de junio de 2017.

⁶¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Klass y otros v. Alemania*. Sentencia de 13 de marzo de 2018.

⁶² Id.



momento, por “un modelo de protección basado en aceptar límites a los derechos fundamentales, particularmente, en nuestro caso, a la libertad de expresión”⁶³.

Es, como se ha apreciado hasta ahora, a partir de esos inicios, vectorizados por las amenazas nazi y fascista, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos va adoptando su doctrina a los distintos contextos que surgen con el paso de los años en una realidad social europea cambiante, en la que se dan nuevos discursos discriminatorios contra colectivos minoritarios respecto a los cuales la sociedad adquiere una concienciación cada vez mayor y sensible al odio generado sobre ellos, discursos de odio estos que exceden el “ámbito «clásico» del racismo o la xenofobia étnica”⁶⁴, “extendiéndose progresivamente el arco de control a otro tipo de constelaciones de casos en los que la propaganda de agitación se dirige contra el colectivo homosexual, grupos étnicos o nacionales, apología y justificación del terrorismo, o grupos religiosos”⁶⁵, y, objetivamente, abriéndose este Tribunal de Garantías a apreciar como discurso del odio penalmente relevante, y, por tano, susceptible de restricción de la libertad de expresión de los ciudadanos que lo emiten, a aquel que implica no ya una incitación directa e inminente a la violencia o intimidación contra dichos colectivos-diana, sino también una de tipo indirecto, esto es, cuando tiene una potencialidad de generación de un odio susceptible de provocar una discriminación, violencia o intimidación contra los mismos en el contexto social concreto existente en ese momento.

Así pues, no se puede llegar a otra conclusión distinta a la de confirmar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha configurado un concepto amplio del discurso del odio, no delimitado como uno estrictamente específico y con unos márgenes muy bien definidos, sino todo lo contrario, a través de su dinámica evolución de creación de doctrina al respecto conforme al devenir de los tiempos y a la realidad social cambiante a lo largo de los mismos.

Un concepto que, en su amplitud, y como sostiene LANDA GOROSTIZA, es “claro en su núcleo y difuso en su alcance”, no habiendo “una definición cerrada”, “sino abierta y por definición en evaluación adaptativa a los casos que van presentando”, diseñándolo, en este

⁶³ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2018), op.cit., p.27.

⁶⁴ Ibid., p. 35.

⁶⁵ Ibid., p. 38.



sentido el Tribunal Europeo, como se ha tenido oportunidad de reflejar, desde un punto de vista objetivo, en una comprensión que va más allá de la “incitación «directa» a la violencia”, y que se extiende también a la «indirecta», en su potencialidad de crear un “«envenenamiento del espacio público»” tendente al “enfrentamiento comunitario o la discriminación sistemática o incluso la eliminación de colectivos”, esto es, en definitiva, a actos de violencia y/o intimidación contra los mismos; y, desde un punto de visto subjetivo, si bien se despliega inicialmente y en sus bases, sobre todo, respecto a supuestos de racismo y xenofobia, en los que los denominados colectivos-diana son de identidad étnica, racial o nacional, con tendencia progresiva a expandirse en su determinación jurisprudencial a “otros colectivos no «raciales», étnicos o nacionales sensu estricto”⁶⁶, tales como grupos atravesados por su identidad religiosa, por su identidad de género y por su orientación sexual (colectivo LGTBIQ+), o por su ideología o afiliación política, etc.

3. El discurso del odio criminalizado en el Derecho Penal español.

I. Análisis jurisprudencial de los tipos penales del artículo 510 del Código Penal.

Bajo esta conceptualización de la noción doctrinal del “discurso del odio” (*hate speech*) criminalizado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, frente a la construcción jurisprudencial del mismo por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, y partiendo de la inicial dicotomía expuesta entre estos “discursos del odio” criminalizados y los delitos de odio, siendo los primeros modalidades típicas “de expresión” integradas en los segundos, en España se tipifican como “discursos del odio” punibles, en su condición de delitos de odio, las siguientes conductas, en el marco de los “delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución” (Sección 1.ª del Capítulo IV, Título XXI – Delitos contra la Constitución – Libro II, del Código Penal):

A) Incitación al odio, la violencia o la discriminación contra grupos vulnerables (artículo 510.1 a) y b) del Código Penal).

De conformidad con el **artículo 510.1 a) y b) del Código Penal:**

⁶⁶ LANDA GOROSTIZA, J.M. (2018), op. cit., p. 38.



Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a) *Quienes **públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia** contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.*

b) *Quienes **produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material** o soportes que por su contenido sean **idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia** contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.*

Se trata este artículo 510 del Código Penal, integrado en la meritada Sección 1.^a (Capítulo IV, Título XXI, Libro II, del Código Penal) en su tipificación de estos delitos de odio previstos en las letras a) y b) de su apartado primero, pero también de los que se referenciarán a continuación, de difamación de colectivos vulnerables (artículo 510.2 a)), de enaltecimiento o justificación de delitos de odio (artículo 510.2 b)), y de negacionismo del genocidio y de otros graves crímenes (artículo 510.1 c)), del “tipo penal de referencia a la hora de abordar el discurso de odio punible”⁶⁷, tal y como viene a reconocer el propio Tribunal Supremo en su STS 646/2018, de 14 de diciembre, Fundamento de Derecho Único (reiterada en sus SSTS 47/2019, de 4 de febrero, Fundamento de Derecho Segundo, y 185/2019, de 2 de abril, Fundamento de Derecho Tercero):

⁶⁷ GRUPO DE TRABAJO SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ASOCIACIÓN GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *LibEx, Incitación al odio, la violencia o la discriminación contra grupos vulnerables*. Recuperado el 7 de septiembre de 2021 de: <https://libex.es/incitacion-odio-violencia-discriminacion-vulnerables/>



“El ordenamiento español se ha hecho eco de esta modalidad agresiva a la convivencia y recoge en varios artículos, quizás demasiados, modalidades enmarcadas en el denominado discurso del odio. El art. 510 del Código penal, [se erige] como arquetipo del discurso de odio”.

Tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y en sintonía con la propia evolución jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos analizada con anterioridad, se amplía por el legislador español el concepto de colectivos especialmente vulnerables sobre los que ha de dirigirse la conducta típica para la concurrencia de la tipicidad, con la inclusión de nuevas categorías a ellos vinculados, tales como la pertenencia de sus miembros a una nación, la identidad sexual, y las razones de género, además de la ya vigentes, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, y la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o discapacidad (se sustituye el término “minusvalía” por el de “discapacidad”, conforme a la LO 1/2015).

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión, en múltiples ocasiones, de calificar esta relación de colectivos vulnerables dados por la norma como *numerus clausus*, y, por tanto como condición *sine qua non*, sentando que, “*en primer lugar, el autor debe seleccionar a sus víctimas por motivos de intolerancia, y dentro de los colectivos vulnerables a los que alude la norma*” (STS 646/2018, de 14 de diciembre, Fundamento de Derecho Único), y siendo meridianamente claro “en relación al colectivo diana sobre el que debe pivotar la tipicidad del discurso de odio en general, y del artículo 510 del Código Penal”⁶⁸, en los siguientes términos, expresados en esta su citada STS 646/2018, de 14 de diciembre, en la línea con la dicha doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Recomendación (97) 20 del Comité de ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, en la que ubica su “*origen legal*”:

“El término discurso del odio tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, a su vez lo tomó de las resoluciones del Consejo de Europa.

⁶⁸ Id.



*Los Estados han configurado tipos penales expresivos del discurso del odio. En realidad, no hay una figura típica del discurso del odio, sino que se trata de diversos tipos penales que recogen **figuras de agresión a sujetos individuales o colectivos, especialmente vulnerables, a través de distintos vehículos de comunicación.***

Y en este mismo sentido, de perspectiva restrictiva, se pronuncia reiterada jurisprudencia menor, considerando que **“[n]o cualquier colectivo o grupo social de personas puede ser víctima del delito del art. 510 CP, que por su propia definición típica solo puede referirse a aquellos que puedan considerarse vulnerables y se identifiquen como tales por razón de alguna condición personal o social”**.

Por su parte, en cuanto a la necesaria afectación supraindividual de la conducta típica, también tanto de esta modalidad concreta de delito de odio como de las que a continuación se analizarán, previstas en el mismo artículo 510 del Código Penal, cabe recordar que, conforme a su tenor literal ya expuesto, la misma ha de dirigirse bien contra un grupo, entendido en su conjunto, bien contra una parte del mismo, o bien contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, entendiendo el Tribunal Supremo que *“la conducta no sólo atemoriza a la persona destinataria del mensaje, sino a todo el colectivo al cual pertenece, creando sentimientos de lesión de la dignidad, de inseguridad y de amenaza”*.

B) Difamación de colectivos vulnerables (artículo 510.2 a) del Código Penal).

En virtud de lo dispuesto en el artículo 510.2 a) del Código Penal:

Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

a) *Quienes **lesionen la dignidad** de las personas mediante acciones que entrañen **humillación, menosprecio o descrédito** de alguno de los **grupos** a que se refiere el apartado anterior, o de una **parte de los mismos**, o de **cualquier persona determinada por razón de su pertenencia** a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o **produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten** a terceras personas **el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier***



otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para **lesionar la dignidad** de las personas por representar una **grave humillación, menosprecio o descrédito** de alguno de los **grupos** mencionados, de una **parte de ellos**, o de **cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos**.

Se trata este de un tipo penal introducido en su forma actual por la referenciada LO 1/2015, de 30 de marzo, del que aún no se ha dado una definición jurisprudencial por el Tribunal Supremo, si bien, entre otras, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Fundamento de Derecho Tercero de su SAP 787/2019, de 12 de diciembre, establece los siguientes requisitos necesarios para la concurrencia de esta conducta típica de la difamación contra colectivos vulnerables, prevista en el artículo 510.2 a) del Código Penal:

“El tipo exige:

*a) Que la conducta se proyecte sobre un **colectivo o minoría especialmente vulnerable de agresiones a su seguridad**.*

*b) La **lesión de la dignidad de los afectos**, y*

*c) La realización de conductas que entrañen **‘humillación, menosprecio o descrédito’ de algunos de los colectivos vulnerables**”.*

Y sienta, esta misma Sección, en sus anteriores SSAP 788/2018, de 12 de diciembre, y 736/2019, de 31 de octubre, que:

*a) por lo que respecta a la **exigencia de proyectarse sobre un colectivo**, basta con que lo sea de modo meramente potencial.*

*b) en cuanto a la **conducta lesiva**, ha de revestir especial gravedad y*

*c) en relación con la **lesión de la dignidad**, ha de ir tendencialmente dirigida a demonizar al colectivo frente a la opinión pública, construyendo la imagen del grupo y de sus miembros como seres inferiores carentes de dicha dignidad.*

C) Enaltecimiento o justificación de delitos de odio (artículo 510.2 b) del Código Penal).

De acuerdo con lo establecido en el artículo 510.2 b) del Código Penal:

Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:



b) *Quienes **enaltezcan o justifiquen** por **cualquier medio de expresión pública o de difusión** los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.*

Al igual que el previamente analizado delito de difamación contra colectivos vulnerables, también conocido como de injurias colectivas de odio, no existe tampoco definición jurisprudencial alguna de este tipo penal dada por el Tribunal Supremo, dada su reciente tipificación por la citada LO 1/2015, habiéndose dictado únicamente hasta nuestros días una sola sentencia condenatoria, siendo la misma de conformidad, la SAP de Madrid 7/2020, de 8 de enero, que “no entra a analizar los elementos típicos ni ofrece una definición del delito de enaltecimiento justificación de delitos de odio”⁶⁹.

Siendo el “elemento nuclear”⁷⁰ de este tipo penal la acción de enaltecer o justificar, y a los efectos de poder determinar los contornos de esta figura delictiva, resulta procedente acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional relativa al delito de enaltecimiento del terrorismo, regulado en el artículo 578 del Código Penal, además de la propia del delito de odio de negacionismo o justificación del genocidio y de otros graves crímenes, previsto en el actual artículo 510.1 c) del Código Penal (anterior artículo 607.2 del Código Penal), que se tendrá oportunidad de referenciar cuando a continuación se trate este tipo penal.

Así, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de definir la conducta típica del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo (artículo 578 del Código Penal), en los siguientes términos:

“Los elementos que conforman el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo, concorde pacífica jurisprudencia, son los siguientes:

⁶⁹GRUPO DE TRABAJO SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ASOCIACIÓN GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *LibEx, Enaltecimiento o justificación de delitos de odio*. Recuperado el 7 de septiembre de 2021 de: <https://libex.es/enaltecimiento-de-delitos-de-odio/>

⁷⁰ Id.



1º **La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica.** **Enaltecer** equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo.

Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que sólo es un comportamiento criminal.

2º **El objeto** de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos:

a) **Cualquiera de las conductas definidas** como delitos de terrorismo de los arts. 572 a 577.

b) **Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos.** Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

3º Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse **por cualquier medio de expresión pública o difusión,** como puede ser periódico o un acto público con numerosa[s] concurrencia[s] y hoy día, dada la evolución, a través de internet”.

Esta definición proporcionada por el Alto Tribunal respecto al delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo resulta pues perfectamente extrapolable y aplicable a este delito de enaltecimiento o justificación de delitos de odio, salvo, eso sí, en los que se refiere a las “conductas definidas”⁷¹ que pueden ser objeto del mismo, esto es, enaltecidas o justificadas, pues en este último y como su propia denominación indica, dichas conductas, no son los actos terroristas, previsto en los artículos 572 a 577 del Código Penal, sino los propios delitos de odio (artículo 510.1 y 510.2 a) del Código Penal).

D) Negacionismo del genocidio y de otros graves crímenes (artículo 510.1 c) del Código Penal).

Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

⁷¹ Id.



c) [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, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo **se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación** contra los mismos.*

Este tipo penal, del delito de negacionismo y justificación del genocidio y de otros graves crímenes, también ha sido introducido en nuestro ordenamiento jurídico por la meritada LO 1/2015, de 30 de marzo, si bien ya se encontraba tipificada la justificación del delito de genocidio previamente en el precepto derogado, por esta norma, del artículo 607.2 del Código Penal, por el que “*la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo [el delito de genocidio], o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años*”.

Y, a su vez, este precepto citado en su tenor literal, del artículo 607.2 del Código Penal, es fruto de la declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de su anterior inciso “nieguen o”, por el Tribunal Constitucional en su célebre STC 235/2007, de 7 de noviembre, en una redacción originaria por la que se penaba no solo la difusión de ideas o doctrinas que “justifiquen” tales delitos de genocidio, sino también aquellas que los “nieguen”, esto es, que no solo castigaba la justificación de los mismos, sino su negacionismo. Es pues a partir de esta Sentencia cuando el Tribunal Constitucional determina el carácter contrario a la Constitución de la criminalización del negacionismo del genocidio, y su consiguiente expulsión de nuestro Derecho Penal, pasándose así a castigar únicamente, hasta 2015, la difusión pública de ideas justificativas del mismo.

Decimos hasta 2015, en la medida que a raíz de la dicha reforma practicada ese año, en derogación de este artículo 607.2 del Código Penal en su literalidad vigente, se introdujo nuevamente el tipo penal del negacionismo público del delito de genocidio, en el actual



artículo 510.1 c) del Código Penal, pese a su declaración de inconstitucionalidad respecto a lo dispuesto en el citado artículo 607.2; así como se pasa a sustituir además la acción típica de “justificar”, por la de “trivializar”, gravemente, y la de “enaltecer”; se tipifica la acción de “enaltecer” a los autores de los delitos objeto; y se amplía el espectro de los mismos, más allá del delito de genocidio, que, en efecto, también prevé, incluyendo además otros graves crímenes, como lo son los delitos de lesa humanidad, o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

Pero la principal novedad introducida por esta reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, es sin duda pasar a condicionar la apreciación de tales conductas típicas de “negación”, “trivialización grave” y “enaltecimiento” a que a través de las mismas “se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación” contra “un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo”, tal y como venía a exigir la referenciada STC 235/2007, de 7 de noviembre, y ello con circunscripción expresa de la necesaria motivación de dichas acciones a la compartida de cada uno de los delitos de odio anteriormente estudiados, y tipificados en el mismo artículo 510 del Código Penal en el que se ubica este nuevo tipo penal, esto es, los “motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertinencia de su miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”, consustanciales al delito de genocidio, pero que “debe constatarse adicionalmente en los casos de crímenes contra la humanidad o de guerra”.

En este sentido, cabe hacer referencia a esta STC 235/2007, de 7 de noviembre, que se tendrá oportunidad de analizar con mayor profundidad más adelante, en cuyo Fundamento de Derecho Noveno, dispone que *“la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de este delito”*, siempre que:

a) *“tal justificación opere como **incitación indirecta a su comisión**”, “esto es incriminándose (...) conductas que, aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio”* [y a los delitos de lesa humanidad o contra las personas y



bienes protegidos en caso de conflicto armado], graves crímenes estos “que hayan existido realmente (el tipo habla de delitos que “*se hubieran cometido*”: no abarca relatos de ficción)”. Así, “la provocación directa e idónea”, “aunque sea mediante apología”, a la comisión de tales graves crímenes, procede castigarse “con mayor pena”, por vía, del artículo 18 del Código Penal, en relación con su artículo 615⁷².

*b) “cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados **grupos definidos** mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un **peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación**”.*

II. La obligación de ponderación previa de la libertad de expresión (artículo 20 de la Constitución) en el examen de tipicidad, y de interpretación restrictiva de los tipos penales de discurso del odio.

De conformidad con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, Juzgados y Tribunales están obligados a realizar una ponderación previa al examen de tipicidad de las conductas delictivas analizadas en el epígrafe anterior, en relación con la libertad de expresión reconocido en el artículo 20 de la Constitución, en el sentido de determinar si las dichas conductas son o no ejercicio legítimo de este derecho fundamental (por todas, su STC 177/2015, de 22 de julio, en su Fundamento de Derecho Segundo, reiterándose a su vez en la STC 112/2016, de 20 de junio, en su Fundamento de Derecho Segundo). De lo contrario, y para el caso de ausencia de este examen previo, también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, en este mismo sentido, en su STC 35/2020, de 25 de febrero, en su Fundamento de Derecho Cuarto, confirmando que, de por sí, se estaría vulnerando este derecho fundamental a la libertad de expresión no tomado en consideración.

En este preceptivo examen previo, el órgano jurisdiccional en cuestión habrá de cumplir asimismo con su obligación jurisprudencialmente establecida de interpretación restrictiva de

⁷² GRUPO DE TRABAJO SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ASOCIACIÓN GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *LibEx, Negacionismo del genocidio y de otros graves crímenes*. Recuperado el 7 de septiembre de 2021 de: <https://libex.es/negacionismo-genocidio-y-otros-graves-crimenes/>



los tipos penales de discurso del odio criminalizado, anteriormente analizados, y previstos en el referenciado artículo 510 del Código Penal, en garantía de la “máxima eficacia de la libertad de expresión”⁷³. Así, y de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo, en sintonía con la del propio Tribunal Constitucional, en exigencia del conocido como “principio de ofensividad o lesividad” penal, “una limitación de un derecho fundamental solo puede justificarse en la puesta en peligro o en la lesión de otro bien o valor constitucional”⁷⁴, tal y como se refleja, entre otras, en el Fundamento de Derecho Único de la STS 646/2018, de 14 de diciembre:

*“Con respecto a la colisión con el derecho fundamental, la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional es copiosa sobre el contenido esencial del derecho fundamental y las limitaciones al mismo. En el sentido indicado, hemos declarado que «el derecho a la libertad de expresión permite, inicialmente, no sólo asumir cualquier idea, y expresarla e, incluso, difundirla, siempre con los límites que imponga la convivencia respetuosa con los derechos de los demás. **La restricción del derecho**, y más aún cuando se recurre a la sanción penal, **requiere de una justificación que sólo se encuentra, en palabras del Tribunal Constitucional, cuando colisiona con otros bienes jurídicos defendibles que se revelen acreedores de una mayor protección tras la necesaria y previa labor de ponderación. Y no sólo eso, sino que será preciso que las características de la colisión sean tales que justifiquen la intervención penal» (STS 259/2011, de 12 de abril)”.***

Esta ineludible interpretación restrictiva de la concurrencia de los delitos de odio del artículo 510 del Código Penal, supone que el órgano jurisdiccional habrá de ajustarse pues, necesariamente, a “los estándares de libertad de expresión”, en valoración de su “carácter predominante”⁷⁵, debiendo de ponderar, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación con la doctrina del Tribunal Constitucional, “la expresión de las ideas vertidas y las circunstancias concurrentes”, esto es, “**si la conducta que se enjuicia constituye el ejercicio legítimo y lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión** y, en

⁷³ GRUPO DE TRABAJO SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ASOCIACIÓN GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *LibEx, Difamación de colectivos vulnerables*. Recuperado el 7 de septiembre de 2021 de: <https://libex.es/difamacion-colectivos-vulnerables/>

⁷⁴ GRUPO DE TRABAJO SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ASOCIACIÓN GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *LibEx, Incitación al odio, la violencia o la discriminación contra grupos vulnerables*. Recuperado el 7 de septiembre de 2021 de: <https://libex.es/incitacion-odio-violencia-discriminacion-vulnerables/>

⁷⁵ Id.



consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad o, por el contrario, la expresión es atentatoria a los derechos y a la dignidad de las personas a que se refiere, situación que habrá de examinarse en cada caso concreto” (STS 72/2018, de 9 de febrero, Fundamento de Derecho Único, en relación con la STC 112/2016, de 20 de junio).

Y, por su parte, también resulta preciso puntualizar que, aún en el supuesto de que, en dicho examen previo jurisdiccional se concluya que el concreto discurso emitido no se encuentra amparado en el ejercicio legítimo del derecho fundamental a la libertad de expresión, el Tribunal Constitucional viene aclarando que ello no implica necesariamente, que dicha conducta, por vía de la palabra, haya de ser calificadas como penalmente típicas, tal y como se fija en el Fundamento de Derecho Quinto de su ya citada STC 35/2020, de 25 de febrero (“(...) **no todo ejercicio extralimitado del derecho a la libertad de expresión ni la existencia de un sentimiento de odio convierten sin más la conducta enjuiciada en un ilícito penal**). E incluso, para el restrictivo supuesto de que la acción u omisión objeto de enjuiciamiento se considere, en el examen previo, no integrada en el ejercicio legítimo de la libertad de expresión, y en el propio examen de tipicidad, que efectivamente constituye una conducta típica, nuestro Tribunal de garantías exige una aplicación proporcionada y restringida de la norma penal, en este caso, del artículo 510 del Código Penal, en virtud de su doctrina sobre la conocida como “***prohibición del exceso y el chilling effect o efecto disuasor o desaliento***”, tal y como razona en dicho Fundamento de Derecho Quinto de su STC 110/2000, de 5 de mayo, en perfecta sintonía con la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

“Tampoco puede el Juez, al aplicar la norma penal (como no puede el legislador al definirla), reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal.

*La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico permite afirmar que **no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir «por su severidad, un sacrificio innecesario o***



***desproporcionado de la libertad** de la que privan, o un efecto ... disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada» (sobre tal **«efecto desaliento»**: STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 20; y STEDH, de 22 de febrero de 1989, § 29 [Barfod c. Noruega [en realidad: Barfod c. Dinamarca, de 22 de febrero de 1985]]; respecto a la **exigencia de proporcionalidad**: STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4, y SSTEDH de 13 de julio de 1995, §§ 52 a 55 [Tolstoy Milovslasky c. Reino Unido], de 25 de noviembre de 1999, § 53 [Nilsen y Johnsen c. Noruega], y de 29 de febrero de 2000, §§ 49 y 50 [Fuentes Bobo c. España])”.*

*Y, según el TC, con todo ello se pone en evidencia que “(...) la interpretación de los tipos penales en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión impone **«la necesidad de que ... se deje un amplio espacio»** (STC 121/1989, de 3 de julio, FJ 2), es decir, un **ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso** como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, **sin timidez y sin temor**” (FJ 5).*

Llegados a este punto, no cabe sino proceder a la exposición de los criterios aplicables en cumplimiento de esta obligación de interpretación restrictiva de los tipos penales de delitos de odio de este artículo 510 del Código Penal, impuesta jurisprudencialmente por nuestros Tribunales Supremo y Constitucional, de conformidad con su propia doctrina, en relación con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su desarrollo jurisprudencial del concepto de discurso del odio en ponderación con el ejercicio de la libertad de expresión, ya expuesto en el epígrafe precedente, de conformidad con los artículos 10 y 17 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950; así como en relación con el propio Derecho Internacional, en el sistema de la Organización de Naciones Unidas, con los tratados y acuerdos internacionales en él incluidos y ratificados por España, y, en particular, con lo dispuesto en los artículos 19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, y, en el denominado Plan de Acción de Rabat de 5 octubre de 2012, sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

Y ello, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución española, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, tales



como este derecho fundamental a la libertad de expresión de su artículo 20, “*se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

Así, y en primer término, se ha de destacar que las dos dinámicas evolucionales doctrinales paralelas, ya estudiadas, del concepto de discurso del odio (*hate speech*), tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos como en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, claramente diferenciadas en su ponderación con el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión vienen a confluir y converger en el tratamiento común dado por el dicho Derecho Internacional en el sistema de Naciones Unidas a esta modalidad de delitos de odio, de palabra.

El ya citado artículo 20.2 del referido Pacto Internacional dispone que “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”. Tras una “controvertida discusión”⁷⁶ en el seno de Naciones Unidas, se introdujo esta actual redacción del precepto, en la que, además de mandar la proscripción de la apología del odio que constituya incitación a la “violencia” – la única prohibida en su primera redacción –, se extiende dicha prohibición a la aquella que incite también a la “discriminación” y la “hostilidad”, bajo una clara influencia del modelo de concepción expansiva objetivamente que ha venido desarrollando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su doctrina jurisprudencial del concepto de discurso del odio, que se erige pues como el dominante en la normativa internacional, frente al estadounidense, tendente a una estimación restringida de la concurrencia de este tipo de conductas delictivas, limitada solo a que se aprecie en su caso la incitación a la violencia, inminente, del discurso vertido, en máxima preponderancia del ejercicio legítimo de la libertad de expresión reconocida en la Primera Enmienda a la Constitución de EEUU.

Bajo esta redacción, y en interpretación, restrictiva, de las categorías en esta disposición empleadas para la descripción de la conducta cuya prohibición se prescribe, y ante “la ausencia de definiciones en el propio tratado”, y de una inexistente “interpretación

⁷⁶ ROLLNERT LIERN, G. (2019), op.cit.



autorizada”⁷⁷ por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en sus Observaciones Generales y Resoluciones, se ha de acudir al Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de 11 de enero de 2013 acerca de los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso, en cuyo Apéndice se incluye el Plan de Acción de Rabat de 5 de octubre de 2012, sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

Este Plan de Acción de Rabat constituye un instrumento internacional impulsado por la Oficina de la dicha Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y desarrollado “en el contexto de los esfuerzos interpretativos de los artículos 19 y 20 del Pacto Internacional”, que “contiene y sintetiza una serie de criterios contextuales como umbral mínimo de intervención ante conductas de gravedad en materia de discurso del odio”, acabando por convertirse “en el verdadero referente sustantivo de dicho umbral”⁷⁸, y ello a través del conocido como “Test de relevancia de riesgo de Rabat”, un mecanismo de referencia que “permite medir el nivel de peligrosidad de la incitación”⁷⁹, conforme a los siguientes seis puntos o parámetros a considerarse para valorar, de manera restrictiva, el dicho riesgo o peligro de producción de violencia, hostilidad o discriminación:

1) El contexto: *El contexto es de gran importancia al valorar la probabilidad de que determinadas declaraciones inciten a la discriminación, hostilidad o violencia contra el colectivo objetivo, y podría tener una relación directa con la intención y/o la causalidad. El análisis del contexto debería ubicar al discurso dentro del contexto social y político predominante en el momento en el que éste fue hecho y difundido.*

2) El/la oradora: *La posición o estatus social de la o el orador debería ser tomada en cuenta, especialmente la reputación del individuo u organización en el contexto de la audiencia a la que se dirige el discurso.*

3) La intención: *El artículo 20 del ICCPR prevé la intención. La negligencia y la imprudencia no son suficientes para que un acto constituya delito según el artículo 20 del ICCPR, ya que éste incluye disposiciones sobre la “apología” e “incitación” en*

⁷⁷ Id.

⁷⁸ LANDA GOROSTIZA, J.M. (2020). Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contracorriente. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (núm. 22-19), pp. 1-34.

⁷⁹ LANDA GOROSTIZA, J.M. (2018), op. cit., p. 71.



lugar de la sola distribución o circulación de material. En este aspecto, requiere de la activación de una relación triangular entre el objeto del discurso, el sujeto del discurso y la audiencia.

4) El contenido y la forma: *El contenido del discurso constituye uno de los enfoques principales en las decisiones del tribunal y es un elemento esencial de la incitación. El análisis del contenido puede incluir el grado en el cual el discurso fue provocador y directo, así como la forma, estilo y naturaleza de los argumentos empleados en el discurso o el equilibrio entre los argumentos empleados.*

5) La extensión del discurso: *La extensión incluye elementos tales como el alcance del discurso, su naturaleza pública, su magnitud y el tamaño de su audiencia. Otros elementos a considerar incluyen si el discurso es público, los medios de difusión empleados, por ejemplo, por un único folleto o transmisión en los medios convencionales o a través de Internet, la frecuencia, la cantidad y la extensión de las comunicaciones, si los destinatarios tenían los medios para responder a la incitación, si la declaración (u obra) es distribuida en un entorno restringido o es fácilmente accesible al público en general; y*

6) La probabilidad, incluyendo la inminencia: *La incitación, por definición, es un delito incipiente. La acción promovida a través de discursos de incitación no tiene que ser llevada a cabo para que dicho discurso sea un delito. Sin embargo, algún grado de riesgo de daños debe ser identificado. Esto quiere decir que los tribunales tendrán que determinar si existía una probabilidad razonable de que el discurso lograra incitar una acción real contra el colectivo objetivo, reconociendo que dicha causación debe ser bastante directa.*

A su vez, este Test de relevancia de riesgo de Rabat ha sido “recientemente sintetizado en los siguientes criterios por la Recomendación de Política General Número 15”⁸⁰, relativa a la lucha contra el discurso de odio, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), del Consejo de Europa, adoptada el 8 de diciembre de 2015:

*“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);*

⁸⁰ Id.



- 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 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)”.*

Así, y siendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el competente para la interpretación y aplicación del Convenio Europeo, ratificado por España el 4 de octubre de 1979, y en él de sus artículos 10 y 17, en el sistema del meritado Consejo de Europa, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en los siguientes términos, respecto a su doctrina jurisprudencial en reproducción de los dichos criterios o parámetros aplicables en interpretación restrictiva de los tipos penales del “denominado discurso ofensivo del odio”, del referido “test de relevancia del peligro de Rabat”, inspiradores a su vez de aquellos sistematizados por esta Recomendación Número 15, y ello en el Fundamento de Derecho Único de su STS 646/2018, de 14 de diciembre (reiterados en el Fundamento de Derecho Segundo de su STS 47/2019, de 4 de febrero):

*“[E]l Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, ha señalado en reiteradas ocasiones, que la libertad de expresión encuentra límites en el denominado discurso ofensivo del odio siendo preciso indagar **elementos de interpretación de la norma** que no lleven a una desmesura en su aplicación, tales como **elementos de contextualización, el contenido del mensaje, su expresión oral o escrita, la intención, el impacto del texto y la proporcionalidad de la sanción**. En todo caso, no ha de olvidarse que se trata de*



delitos circunstanciales y que han de ser interpretados de acuerdo a la realidad social del tiempo en que se aplica la norma”

Y, en el mismo sentido de reproducción, se pronuncia el Tribunal Constitucional, relacionando la dicha jurisprudencia de este Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, en el Fundamento de Derecho Cuarto de su referenciada STC 35/2020, de 25 de febrero:

*“[E]l mayor o menor **impacto de difusión pública dependiendo de la naturaleza de la conducta desarrollada** (así, SSTEDH de 8 de julio de 1999, as. Gerger c Turquía, § 50; o de 2 de octubre de 2008, as. Leroy c France, § 45); las **circunstancias personales de quien realiza la conducta** (así, SSTEDH de 23 de abril de 1992, as. Castells c España, § 42; de 1 de febrero de 2011, as. Faruk Temel c Turquía, § 55; o de 15 de marzo de 2011, as. Otegi Mondragón c España, § 50; o DTEDH de 20 de enero de 2000, as. Hogefeld c Alemania); que la **conducta desarrollada coincidiera en el tiempo con actos terroristas** (SSTEDH de 25 de noviembre de 1997, as. Zana c Turquía, § 56; o de 2 de octubre de 2008, as. Leroy c France, § 45) o que se acreditara un **contexto de violencia en que esa manifestación hubiera tenido alguna influencia** (STEDH de 28 de septiembre de 1999, as. Öztürk c Turquía, § 69); o **el contenido de las concretas manifestaciones proferidas, destacando que la valoración debe ser especialmente cautelosa cuando, aunque se trate de tonos hostiles e incluso de la defensa de objetivos contrarios al orden legal y constitucional establecidos, no puedan ser identificados como defensa de actitudes violentas en la consecución de esos objetivos** (así, SSTEDH de 11 de diciembre de 2007, as. Karakoyun y Taran c Turquía, § 30; o de 21 de febrero de 2008, as. Yalciner c Turquía 47)” (FJ 4).*

Por su parte, e igualmente en sintonía con estos criterios de debida interpretación restrictiva en la valoración de la idoneidad del discurso para generar una situación de peligro o riesgo real y efectivo de creación de un clima de violencia, hostilidad o discriminación inminentes, nuevamente el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de manifestar también su juicio al respecto, en el Fundamento de Derecho Primero, Punto Octavo, de su STS 259/2011, de 12 de abril:



“La existencia del peligro, por lo tanto, depende tanto del contenido de lo difundido como de la forma en que se hace la difusión, sin que pueda dejar de valorarse la sociedad o el ámbito social, al que se dirigen los actos cuestionados. Sin duda en algunos momentos históricos o en algunos lugares concretos, determinadas actividades podrían llegar a ser consideradas peligrosas para la seguridad de esos bienes que se trata de proteger, mientras que en otras circunstancias tal cosa no podría ser afirmada.

No se trata de exigir la concurrencia de un contexto de crisis, en el que los bienes jurídicos ya estuvieran en peligro, que resultaría incrementado por la conducta cuestionada, sino de examinar la potencialidad de la conducta para la creación del peligro (...).

*Para que el bien jurídico protegido pudiera verse afectado a causa de la difusión de esta clase de ideas o doctrinas, sería preciso que el autor acudiera a medios que no solo facilitaran la publicidad y el acceso de terceros, que pudieran alcanzar a un mayor número de personas, o que lo hicieran más intensamente, sino que, además, **pudieran, por las características de la difusión o del contenido del mensaje, mover sus sentimientos primero y su conducta después en una dirección peligrosa para aquellos bienes.** No se trata, pues, solo de la mera difusión, sino de la difusión en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que se protege.”*

En definitiva, se tratan estos de unos criterios o parámetros de necesaria consideración, para la evaluación de la potencialidad del mensaje emitido para la creación de riesgo o peligro de producción inminente de actos de violencia, hostilidad o discriminación, en el preceptivo examen restrictivo de tipicidad de las conductas delictivas de odio, convergente con la previa ponderación obligada de la libertad de expresión y de si dichas conductas constituyen o no un ejercicio legítimo de la misma, conforme se prescribe tanto por los diferentes instrumentos internacionales ratificados por España, en el sistema de Naciones Unidas y en el del propio Consejo de Europa, como por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en su seguimiento, de nuestros Tribunales Constitucional y Supremo.

De esta suerte, para el indeseable caso de que dichos criterios o parámetros no fueren tenidos en cuenta por el órgano jurisdiccional en su examen restrictivo de tipicidad, el



Tribunal Constitucional igualmente viene considerando que, en estos supuestos, tampoco se entiende realizado el examen previo ponderativo de la libertad de expresión, y, por tanto, se incurre en una vulneración de este derecho fundamental, tal y como sienta en el ya referenciado Fundamento de Derecho Quinto de su reciente STC 35/2020, de 25 de febrero:

“La resolución impugnada, al omitir cualquier argumentación sobre este particular, y rechazar expresamente la valoración de los elementos intencionales, circunstanciales y contextuales e incluso pragmático-lingüísticos que presidieron la emisión de los mensajes objeto de la acusación, se desenvuelve ciertamente en el ámbito de la interpretación que corresponde al juez penal sobre el ámbito subjetivo del tipo objeto de la acusación, pero desatiende elementos que, dadas las circunstancias, resultaban indispensables en la ponderación previa que el juez penal debe desarrollar en materia de protección de la libertad de expresión como derecho fundamental” (FJ 5).

“el Tribunal considera que la sentencia condenatoria no ha dado cumplimiento con la necesaria suficiencia a la exigencia de valoración previa acerca de si la conducta enjuiciada era una manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, al negar la necesidad de valorar, entre otros aspectos, la intención comunicativa del recurrente en relación con la autoría, contexto y circunstancias de los mensajes emitidos. Esta omisión, por sí sola, tiene carácter determinante para considerar que concorre la vulneración del derecho a la libertad de expresión del demandante de amparo (así, SSTC 104/1986, de 17 de julio, FJ 7; y 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3)” (FJ 5).

4. Propuestas de lege ferenda para la tipificación del enaltecimiento del franquismo. Una aproximación crítica desde el Derecho alemán y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el apoyo a regímenes totalitarios y sus crímenes.

Una vez planteada la delimitación doctrinal de los delitos de odio y del conocido como discurso del odio (*hate speech*) criminalizado por la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y articulado el posterior análisis sistemático de la tipificación penal del discurso del odio en nuestro ordenamiento,



puesta en relación con la doctrina de nuestros Tribunales Constitucional y Supremo sobre la obligación jurisdiccional de ponderación previa de la libertad de expresión en el examen de tipicidad, así como de interpretación restrictiva de estos tipos penales, es el momento de descender al objeto principal de este trabajo, esto es, hacia una aproximación crítica a las propuestas *de lege ferenda* para la criminalización de la apología y enaltecimiento del franquismo.

El 10 de febrero de 2020, apenas un escaso mes después de la formación del nuevo Gobierno de coalición entre el PSOE y Unidas Podemos el 13 de enero de ese año, la Portavoz del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados, Adriana Lastra Fernández, adelantaba en un desayuno informativo con los medios de comunicación la intención prioritaria de su grupo, de impulsar una reforma del Código Penal por la que se tipificase la apología y exaltación del franquismo como delito⁸¹, en línea con lo contemplado en el punto 5.4 del Acuerdo programático suscrito el 13 de noviembre de 2019 entre las dos formaciones integrantes del ejecutivo para la constitución del mismo, por el que ambas se comprometen a establecer “la prohibición de la exaltación y el enaltecimiento del franquismo en lugares de acceso público”⁸².

Si bien en este Acuerdo no se concreta si este compromiso de prohibición se ha encauzar mediante su tipificación como delito, a través del Derecho Penal, o como infracción administrativa, a través del Derecho Administrativo Sancionador, el Consejo de Ministros aprobó el pasado 21 de julio de 2021 el Proyecto de Ley de Memoria Democrática⁸³, tras la emisión de los correspondientes Informes preceptivos al respecto por los órganos consultivos sobre el Anteproyecto de Ley de 15 de septiembre de 2020⁸⁴, y por el que el Gobierno parece inclinarse, al menos de momento, por la vía administrativa-sancionadora, con la regulación

⁸¹ MARCOS GARCÍA, J. (10 de febrero, 2020). El PSOE quiere que la apología y exaltación del franquismo sean delito. *El País*. Recuperado el 7 de septiembre de 2021 de: https://elpais.com/politica/2020/02/10/actualidad/1581323216_800783.html

⁸² Acuerdo de Gobierno de coalición progresista, “*Un nuevo acuerdo para España*”, suscrito entre PSOE y Unidas Podemos. Recuperado el 7 de septiembre de 2021 de: <https://www.psoe.es/media-content/2019/12/30122019-Coalici%C3%B3n-progresista.pdf>

⁸³ España. La Moncloa, Consejo de Ministros (20 de julio, 2021). *Proyecto de Ley de Memoria Democrática* (Nota de prensa). Recuperado el 7 de septiembre de 2021 de: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/200721-enlace-memoria.aspx>

⁸⁴ España. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática. Recuperado el 7 de septiembre de 2021 de: <https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/Documents/APL%20Memoria%20Democr%C3%A1tica.pdf>



como infracciones muy graves de actos públicos de *exaltación de la Guerra o de la Dictadura que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares*, sancionadas con multa entre 10.001 a 150.000 euros, y, en su caso, las sanciones accesorias de cierre temporal (de seis meses y un día a dos años) de los locales o establecimientos públicos donde se realicen los actos de exaltación, el comiso de bienes, medios o instrumentos con los que se hayan preparado o ejecutado, y/o la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y ayudas públicas en cinco años y el reintegro de las subvenciones obtenidas en los cinco anteriores; una tipificación administrativa esta por el legislador estatal, que, en caso de aprobarse finalmente la Ley por las Cortes Generales, en los términos recogidos en este Proyecto de Ley, coexistiría con el vigente Derecho Administrativo Sancionador autonómico de nueva generación, también en materia de memoria democrática, que también prevé como infracciones administrativas actos de exaltación idénticos o similares⁸⁵, en un cuanto menos posible supuesto de *non bis idem* ante una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento o bien jurídico protegido por la norma, que, en cualquier caso, excede del contenido de este trabajo.

Ahora bien, y sin perjuicio de esta regulación como infracciones administrativas de actos de enaltecimiento del franquismo por la vía de un Proyecto de Ley del Gobierno, en el ámbito estatal, en línea con la voluntad política expresada por la Portavoz del Grupo Parlamentario Socialista de cara a la presente XIV Legislatura, este y el otro Grupo Parlamentario del Congreso de los Diputados sustentador del Gobierno de coalición integrado por ambas formaciones, el Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem- Galicia en Común, ya presentaron en la anterior XII Legislatura sendas proposiciones de ley en las que se disponía la reforma del artículo 510 del Código Penal al efecto de tipificar penalmente la meritada apología o exaltación del franquismo.

⁸⁵ Véase la pionera Ley Foral 33/2013, de 26 de noviembre, de reconocimiento y reparación moral de las ciudadanas y ciudadanos navarros asesinados y víctimas de la represión a raíz del golpe militar de 1936 (Navarra); la Ley 2/2017, de 28 de marzo, de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía; la Ley 14/2017, de 10 de noviembre, de memoria democrática y para la convivencia de la Comunitat Valenciana; la Ley 2/2018, de 13 de abril, de memoria y reconocimiento democráticas de las Illes Balears, la Ley 14/2018, de 8 de noviembre, de memoria democrática de Aragón; la Ley 1/2019, de 21 de enero, de memoria histórica y democrática de Extremadura; y la última Ley 1/2019, de 1 de marzo, para la recuperación de la memoria democrática en el Principado de Asturias.



Por un lado, el 22 de diciembre de 2017 el Grupo Parlamentario Socialista presentó en la Cámara Baja su Proposición de Ley para la reforma de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura⁸⁶. De conformidad con lo dispuesto en el punto Primero de la Disposición adicional segunda, de la Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, por el que se introduce un nuevo artículo 510 bis, a imagen y semejanza del vigente artículo 510, por el que serán castigados con la misma pena que la dispuesta en el apartado primero de este, de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

*a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia **contra las víctimas de la Guerra Civil Española y del franquismo por su condición como tales.***

*b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia **contra las víctimas de la Guerra Civil Española o del franquismo por su condición como tales.***

Y con la misma pena que la contemplada en el apartado segundo del artículo 510, de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses, se pena idénticas conductas a las tipificadas en ese precepto, esto es, de difamación y humillación a la víctimas de delitos de odio y de enaltecimiento o justificación de este tipo de crímenes, pero con las víctimas de la Guerra Civil Española y del franquismo como sujetos pasivos, con exacta reproducción de los restantes apartados tercero a sexto del dicho artículo 510, en este nuevo precepto.

Por otro lado, el 15 de octubre de 2018 el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem- En Marea, también en el Congreso de los Diputados, presentó su

⁸⁶ España. Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados. Proposición de Ley para la reforma de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. Boletín Oficial de las Cortes Generales, XII Legislatura, de 22 de diciembre de 2017, núm. 190-1. Recuperado el 7 de septiembre de 2021 de: https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-190-1.PDF



Proposición de Ley integral de memoria democrática y de reconocimiento y reparación a las víctimas del franquismo y la Transición⁸⁷. Por su Disposición adicional segunda, en lugar de introducir un nuevo artículo 510 bis como hace en la suya el Grupo Socialista, en esta se opta por modificar el propio artículo 510, en el sentido de reducir la pena de prisión con las que se castigan las conductas previstas en su apartado primero, a una de seis meses a un año, y a sustituir la de multa por la de trabajos en beneficio de la comunidad de 15 a 30 días, y de incluir, dentro del tipo de negacionismo del genocidio y de otros graves crímenes, los denominados como “crímenes del fascismo, del franquismo y su dictadura”, como categoría específica integrada dentro de “los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado” objeto de la negación, trivialización grave o enaltecimiento públicos, en los siguientes términos:

*c) 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, **incluidos los crímenes del fascismo, del franquismo y su dictadura**, 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, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando claramente constituyan clara y directamente una incitación a la violencia o al odio contra los mismos.*

Ambas Proposiciones de Ley plantean pues una tipificación del enaltecimiento del franquismo siguiendo fielmente al modelo típico de enaltecimiento y justificación propio de los delitos de odio previstos en el artículo 510 del Código Penal, y ya analizados en este trabajo, y no por su reproche penal a través de la penalización con carácter general de la apología como forma de provocación delictiva, prevista en el vigente artículo 18.1 del Código

⁸⁷ España. Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos – En Comú Podem – En Marea en el Congreso de los Diputados. Proposición de Ley integral de memoria democrática y de reconocimiento y reparación a las víctimas del franquismo y la Transición. Boletín Oficial de las Cortes Generales, XII Legislatura, de 15 de octubre de 2018, núm. 317-1. Recuperado de 7 de septiembre de 2021 de: https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-190-1.PDF



Penal, para cuya apreciación se requiere que con “el ensalzamiento del delito o enaltecimiento del autor se incite directamente a cometer un delito”⁸⁸ concreto.

La selección de dicha vía de tipificación frente a esta segunda opción no es baladí. Como indica ROIG TORRES, con la meritada regulación en vigor de la apología como forma de provocación delictiva en el artículo 18.1, “algunos ciudadanos elogian todavía al dictador y no por ello dan pie a ninguna infracción”, siendo necesario, por tanto, “crear un tipo específico de apología en el que requiriese, no ya el ensalzamiento de un delito o el enaltecimiento de su autor que incite directamente a cometer un delito (...), sino el enaltecimiento del franquismo, que conlleve ese efecto”⁸⁹.

Y es que, efectivamente, a los efectos del Código Penal, únicamente se estima que es apología “la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor”, disponiéndose que “solo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa” a cometer dicho delito. Se requiere que la conducta o conductas que se ensalcen o a cuyo autor se enaltezca, tengan carácter delictivo, esto es, típico conforme a nuestro ordenamiento penal, y que exista condena firme por la comisión de las mismas, requisitos estos que no se dan en nuestro Derecho y jurisprudencia respecto a los posibles crímenes cometidos por el bando fascista durante la Guerra Civil (1936-1939), y, posteriormente, por el Estado franquista a lo largo de la dictadura (1939-1978), en los términos en los que viene a zanjar esta cuestión el Tribunal Supremo en su conocida STS 101/2012, de 27 de febrero, en una argumentación jurídica reiterada en su reciente STS 138/2021, de 17 de febrero, por la que se concluye, como se expresa en la consideración número 43 del preceptivo Informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) de 7 de junio de 2021, sobre el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática de 15 de septiembre de

⁸⁸ SIMÓN CASTELLANO, P. (2021). La libertad de expresión como límite a la respuesta penal frente al discurso político. Sobre el delito de apología y exaltación del franquismo. En LEÓN ALAPONT, J. (dir.), *Temas clave de Derecho Penal: presente y futuro de la política criminal en España* (pp. 557-586). Valencia: Bosch Editores.

⁸⁹ ROIG TORRES, M. (2020b). El delito de apología y exaltación del franquismo. Contraste con la regulación alemana. *Revista General de Derecho Penal* (núm. 33), pp. 1-51. Recuperado el 7 de septiembre de 2021 de: <https://www.uv.es/iccp/Not%C3%ADcias/ART%C3%8DCULOS/Margarita%20Roig/El%20delito%20de%20apolog%C3%ADa%20y%20exaltaci%C3%B3n%20del%20franquismo.%20Contraste%20con%20la%20regulaci%C3%B3n%20alemana.pdf>



2020, “la inviabilidad del proceso penal español para la investigación de hechos vinculados con la guerra civil y la posguerra”, sustentada “en tres razones fundamentales”⁹⁰:

a) **El principio de legalidad penal y el de interdicción de la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables (art. 9.3 CE)** prohíben la aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras a los hechos anteriores a su vigencia. De este modo, no es posible la aplicación retroactiva del derecho penal internacional, consuetudinario y convencional, que tipifica entre otros los delitos contra la humanidad, al haberse incorporado en nuestro ordenamiento con posterioridad a los hechos (STS de 27 de febrero de 2012, FJ 3.1).

b) **La prescripción del delito.** Por un lado, el delito de detención ilegal de carácter permanente sin dar razón del paradero de la víctima estuvo presente en el código penal de 1928 y desapareció en el de 1932 para ser reincorporado al código penal de 1944, de modo que no estuvo vigente durante los años de la guerra y la inmediata posguerra. Por otro lado, el argumento de la permanencia del delito fundado en la hipotética subsistencia actual de situaciones de detención producidas en torno al año 1936 carece de plausibilidad. Y, aun admitiendo la imposibilidad de persecución de estos delitos durante la dictadura, debería tomarse como inicio del cómputo del plazo de prescripción de veinte años la fecha de la entrada en vigor de la Constitución, por lo que tal plazo hubiera transcurrido en todo caso (STS de 27 de febrero de 2012, FJ 3.2).

c) Finalmente, debe tenerse en cuenta el efecto de **la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía**, cuyo artículo 6 determina la **extinción de la responsabilidad criminal** derivada de las penas impuestas o que pudieran imponerse por los actos y delitos amnistiados, contenidos en los artículos 1 y 2 de la Ley (STS de 27 de febrero de 2012).

⁹⁰ Consejo General del Poder Judicial (2021). Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 7 de junio de 2021, por el que se aprueba su Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática. Recuperado el 7 de septiembre de 2021 de: <https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/COMISI%20C3%20N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/FICHERO/20210607%20Informe%20anteproyecto%20de%20Ley%20de%20Memoria%20Democr%C3%A1tica.pdf>



Por consiguiente, y con el ordenamiento jurídico vigente en nuestro país, la vía del reproche penal de la conocida popularmente como apología del franquismo a través de la figura, jurídica, propiamente dicha, de la apología como forma de provocación delictiva, resulta inviable en todo caso, únicamente quedando pues la alternativa de “acudir, para justificar la punición, al concepto etéreo del “discurso del odio”⁹¹ y a la tipificación de estas conductas de enaltecimiento o exaltación como delitos de odio, de expresión, del artículo 510 del Código Penal.

En este sentido, ambas Propositiones de ley recurren a esta vía penalizadora, bien a través de una muy cuestionable creación de un nuevo artículo 510 bis a imagen y semejanza del vigente artículo 501, como prevé la socialista, o bien mediante una a priori más acertada técnica legislativa de modificación puntual del artículo 510.2 c), como propone la del Grupo Confederal, pero, en cualquier caso, tipificando el enaltecimiento del franquismo en las distintas modalidades de discurso del odio criminalizado vigentes en nuestro ordenamiento, esto es, las ya vistas incitación al odio, la violencia o la discriminación contra grupos vulnerables, difamación de colectivos vulnerables, y enaltecimiento o justificación de delitos de odio (artículos 510.1 a) y b), 510.2 a), y 510.2 b), respectivamente), por parte de la del Grupo Socialista, y el negacionismo del genocidio y de otros graves crímenes (artículo 510.1 c)), por la del Grupo Confederal.

I. El enaltecimiento del nazismo en el Derecho Penal alemán y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania como referencia de Derecho Comparado.

Llegados a este uno, y a la vista de lo expuesto hasta ahora en el presente trabajo, conviene plantearse entonces cuál sería el bien jurídico protegido con la penalización de este tipo de conductas exaltadoras del franquismo. Con frecuencia, se suele aludir al Derecho Penal alemán como ordenamiento jurídico de referencia en el que se penaliza el enaltecimiento de un régimen totalitario, como lo fue el nazismo. Sin embargo, lo que desconocen la mayoría de quienes lo enarbolan como modelo a seguir en España, es que el artículo 130 StGB, de la “Incitación del pueblo” (*Volksverhetzung*), dentro de la Sección 7 del

⁹¹ Id.



Título 4 de la Parte Especial del StGB, sobre los “Delitos contra el orden público”, no castiga “el ensalzamiento del nacionalsocialismo, sino de la violencia y arbitrariedad que ejerció, cuando se haga públicamente o en una reunión, de modo que cree el riesgo de provocar enfrentamientos y alterar la convivencia pacífica”⁹², configurándose pues como un delito de resultado.

Así pues, se trata de un tipo penal cuyo bien jurídico protegido, según ha proclamado el Tribunal Constitucional Federal alemán, en sintonía con la doctrina mayoritaria, es la paz pública (öffentliche Friede) y no la dignidad de la víctimas del nazismo, tal y como razona en su Sentencia de 4 de noviembre de 2009⁹³, pues sostiene, “la dignidad de todas las personas es idéntica y en Estado democrático ha de preservarse por igual”, vulnerándose, en caso de ser este el “objeto de tutela”, “el principio de igualdad y no discriminación del artículo 3 de la Ley Fundamental, al no amparar a quienes padecieron la opresión de otros sistemas absolutistas”, y ello en la medida que el artículo 5.2 de la Ley Fundamental dispone que las libertad de expresión “encuentra sus límites en las disposiciones de las leyes generales”, y que el Tribunal Constitucional Federal no considera a este artículo 130 StGB una ley general, sino especial, y, por tanto, inidónea para limitar el ejercicio a la libertad de expresión, por cuanto este precepto penal “únicamente tutela a las víctimas de la violencia y despotismo del nacionalsocialismo, y no de otros sistemas totalitarios”, y “la dignidad humana unas víctimas no son menos importantes que otras”⁹⁴.

Por consiguiente, y, por medio de su meritada Sentencia de 4 de noviembre de 2009, el Tribunal Constitucional Federal sienta una excepción a esta exigencia constitucional de ley general para restringir la libertad de expresión, vinculada a la protección de la dignidad humana entendida en su universalidad respecto a todas las víctimas, y ello argumentando que el bien jurídico protegido no es esta, ni el honor de estas, sino la denominada paz pública,

⁹² ROIG TORRES, M. (2020b), op. cit.

⁹³ Alemania. Tribunal Constitucional Federal de Alemania (*Bundesverfassungsgericht*). BverfG 1 BvR 2150/2008 (2009). Sentencia de 4 de noviembre de 2009.

⁹⁴ ROIG TORRES, M. (2021). El enaltecimiento de la tiranía nacionalsocialista en el derecho alemán. ¿Un referente para penalizar el ensalzamiento del franquismo? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. (núm. 23-07), pp. 1-31. Recuperado el 7 de septiembre de 2021 de: <http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-07.pdf>



como “objetivo legítimo que puede justificar la interferencia en la libere de expresión”⁹⁵, en los siguientes términos:

*“El requisito previo para una injerencia en el **Art. 5.1 de la Ley Fundamental** y decisivo para su proporcionalidad es la **determinación de un fin legítimo** (...). No es defendible, para fundar la injerencia en la libertad de expresión, un entendimiento de la paz pública que tenga por objeto la protección de la intranquilidad subjetiva de los ciudadanos por la confrontación con opiniones e ideologías provocativas y el respeto de ciertos puntos de vista fundamentales, sociales o éticos (...).*

*La protección de la paz pública se refiere, por tanto, **a los efectos externos de las expresiones de opinión**, por ejemplo, a través de apelaciones o emociones, que desencadenan la voluntad de actuar o reducir inhibiciones o intimidar directamente a terceros (...). La tutela de la paz pública se dirige a mantener la **coexistencia pacífica**. Se trata de una salvaguarda adelantada de ciertos **bienes jurídicos, relacionados con peligros emergentes, que se materializan en la realidad**”.*

Así, concluye pues el Constitucional alemán que resulta necesario que las opiniones vertidas “trasciendan de la esfera espiritual y tengan repercusiones externas, poniendo en peligro un bien jurídico merecedor de protección penal”, en desencadenamiento de posibles infracciones, con afectación de la “convivencia externa”. En definitiva, entiende este Alto Tribunal que “la perturbación de la paz pública”, requerida por el meritado artículo 130 StGB, “implica la creación de un riesgo de que se desencadenen infracciones y se altere la convivencia pacífica”, en peligro cierto hacia la misma⁹⁶.

Ahora bien, si bien el Tribunal estima que el principal bien jurídico objeto de protección del delito en cuestión es esta “paz pública”, y siendo otro de los elementos del tipo objetivo requeridos legalmente, la lesión de la dicha dignidad de las víctimas, además de la propia perturbación de la referida paz pública, y el que se viertan las expresiones enaltecedoras o justificativas de la violencia del régimen nazi, y que lo hagan en público o en una reunión, parece evidente pues que la dignidad como tal valor es objeto de tutela, aun cuando sea indirectamente y no como el bien jurídico protegido, la paz pública.

⁹⁵ Id.

⁹⁶ Id.



En efecto, y, por su parte, otros de los elementos típicos que ha de concurrir junto a la alteración de la convivencia pacífica, y la lesión a la dignidad de las víctimas, es la necesaria aprobación, enaltecimiento o justificación de la violencia y tiranía del régimen nazi, no bastando pues, como se deduce del propio tenor literal el artículo 130 StGB, “aprobar, enaltecer o justificar el gobierno nacionalsocialista”, como tal, “sino la regla de violencia y tiranía que ejerció”. Y es que, para el Tribunal Constitucional Federal, “las opiniones contrarias al régimen político establecido”, y en defensa y difusión de “ideas dictatoriales e incluso favorables al nacionalsocialismo”, como tales, cabe dentro del amplio espacio que concede a la libertad de expresión⁹⁷:

*“El Art. 5.1 de la Ley Fundamental también protege las opiniones que apuntan a un cambio esencial en el orden político, independientemente de si y hasta qué punto pueden ser aplicadas en el marco del orden constitucional. La Ley Fundamental se basa en el poder del debate libre como el arma más efectiva contra la proliferación de ideologías totalitarias e inhumanas. En consecuencia, incluso la difusión de la ideología nacionalsocialista como un desafío radical al orden existente queda amparada bajo la protección del Art. 5.1. Para oponerse a los peligros apuntados, la Ley Fundamental confía en el **compromiso cívico** del discurso político libre, así como en la **educación del Estado en las escuelas de acuerdo con el Art. 7 de la Ley Fundamental**”.*

Únicamente pues, en relación con este régimen nazi, dichas expresiones se estiman susceptibles de limitar la libertad de expresión, cuando van más allá de esa mera opinión favorable de esta tiranía como tal sistema totalitario, e implican una defensa de la violencia y los crímenes por ella cometidos, y suponen un peligro para la denominada paz pública, unida a una lesión a la dignidad humana, en tanto que bienes jurídicos legalmente protegidos. Por consiguiente, y, a modo de conclusión, se ha de sentar que, conforme a lo hasta ahora expresado, “el ensalzamiento del nazismo es atípico, e incluso el de los crímenes que cometió”, solo resultando punible cuando “se perturbe la paz pública”, entendiendo esta como la afectación de la convivencia externa⁹⁸.

⁹⁷ Id.

⁹⁸ ROIG TORRES, M. (2020b), op. cit.



Planteado este análisis de Derecho Comparado del ordenamiento penal y la jurisprudencia alemana en relación con su penalización del enaltecimiento del nazismo, no cabe sino cuanto menos cuestionar la decisión de ambos Grupos parlamentarios en nuestro país de plantear en sendas Propositiones la tipificación de la exaltación franquista como formas de los delitos de odio de expresión regulados en el artículo 510 del Código Penal. En efecto, y, siguiendo a LEÓN ALAPONT, resulta oportuno concluir que el bien jurídico tutelado por este precepto penal, en su penalización del discurso del odio, y tal y como se tuvo ocasión de exponer en el estudio de la doctrina sobre el mismo, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en el examen de dichos tipos penales incluidos en este precepto, no puede ser otro sino “la igualdad, en los términos expuestos por el artículo 14 de la Constitución”, en tanto en cuanto castiga las manifestaciones de odio contra personas de muy determinados colectivos vulnerables por su condición racial, religiosa, ideológica, sexual, o por su género u orientación o identidad sexual, etc., en persecución de la discriminación que para ellos supone estos actos frente al resto de la sociedad⁹⁹.

Por el contrario, una eventual incitación directa o indirecta al odio contra las víctimas del franquismo, durante la Guerra Civil y la posterior dictadura, carecería en todo caso de “un hecho diferenciador de carácter identitario, como sí sucede, por ejemplo, cuando se alude a la raza, religión, ideología, sexo, etc.”¹⁰⁰, y, por tanto, estas víctimas no reunirían la condición de colectivo vulnerable objeto de protección de este tipo de delitos de odio, ni siquiera conforme a la expansiva concepción de tales colectivos merecedores de protección a través de la persecución del discurso de odio en limitación a la libertad de expresión, por parte de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se tuvo oportunidad de relacionar en su momento en este trabajo. Y, por su parte, aún en el caso de que estas pudieran ser consideradas como tales colectivos vulnerables, y, en consecuencia, sujetos protegidos por un posible discurso de odio criminalizado de enaltecimiento del franquismo, tal y como ROIG TORRES se plantea, “aun creándose un clima de hostilidad, discriminación o violencia, esas declaraciones no suelen mover a actuar frente a las víctimas del régimen

⁹⁹ LEÓN ALAPONT, J. (2020). Defensa de regímenes totalitarios: aspiraciones punitivas en tiempos democráticos. *Diario La Ley* (núm. 9572), pp. 1-15,

¹⁰⁰ Id.



franquista, sino contra otras personas, repudiadas por el fascismo, debido a su ideología, raza, religión, orientación sexual u otros motivos discriminatorios”¹⁰¹.

Así, continua ROIG TORRES, trayendo su razonamiento hasta nuestro contexto social y político más actual, que “de hecho, a raíz de las manifestaciones convocadas por Vox estamos presenciando enfrenamientos, pero ninguno de ellos afecta a quienes padecieron los abusos del franquismo, sino a personas que hoy defienden una ideología opuesta a este grupo de extrema derecha”¹⁰². Por consiguiente, y, en cualquier caso, “las víctimas de la Guerra Civil Española y del franquismo por su condición de tales”, tal y como propone tipificar el Grupo Socialista, no serían el colectivo vulnerable por cuya pertenencia se podría dirigir eventualmente los actos de odio, hostilidad, discriminación o violencia contra las personas, por el fomento, promoción e incitación a los mismos en virtud del enaltecimiento del franquismo, en los términos requeridos para la definición del tipo de los delitos de odio de expresión, o de discurso de odio, por la doctrina jurisprudencial.

Por otra parte, en los términos de la referida proposición, es posible que se incurra en una probable vulneración del propio derecho y principio de la igualdad proclamada en el artículo 14 de la Constitución, y a la no discriminación integrada en su contenido esencial, dado que con esta tipificación del enaltecimiento del franquismo como delito de odio de expresión, en las formas típicas previstas en el artículo 510 del Código Penal, los bienes jurídicos protegidos serían el propio de estos tipos penales, esto es, la referida dignidad humana, reconocida en el artículo 10.1 de la Carta Magna, como “cualidad innata a todo ser humano”, por la cual, por tanto, este “no puede ser objeto de discriminación, como expresión del derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución”¹⁰³, junto a este mismo derecho a la igualdad y a la no discriminación; y ello, en la medida que, como se ha razonado anteriormente respecto al modelo alemán, se estaría dejando fuera de esta protección penal, general, de la dignidad y la igualdad, “a las personas que han padecido la represión de otros gobiernos despóticos”, distintos al franquista, que “poseen igual dignidad” que estas víctimas,

¹⁰¹ ROIG TORRES, M. (2021), op. cit.

¹⁰² Id.

¹⁰³ España. Fiscalía General del Estado. Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, de 24 de mayo de 2019, núm. 124, pp. 55655 a 55695.



resultando “contrario, pues a la *ratio legis* de ese precepto”, 510, “introducir distinciones de esa índole”¹⁰⁴.

Habida cuenta pues de tales consideraciones respecto a las deficiencias de técnica legislativa penal y de visos de incluso posible inconstitucionalidad por parte de las Propositiones de ley referenciadas, no se puede más que hacer propio lo concluido por ROIG TORRES, esto es, que, en efecto, la regulación alemana, y, “en concreto el artículo 130.4 StGB y la interpretación que ha hecho de esta norma el Tribunal Constitucional Federal le puede ser de suma utilidad al legislador español al abordar esa reforma”, en el sentido de plantearse una tipificación del enaltecimiento del franquismo que tenga como bien jurídico protegido la paz o el orden públicos, y no la dignidad, la igualdad y la no discriminación, propios del artículo 510 del Código Penal, un “instrumento de lucha” contra esta misma, replanteándose así pues su penalización no como discurso de odio criminalizado, en este precepto o en un nuevo artículo 510 bis a imagen y semejanza del mismo, sino como un nuevo delito contra el orden público, incluido en el Título XXII del Libro II del Código Penal¹⁰⁵.

II. La doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional sobre el apoyo a regímenes totalitarios y sus crímenes como ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

Asimismo, y más allá de ello, resulta, en cualquier caso, de especial relevancia al objeto de este trabajo, señalar que en el abordaje de esta reforma el modelo penal y la doctrina constitucional alemana se muestran igualmente como una guía a la que seguir, en lo que se refiere a la configuración como un elemento del tipo objetivo de este posible nuevo delito el que se requiera el enaltecimiento no del propio régimen totalitario en sí como tal sistema, correspondiente a la dictadura franquista, sino de la violencia y tiranía que ejerció, una enaltecimiento este que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse en una alteración de tal paz u orden público, entendidos como la convivencia pacífica externa.

¹⁰⁴ ROIG TORRES, M. (2021), op. cit.

¹⁰⁵ Id.



Y ello, aun en el caso de que no se tipifique como delito de odio, sino como delito contra el orden público, también resulta, como se ha visto en este estudio, del seguimiento de la propia doctrina sobre el “discurso del odio” como límite a la libertad de expresión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sistematizada en epígrafes anteriores, en sintonía con la misma jurisprudencia española del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, respecto a la obligación de ponderación previa de este derecho fundamental en el examen de tipicidad, y de interpretación restrictiva de este tipo de delitos limitativos de tal libertad, asimismo relacionada previamente, favorables ambas a que, para la concurrencia de estos tipos penales, se precise una provocación directa o indirecta a cometer una violencia y hostilidad, cuyo peligro de creación sea cierto e inmediato, bajo una clara influencia de la tradición jurídico-constitucional norteamericana y de la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de EEUU.

En esta línea pues, y, por último, se ha de atender por parte del legislador, en su configuración restrictiva del tipo penal del enaltecimiento del franquismo, a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, en sintonía con la ya vista del Constitucional Federal alemán, sobre ejercicio de la libertad de expresión en el ámbito del discurso político y de la realización de tales conductas exaltadoras de regímenes totalitarios y de sus actuaciones, de la cual “se desprende que esas conductas están amparadas por el derecho fundamental a la libertad de expresión del artículo 20.1 de la Constitución”¹⁰⁶.

Así, las principales resoluciones exponentes en esta jurisprudencia datan ya de los años noventa, concretamente la STC 214/1991, de 11 de noviembre, que “estableció que las manifestaciones favorables al nacionalsocialismo y a sus actuaciones, es decir, a una dictadura y a los delitos que cometió, pertenecen a la libertad de expresión, en relación con la libertad ideológica”, en los siguientes términos fijados en su Fundamento de Derecho Octavo:

*“Es indudable que las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la **actuación nazi**..., por reprobables o tergiversadas que sean..., **quedan amparadas** por el **derecho a la libertad de expresión** (art. 20.1 CE), en relación con el **derecho a la libertad ideológica** (art. 16 CE), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga...,*

¹⁰⁶ Id.



sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos”.

Y, posteriormente, la STC 176/1995, de 11 de diciembre, que, en relación con las expresiones vertidas en relación el Holocausto, “reiteró esa postura, afirmando que las opiniones que ataquen al propio sistema democrático están cubiertas por el artículo 20.1, porque la Constitución protege también a quienes la nieguen”¹⁰⁷.

Pero es ya en el año 2007, cuando nuestro Tribunal de Garantías dicta su resolución más célebre al respecto, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, ya referenciada en las páginas precedentes de este trabajo, en relación con el tipo del “negacionismo del genocidio y de otros graves crímenes” anunciando su tratamiento posterior en este punto, por la que tuvo oportunidad de pronunciarse sobre las declaraciones relativas a los dichos delitos de genocidio, en el sentido ya visto.

A través de esta Sentencia el Tribunal Constitucional español, en consonancia con jurisprudencia emitida por el alemán, viene a establecer que en el meritado campo del discurso político la libertad de expresión abarca, “*incluso las opiniones que ataquen al propio sistema democrático*”, eso es, al régimen constitucional vigente en España. Sienta así una doctrina que “impide penalizar las puras manifestaciones de apoyo a regímenes autoritarios”, como tales, en tanto que “transmisión de ideas”, “quedando incluidas en el derecho a la libertad de expresión del artículo 20.1 de la Constitución”¹⁰⁸:

*“La doctrina sentada por este Tribunal en las SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, y 176/1995, de 11 de diciembre, en el sentido de considerar que **ofrece cobertura a las opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos, por muy erróneas o infundadas que resulten, que no supongan un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro para la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos**”*

En este sentido pues, razona el Constitucional que, “*como se sabe, en nuestro sistema —a diferencia de otros de nuestro entorno— **no tiene cabida un modelo de “democracia***

¹⁰⁷ Id.

¹⁰⁸ Id.



***“militante”**, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7)”, concepción esta que, como continúa el Tribunal, “sin duda, se manifiesta con especial intensidad en el régimen constitucional de las libertades ideológica, de participación, de expresión y de información (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 10) pues implica la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías.*

Por consiguiente, determina el Tribunal que, como antes se ha indicado, “no se puede limitar el derecho a la libertad de expresión porque se utilice para divulgar ideas u opiniones contrarias a la Norma Fundamental y, en concreto, tesis totalitarias”¹⁰⁹, considerando únicamente susceptibles de excepción, previo examen y ponderación jurisdiccionales, aquellas expresiones que inciten directa o indirectamente a la violencia o la hostilidad, con un peligro cierto e inminente de creación de un clima violento u hostil que pueda concretarse en actos específicos de alteración de la convivencia pacífica de la sociedad.

Así pues, y, en conclusión, a la vista de esta doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, así como de la analizada en los epígrafes precedentes a este estudio junto con la del propio Tribunal Supremo, y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su trascendental influencia sobre las mismas, también estudiada en este trabajo, no cabe más que sostener que, al igual que se determinó necesario que el legislativo tuviese en consideración el modelo penal y la jurisprudencia constitucional alemana como referencia de Derecho Comparado ante una eventual tipificación de la exaltación del franquismo en el sentido expuesto, también se ha seguir para ello el criterio jurisprudencial sentado por nuestro Constitucional y Alto Tribunal y por el Tribunal de Garantías europeo, favorable al ejercicio legítimo de la libertad de expresión, y apostando por un tratamiento restrictivo de esta clase de tipos penales de discurso de odio, y ello aun cuando, en seguimiento del referido modelo penal alemán, se opte por una penalización más acertada como delito contra el orden público.

¹⁰⁹ ROIG TORRES, M. (2021), op. cit.



5. Conclusiones.

Llegados a este punto, resulta procedente cuestionarse, en todo caso, y a la vista de lo estudiado en el presente Trabajo de Fin de Máster, la oportunidad de una tipificación en nuestro ordenamiento penal del enaltecimiento y exaltación del franquismo, con el modelo típico planteado en las Proposiciones de Ley, de 2017 y 2018, objeto de análisis en estas páginas, como las dos únicas propuestas *de lege ferenda* presentadas formalmente en este sentido por las dos fuerzas políticas sustentadoras del actual Gobierno de coalición en España, esto es, el PSOE y Unidas Podemos- En Comú Podem - Galicia en Común, habida cuenta de su ya referenciada voluntad política expresada una vez constituido este Ejecutivo.

En efecto, Alemania se erige como modelo de referencia en el Derecho Comparado respecto a su respuesta en materia de Memoria Democrática frente a su experiencia histórica con una tiranía fascista o de extrema derecha como lo fue el nacionalsocialismo o nazismo, en el período que abarca desde el año 1933 a 1945, que, sin lugar a dudas, sirve de estrella polar en el proceso, aún en curso, seguido en España para la consolidación de la cultura democrática a partir de la conciencia por la sociedad de su verdad histórica y del deber de memoria por los poderes públicos, todo ello en garantía de no repetición del franquismo como experiencia totalitaria y antidemocrática, así como para el reconocimiento, la justicia, y la reparación de las víctimas de este régimen de corte fascista que en particular padeció el pueblo español en un período extraordinariamente más amplio que en el resto de países de nuestro entorno como pueden ser Alemania, o Italia, extendiéndose su represión desde 1936 a 1978, y, por tanto, mucho más allá del fin de la Segunda Guerra Mundial.

Ahora bien, el seguimiento de este modelo alemán en materia memorialista no debe limitarse exclusivamente a una posible tipificación penal del enaltecimiento del franquismo como experiencia fascista a la que se vio sometido el pueblo español, en una limitación lo menos lesiva posible del ejercicio legítimo del derecho fundamental a la libertad de expresión, pilar del Estado democrático, sino que ha de extenderse, en un ineludible carácter previo, en primer término, a la articulación de un necesario proceso de justicia transicional restaurativa del que aún carece nuestro país, en garantía de la tutela judicial efectiva, en el marco del proceso penal español, de las víctimas de hechos producidos en el territorio sublevado durante la Guerra Civil y en la posterior dictadura franquista, que puedan constituir posibles



violaciones de los Derechos Humanos del Derecho Internacional Humanitario, cuyo “contenido típico” “es el de habilitar mecanismos legales para la investigación, enjuiciamiento y castigo penal de los culpables” de estas graves violaciones que pueden ser constitutivas de “delitos tales como los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, el genocidio, la tortura o las desapariciones forzadas”¹¹⁰, como mandata la Resolución 60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 2005.

Y, en segundo término, pero de forma igualmente ineludible, el seguimiento de este modelo alemán también ha de abarcar con carácter previo el cumplimiento de un deber pedagógico por parte del Estado para con su sociedad, sobre la verdad sobre su pasado más reciente bajo un régimen dictatorial como el franquismo, en garantía de no repetición y de la consolidación de su cultura democrática, entre otros, a través de la educación pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 27.3 de la Constitución, por el que esta “tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”, con la introducción de contenidos de Memoria Democrática en el currículum escolar, en la línea transitada en Alemania, según reconoce su propio Tribunal Constitucional Federal en su citada Sentencia de 4 de noviembre de 2009, por la que plantea que “...incluso la difusión de la ideología nacionalsocialista como un desafío radical al orden existente queda amparada bajo la protección del Art. 5.1”, y que “para oponerse a los peligros apuntados, la Ley Fundamental confía en el compromiso cívico del discurso político libre, así como en la educación del Estado en las escuelas de acuerdo con el Art. 7 de la Ley Fundamental”.

Por esta última vía sí que parece apostar decididamente el Proyecto de Ley de Memoria Democrática aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 21 de julio de 2021 en su artículo 45, tratado en este Trabajo a través del texto del Anteproyecto homónimo previo, por el que se dispone que “el sistema educativo español incluirá entre sus fines el conocimiento de la historia y de la memoria democrática y la lucha por los valores y libertades democráticas”, y, que, “a tal efecto, se procederá a la actualización de los contenidos

¹¹⁰ Consejo Fiscal, Fiscalía General del Estado (2021). Informe del Consejo Fiscal de 29 de abril de 2021, sobre el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática. Recuperado el 7 de septiembre de 2021 de: <https://www.fiscal.es/documents/20142/83466672-c811-5903-3fb5-4b02b863b6de>



curriculares para Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato”¹¹¹; mientras que, en cambio, no se plantea en ningún momento por este Proyecto impulsar en paralelo el necesario proceso de justicia transicional determinando la viabilidad para ello del proceso penal español, tal y como apunta críticamente el ya referenciado y, preceptivo, Informe del Consejo Fiscal sobre su Anteproyecto de 29 de abril de 2021, por el que *“si bien se pone en valor el reconocimiento legal de la obligación del Estado de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas, pues su denegación genera responsabilidad internacional del Estado(...), no se plasma en el texto del articulado, sin embargo, cómo se concreta esa garantía”*. Ahora bien, y, por el contrario, a diferencia de este Proyecto gubernamental, sí que se decide acertada y valientemente por legislar un necesario modelo integral de memoria democrática, la Proposición de Ley del Grupo Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, por la que, en la forma necesariamente previa expuesta con anterioridad, propone, en su Disposición Adicional Primera, la declaración de *“nulidad de los epígrafes e) y f) del artículo 2 de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía por ser contraria al Derecho Internacional, concretamente respecto a la imprescriptibilidad y prohibición de amnistía de los crímenes internacionales como son los crímenes de lesa humanidad y el genocidio”*, para, en su siguiente Disposición Adicional Segunda, pasar a tipificar el enaltecimiento de estos crímenes, sobre los que, conforme al anterior precepto, sí podrían existir condenas firmes previas, como viene requiriendo la doctrina en los términos ya estudiados en estas páginas.

Así pues, y en conclusión a este Trabajo, a la vista de lo estudiado a lo largo del mismo, y, en particular, a lo expresado en este punto, resulta procedente concluir que la oportunidad de las propuestas para la tipificación penal del enaltecimiento del franquismo viene condicionada por la adopción previa o simultánea de un modelo pleno en memoria democrática de las características anteriormente expuestas, bajo la referencia alemana, entre otras, y, en todo caso, por una penalización como delito contra el orden y paz públicos, y no como discurso de odio criminalizado, y ello en el sentido restrictivo y menos lesivo al ejercicio de la libertad de expresión reconocida en el artículo 20 de la Constitución, analizado por la presente, limitando su concurrencia a la potencial creación de un peligro cierto e inminente de violencia que atente contra la convivencia pacífica y democrática de la sociedad.

¹¹¹ España. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática. Recuperado el 7 de septiembre de 2021 de: <https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/Documents/APL%20Memoria%20Democr%C3%A1tica.pdf>



6. Bibliografía

- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2018). *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ASOCIACIÓN GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *LibEx, Incitación al odio, la violencia o la discriminación contra grupos vulnerables*. Recuperado el 7 de septiembre de 2021 de: <https://libex.es/incitacion-odio-violencia-discriminacion-vulnerables/>
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ASOCIACIÓN GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *LibEx, Enaltecimiento o justificación de delitos de odio*. Recuperado el 7 de septiembre de 2021 de: <https://libex.es/enaltecimiento-de-delitos-de-odio/7>
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ASOCIACIÓN GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *LibEx, Negacionismo del genocidio y de otros graves crímenes*. Recuperado el 7 de septiembre de 2021 de: <https://libex.es/negacionismo-genocidio-y-otros-graves-crimenes/>
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ASOCIACIÓN GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *LibEx, Difamación de colectivos vulnerables*. Recuperado el 7 de septiembre de 2021 de: <https://libex.es/difamacion-colectivos-vulnerables/>
- LANDA GOROSTIZA, J.M. (2018). *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4º CP 1995*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- LANDA GOROSTIZA, J.M. (2020). Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contracorriente. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (núm. 22-19), pp. 1-34.
- LEÓN ALAPONT, J. (2020). Defensa de regímenes totalitarios: aspiraciones punitivas en tiempos democráticos. *Diario La Ley* (núm. 9572), pp. 1-15.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (2012). *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ROIG TORRES, M. (2020a). *Delimitación entre libertad de expresión y «discurso del odio». Postura del TEDH, del Tribunal Constitucional Español y del Tribunal Constitucional Alemán*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ROIG TORRES, M. (2020b). El delito de apología y exaltación del franquismo. Contraste con la regulación alemana. *Revista General de Derecho Penal* (núm. 33), pp. 1-51. Recuperado el 7 de septiembre de 2021 de: <https://www.uv.es/iccp/Not%C3%ADcias/ART%C3%8DCULOS/Margarita%20Roig/EI%20>



delito%20de%20apolog%C3%ADa%20y%20exaltaci%C3%B3n%20del%20franquismo.%20Contraste%20con%20la%20regulaci%C3%B3n%20alemana.pdf

- ROIG TORRES, M. (2021). El enaltecimiento de la tiranía nacionalsocialista en el derecho alemán. ¿Un referente para penalizar el ensalzamiento del franquismo? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. (núm. 23-07), pp. 1-31. Recuperado el 7 de septiembre de 2021 de: <http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-07.pdf>
- ROLLNERT LIERN, G. (2019). El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional. *Revista Española de Derecho Constitucional* (nº 115), pp.81-109.
- SIMÓN CASTELLANO, P. (2021). La libertad de expresión como límite a la respuesta penal frente al discurso político. Sobre el delito de apología y exaltación del franquismo. En LEÓN ALAPONT, J. (dir.), *Temas clave de Derecho Penal: presente y futuro de la política criminal en España* (pp. 557-586). Valencia: Bosch Editores.
- VALERO HEREDIA, A. (2017). Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial. *Revista Española de Derecho Constitucional* (nº 110), pp. 305-333.

7. Jurisprudencia citada

I. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

- STEDH, Caso *Erdogan and Ice v. Turquía*, de 8 de julio de 1999.
- STEDH, Caso *Lehideux and Isorni v. Francia*, de 23 de septiembre de 1998.
- STEDH, Caso *Garaudy v. Francia*, de 24 de junio de 2003.
- STEDH, Caso *Fêret v. Bélgica*, de 16 de julio de 2009.
- STEDH, Caso *Vejdeland y otros v. Suecia*, de 9 de febrero de 2012.
- STEDH, Caso *M.Bala M.Bala v. Francia*, de 20 de octubre de 2015.
- STEDH, Caso *Belkacem v. Bélgica*, de 27 de junio de 2017.
- STEDH, Caso *Klass y otros v. Alemania*, de 13 de marzo de 2018.

II. Sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

- Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, Caso *Chaplinski v. Hampshire*, de 9 de marzo de 1942.
- Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, Caso *Brandenburg v. Ohio*, de 9 de junio de 1969.



- Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, Caso *Hess v. Indiana*, de 19 de noviembre de 1973.
- Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, Caso *National Socialist Party v. Village of Skokie*, de 14 de junio de 1977.
- Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, Caso *Virginia v. Black*, de 7 de abril de 2003.

III. Sentencias del Tribunal Constitucional Federal de Alemania (*Bundesverfassungsgericht*).

- Sentencia de 4 de noviembre de 2009 (*Leitsätze zum Beschluss es Ersten Senats vom 4. November 2009*).

IV. Sentencias del Tribunal Constitucional.

- STC 214/1991, de 11 de noviembre
- STC 176/1995, de 11 de diciembre
- STC 110/2000, de 5 de mayo
- STC 235/2007, de 7 de noviembre
- STC 177/2015, de 22 de julio
- STC 112/2016, de 20 de junio
- STC 35/2020, de 25 de febrero

V. Sentencias del Tribunal Supremo.

- STS 259/2011, de 12 de abril
- STS 101/2012, de 27 de febrero
- STS 646/2018, de 14 de diciembre,
- STS 47/2019, de 4 de febrero,
- STS 185/2019, de 2 de abril
- STS 72/2018, de 9 de febrero



- STS 138/2021, de 17 de febrero

VI. Sentencias de Audiencias Provinciales.

- SAP de Barcelona 787/2019, de 12 de diciembre.

- SAP de Madrid 7/2020, de 8 de enero.