

# EL ENFOQUE ESPAÑOL SOBRE LENGUAJE DEL ODIO



ÓSCAR PÉREZ DE LA FUENTE

*Instituto Derechos Humanos Bartolomé de las Casas  
Universidad Carlos III de Madrid*

El lenguaje del odio no tiene fronteras. Lo que sí tiene fronteras son las diversas formas de afrontarlo según las culturas jurídicas. En el caso español existe una legislación penal contra la xenofobia y el racismo que tipifica una serie de delitos para proteger a los miembros de las minorías. En concreto, el artículo 510.1 del Código Penal español tipifica la provocación a la discriminación, al odio, o a la violencia por motivos racistas o xenófobos.<sup>1</sup> Sin embargo, la interpretación que realiza la doctrina penal de este delito es bastante reticente a su tipificación y a su aplicación por parte de los tribunales. Frente a esto, en las ocasiones que ha tenido oportunidad, el Tribunal Constitucional ha manifestado que el discurso racista y xenófobo no tiene amparo constitucional, en especial las expresiones que son vejatorias o hacen vilipendio de las minorías.

<sup>1</sup> El artículo 510 establece " Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía".

## 1. LA VISIÓN DE LA DOCTRINA PENAL ESPAÑOLA SOBRE EL DELITO DE INCITACIÓN AL ODIOS

Una primera aproximación al delito contenido en el art. 510.1 CP lleva a calificarlo, según Vives Antón y Carbonell Mateu, como un delito de xenofobia en sentido estricto.<sup>2</sup> Algunos lo consideran, como García Álvarez, como un delito *de peligro abstracto*.<sup>3</sup> Esto significa que la acción típica -la provocación- no origina una situación concreta de desventaja para una persona, sino que, en todo caso, crea las condiciones para que esa situación sea ocasionada en un futuro por otros. De ahí, afirma Laurenzo Copello, que se pueda considerar una conducta peligrosa para el bien jurídico tutelado, pero desde luego no un comportamiento lesivo.<sup>4</sup> De lo que se deduce de este análisis es que la provocación al odio, la discriminación o la violencia no supone la lesión de un bien jurídico, sino su puesta en peligro. Para ser punible, desde esta perspectiva, este delito exige, según Laurenzo Copello, la peligrosidad de la acción o lo que es lo mismo, de la aptitud de la conducta para originar un peligro para el bien tutelado<sup>5</sup>

### 1.1. Provocación en sentido estricto

El artículo 510.1 considera punible la provocación a "la discriminación, la violencia y al odio" en la Parte especial del Código Penal. Sin embargo, en la Parte general se define a la provocación, en el art. 18.1, diciendo que "existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad o ante una concurrencia de personas a la perpetración de un delito." Un sector doctrinal aboga por una interpretación conjunta de los dos artículos, como Tamarit Sumalla<sup>6</sup>. En la misma línea, Muñoz Conde considera que la provocación de la que se trate, por su naturaleza y circunstancia, debe constituir una incitación directa a co-

VIVES ANTÓN, CARBONELL MATEU (2004, 998).

GACIA ALVAREZ (2004, 227).

LAURENZO COPELLO (1996, 250-251).

LAURENZO COPELLO (1996, 252-253).

TAMARIT SUMALLA (2007, 1930).

meter un delito (de discriminación, de lesiones, de daños, etc.).<sup>7</sup> Desde esta visión, Vives Antón y Carbonell Mateu consideran que se trata de una incitación a la comisión de delitos de discriminación o de violencia, respecto de los que puede afirmarse que es una provocación en sentido estricto; no cabe afirmar lo mismo del odio que, obviamente, no es susceptible de regulación jurídica.<sup>8</sup>

Frente a este sector doctrinal, Lorenzo Copello reivindica la singularidad de la provocación contenida en el art. 510.1CP ya que se trata de provocar a "la discriminación, al odio o la violencia" y ninguno de estos tres términos presupone por sí mismo una conducta delictiva.<sup>9</sup> Frente a esta perspectiva, Bernal del Castillo critica que estas tres expresiones pueden calificarse como incorrectas, puesto que generan inseguridad e infringen el principio de legalidad y tampoco garantizan la exigencia de que la provocación sea directa, es decir, que la incitación se dirija a la comisión de algunos de los delitos que se tipifican en el Código Penal.<sup>10</sup>

Pese a defender una interpretación autónoma del art 510.1, Lorenzo Copello sí considera que dos elementos contenidos en la definición legal de provocación del art. 18.1 deben trasladarse a la conducta típica del art. 510, como son la publicidad y la exigencia de que constituya una incitación directa." El primer elemento supone que la provocación se debe realizar con publicidad. Por tanto, la incitación privada es impune, salvo lógicamente que pueda calificarse como inducción.<sup>12</sup> El segundo elemento supone que la provocación debe estar expresa e inequívocamente orientada a conseguir los resultados que el provocador se propone, es decir, en este caso, la creación en otros de la voluntad de realizar actos de discriminación o violencia o de actitudes hostiles hacia los colectivos protegidos.<sup>13</sup> Como señala Silva Sánchez, en muchos casos, será imposible probablemente probar esa idoneidad para *hacer surgir* la decisión, y no meramente para reforzarla.<sup>14</sup> Desde esta perspectiva, no se podrá sancionar el enaltecimiento o ensalzamiento dolosos de los que *resultare*

<sup>7</sup> MUÑOZ CONDE (2004, 825).

<sup>8</sup> VIVES ANTÓN; CARBONELL MATEU (2004, 998).

<sup>9</sup> LAURENZO COPELLO (1996, 253).

<sup>10</sup> BERNAL DEL CASTILLO (1998, 78-79).

<sup>11</sup> LAURENZO COPELLO (1996, 255-256).

<sup>12</sup> LAURENZO COPELLO (1996, 256).

<sup>13</sup> LAURENZO COPELLO (1996, 259).

<sup>14</sup> SILVA SÁNCHEZ (1997, 156).

una "incitación" no dolosa (puramente derivada, en términos objetivos, de la naturaleza y circunstancias del acto apologético).<sup>15</sup> Aplicado a la provocación al odio, supondría que el delito requeriría la prueba judicial del dolo a la incitación, y no la consideración de una acción negligente o de dolo eventual.

Otra paradoja de la legislación penal sobre estos temas es, como señala Tamarit Sumalla, la previsión de una pena superior para la provocación de la discriminación que la del propio delito de discriminación tipificado en el artículo 511, lo cual invierte la regla general.<sup>16</sup>

## 1.2. Interpretación restrictiva de la incitación al odio

La aproximación de la doctrina penal española sobre el delito de provocación al odio es de gran escepticismo, cuando no de abierto rechazo. Lo que lleva a Landa Gorostiza incluso a calificar el precepto de inconstitucional<sup>17</sup>. Los motivos pueden encontrarse en la delimitación doctrinal de las funciones del Derecho Penal que ven un carácter expansivo en esta figura ya que, como afirma Tamarit Sumalla, se llega a castigar la provocación de una emoción humana, el odio, algo que lógicamente en cualquier caso no resulta constitutivo de delito.<sup>18</sup> Por tanto, no existe un delito de "odio" y se considera punible la provocación a esta emoción humana. Lo que lleva a interpretar, como hace Bernal del Castillo, que se están castigando sentimientos, modos de pensar y actitudes vitales que, aunque sean moralmente reprochables, entran dentro de la libertad de opinión y de expresión y que, mientras no se traduzcan en actos discriminatorios delictivos, no pueden ser objeto de intervención del Derecho penal, entre otras razones, porque se estarían creando tipos penales de autor: castigando a quienes piensan de determinada manera y expresan lo que opinan.<sup>19</sup>

Respecto del precepto del artículo 510, es destacable que la doctrina considera que se trata "una fórmula muy poco feliz"<sup>20</sup> y valora negativa-

<sup>15</sup> SILVA SÁNCHEZ (1997, 156).

<sup>16</sup> TAMARIT SUMALLA (2007, 1930).

<sup>17</sup> LANDA GOROSTIZA (1999, 227).

<sup>18</sup> TAMARIT SUMALLA (2007, 1930).

<sup>19</sup> BERNAL DEL CASTILLO (1998, 81).

<sup>20</sup> LAURENZO COPELLO (1996, 263-264).

mente su redacción concreta.<sup>21</sup> Como advierte Lorenzo Copello, una interpretación literal del término llevaría a incluir aquí cualquier apelación a los sentimientos que contenga una carga de menosprecio hacia algunos de los grupos protegidos.<sup>22</sup> Por lo que la doctrina ha incorporado elementos de interpretación necesarios para considerar una conducta punible según este tipo.<sup>23</sup> Es relevante para este ejercicio que la doctrina española tiene como referencia el desarrollo doctrinal del artículo 130.1 del Código penal alemán, con una redacción que se considera más afortunada, ya que se vincula explícitamente con los bienes jurídicos de la paz pública o la dignidad humana.<sup>24</sup> Desde esta perspectiva, se han realizado interpretaciones restrictivas del delito, sobre el que pesa ser considerado una figura expansiva del Derecho Penal, que de forma sintética, se caracterizarán como la versión de la "antesala de la violencia" que defiende Lorenzo Copello y la versión de la "antesala del holocausto" que defiende Landa Gorostiza.

Otras interpretaciones respecto del artículo 510 lo configurarían como un "delito de opinión", con la dificultad de determinar cuándo una opinión resulta nociva y cuando no. Desde esta visión Landa Gorostiza afirma que "se trata más bien de valoraciones disidentes contra colectivos, pero en absoluto susceptibles de incriminación sin incurrir en la transgresión de principios básicos del Estado social y democrático de Derecho como son el principio del hecho o la prohibición de incriminación de la actitud interna (*Gesinnung*). Con otras palabras, se utiliza el instrumento penal como modo coactivo de adhesión a valores dominantes constitucionali-

<sup>21</sup> GACIAALVAREZ (2004, 260-261).

<sup>22</sup> LAURENZO COPELLO (1996, 263-264).

<sup>23</sup> Lorenzo Copello considera que "Así, por ejemplo, no sería punible a tenor del art. 510 quien dice públicamente que "todos los gitanos son unos ladrones" o que "la mayoría de los chinos residentes en España son unos mañosos" y sí, en cambio, quien realiza esta clase de descalificaciones con motivo de una reunión convocada por varias asociaciones vecinales para tratar sobre la inseguridad ciudadana reinante en la zona. Si quien así se expresa pretende con ello señalar a los responsables de la situación de inseguridad, intentado que los vecinos se enfrenten al colectivo, estaremos inequívocamente ante una conducta del art. 510. LAURENZO COPELLO (1996, 259).

<sup>24</sup> El artículo 130.1 dice literalmente "Aquel que, de forma adecuada para perturbar la paz pública, 1. Incita al odio contra parte de la población o exige medidas violentas o arbitrarias contra ésta o, 2. Ataca la dignidad humana de otro, insultando, menospreciando maliciosamente o calumniando aparte de la población, será castigado con pena privativa de libertad de tres meses a cinco años".

zados, limitando de manera inaceptable la libertad de expresión, según modelos próximos al Derecho Penal de autor (*Taterstrafrechi*)<sup>25</sup>

Ahora bien si se acepta sin más, si se presume que estas conductas son peligrosas para la dignidad humana o para la igualdad de determinados colectivos (interpretación dominante en la incipiente doctrina española que identifica el bien jurídico con la dignidad humana) se eleva a ilícito penal y se convierte en tabú una transgresión ético social. Sin duda resulta funcional a la aspiración expansionista del derecho penal pero, Landa Gorostiza afirma, en un grado tal, que se arrumban los principios más irrenunciables del ejercicio del *ius puniendi*: se castiga con pena de prisión el pensar disidente, molesto, políticamente incorrecto hoy en relación al tema del holocausto y mañana quién sabe si en relación a manifestaciones del nacionalismo vasco o español o catalán.<sup>26</sup>

### 1.3. La versión de la "antesala de la violencia". La tesis de Lorenzo Copello

Partiendo de la protección de la libertad de expresión como derecho fundamental de los individuos, Lorenzo Copello considera que más allá de la mera incitación al rechazo puramente emocional de los grupos implicados, se requiere, en concreto, que la instigación se dirija a crear o profundizar actitudes de auténtica hostilidad hacia aquellas personas.<sup>27</sup> Es decir, que se exige un componente de agresividad, donde aparece una relación de peligro, aunque sea mediata con los bienes protegidos.<sup>28</sup> Es relevante que esta autora mencione respecto de algunas declaraciones xenófobas -que según su interpretación no incitarían al odio- que pueden ser constitutivas de un delito contra el honor. En esta línea, parece orientarse, la más reciente jurisprudencia constitucional.<sup>29</sup>

Desde la interpretación que realiza Lorenzo Copello sobre la provocación al odio, se trataría de las incitaciones que "sólo de un modo *indirecto* podrían concretarse en actos de discriminación prohibida o de violencia, esto es, previa transformación del sentimiento de hostilidad en

<sup>25</sup> LANDA GOROSTIZA (1999, 354).

<sup>26</sup> LANDA GOROSTIZA (2004, 70).

<sup>27</sup> LAURENZO COPELLO (1996, 264).

<sup>28</sup> LAURENZO COPELLO (1996, 264).

<sup>29</sup> LAURENZO COPELLO (1996, 259) nota a pie 77.

una auténtica voluntad de realizar aquellos actos. Diríase que se intenta evitar la "antesala de la violencia", el estadio previo que puede desembocar en hechos ilícitos".<sup>30</sup> Concluye su análisis del tipo, reiterando que la función expansiva del Derecho penal supone una limitación inaceptable del derecho fundamental a expresar libremente ideas y se produce un profundo distanciamiento entre la conducta sancionada y los bienes jurídicos tutelados.<sup>31</sup>

Según esta visión, la punibilidad de las acciones que provoquen al odio vendría del hecho que fueran incitaciones indirectas a cometer actos de discriminación o de violencia. Pero esta interpretación convierte, de alguna manera, en superfluo el delito de "provocación al odio" como afirma Del Rosal Blasco, dicha referencia "es ociosa y debería haberse prescindido de ella".<sup>32</sup> El primer argumento supone que es "dudoso que deba de ser delito el provocar en Otro "sentimientos" que pueden no concretarse nunca en actos contrarios a la Ley."<sup>33</sup> El segundo argumento tiene que ver con la coherencia de la técnica legislativa. O bien, se trata de actos de discriminación o violencia donde hubo una provocación e incitación directa -acciones previstas *también* en el art. 510 CP- o bien, hubo una incitación indirecta o encubierta, que no es punible según el artículo 18 CP.<sup>34</sup>

Es destacable que, pese a no considerar aplicable el art. 18 CP, al 510 CP ya que establece que la incitación es a cometer un delito, Lorenzo Copello sostiene que la provocación, en el sentido del art. 510 CP, deba ser pública y directa. El problema es que el dolo directo de la provocación al odio se encuentra con la dificultad probatoria en sede judicial y que, una vez más, el odio no es un delito, sino un sentimiento humano. Sólo cuando son puestos en peligro otros bienes jurídicos, la doctrina entiende justificada la intervención penal pero, entonces, ya existen otros tipos penales que regulan esa situación.

<sup>30</sup> LAURENZO COPELLO (1996, 265).

<sup>31</sup> LAURENZO COPELLO (1996, 265).

<sup>32</sup> DEL ROSAL BLASCO (2004, 1038).

<sup>33</sup> DEL ROSAL BLASCO (2004, 1038).

<sup>34</sup> DEL ROSAL BLASCO (2004, 1038).

#### 1.4. La interpretación de la "antesala del holocausto". La tesis de Landa Gorostiza

Landa Gorostiza lo conceptualiza como un delito de "clima" -Jacobs-, donde se trata de prevenir conductas "provocadoras" que afectan a todo un colectivo hasta el extremo de que éste no puede ya racionalmente confiar en que su existencia esté asegurada. Se pretende así neutralizar un tiempo de envenenamiento de clima social y de convivencia de tal gravedad que sitúa al colectivo en la "antesala del holocausto."<sup>35</sup> Desde esta perspectiva, este autor considera que el sentido de tutela, el bien jurídico-penal debe cifrarse en un objeto supraindividual cual es el de la seguridad existencial de minorías especialmente sensibles frente a ataques que pongan en peligro su confianza en la supervivencia como grupo.<sup>36</sup> Esta visión otorga un papel preponderante a la ponderación judicial y, en concreto, es clave la inferencia entre los hechos que puedan ser probados ante un tribunal y la efectiva constatación del peligro existencial para la supervivencia del grupo.

Esta es la perspectiva de crítica de García Álvarez a la propuesta de Landa Gorostiza donde se debe determinar si es o no legítimo prohibir conductas de las que sólo se puede *presumir* pero no constatar empíricamente que puedan llevar a una situación verdaderamente dramática para el colectivo afectado. Por lo que habrá que plantearse qué grado de peligrosidad habrán de revestir tales conductas para merecer la intervención del Derecho penal, que tiene el carácter de *ultima ratio*?<sup>1</sup> Frente a esta crítica, Landa Gorostiza realiza una propuesta de *lege ferenda* que se caracteriza por tratarse de una provocación a *acciones* -violentas, hostiles o gravemente arbitrarias- y añadir la circunstancia de que "la provocación sea adecuada para producir un efecto amenazante sobre la vida o integridad física del conjunto de los miembros del colectivo."<sup>38</sup>

<sup>35</sup> LANDA GOROSTIZA(2001,134).

<sup>36</sup> LANDA GOROSTIZA (2004, 71).

<sup>37</sup> GACIAALVAREZ (2004, 232).

<sup>38</sup> La propuesta de Landa Gorostiza establece que "los que provocaren a acciones violentas, hostiles o gravemente arbitrarias contra colectivos étnicos especialmente vulnerables, o contra miembros de éstos, serán castigados con la pena de prisión de dos a tres años y multa de seis a doce meses, cuando la provocación sea adecuada para producir un efecto amenazante sobre la vida o integridad física del conjunto de los miembros del colectivo.

Se entenderá que la provocación a la que alude el párrafo anterior es adecuada para producir el efecto amenazante únicamente cuando por la especial gravedad de las cir-

Quizá el argumento más grave, si cabe a los ya descritos, consiste en afirmar que la punición de la provocación al odio del artículo 510 es una medida de derecho penal simbólico. A este respecto, Díez Ripolles la califica entre las leyes *aparentes* debido a que la formulación técnicamente defectuosa las hace inaccesibles a las condiciones operativas del proceso penal, que es el medio ineludible para llegar eventualmente a la imposición de la pena. El motivo que considera es que es un precepto exclusivamente estructurado sobre elementos subjetivos.<sup>39</sup> En la misma línea, Landa Gorostiza la caracteriza como un claro ejemplo de legislación simbólica -indeterminada, inefectiva y de difícil aplicación-, que envía un mensaje tranquilizador a la opinión pública y subraya la gravedad de este tipo de conductas, mientras que la no aplicación efectiva de la ley conlleva la deslegitimación del derecho penal y un "contra-efecto simbólico" (negativo) al frustrarse las expectativas preventivas que se suscitaron. Concluye Landa Gorostiza afirmando que "lo que en principio quería ser un mensaje claro de rechazo al racismo, puede acabar convirtiéndose en una auténtica "palmada en la espalda" para los racistas y xenófobos en forma de impunidad."<sup>40</sup>

## 2. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA SOBRE LENGUAJE DEL ODIO

El artículo 510.1 CP es poco invocado ante los Tribunales para defender los derechos de los individuos, lo que redundaría en que exista una escasa jurisprudencia sobre el tema<sup>41</sup>. En una Sentencia de la Audiencia de Madrid de 2001 no se consideró aplicable el mencionado artículo, por una manifestación que llevaba una pancarta con la leyenda "Basta ya de

cunstances sociales de tensión interétnica, la provocación sea equiparable a una amenaza directa contra la integridad física y/o la vida de los miembros del colectivo en su conjunto" LANDA GOROSTIZA(1999, 374).

<sup>39</sup> DIEZ RIPOLLES (2003, 167).

<sup>40</sup> LANDA GOROSTIZA(2001, 252).

<sup>41</sup> En un Auto de 18 de julio de 2006 se entendió de un caso donde se invocaba la incitación al odio del artículo 510.1 por la utilización de un lema electoral del PSC que decía: "El PP utilizará tu no contra Cataluña". El Tribunal Supremo consideró que "los hechos no son susceptibles de incardinarse en los tipos penales que cita, ni en ningún otro" Auto 18 de julio 2006 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección Iª).

agresiones, rumanos fuera".<sup>42</sup> En una Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya en 2003 se dilucidaba un caso donde en el programa de fiestas de Baracaldo se incluyó la expresión "maketo". El Tribunal afirmó que "rechazaba que la mencionada expresión en el programa de fiestas tuviera por finalidad promover la discriminación, el odio o la violencia contra un grupo o asociación, sin embargo, no deja, por otra lado de tener tintes claramente despectivos, hacia un colectivo ciertamente indeterminado." Por lo que considera que no se trata de un delito del 510.1 CP, pero sí de una falta de injurias incluida en el art. 620.2CP.<sup>43</sup>

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre el caso de la librería *Europa* dedica un Fundamento Jurídico a determinar si los acusados son culpables del delito de provocación al odio del artículo 510.1 CP. Es destacable que su argumentación, en este punto, se basa íntegramente en la construcción doctrinal del delito. De esta forma, cita explícitamente a Landa Gorostiza y su versión de la "antesala del holocausto", esto es, que el objetivo de la norma es garantizar las condiciones de seguridad existencial de colectivos claramente vulnerables. La Audiencia no considera esta versión aplicable al caso. También analiza la visión conforme a la interpretación conjunta de los artículos 18.1 CP y 510.1 CP que supone considerar los requisitos de la provocación como una acción pública, de incitación directa y a cometer un delito. Al no existir un delito de "odio", la interpretación posible del precepto de provocación al odio es la incitación a la realización de actos de odio que pudieran ser constitutivos de delito, como por ejemplo, los delitos de injurias. Finalmente, la Audiencia concluye que no concurren los requisitos necesarios para

<sup>42</sup> El Tribunal considera "si se analiza el texto de la pancarta de la manifestación y los carteles, se aprecia que la referencia a "basta ya de agresiones", la petición de "detenciones" y la foto del joven agredido, evidencian que la protesta tiene un origen (agresión de aquél y una finalidad (detención de sus autores) concretas. No apareciendo, como bien analiza la sentencia impugnada, una provocación, al odio o a la violencia xenófoba, en general o en particular, contra todos los rumanos. Y tan es así que en los carteles aparece un corto de un periódico, en el que se recogía la descripción que, de la situación que vivía el barrio de Canillejas. hacía Andrés C, presidente de la Asociación de Vecinos Amistad, manifestando que: Los rumanos no nos han hecho nada, pero algunos vecinos sí." S. 101/2001 de 19 de marzo Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16ª).

<sup>43</sup> Auto 741/2003 de 3 de noviembre. Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 1ª).

apreciar la comisión de un delito de provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos del art. 510 del Código Penal.<sup>44</sup>

En el caso inaugural sobre lenguaje del odio en el contexto español, el Tribunal Constitucional resolvió el amparo de Violeta Freedom que consideraba vulnerado su derecho al honor frente a las declaraciones de León Degrelle a la revista *Tiempo* donde éste realizó afirmaciones que

<sup>44</sup> Por su interés, se reproduce la argumentación en este punto de la Audiencia Provincial en el caso de la librería Europa. "Parte de los autores (Landa Gorostiza) han considerado que no puede tratarse de una provocación en sentido técnico, es decir, la provocación entendida en los términos previstos en el artículo 18 del Código Penal, toda vez que ésta última es la incitación a la perpetración de un delito y, por el contrario, la provocación del art. 510 del Código penal, al establecer como una de sus modalidades la incitación al odio, que en cuanto sentimiento privado de la persona o emoción humana nunca puede considerarse delito, parece claro que no es una provocación directamente encaminada a la perpetración del delito.

En la misma línea, destacan que el delito de provocación a la discriminación del art. 510 del CP tiene una mayor pena que los delitos de discriminación propiamente dicha, es decir los previstos en el artículo 511 y 512 del CP, llegando a la conclusión de que la única interpretación de dicho precepto es la de considerar que el mismo trata de garantizar las condiciones de seguridad existencial de colectivos claramente vulnerables. Según esta doctrina, debe realizar una interpretación claramente restrictiva del precepto penal y aplicarlo tan solo en aquellos casos en los que los destinatarios de la provocación carezcan de autonomía suficiente (menores) o si se trata de una situación de crisis extrema de un grupo especialmente vulnerable cuyas condiciones existenciales puedan verse verdaderamente afectada.

Esta tesis imposibilitaría la aplicación, en el presente caso, del delito previsto en el art. 510 del Código Penal. Otra parte de la doctrina defiende que la provocación a la que se refiere el art 510 del CP ha de reunir los mismo requisitos que la provocación prevista en el artículo 18 del CP. En consecuencia, la provocación ha de ser directa y ante un colectivo de personas o por procedimiento que facilite su publicidad y debe incitar a la comisión de un delito, es decir, a la realización de un acto discriminatorio y violento constitutivo de delito. Aunque se ha dicho que, por las razones que hemos expuesto anteriormente, no cabe provocación al odio constitutivo de delito, lo cierto es que podría interpretarse la provocación como incitación a la realización de actos de odio que pudieran ser constitutivos de delito, como por ejemplo los delitos de injurias.

(...)Desde esta perspectiva nosotros consideramos que en el relato de los hechos probados de la sentencia de instancia tan solo se refleja una labor de difusión de las doctrinas mencionadas, pero no se menciona ningún dato que permita atribuir al acusado una conducta de incitación directa a la realización de las conductas antes mencionadas, por lo que no concurren los requisitos necesarios para apreciar la comisión de un delito de provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos del art. 510 del Código Penal." Audiencia Provincial de Barcelona, sección 3ª, S. 5-3-2008, FJ. 4º.

minimizaban el holocausto y se refería en términos muy despectivos al pueblo judío.

La ponderación entre libertad de expresión y derecho al honor que realiza el Tribunal parte de un punto previo que consiste en deslindar del resto de manifestaciones las afirmaciones negacionistas sobre el holocausto "por reprobables o tergiversadas que sean -y ciertamente lo son al negar la evidencia de la historia-, quedan amparadas por el derecho de libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad de ideológica (art. 16 CE)". Según el Tribunal Constitucional, se trata de "opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos", con independencia de la valoración que puedan merecer. Este es el precedente de la Sentencia 235/2007 que declaró inconstitucional el delito de "negación" del holocausto, y constitucional el delito de provocación, apología o justificación del holocausto.

En la argumentación del Tribunal Constitucional parte de considerar que, con toda evidencia, se trata de unas declaraciones que "manifiestamente poseen una connotación racista y antisemita, y que no pueden interpretarse más que como una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos."<sup>45</sup> Desde esa perspectiva, el Tribunal considera que "ni la libertad ideológica (art. 16 CE) ni la libertad de expresión (art. 20.1 CE) comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo" ya que no existen derechos ilimitados -como establece el art. 20.4 CE- y es contrario al derecho al honor de las personas directamente afectadas y también es contrario a la dignidad humana (art. 19 CE), que han de respetar tanto los poderes públicos como sus propios ciudadanos, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9 y 10 CE.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> El Tribunal Constitucional pone ejemplos del lenguaje ofensivo cuando afirma "Pero también es indudable que, en las declaraciones publicadas, el demandado no se limitó a manifestar sus dudas sobre la existencia de cámaras de gas en los campos de concentración nazis, sino que en sus declaraciones, que han de valorarse en su conjunto, efectuó juicios ofensivos al pueblo judío ("...si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios..."; "...quieren ser siempre la víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan..."), manifestando, además, expresamente su deseo de que surja un nuevo Führer (con lo que ello significa en cuanto al pueblo judío a la luz de la experiencia histórica).

<sup>46</sup> Continúa afirmando el Tribunal Constitucional "La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (art.

El Tribunal Constitucional vincula la dignidad humana con el valor de la igualdad cuando afirma que "el odio y el desprecio a todo un pueblo o a un etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean."<sup>47</sup>

En una formulación que parece comprender los casos de lenguaje del odio, el Tribunal Constitucional concluye su ponderación, afirmando "de la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica, ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social y democrático de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de las comunidad social."<sup>48</sup>

Otro caso que llegó al Tribunal Constitucional vinculado con el lenguaje del odio está relacionado con el cómic titulado "Hitler=SS", del guionista Gourio y del dibujante Vuillemin, publicado por la editorial Makoki S.A. Las asociaciones de "Amical Mauthausen" y "B'Nai B'Rith de España" se querellaron por injurias. Como explica Saavedra dicho álbum consistía en un relato ficticio en forma de tebeo, de una extensión de casi noventa páginas, en el que se reflejaban imágenes y expresiones de carácter vejatorio contra los judíos como víctimas de los campos de concentración nazis.<sup>49</sup>

18.1), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias".

<sup>47</sup> Concluye esta argumentación el Tribunal Constitucional, afirmando "Por ello, las expresiones y aseveraciones proferidas por el demandado también desconocen la efectiva vigencia de los valores superiores del ordenamiento, en concreto la del valor de la igualdad consagrado en el 1.1 CE, en relación con el art. 14 de la misma, por lo que pueden considerarse como constitucionalmente legítimas".

<sup>48</sup> STC 11-11-1991,214/1991 de 17 de diciembre de 1991 F.J. T.

<sup>49</sup> SAAVEDRA (2006, 551).

Pese a la agresividad de cada viñeta, al mensaje tosco, grosero y burdo, el Tribunal Constitucional centra su atención en el auténtico significado del mensaje en su integridad.

De este ejercicio, el Tribunal deduce que "en tal contexto, en lo que se dice y en lo que se calla, entre líneas, late un concepto peyorativo contra todo un pueblo, el judío, por sus rasgos étnicos y sus creencias. Una actitud racista, contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente."<sup>50</sup> Es particularmente relevante esta última afirmación ya que sostiene que los valores protegidos constitucionalmente no incluyen las actitudes racistas. La cuestión es cómo el Derecho puede intervenir legítimamente para tratar de impedir las o sancionarlas de alguna forma.

Además del mensaje racista, el Tribunal Constitucional incide en la cuestión de que se "sirve de vehículo expresivo de un talante libidinoso en las palabras y en los gestos o las actitudes de los personajes que bien pudiera ser calificado, más de una vez, como pornográfico, por encima del nivel tolerable para la sociedad española hoy en día y desprovisto de cualesquiera valores socialmente positivos, sean estéticos, históricos, sociológicos, científicos, políticos o pedagógicos, en una enumeración abierta. A lo largo de sus casi 100 páginas se habla el lenguaje del odio, con una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación."<sup>51</sup> Es destacable que aquí el Tribunal cita explícitamente la expresión *lenguaje del odio* y de la Sentencia se desprende que no tiene cobertura constitucional. En

<sup>50</sup> El Tribunal continúa afirmando que "ahora bien, en este caso convergen además dos circunstancias que le hacen cobrar trascendencia, una de ellas es el medio utilizado, una publicación unitaria-un tebeo-, con un tratamiento predominantemente gráfico servido por un texto literario, cuyos destinatarios habrán de ser en su mayoría niños y adolescentes."

<sup>51</sup> Sigue su argumentación, el Tribunal afirmando que "el efecto explosivo de tales ingredientes así mezclados es algo que la experiencia ante nuestros ojos permite predecir sin apenas margen de error por haber un encadenamiento causal entre unos y otros. Es evidente que todo ello está en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica y refleja un claro menosprecio de los derechos fundamentales, directrices de la educación que han de recibir la infancia y la juventud por deseo constitucionalmente proclamada, (art. 27.2) Lo que se dice y lo que se dibuja en el panfleto, rezuma crueldad gratuita, sin gracia o con ella, hacia quienes sufrieron en su carne la tragedia sin precedentes del Holocausto, muchos de los cuales -la inmensa mayoría- no pueden quejarse, pero otros aún viven, y también hacia sus parientes, amigos o correligionarios o hacia cualquier hombre o mujer.

esta tarea interpretativa, algo que puede ser relevante es que conecta esa hostilidad con la incitación directa o subliminal a la violencia. La interpretación que realiza el Tribunal recuerda el enfoque del *perfeccionismo liberal* de Raz donde la libertad basada en la autonomía no se extiende a lo moralmente malo y repugnante. Desde este punto de vista, proveer, preservar o proteger malas opciones no permite a uno disfrutar de una autonomía valiosa.<sup>52</sup>

Concluye el Tribunal Constitucional que "una apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental en el sistema democrático que proclama nuestra Constitución. Un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor de nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional (STC 170/94 y STC 76/95). Un "cómic" como éste, que convierte una tragedia histórica en una frase burlesca, ha de ser calificado como vilipendio del pueblo judío, con menosprecio a la consideración ajena, elemento determinante de la infamia o la deshonra."<sup>53</sup>

La Audiencia Provincial de Madrid en la Sentencia 79/09 de 16 de julio 2009 ha condenado por asociación ilícita a los miembros del grupo Hammerskin España (HSE) basándose en el artículo 515.5 del Código Penal que considera que "son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 5.º Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello." Es la primera vez que en España se produce una condena por este motivo y lo que es relevante aquí es que este artículo es análogo al 510.1CP que se ha analizado anteriormente. La Audiencia Provincial justifica su decisión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en los casos analizados sobre el

<sup>52</sup> Raz afirma que "elegir autónomamente lo malo hace la vida de uno peor que una vida no autónoma comparable. Puesto que nuestra consideración por la autonomía es un interés para permitir a las personas tener una vida buena, esto proporciona una razón para asegurar esa autonomía que es valiosa" Mas adelante sostiene que "uno puede ser autónomo sólo si cree que ha elegido opciones valiosas. Esto es consistente con que muchas de esas opciones sean malas. Pero mientras la autonomía es consistente con la presencia de malas opciones, estas no contribuyen nada a su valor" RAZ (1988, 412).

<sup>53</sup> STC 11 -12-1995 de 176/1995 F.J. 5º.

lenguaje del odio. Es relevante que la Audiencia considere que "para que la asociación sea considerada ilícita y punible de acuerdo con lo que se establece en el art. 515.5 del CP es suficiente con que la finalidad de la misma sea tomar la iniciativa para que se produzca la discriminación, el odio o la violencia contra las personas y por los motivos expresados en el citado precepto, realizando conductas orientadas a dicha discriminación, odio o violencia y estimulando a otras personas para que compartan dicho odio o violencia o practiquen la discriminación, *sin que resulte preciso que efectivamente consigan tal resultado*"<sup>54</sup>. Es también importante que, -aunque en la citada Sentencia no se realice la distinción pormenorizada y separada de los hechos provocadores de discriminación, violencia u odio-, la provocación al odio es considerada de forma clara uno de los objetivos de la asociación y de las actividades de sus miembros. Dicho de otra forma, en este caso, la polémica dentro de la doctrina penal sobre la provocación al odio, no ha impedido que la Audiencia considerara que tiene relevancia jurídica suficiente para motivar la sentencia. De esta forma la sentencia se inicia con esta descripción de la asociación Hammerskin España "cuyos componentes participan de la ideología nacional socialista, creyendo en la supremacía de la raza blanca y en la discriminación, en consecuencia, de otras personas por razón de raza, orientación sexual, y nacionalidad, por lo que su finalidad es extender el odio y la violencia como consecuencia de la homofobia, xenofobia y antisionismo que sienten, propagando dichos sentimientos entre otras personas a través de la realización de conciertos de música en los que intervienen grupos que cantan canciones cuyas letras reflejan la citada ideología y con la distribución de publicaciones y discos que contienen y difunden dichas ideas"<sup>55</sup>. La duda que cabe plantear es si con esta interpretación de la Audiencia Provincial de Madrid las consideraciones sobre la provocación al odio en el caso de la *Librería Europa* no hubieran sido diferentes.

<sup>54</sup> La cursiva es mía. Sentencia Audiencia Provincial de Madrid 79/09 16 de julio de 2009 F.J. 9º.

<sup>55</sup> Sentencia Audiencia Provincial de Madrid 79/09 16 de julio de 2009 Hechos Probados Único.

### 3. ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LENGUAJE DEL ODIO

El Tribunal Constitucional español ha declarado la prioridad constitucional de los valores de dignidad humana y de igualdad frente al derecho a la libertad de expresión en el caso *Violeta Freedam* y en el caso *Makoki*. Ambos casos son juzgados bajo el Código Penal anterior respecto del delito de injurias, donde habitualmente se realiza una ponderación entre la libertad de expresión y el derecho al honor.

En las mencionadas Sentencias, se desprende de la argumentación seguida que el Estado no permanece neutral ante el discurso, sino que explícitamente se condena el lenguaje del odio que no se considera compatible con los valores constitucionales. De esta forma, no se reconoce el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo. Ni la libertad de expresión, ni la libertad ideológica pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales. Explícitamente, el Tribunal afirma que las actitudes racistas son contrarias al conjunto de valores protegidos constitucionalmente.

En el caso de la librería *Europa*, la Audiencia Provincial de Barcelona se ha basado en la construcción doctrinal, en sus diferentes versiones, del delito de provocación al odio para considerar que no es aplicable al caso. Primero, porque no se pone en peligro la garantía de las condiciones de seguridad existencial de colectivos claramente vulnerables -la tesis de Landa Gorostiza-. Segundo, porque al aplicar las condiciones de la provocación del art. 18.1 CP se requiere que ésta sea pública, de incitación directa y a cometer un delito. Como el odio no es un delito, la ponderación del Tribunal consiste en valorar si las declaraciones de las que se trate son una incitación directa a cometer algún otro delito, como las injurias.

El segundo argumento del Tribunal, en este punto, es una especie de *petición de principio* porque el sector doctrinal que interpreta conjuntamente el art. 18.1CPy el art. 510.1 CP, con sus tres requisitos mencionados, considera desafortunada la figura de la incitación al odio. Ésta se convierte en superflua si se trata de incitación directa a la discriminación o a la violencia -ya reguladas en el mismo 510.1-. Cabría la interpretación de una incitación indirecta a estos delitos o una incitación directa mediante el odio a otros delitos, como las injurias, pero esto requiere de

una difícil actividad probatoria en sede judicial y una necesaria inferencia del vínculo causal entre hechos y consecuencias que requiere una adecuada justificación conforme a los principios del Estado de Derecho.

De todo lo anterior, se deduciría la paradoja que, pese haberse legislado un delito de provocación al odio, la jurisprudencia constitucional, hasta el momento, se ha pronunciado claramente contra el lenguaje del odio en los casos mencionados, en que se alegaba el delito de injurias.<sup>56</sup> El motivo es que, en el momento de los hechos, no estaba vigente el actual Código Penal, que contempla delitos especiales de lucha contra la xenofobia. Pero dada la reticencia doctrinal y judicial frente al delito de incitación al odio, ¿no sería una mejor estrategia vincular el lenguaje del odio al delito de injurias? De hecho, el artículo 510.2 prevee el delito de injurias agravadas por motivos xenófobos y discriminatorios.<sup>57</sup> Ejemplificando el argumento, si en el caso *Violeta Freedman* se hubiera considerado el delito de incitación al odio, cabe plantear si la ponderación del Tribunal Constitucional hubiera sido distinta respecto a la prioridad de los valores de dignidad humana e igualdad frente a la libertad de expresión y el rechazo a considerar "el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo". Frente al temor a los *delitos de opinión* que expresa la doctrina penal, el Tribunal Constitucional manifiesta que *no todo vale* en el discurso si manifiestamente se violan valores constitucionales como la dignidad humana o la igualdad, porque lo que está en cuestión es la efectiva vigencia de estos valores. Desde esta perspectiva, es posible delimitar una frontera entre declaraciones racistas que buscan la hostilidad hacia un grupo y de declaraciones de disidencia política, aunque tengan un contenido ofensivo para la mayoría.

<sup>56</sup> Según el artículo 208 del Código Penal de 1995, "es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves. Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad." El anterior Código Penal en el artículo 457, decía que "es injuria toda expresión o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona".

<sup>57</sup> El art. 510.2 CP establece "serán castigados con las mismas penas los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía"

Otro ejemplo a analizar sería si el caso de la librería *Europa* se tuviera que considerar bajo el delito de injurias. Es decir, si cabría una interpretación conforme a los principios del caso *Violeta Freedam*. La primera diferencia relevante es que, en un caso, se trata de las declaraciones de un individuo a un medio escrito, mientras en el otro se trata de un librero que distribuye libros con contenido racista y xenófobo. La interpretación literal del art. 510.2 CP habla de los que "difundieren informaciones injuriosas", lo que comprende la actividad de una librería. En ese caso, la ponderación a realizar por el Tribunal sería valorar si el material distribuido "lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación", según el art. 208 CP. Y más allá, el tipo establece que "por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves." según el mismo art. 208 CP. Aunque seguramente sería aplicable el delito previsto en el 510.2 de injurias por motivos racistas y xenófobos.

El argumento internacional es relevante. Los países de nuestro entorno cultural tienen un delito de incitación al odio como parte de una legislación penal contra la xenofobia. Existen compromisos internacionales que obligan a los Estados en este sentido. Algunos discuten lo acertado de la redacción concreta del Código español. Sin embargo, alguna de las razones alegadas también serían válidas en los otros países que ya tienen casos judiciales sobre el tema. ¿Qué decisión adoptarían los Tribunales españoles si unos individuos quemaran una cruz en el jardín de una familia de raza negra, lo cual estuviera prohibido por una normativa que se basa en que se tengan "suficientes datos para saber que causa en los otros ira, preocupación o resentimiento, en función de la raza, el color, el credo, la religión o el género"<sup>58</sup> -caso *RAVv. StPaul*-? b) ¿Qué decidirían los Tribunales españoles en el caso que un profesor difundiera en clase sus ideas fuertemente racistas, antisemitas, homófobas o misóginas y obligarán a sus alumnos a repetir sus ideas en ensayos y exámenes si quieren sacar buenas notas -caso *Keegstra*-7 d) ¿Qué decidirían los Tribunales españoles si un autor difundiera estigmas, prejuicios y falsedades contra

<sup>58</sup> La ordenanza del caso *RAV v. St Paul* establece "cualquiera que ponga en una propiedad privada un símbolo, un objeto, una apelación, un calificativo o un *graffiti*, incluida, pero no limitado a una cruz en llamas o una esvástica nazi, cosas que se sabe o de las que se tiene suficientes datos para saber que causan en los otros ira, preocupación o resentimiento, en función de la raza, el color, el credo, la religión o el género, comete un acto contra la ley y deberá ser considerado culpable de un delito menor. Ordenanza de St Paul del Crimen motivado por el prejuicio, Section 292.02 Minn. Legis Code (1990).

los inmigrantes musulmanes y considerara que la solución es la "guerra civil étnica" -caso *Soulas-1*

Una visión optimista sostendría que el racismo en España es menor que en otros países y esto supone que no haya sido necesario aplicar el artículo de provocación al odio en muchas ocasiones. Una visión más pesimista sostendría que mientras en otros lugares, el lenguaje del odio es una cuestión constitucional que provoca grandes debates, en el caso español se da la paradoja que su oficial proscripción vía legislación penal o jurisprudencia del Tribunal Constitucional va acompañada de un extendido escepticismo en la doctrina penal sobre la aplicación penal del tipo de provocación al odio. Esto la convierte en una legislación simbólica, que acalla conciencias, pero resulta ineficaz. Como demuestra la Sentencia de la Audiencia de Barcelona sobre la librería *Europa* la interpretación de los jueces, inspirada en la doctrina, hace casi inaplicable el delito de incitación al odio. ¿No sería interesante promover un debate sobre estas cuestiones? De lo contrario, lo que puede ocurrir es que *de facto* queden impunes las expresiones del lenguaje del odio, pese a su oficial prohibición.

De lo que se trata realmente es determinar qué significa estar prohibido en Derecho. Plantearse cuáles son realmente los mecanismos de intervención jurídica. En este sentido, el caso *Keegstra* es interesante porque plantea que la criminalización debe ser la *ultima ratio*, sólo aplicable en el caso de "recalcitrantes odiadores", mientras que la legislación de derechos humanos es una vía más atractiva para otros casos. En ese sentido, es interesante la propuesta de Delgado de situar en las leyes de responsabilidad civil *tort law* los casos de lenguaje del odio.

En este contexto, se debe reivindicar el papel del activismo a favor de las minorías como una forma de transformar los estigmas, prejuicios y estereotipos que las oprimen. Es necesaria una revolución cultural como reivindica Young. Desde esta perspectiva, las expresiones racistas, xenófobas, homófobas y misóginas deberían descalificar a quien las pronuncie, de tal forma que hubiera un sesgo negativo contra los que utilicen ese tipo de lenguaje. Esa sería una visión democrática del mercado de las ideas donde se pondría severamente en cuestión a aquellos que no respeten las reglas de juego.

Pese a estas apelaciones al activismo, la cuestión central sigue planteándose: ¿puede un Estado legítimamente prohibir las expresiones del lenguaje del odio? Se podría caracterizar la respuesta a esta cuestión

como un dilema entre libertad e igualdad. Ambos son valores constitucionales importantes y lo que se pondera en este caso es su jerarquía que dependerá de las circunstancias. Es relevante que ese ejercicio le corresponde a los jueces. Miedo a la censura, a la criminalización de los disidentes políticos o a la pendiente resbaladiza con otras formas de expresión, son algunos argumentos de la libertad. Los miembros de las minorías argumentan, por su parte, que el lenguaje del odio causa daño, no tiene valor y es discriminatorio, suponiendo un ataque a su igual dignidad y a su igual participación en el debate público. Decantarse por una de las alternativas no transforma el dilema. Prohibir la expresión de los racistas y xenófobos supone poner límites a la libertad de expresión que requieren una justificación adecuada en una sociedad democrática. Permitir la expresión que vilipendia y denigra a los miembros de las minorías es un ataque a su igual dignidad y su respeto por el resto de la sociedad. Cabe plantear que es legítimo establecer límites a la expresión, como ha establecido el Tribunal Constitucional, cuando afirma que no hay un derecho a realizar manifestaciones racistas o xenófobas. El odio al Otro puede tener muchas manifestaciones y su expresión, en una sociedad democrática, no mejora la democracia. Ésta es importante que cuente con mecanismos eficaces de lucha contra la xenofobia, que van desde el activismo, la legislación de derechos humanos y también como *última ratio* el Derecho Penal. Sólo tiene sentido la intervención penal en los casos más graves, los "recalcitrantes odiadores" en la terminología del *caso Keegstra*.

Conocer si algo está prohibido en Derecho consiste en conocer si está prevista una sanción en caso de incumplimiento. En el caso de la provocación al odio del art. 510.1, además, se debería añadir que algo estará prohibido realmente si los jueces y la doctrina penal así lo consideran. El discurso del odio no cabe en una sociedad democrática, tampoco puede quedar impune, si es un delito. Básicamente porque es la "antesala" a algo contrario a considerar que: "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros."<sup>59</sup> Obviamente la crítica política debe permitirse, pero lo distintivo del odio es que se sitúa en una frontera más allá, como afirma Martin Luther King, "nada

<sup>59</sup> Art 1 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, aprobada 10 diciembre 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas.

que un hombre haga lo envilece más que el permitirse caer tan bajo como para odiar a alguien."

## BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, (1998) *La discriminación en Derecho Penal*, Comares, Granada.
- DIEZ RIPOLLES, José Luis, (2003) "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena" en ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto, ADÁN NIETO, Martín (Coor.) *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de Castilla La Mancha, Cuenca, pp. 147-172
- FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio, (2001) *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Dykinson, Madrid.
- GARCÍA ALVAREZ, Pastora, (2004) *El Derecho Penal y la discriminación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, (1999,) *La intervención penal frente a la xenofobia: problemática general con especial referencia al "delito de provocación" del artículo 510 del Código penal*, Universidad del País Vasco. Servicio Editorial, Bilbao, 1999.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, (2001) *Lapolitica criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Comares, Granada, 2001
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, (2004) "Racismo, xenofobia y Estado democrático", *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm 18, pp. 59-71
- LARIGUET, Guillermo, (2008) *Dilemas y conflictos trágicos*, Palestra, Lima, 2008.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, (1996) "La discriminación ene 1 Código Penal de 1995", *Estudios penales y criminológicos*, núm. XIX, pp.219-288.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, (2004) *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- RAZ, Joseph, (1988) *Morality offredom*, Claredon Press, Oxford,
- Del ROSAL BLASCO, Bernardo, (2004) "Delitos contra la Constitución (IV). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y al deber de cumplimiento de la prestación social

- sustitutoria", en COBO DEL ROSAL, Manuel, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Dykison, Madrid, pp. 1033-1042.
- SAAVEDRA, Modesto, (2006) "El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español", *Persona y Derecho*, núm. 55, pp. 547-576.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, (1997) *El nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales*, José Maria Bosch Editor, Barcelona.
- TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, (2007) "De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas" en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Madrid, 2007, pp. 1925-1931.
- VIVES ANTÓN, T.S., CARBONELL MATEU, J.C., (2004) *Derechos Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.