



A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 259/2011: Discurso del odio, incitación y derecho al honor colectivo. ¿Una nueva vuelta de tuerca contra la prohibición del *hate speech*?

Ricardo Cueva Fernández
Universidad Pompeu Fabra, Barcelona
ricardo.cueva@upf.edu

Resumen

La jurisprudencia española ha seguido diferentes direcciones en lo relativo a la tipificación penal del *hate speech*, pero manteniendo constante la exigencia de incitación para apreciar el correspondiente delito. Sin embargo, aquellas variaciones han derivado finalmente en una restricción de las prohibiciones al discurso del odio que debilita los instrumentos de represión penal contra él. Al respecto, podría recuperarse contra la difamación de colectivos la vía inicialmente señalada por el Tribunal Constitucional, y ello sin romper con una jurisprudencia española poco proclive a su persecución penal.

Palabras clave

Discurso del odio, jurisprudencia, Tribunal Constitucional, incitación, honor colectivo, libertad de expresión, negacionismo, genocidio.

About the judgment 259/2011 of the Spanish Supreme Court: hate speech, incitement and right to collective honor. A new twist against the prohibition of extreme speech?

Abstract

The Spanish case law has followed different directions with regard to the criminalization of hate speech, but always with the incitement requirement to assess the relevant offense. However, those variations have resulted ultimately in a restriction of hate speech bans that weakens the instruments of criminal punishment against it. Regarding this situation, it could be recovered the initial approach of the Constitutional Court, and admitted claims against libel groups without departing from a Spanish case law unlikely to criminal prosecution of hate speech.

Keywords

Hate speech, case law, Constitutional Court, incitement, collective honor, freedom of expression, negationism, genocide.

1. Una casación absolutoria

Los casos que salen a la luz actualmente sobre diversas manifestaciones de racismo, xenofobia o, en general, vituperadoras de grupos vulnerables, parecen preocupar a las autoridades europeas¹ así como a buena parte de la opinión pública y a las asociaciones que defienden los derechos de mujeres e inmigrantes o refugiados. El discurso del odio puede definirse como “cualquier forma de expresión cuyo propósito principal sea el de insultar o denigrar a los miembros de un grupo social identificado por características tales como su raza, etnia, religión o orientación sexual, o para despertar enemistad u hostilidad contra él” (Sumner, 2009: 207, 208). La prohibición de estos comportamientos en el Código Penal español intentaría impedir dos tipos de conductas: la de la promoción del odio, violencia o discriminación contra ciertos grupos y la de la calumnia o injuria proferidas contra ellos o contra sus miembros por razón de su pertenencia a los mismos.

Al respecto, la reciente sentencia del Tribunal Supremo (STS) 259/2011, de 12 de abril, abre una senda jurisprudencial que, asumiendo los preceptos citados, limita sin embargo su ámbito de aplicación de manera drástica. La resolución aquí analizada fue una decisión judicial de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que anulaba otra anterior de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10ª, Rollo 112/07), tribunal que había enjuiciado a cuatro personas por los delitos de difusión de ideas genocidas y con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución, así como por el de asociación ilícita. En dicho proceso les había encontrado culpables de todos ellos, excepto a uno de los encausados, a quien sólo se le atribuyó la comisión de dos, y mediando un fallo que emergía tras una extensa enumeración y cita de numerosas publicaciones que los condenados habían distribuido. Al respecto, la STS 259/2011 describe dos ámbitos distintos, pero aparentemente conectados: por una parte, la organización de un ente asociativo de ideas nacionalsocialistas, según la propia definición de sus estatutos (2º Fundamento de Derecho, FD, punto 2), y por otra, la redacción, edición y distribución de varios textos que atacan a discapacitados, extranjeros, negros y magrebíes, así como a judíos y homosexuales. El suministro de tal literatura se realizaba a través de una librería situada en Barcelona (FD 1º) y en la cual prácticamente no se distribuía otra de diferente índole (7º FD de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, SAPB). En consecuencia, los encausados resultaron inicialmente condenados por los delitos del art. 510.1 (“provocación 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”), 607.2 (“difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo [los relativos al genocidio], o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos”), 515 (“asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración [...] 4º. Las organizaciones de carácter paramilitar. 5º. Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por

¹ Recomendaciones como la (1997) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, la nº 7 de la Comisión contra el Racismo y la Intolerancia (2002) o la 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Todas ellas siguen la senda del art. 20.2 perteneciente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 que señala: “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la Ley”.

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") y 517 (que prevé dos tipos de penas, una para los fundadores, directores o presidentes de la asociación, y otra para sus miembros activos) del Código Penal de 1995. Pero el TS decide casar la sentencia completamente, en una resolución que pretende reducir la aplicabilidad de los tipos penales mencionados.

En realidad, gran parte de la decisión del Alto Tribunal se sustenta en una interpretación de los hechos muy distinta a la realizada por la Audiencia Provincial de Barcelona. En primer lugar, sosteniendo con un criterio sumamente restrictivo que no se está ante asociación paramilitar de ningún tipo, y ello pese a la existencia de varios círculos presididos por una jerarquía, uniformes, rangos y compromisos (FD 6º, SAPB). Pero, sobre todo, y esta es la nota relevante que abordaré un poco más adelante, valorando de muy distinto modo el *riesgo* para los bienes jurídicos custodiados por el ordenamiento. Con respecto al primer asunto, el TS examina la imputación de asociación ilícita del art. 515. Aún reconociendo, de acuerdo con su propia sentencia 765/2009, que "la conformación penal de la asociación no precisa que se componga de estructura y organización muy complejas" (FD 2º, 1), el TS estima que "la sanción penal no se justifica en sí misma como consecuencia de una infracción formal de una prohibición de asociación en determinados casos, sino que requiere la existencia de algún *peligro* para el bien jurídico protegido, que aunque sea abstracto tiene que ser real y no presunto"². De hecho, añade a continuación que la asociación aquí analizada ni siquiera tendría los requisitos suficientes como para considerarse "paramilitar" de acuerdo con el apartado segundo del precepto antedicho, pues "no basta que en su organización o en sus reglas, o incluso en su equipamiento y vestimenta, pretenda imitar al ejército" sino que "para que pueda dar lugar al peligro, abstracto y real, al que antes se hizo referencia, es preciso, en primer lugar, que incorpore la posibilidad real y efectiva de que el cumplimiento de las obligaciones y los compromisos contraídos por sus miembros, pueda ser exigido desde las perspectivas propias de la disciplina militar, y, por lo tanto, con consecuencias negativas para el infractor equivalentes a las que se producirían en aquel ámbito". Sólo en tales condiciones los subordinados ejecutarían actos que resultarían "negativos para la seguridad ciudadana, la paz pública o la paz social". Por añadidura, y destruida así la posibilidad de inculpación de acuerdo con el apartado 4º del art. 515 del Código Penal, el Tribunal entiende que no ha quedado probado que la asociación pudiera mantener una serie de actuaciones subsumibles en él y referentes por tanto a la promoción de la discriminación, el odio o la violencia, pues de su ideología no se deducía que se organizaran para tales fines (FD 1º, 10).

Pero examinemos de manera más detenida las otras imputaciones en su momento articuladas contra los miembros de ese mismo grupo, que son las que van a centrar el contenido del presente artículo. La decisión citada comienza asumiendo, como no podía ser menos, el principio de intervención mínima del derecho Penal, puesto que "aunque sean siempre frontalmente rechazables, los contenidos negativos de [...] ideas o doctrinas basadas en la discriminación o la marginación de determinados grupos y de sus integrantes como tales, no conducen necesariamente a que la respuesta se configure penalmente en todo caso, debiendo quedar reservada la sanción penal [...] para *los ataques más graves*, considerando tanto el resultado de *lesión* como *el peligro* creado para los *bienes jurídicos* que se trata de

² El subrayado es propio, como en todos los supuestos en que aparecen cursivas en el presente artículo, excepto cuando se trate de vocablos de otras lenguas.

proteger" (FD 1º, 1). No se niega la posibilidad de castigar la "divulgación del discurso del odio", desde el momento en que se trate de una conducta o actitud que implique "actos de discriminación", pero siempre dentro de unos límites (FD 1º, 1). Así, pues, cualquier *provocación* que estimule aquellas ideas debe de interpretarse en el sentido fijado por el art. 18.1 CP, según el cual existe tal "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 del delito"³. Resulta en cualquier caso preciso para que se produzcan los elementos del tipo que "se trate de una *incitación directa* a la comisión de hechos *mínimamente concretados* de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo" (FD 1º, 2). Y es que tanto el art. 510.1 como el 607.2 CP "pueden colisionar con otros derechos reconocidos", como son los de "libertad ideológica" y libertad de expresión" constitucionales (FD 1º, 5). Su restricción sólo podría quedar justificada cuando aquéllos colisionen con otros bienes jurídicos acreedores de una mayor protección, realizada la oportuna ponderación correspondiente, y que serían el derecho a la "dignidad de la persona" (art. 10.1 CE), así como sus derechos a la "igualdad" (art. 14 CE.) y a su "honor" (art.18.1)⁴. "La expresión o difusión de ideas violentas no puede ser identificada con la violencia que contienen a efectos de su persecución, que sin embargo se justifica cuando supongan una *incitación* a hacerla efectiva", puesto que "la superación de los límites de los ámbitos protegidos por las libertades ideológica y de expresión, no implica directamente la tipicidad de las conductas", sino sólo "cuando la difusión, atendiendo a la forma y el ámbito en que se lleva a cabo y a lo que se difunde, implique un *peligro cierto* de generar un *clima de hostilidad* que pueda concretarse en *actos específicos de violencia, odio o discriminación* contra aquellos grupos o sus integrantes como tales" (FD 1º, 7). El juzgador asume, refiriéndose a las ideologías indicadas, que "en la sociedad española actual, la admisión de esta clase de ideas o doctrinas solo se produce, afortunadamente, en círculos *muy minoritarios* en los que la presencia y respeto por la dignidad de la persona humana resultan inexistentes, encontrando en la generalidad de las personas un claro rechazo, o como mínimo la indiferencia como consecuencia de su absoluta *irrelevancia*". Pues, "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" (FD 1º, 8).

En consecuencia, el TS entiende a lo largo de todo su fallo que "la incitación directa" y el "peligro cierto", son ambos requisitos indispensables para aplicar los arts. 510.1 y 607.2, y que ninguno de ellos se reproduce en el caso de autos. ¿Pero son ambos artículos equiparables a tales efectos? ¿No cubren bienes jurídicos distintos? En realidad, y como se verá a continuación, el TS lo que hace es seguir una dirección previamente trazada por el Tribunal Constitucional (TC).

³ Esta asimilación de la "provocación" del art. 510.1 a la "incitación" del art. 18.1 es mantenida también por Muñoz Conde (2009: 770) y una buena parte de la doctrina (véase Colina Oquendo, 2009: 1363). Sin embargo, otros penalistas, como Polaino Orts (2011: 492, 493) sostienen que se trata de dos tipos de incitación distintos.

⁴ FD 1º, 6.

2. El "discurso del odio" en la jurisprudencia constitucional: el hilo conductor de la "incitación"

En nuestra jurisprudencia de altos tribunales, el primer caso famoso sobre discurso del odio fue el abordado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 214/1991, de 11 de noviembre. En ella se venía a dar respuesta a un recurso de amparo interpuesto por Dña. Violeta Friedman por violación del art. 24 de la Constitución, referente a la tutela judicial efectiva, y debido a que el órgano judicial competente le había negado la legitimación activa para pleitear por protección civil del derecho al honor bajo la Ley 62/1978, de 26 de diciembre. En concreto, la demandante había actuado contra el líder de extrema derecha y ex-jefe de las Waffen SS, D. León Degrelle, de origen belga y afincado en España, y que había realizado unas declaraciones en las cuales acusaba de falseadores de la verdad histórica a los judíos y les consideraba victimistas y manipuladores, poniendo en cuestión la propia existencia del Holocausto y expresando su deseo de que un nuevo Führer pudiera "salvar" a Europa (2º Antecedente de Hecho y 8º Fundamento Jurídico, FJ). La relevancia pública del personaje y el hecho de que sus declaraciones fueran realizadas para una revista de notoria importancia en España entonces, debieron contribuir, sin duda, a que la Sra. Friedman, de origen judío y que había sufrido con sus familiares la deportación a Auschwitz, en donde serían asesinados todos los suyos (FJ 4º), se decidiera a intentar la consecución de un fallo favorable en la jurisdicción civil contra el declarante. Habiendo sido, sin embargo, denegada en primera instancia su demanda por el motivo arriba apuntado, luego el TC optó por reconocer la capacidad procesal de Dña. Violeta y dejar abierto el camino para una posible restitución, reparación y resarcimiento. Otra decisión, según el propio Tribunal, hubiera originado consecuencias indeseables, puesto que los "grupos étnicos, sociales e incluso religiosos son, por lo general, entes sin personalidad jurídica y, en cuanto tales, carecen de órganos de representación a quienes el ordenamiento pudiera atribuirles el ejercicio de las acciones, civiles y penales, en defensa de su honor colectivo", por lo que, de no admitir "la legitimación activa de todos y cada uno de los tales miembros, residentes en nuestro país, para poder reaccionar jurisdiccionalmente contra las intromisiones en el honor de dichos grupos, no sólo permanecerían indemnes las lesiones a este derecho fundamental que sufrirían por igual todos y cada uno de sus integrantes, sino que también el Estado español de Derecho permitiría el surgimiento de campañas discriminatorias, racistas o de carácter xenófobo, contrarias a la igualdad, que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama (art. 1.1 CE)" (FJ 3º). La Sra. Friedman, en consecuencia, tiene un interés "legítimo", a los efectos de obtener el restablecimiento del derecho al honor de la colectividad judía en nuestro país" (FJ 4º), pues resulta posible apreciar la lesión del derecho fundamental "en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos dentro de la colectividad" (FJ 6º). A continuación, la STC pasa a examinar si el derecho al honor debe prevalecer en este caso sobre la libertad de expresión. Al respecto, declara que las declaraciones del originalmente demandado son "afirmaciones que manifiestamente poseen una connotación racista y antisemita, y que no pueden interpretarse más que como una *incitación* antijudía" (FJ 8º). La pregunta que cabe ante tal aseveración es la de si era necesario introducir este concepto aquí. ¿No bastaba con percibir que conllevaban "imputaciones efectuadas en descrédito y menosprecio de las propias víctimas" (FJ 8º), es decir, la producción de un *daño*? ¿No resultaba esto suficiente para constatar el correspondiente ataque al honor?



La primera sentencia donde aparece ya citada la expresión "lenguaje del odio" y segunda en importancia sobre el tema en España, fue la STC 176/1995, de 11 de diciembre. Esta resolución daba la razón a una sentencia *penal* que prohibía la publicación de cierto cómic que versaba sobre un supuesto campo de exterminio nazi. Las viñetas, a juicio del Tribunal, ponían "en ridículo el sufrimiento" de las víctimas, buscando "deliberadamente y sin escrúpulo alguno el vilipendio del pueblo judío"(FJ 5º). En este supuesto, la decisión judicial originaria había sido recurrida en amparo por la editora, conocida por su filiación a la denominada línea "sucia" de la historieta y que no respondía por tanto a connotaciones ideológicas de carácter racista, sino a aquella corriente estética del cómic *underground*. En concreto, los cargos imputados lo fueron por los arts. 458 (injuria grave) y 209 (escarnio de confesión religiosa) del antiguo Código Penal. El juzgador, pues, adoptaba la persecución penal de conductas que hasta entonces quedaban fuera de sus límites, y además de forma muy beligerante y con toda probabilidad excesiva, identificando una historieta misántropa con la puesta en peligro de todo un colectivo. Así lo evidencian declaraciones como la que sigue: "el tebeo [...] a lo largo de sus casi cien páginas [...] 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. 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 casual entre unos y otros" (FJ 5º)⁵.

Después vino el Código Penal de 1995, y con él ese catálogo de nuevos delitos que ya se ha examinado sucintamente al comienzo del artículo. Con esta nueva normativa, pues, la sentencia que vino a señalar un cambio de rumbo, y esta vez en sentido contrario, fue la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, nada menos que derogando, por contrario a la Constitución, el inciso del art. 607.2 del CP referente a negación de genocidio. En tal decisión se daba una respuesta a la cuestión de constitucionalidad presentada por la Audiencia Provincial de Barcelona con motivo del reexamen de un caso en el que había sido condenado el dueño de una librería filonazi de la Ciudad Condal. En concreto, se entendía que no podía mantenerse imputación alguna por rechazar la existencia del Holocausto ("negacionismo"), ya que "la mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane". Y es que "ni tan siquiera tendencialmente [...] puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, ni tampoco que toda negación sea *per se* capaz de conseguirlo" (FJ 8º). El TC, por tanto, elige la supresión del inciso mencionado, sin más paliativos, pues no le parece posible interpretar el precepto de una manera que pudiera acomodarse a la CE, puesto que ni siquiera de *forma propiciatoria* podía crear auténtico peligro serio para el colectivo al que se aludiera. Pero no procede a la abolición del precepto completo. Así, en su FJ 7º expone que, sin embargo, "la *justificación*, por su parte, no implica la negación absoluta de la existencia de determinado delito de genocidio sino su relativización o la negación de su antijuridicidad partiendo de cierta identificación con los autores". Esta cita del TC pudiera reconducirnos, así, hacia el bien jurídico del honor colectivo mencionado en la vieja STC 176/1995 sobre el cómic antedicho. Pero el Tribunal aclara un poco después que para perseguir tal tipo de conducta "será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes

⁵ Saavedra (2006: *passim*), realiza una atractiva crítica de la Sentencia.

constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación *indirecta* a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, 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" (FJ 9º).

Por tanto, en su Sentencia el TC señala el concepto de incitación *indirecta* que le sirve para diferenciar la figura del art. 607.2 de la provocación directa al genocidio del art. 615 (otra cosa es que consiga dibujar la primera con nitidez⁶). Pero no para distinguirla de la promoción al odio, la discriminación, y sobre todo, de la violencia, del art. 510.1. De hecho, asimila todos los tipos mencionados y referentes al discurso del odio a los criterios de peligro directo e incitación, dando por bueno, en primer lugar, que la distinción en el seno de ésta entre la de tipo directo e indirecto resulta nítida, y en segundo término, y esto ya sí que parece más injustificable, obviando cualquier referencia clara al bien jurídico del honor colectivo, al que sí había hecho referencia la STC 176/1995 en un caso muchísimo más dudoso.

Las razones de este zigzagueo son fáciles de percibir. La doctrina penal se ha mostrado siempre muy precavida con respecto a todos los delitos aquí expuestos⁷. Una de las críticas que parece más acertada es la de la punición de la provocación al "odio" del art. 510.1, por ser este un *sentimiento* y no una *conducta* (Landa, 2001: 132). A tal extremo se refiere la propia STS 259/2011, al señalar muy sucintamente el problema, aunque sin entrar a fondo en él (FD 1º, 2), y a ello podría añadirse el hecho de que no existe ningún tipo similar en todo el CP español. Esta clase de criminalización parece implausible desde los principios de nuestro Derecho Penal, refiriéndose como lo hace a un fuero interno que, por lo demás, no tiene porqué implicar automáticamente ningún tipo de conducta. Otras críticas manifestarían, a su vez, que la discriminación a la que también alude el art. 510.1 es un concepto demasiado vago (Landa, 2001: 26) o que la de referencia debería ser alguna de carácter delictivo (García Álvarez, 2003: 246). Además, existen muy diversos preceptos, tanto en el propio CP como en normativa de otros ámbitos, que ya combatirían el fenómeno de manera más precisa⁸. Por último, en cuanto a la violencia, parece que sólo el contexto de la promoción podría aportar el indicador que señalara las *probabilidades* de su acaecimiento. Así que, por ser el primer término de imposible asimilación en la técnica penalista, el segundo muy vaporoso y el tercero exigente de un alto nivel de probabilidad de daño, en su sentencia 259/2011, el TS percibe como irrelevante la actuación de un pequeño grupo sin apenas audiencia en relación con el art. 510.1 CP. Para ser exactos, exige de forma muy rigurosa la existencia de un riesgo indudable para los colectivos atacados, pues de lo contrario entiende que el tipo no resultaría aplicable. Esta es la tendencia del Alto Tribunal, en una línea similar a la del TC en su Sentencia 235/2007, y en relación con todos los hechos e imputaciones tratados, debilitando en consecuencia, y asimismo, por idénticas razones la aplicabilidad del art. 607.2. Y con ello, abandonando definitivamente la posibilidad de una custodia *penal* del honor

⁶ Vid. al respecto el voto particular de García Calvo y Montiel, en su apartado 3.

⁷ Vid. García Álvarez (2004: 356-59), Landa Gorostiza (2001: *passim*) y Polaino-Orts (2011: 492-494).

⁸ El art. 108.2 de la LPL, así, prevé la nulidad de los despidos discriminatorios, y los artículos 511 y 512 del Código Penal castigan la denegación discriminatoria de prestaciones o servicios, por poner sólo algunos ejemplos.



colectivo. Una postura que, sin embargo, y mediando una interpretación sistemática y literal de las normas en juego, puede advertirse que lo que pretende es moderar a un legislador que habría configurado nada menos que tres tipos diferentes y con elementos también distintos. Los tribunales se han concentrado todos ellos alrededor de la existencia o no de un riesgo *serio* para los colectivos atacados, negando que la difamación colectiva o las afirmaciones injuriosas contra grupos puedan configurar un delito por sí solas.

3. ¿Está justificada la punición del libelo contra colectivos?

El *hate speech* o discurso del odio, como se ha visto, puede revestir diversas modalidades y aquí he escogido centrarme de forma preferente en el llamado libelo de grupo o difamación de colectivos. En nuestra sociedad nos encontramos con una serie de posiciones ideológicas intolerantes que a menudo *cabe la posibilidad* de que orienten conductas hostigadoras contra grupos vulnerables. El problema está precisamente en este nexo causal. Y se halla presente en la STC 214/1991 (recuérdese que la afirmación de Degrelle era una "incitación antijudía"), en la posterior 176/1995 (pues el cómic *incitaba* "a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación"), y, desde luego en la STC 235/2007 y en la STS 259/2011. En todas se busca aquel elemento, y en unos casos se halla y en otros no.

En general, el que una expresión sea ofensiva no resulta ser razón suficiente para prohibir determinadas expresiones (STC 174/2006, FJ 4). Es más, la ley y la jurisprudencia, tanto de carácter civil como penal, y en el caso de personas individuales, exigen ciertos requisitos en la injuria y calumnia proferidas para estimar que se ha producido un ataque al honor y la reputación, mucho más aún en el segundo ámbito. Al respecto, no puede escapársele a nadie que el caso Friedman contiene una serie de rasgos que permiten advertir esa gravedad en las declaraciones del demandado. En primer lugar, porque a lo largo de su declaración reitera, y de forma muy marcada, la justificación de un régimen genocida. En segundo término, porque al hilo de su discurso acusa a las víctimas del mismo de mentirosas, pese a hacerlo bajo un ropaje de corrección. El problema en la injuria y en la difamación colectiva a menudo es el de que normalmente no se aprecia de manera inmediata quién es el perjudicado de forma directa. Los grupos humanos, de los cuales por cierto no da ninguna definición más precisa la STC 214/1991, a menudo son muy grandes o de contenidos bastante difusos, por lo cual sus miembros no sienten con auténtica *intensidad* un ataque de cierta magnitud contra ellos. Los insultos y difamaciones reiteradas pueden originar hostilidad y daño psicológico, pero su envergadura bien puede ser escasa, suponiendo un pequeño *coste* que debe asumirse a cambio de gozar de una amplia libertad de expresión. Pero en el supuesto de la STC Friedman se reproducen varios elementos que suprimirían esa vaguedad:

1) la justificación es de un hecho muy reciente, con lo cual tiene posibilidades de influir aún de manera poderosa en el momento actual. Las medidas para desvirtuarlo, como aquellas de carácter educativo, sólo obtienen resultados a medio o largo plazo.

2) el crimen al que se refiere fue cometido también en un área geográfica y cultural que es también la de nuestro país. Las víctimas formarían parte de un grupo que habría sufrido contexto humillante previo, es decir, marginación e incluso persecuciones durante un largo período de tiempo y en casi toda Europa.

3) el delito de genocidio es de una entidad muy relevante, de hecho el más grave que puede cometerse de acuerdo con nuestras propias leyes y el Derecho Internacional Público⁹. Se refiere a la *eliminación* física de todo un colectivo, no a su *discriminación*.

4) el número de víctimas de tales actos fue también altísimo, y su grupo más extenso fue el del colectivo difamado.

5) las declaraciones del ex-jefe de las Waffen SS defienden como el más deseable un régimen como el nacionalsocialista, directamente ligado a la ejecución del Holocausto, pretendiendo su rehabilitación e incluso mostrando su deseo de que vuelva a emerger otro del mismo signo.

Todos estos rasgos se reproducen también en los supuestos de la STC 235/2007 y en la STS 259/2011. Ciertamente, presuponen *hechos* de carácter histórico, y como señala la primera, no parece adecuado perseguir penalmente la negación del Holocausto. Pero esto no implica que deba reconocerse que quienes rechazan su existencia se hallen, a la vista de todos los testimonios sobre su acaecimiento y los procesos celebrados, en igualdad de condiciones en el campo de la *prueba*. Sabemos que en cualquier proceso civil existen peritos o que a menudo se trabaja sobre la verdad declarada por sentencias anteriores. Así que, desde luego, resulta claro que dispondríamos de tales elementos en el supuesto del genocidio nazi. En parte para ello se celebraron los juicios de Núremberg. Y se halla apuntalado por toda la literatura autobiográfica, médica, psicológica, militar, histórica, etc., que ha flotado alrededor de aquel execrable crimen. E incluso podrían existir aún testimonios directos. Aquel que lo negara al tiempo que difamase activamente a sus víctimas está realizando una *combinación* de actuaciones atacables mediante la correspondiente demanda. Es de conocimiento común que el difamador sólo puede ganar el proceso civil *si demuestra la realidad de sus imputaciones* (Gimeno Sendra, 2007: 657), lo cual no va a poder producirse aquí. En realidad los rasgos que he indicado y que concurren en los supuestos de las STC 214/1991, 235/2007 y en la STS 259/2011 servirían para suministrar parámetros que inclinaran la balanza a favor del derecho al honor, que como sabemos en nuestro sistema constitucional es precisamente el límite a la libertad de expresión (art. 20.4 CE). La doctrina constitucional se ha referido a la ponderación de los mismos, para llegar al criterio que pueda estimarse adecuado a fin de dar prevalencia a uno u otro en el caso de que se trate (Gimeno Sendra, 2007: 656). El colectivo de que se tratara quedaría legitimado, en consonancia con tal jurisprudencia, bajo la premisa de que no se puede cargar todo el coste de la titularidad de un derecho sobre el sacrificio que sufra en otro sólo un determinado grupo de población.

Ahora bien, todo esto no implica que deberían ser derogados los artículos referentes al libelo contra colectivos existentes en el Código Penal español¹⁰. Simplemente, ocurriría que la interpretación adecuada sería la suministrada por la STC 235/2007 y la STS 259/2011, y a la que ya era proclive la propia STC 214/1991, al hablar de "incitación". O al menos creo que tal sería una buena

⁹ Vid. Estatutos del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (8 de agosto de 1945) y de Tokyo (19 de enero de 1946), así como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998.

¹⁰ Los ya mencionados arts. 510.1 y 607.2, pero también el segundo apartado del propio 510, referido a "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".

propuesta. De esta forma podrían delimitarse dos campos distintos pero vecinos, al igual que ocurre con aquellas conductas parecidas pero referentes a víctimas individualizadas. El camino que se abriría tendría unas implicaciones difíciles, referidas a la entidad y cuantificación del daño, la diversidad de posibles reclamantes y, en relación directa con esta última, también al problema de quién sería el destinatario de la indemnización y en qué proporción si fueran varios. Tales dificultades siempre podrían desplazarse con una adecuada técnica jurídica civil, y considerando el viejo aforismo *ubi ius ibi remedium*. Son problemas en todo caso de índole procesal y no sustantivos. El legislador optó poco después de la STC 214/1991 y la 176/1995, y como ha podido comprobarse, por esquivar cualquiera de esas dificultades e introducir varias normas de carácter penal en el ámbito del honor colectivo. Pero pronto se produjo una respuesta judicial reticente a ampliar los límites de la jurisdicción penal de forma excesiva. ¿Era acertada la sospecha de que la jurisdicción civil no iba a dar adecuada respuesta a demandas como la de Violeta Friedman? ¿Se trató de un exceso de celo del legislador absolutamente infundado? Lo cierto es que los parámetros que arriba he presentado quizás deban plasmarse en alguna normativa que otorgue seguridad jurídica al campo que estas líneas han intentado abordar. Y que resulte necesaria una norma específica al estilo de los *torts* civiles que existen en la doctrina anglosajona.

El honor de una persona y su reputación guardan relación con el reconocimiento que se le haga cuando sea víctima de acciones criminales. Atacar su memoria, que a menudo será compartida colectivamente, es una de esas afrentas que no deberían quedar inmunes a las correspondientes acciones legales. Nuestras sociedades giran en torno a unos valores y derechos que ha costado sostener y defender. A menudo el entramado institucional no da respuesta a quienes se perciben de repente como vulnerables frente a la puesta en cuestión de su dignidad como seres humanos.

Bibliografía

- COLINA OQUENDO, P. (2009), "Comentario a los arts. 472-580", en RODRÍGUEZ RAMOS, L. (dir.), *Código Penal. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M., GIMENO SENDRA, V., MORENILLA ALLARD, P. y TORRES DEL MORAL, A. (2007), *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2004), *El Derecho Penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- LANDA GOROSTIZA, J.M. (2001), *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho Penal*, Comares, Granada.
- MUÑOZ CONDE, F. (2009), *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- POLAINO-ORTS, M. (2011), "Delitos relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas", en POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*. Tomo II, Anaya, Madrid, pp. 489-512.
- SAAVEDRA, M. (2006), "El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español", *Persona y Derecho*, Núm. 55, pp. 547-76.
- SUMNER, L.W. (2009), "Incitement and the Regulation of Hate Speech in Canada: A Philosophical Analysis", en 2009, HARE, I. y WEINSTEIN, J., *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, New York, pp. 204-220.