



Universidad
de Alcalá

LOS DELITOS DE ODIO: INCITACIÓN Y DISCURSO DEL ODIO (ART. 510 CP)

HATE CRIMES: INCITEMENT AND HATE SPEECH (ART. 510 CP)

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Presentado por:
D^ª Laura Solís Trapero

Dirigido por:
Dra. D^ª Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz

Alcalá de Henares, a 1 de febrero de 2019

Resumen: Este trabajo muestra un estudio sobre los delitos de odio, más concretamente el delito de discurso del odio o delito de incitación al odio, conceptos todos ellos con un gran desarrollo histórico. Por ello, se aborda su origen en distintos ordenamientos jurídicos (como el americano, pasando por el europeo y acabando con nuestro propio sistema), lo que demuestra que estas acciones no son problema de un solo país. En el trabajo se ofrece además un análisis de los principales elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales del Art. 510 CP y se tratará también la interesante cuestión de si y cómo su regulación choca con derechos fundamentales como el derecho a la libertad de expresión. Con el avance de las tecnologías en el mundo moderno, no es de olvidar una pequeña mención a cómo estas expresiones de incitación de odio cobran protagonismo en Internet y las redes sociales.

Palabras clave: Apología, delitos de odio, derechos fundamentales, discriminación, discurso del odio, hostilidad, incitación al odio, libertad de expresión y motivos discriminatorios.

Abstract: This piece of work presents a formal study about hate crimes, specifically about incitement to hatred and hate speech crimes, concepts that have developed during long periods of time. Due to their extensive history, we will focus on a study of its origins in different legal systems (such as the American, the European and our own Spanish one), which will show that hate expression is a worldwide problem. The work also offers an analysis of the main elements of the criminal offences: *mens rea* and *actus reus*, also it will be discussed the interesting question of how hate speech is against human rights. An example of it would be the freedom of expression. Another important issue we must take into consideration is the massive increase in technology usage by society. This technological boom has made incitement to hatred and hate expressions extremely common on the Internet and social networking sites.

Key words: Apology, bias crimes, discrimination, freedom of expression, incitement to hatred, hate crimes, hate speech, hostility, and human rights.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	Pág. 3
INTRODUCCIÓN	Pág. 5
I. EL ORIGEN DEL DELITO DE ODIO Y DISCURSO DEL ODIO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL: ESTADOS UNIDOS Y EUROPA.....	Pág. 7
1. Modelo americano: leyes y jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	Pág. 8
1.1 <i>EEUU y el delito de odio</i>	Pág. 8
1.2 <i>EEUU y el discurso del odio</i>	Pág. 11
2. Modelo europeo: leyes y jurisprudencia del TEDH.....	Pág. 15
2.1 <i>Europa y el delito de odio</i>	Pág. 15
2.2 <i>Europa y el discurso del odio</i>	Pág. 17
II. CONCEPTO DE ODIO	Pág. 24
1. ¿Qué se entiende por odio?.....	Pág. 24
1.1 <i>Concepto de delito de odio</i>	Pág. 25
1.2 <i>Concepto de discurso del odio</i>	Pág. 30
1.3 <i>Concepto delitos odiosos</i>	Pág. 33
2. Delitos de odio en nuestro ordenamiento	Pág. 33
3. Derecho penal antidiscriminatorio.....	Pág. 35
III. DELITO DE INCITACIÓN AL ODIO EN LA REGULACIÓN NACIONAL: DESDE 1995 HASTA LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 1/2015.....	Pág. 38
1. Origen: desde 1995 hasta la actualidad.....	Pág. 38
2. Bien jurídico protegido	Pág. 42
3. Naturaleza jurídica	Pág. 44
4. Tipos básicos del injusto del Art. 510 CP	Pág. 45

4.1	<i>Tipo de injusto objetivo</i>	Pág. 46
4.1.1	<i>Elementos comunes a las conductas típicas del Art. 510 CP</i>	Pág. 46
4.1.2	<i>Conductas típicas del Art. 510 CP</i>	Pág. 47
4.1.2.1	<i>Conducta típica del Art. 510.1 CP</i>	Pág. 47
4.1.2.2	<i>Conducta típica del Art. 510.2 CP</i>	Pág. 55
4.2	<i>Tipos de injusto subjetivo</i>	Pág. 60
4.2.1	<i>Dolo</i>	Pág. 60
4.2.2	<i>Motivos discriminatorios</i>	Pág. 61
5.	<i>Iter criminis, autoría y participación, y concursos</i>	Pág. 64
5.1	<i>Iter criminis</i>	Pág. 64
5.2	<i>Autoría y participación</i>	Pág. 65
5.3	<i>Concursos</i>	Pág. 66
6.	<i>Los tipos agravados del Art. 510 CP</i>	Pág. 67
6.1	<i>Art. 510.3 CP: por el medio empleado</i>	Pág. 67
6.2	<i>Art. 510.4 CP: por alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor</i>	Pág. 68
7.	<i>Otras disposiciones del Art. 510 CP</i>	Pág. 69
7.1	<i>Pena de inhabilitación especial Art. 510.5 CP</i>	Pág. 69
7.2	<i>Otras medidas procesales Art. 510.6 CP</i>	Pág. 70
8.	<i>Responsabilidad de las personas jurídicas Art. 510.bis</i>	Pág. 71
IV.	DISCURSO DEL ODIO C. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	Pág. 73
1.	<i>Discurso del odio vs. libertad de expresión</i>	Pág. 73
1.1.	<i>El principio de proporcionalidad</i>	Pág. 74
1.2.	<i>El test del discurso del odio</i>	Pág. 77
1.3.	<i>Discurso del odio en la “zona intermedia”</i>	Pág. 79
2.	<i>El discurso del odio en Internet</i>	Pág. 83
	CONCLUSIONES	Pág. 88
	BIBLIOGRAFÍA	Pág. 93
	ANEXO	Pág. 99

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art.: Artículo.

BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales.

C.: Contra

CE: Constitución Española.

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Cfr.: Confer.

COE: Consejo de Europa.

CP: Código Penal.

CPC: Cuadernos de Política Criminal.

Dir.: Director.

Dirs: Directores.

DLL: Diario La Ley.

DP: Derecho penal.

ECRI: Comisión Europea Contra el Racismo.

E.E.U.U: Estados Unidos.

EPC: Estudios Penales y Criminológicos.

Etc.: etcétera.

FBI: Oficina Federal de Investigación.

Fj: Fundamento jurídico.

GEPC: Grupo de Estudios de Política Criminal.

KKK: Ku Klux Klan.

LGBT: Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales.

LLP: La Ley Penal.

LO: Ley Orgánica.

nº: número.

ODHIR: Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos.

OHCHR: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

OIT: Organización Internacional de Trabajo.

ONG: Organización no gubernamental.

ONU: Organización de Naciones Unidas.

Op.cit.: *opus citatum*.

OSCE: Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa.

p.: Página.

Pág.: Página

PE: Parte especial.

pp.: Páginas.

RAJYL: Real Academia de Jurisprudencia Y Legislación.

RDPCrim: Revista de Derecho Penal y Criminología.

REEI: Revista Electrónica de Estudios Internacionales.

RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

s.: Siglo.

ss.: siguientes.

SAN: Sentencia Audiencia Nacional.

SJP: Sentencia Juzgado de lo Penal

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TS: Tribunal Supremo.

UE: Unión Europea.

vs.: versus.

INTRODUCCIÓN

En España la existencia de una comisión de los delitos de odio no tenía importancia hasta hace relativamente muy poco. Lo conocemos en profundidad en la actualidad debido a los esfuerzos de organismos europeos en llevar a cabo una recogida de información y estadísticas por parte de las fuerzas de seguridad de cada uno de los países miembros. Hace unos años podían existir dichos delitos, pero no se contabilizaban de manera oficial, lo que no quiere decir que el delito de incitación al odio o a la violencia haya surgido de la nada. A raíz de su contabilización oficial se crea la primera oficina de la Fiscalía de Delitos de odio de Barcelona en 2010. Y posteriormente en 2013 el Ministerio de Interior elabora el primer informe oficial sobre la evolución de delitos de odio. En España las principales causas de odio o discriminación son la orientación sexual y el racismo y la xenofobia. Causas como la crisis económica como la llegada masiva de inmigrantes así como los actuales atentados terroristas que asolan Europa pueden encontrarse entre los motivos para provocar dichos actos de odio, discriminación y violencia¹.

El presente trabajo tiene como objeto principal el análisis de uno de los tipos delictivos que entran en el catálogo de delitos de odio recogido en el Art. 510 de nuestro Código penal: el delito de incitación al odio o también el delito de discurso del odio.

En el capítulo I presentaremos sus orígenes, que se remontan al siglo XIX en Estados Unidos, y su evolución legislativa desde entonces, así como el origen de la no discriminación y odio en Europa y el resto del mundo tras la finalización de la Segunda guerra mundial y la creación de Naciones Unidas. Dichos acontecimientos marcaron un antes y después en esta materia pues el genocidio judío dejó una herida en la sociedad que no se debe repetir. Esta conmoción constituye una muestra de que los delitos de odio y el discurso del odio son aspectos a legislar a nivel global por todos los ordenamientos jurídicos y de que se deben seguir las pautas que las Recomendaciones y Directivas europeas –entre otras herramientas legales–. Pautas que los códigos de nuestro país siguen.

Tras ver su desarrollo y el impacto en Estados Unidos y Europa, pasaremos en el capítulo II a definir lo que se entiende por delito de odio y discurso del odio y a determinar los elementos que estos deben tener para evitar que un mero sentimiento pueda ser tipificado como un acto delictivo. También mencionaremos por encima un tema interesante y relacionado con la materia de los delitos de odio, que son los delitos

¹ ORTEGA LÓPEZ, *Antropología experimental*, 17, 2017, pp. 20-28.

discriminatorios, centrándonos sin embargo en sus aspectos más esenciales, dado que se trata de un tema muy extenso en cuyo desarrollo no podemos pararnos.

En las siguientes páginas del capítulo III nos centraremos en profundidad en el análisis del delito tipificado en el Art. 510 CP. Así pues, comenzando con el origen de este delito en la legislación española, pasaremos a una posterior investigación sobre los elementos del tipo de injusto, en especial, todas y cada una de las conductas que lo conforman.

El último capítulo lo conformará el análisis de la evolución jurisprudencial que han tenido nuestros tribunales con el paso de las décadas, comparando las posturas desde antes de la reforma de la LO 1/2015 a después de ésta y siguiendo el modelo del capítulo I relativo a los casos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El segundo punto del que se compone este capítulo que cierra el trabajo, es uno que he considerado de bastante interés y cuya inclusión he considerado por ello relevante. Se trata del discurso del odio o la incitación al odio, la violencia y discriminación dentro de Internet y de las redes sociales. El anonimato que puede protegernos dentro de ellas ha provocado que sea uno de los motivos por los que estos mecanismos sirven para expandir y difundir el odio, sustituyendo a los antiguos mecanismos como las octavillas, que eran menos eficaces. Se habla así de un nuevo movimiento que se ha denominado “ciber odio”, un aspecto demasiado al día en nuestras vidas y en relación con el cual todos habremos visto algún caso dentro de los medios de comunicación. El incremento de mensajes de odio por las plataformas de redes sociales que ofrece Internet así como lo que parece un incremento del extremismo de ideas en dichos sitios, han sido en definitiva el detonante que ha motivado la elaboración del presente trabajo y la investigación de este tema.

I. EL ORIGEN DEL DELITO DE ODIOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL. ESTADOS UNIDOS Y EUROPA.

Como primer apartado hablaremos sobre el origen que tienen el delito de odio y el discurso del odio (o el delito de discurso del odio), para conocer de dónde vienen esa terminología, su historia, así como la influencia que ha generado el ámbito internacional en nuestra normativa interna a la hora de regular dichos delitos.

Para ello, comenzaremos hablando sobre cuándo se inicia la regulación del delito de odio (*Hate crimes*) y del delito de discurso del odio (*Hate Speech Crimes*) en Estados Unidos y cómo este país ha influido en Europa. Me centraré en determinados autores y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de EE.UU., por una parte; y la doctrina y jurisprudencia que se adopta en nuestro continente por otra parte. Ambos continentes siguen caminos diferentes, ya que a la hora de tratar los discursos del odio se muestra una ideología distinta en los dos modelos, cosa que no ocurre a la hora de manejar el tema de los delitos de odio. Se dan dos vertientes de estudio, los hechos y actos; y las palabras y el discurso².

La regulación internacional sobre esta materia tiene su origen al término de la segunda guerra mundial, tras vivir los horrores del Holocausto y los crímenes de guerra que se vivieron en la Alemania nazi del Tercer Reich. Este hecho ayudó a la creación de las Naciones Unidas y sobre todo a la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, y dos años después, en 1950, el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Décadas después, en EE.UU., tuvo lugar el momento de mayor auge para la protección de los delitos de odio, con los movimientos para reclamar los derechos civiles durante la década de los 60. Estos movimientos impulsaron la creación de las Leyes de Derechos Civiles de 1964 y 1968³, teniendo como influencia el convenio creado en la ONU como la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1963, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, y posteriormente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

² LANDA GOROSTIZA, Los delitos de odio, 2018, p. 25.

³ *Ibidem*, pp. 39-40.

A partir de estos momentos históricos y estos pilares legislativos en esta materia se siguieron creando Pactos y Tratados de carácter internacional y europeo sobre la persecución de los crímenes de odio, la relación entre delitos de odio y libertad de expresión y con ello su límite en el discurso del odio. Como ejemplos de otros tratados podemos destacar la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de tolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones de 1981.

1. Modelo americano: leyes y jurisprudencia del Tribunal Supremo americano.

1.1 EE.UU. y el delito de odio

La historia de la lucha contra los delitos o crímenes de odio en Estados Unidos empieza después de la guerra de secesión americana en el S.XIX –aunque el gobierno y las autoridades eran reacios a perseguir los crímenes que la gente de raza blanca cometía hacia los afroamericanos⁴–, con la Ley de Derechos Civiles de 1866 y 1875 para proteger a todos los ciudadanos en sus derechos civiles y legales, además de la ley que castigaba conductas discriminatorias como la Ley del Ku Klux Klan de 1871, donde ya se establecían condenas penales. Básicamente se creó esta serie de leyes con el propósito de proteger a los esclavos liberados o *newly-freed slaves* en los Estados del sur, debido a que era la zona donde más peligro tenían estos de ser víctimas de abuso y asesinato, ocupándose a nivel federal sobre todo para que pudiese llevarse a cabo esa protección hacia ellos de una manera mucho más efectiva, especialmente para protegerlos contra actos del KKK. Sin embargo, cabe indicar que en esos tiempos dichas leyes, como la de 1875, no eran muy eficaces a la hora de proteger a los afroamericanos, ya que la Corte Suprema en varios casos las interpretaba de manera que no les daba eficacia o incluso las invalidaba –considerándose a esta etapa como “*evisceration*” (debilitación) *of the Reconstruction Era*; esa actitud siguió hasta mediados del siglo XX⁵.

Como ejemplos podemos encontrar dos sentencias de la Corte Suprema como *Blyew c. Estados Unidos*, caso que relata cómo una familia afroamericana fue asesinada por dos blancos quedando un menor afroamericano como testigo, al que –siguiendo las leyes del Estado de Kentucky, según las cuales los negros no podían testificar contra blancos–, se le negaron tales derechos. Un fiscal federal, en cambio, lo intentó defender con la

⁴ NAIDOO, Fundamina, 23, 2017, p. 23.

⁵ *Ibidem*, pp. 24-26.

mencionada Ley de 1866, lo que la Corte Suprema rechazó con unas alegaciones en las que contorsionó el verdadero sentido de la ley con tal de negar el derecho a testificar del menor. El segundo caso es Estados Unidos c. Cruikshank: en unas elecciones de Luisiana, una milicia blanca asesinó a 100 afroamericanos, y de dicho asesinato solo 3 de los 97 investigados fueron acusados de dicho acto; posteriormente la Corte Suprema los absolvió diciendo que las acusaciones eran vagas y genéricas para decir que los asesinatos habían ido en contra del Derecho constitucional y sido cometidos por razón de su color⁶.

No fue hasta la década de los años 60 con los movimientos para el reconocimiento de los derechos civiles en general de las personas de raza negra, cuando se plasmó una nueva protección para ellos, en las Leyes de Derechos Civiles de 1964 y 1968, que prohibían entre otras cosas la segregación racial y marcaban una nueva etapa moderna de legislación de los *hate crimes*: ya se tenía que mover el autor por un prejuicio.

En los años siguientes lo particular de EE.UU. en cuanto a legislación son sus leyes estatales y las leyes federales. Por ahora en la década de los 60 como leyes federales encontramos la ya mencionada de 1968 y la Ley federal 18 US 245 de 1969, que castigaba el impedimento de que una persona por motivo de su raza o etnia o religión pudiese llevar a cabo ciertas tareas como es coger el transporte público⁷ –ampliando la protección como se puede observar, no solo ya al colectivo de raza negra, si no a otros colectivos o grupos diana⁸–. Dicha ley tenía influencias de los Tratados y Convenios anteriormente creados por la ONU, como por ejemplo la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1963.

Se ve un cambio en la jurisprudencia en el caso Estados Unidos c. Lane, donde un presentador de radio judío fue asesinado por un grupo llamado La Orden, cuyos miembros querían impedirle seguir con las alegaciones que ellos consideraban ofensivas en el programa de radio, diciendo que usaba su posición de judío para expandir sus creencias. El tribunal acabó considerándolo una violación de la Ley de Derechos Civiles de 1968, lo que añadía al ámbito de protección de la ley a otros colectivos más allá de solo los de raza negra.

⁶ NAIDOO, Fundamina, 23, 2017, pp. 24-26.

⁷ DÍAZ LÓPEZ, Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio, 2018, p. 29.

⁸ Denominados así por LANDA GOROSTIZA, RDPCrim, 7, 2012, p. 303.

Estas leyes fueron de las primeras y más importantes en esta materia, hasta 2009; ya que durante todos esos años el modo federal por el que se legislaban los delitos de odio funcionaba mediante leyes estadísticas la Ley Estadística de Delitos de Odio, por la que se recogen y publican, por el Departamento de Justicia, datos sobre los crímenes que se llevaban a cabo de manera evidente por un prejuicio basado en la raza, etnia, religión u origen nacional de la víctima, ampliándose los grupos de protección mediante los años, como por razón de la discapacidad de la persona⁹.

La mentalidad a la hora de regular los delitos de odio cambió en 2009 cuando se promulgó la Ley de Prevención de Delitos de Odio, llamada también Ley Shepard o *Matthew Shepard and James Byrd Jr, Hate Crimes Prevention Act of 2009, 18 USC*, en honor a dos chicos que fueron asesinados a finales de la década de los 90, uno de ellos homosexual, al que mataron y torturaron por ello; y el segundo de raza negra al que el KKK descuartizó. En ella, se incorporó el término *Hate Crimes*, delitos de odio, no simplemente como una agravante, sino como un tipo propio; además se ampliaron los colectivos diana, añadiendo a los comunes la orientación sexual y la discapacidad en el ámbito federal¹⁰.

A nivel federal a lo largo de los años se ha pasado de proteger simplemente grupos por su raza o etnia a grupos en función del sexo, incluyendo también por motivos de género e identidad sexual, y en un futuro se podrá hablar de otros grupos¹¹.

Pasando del nivel federal al nivel estatal, cada Estado tiene competencias para legislar en su propio territorio la materia penal anti-odio de la manera que quiera. Así el primer Estado que aprobó normativa de este estilo fue California en 1978 con el *Hate Crimes Act*, protegiendo cuatro grupos: la raza, el color, la religión y el origen nacional, considerándolos como *status* y no grupos o clases. Se definían en ésta el *status* como un elemento personal de la persona o del individuo en sentido genérico o de categoría universal, y siendo el grupo o la clase una categoría específica. Por ejemplo un status sería la raza y el grupo o clase, la raza negra o asiática¹².

A partir del Estado de California, esta práctica se amplió a otros Estados, sobre todo gracias a la labor de la ONG *Anti-Defamation League*. Ello llevó a una ampliación del

⁹ LANDA GOROSTIZA, Los delitos de odio, 2018, p. 40

¹⁰ Véase ídem, pp.41-42 y DÍAZ LÓPEZ, Informe de Delimitación conceptual en materia de delitos de odio, p. 31.

¹¹ LANDA GOROSTIZA, Los delitos de odio, 2018, p. 44.

¹² DÍAZ LÓPEZ, Informe de Delimitación Conceptual en materia de delitos de odio, 2018, p. 30

concepto de *hate crimes* y de los colectivos a los que se tendrían que proteger, añadiéndose en el plano estatal el colectivo LGTB, el género, la edad...

Todo esto influyó en la posterior legislación en países europeos y en la propia Unión Europea.

1.2 EE.UU. y el discurso del odio

Hemos visto cómo la legislación y jurisprudencia estadounidense regulan los delitos de odio, añadiendo en los actos agravados varios delitos como el homicidio o los abusos; pero para el modelo americano, si algo hay que excluir de los delitos de odio, es el discurso del odio. Gran diferencia aquí con el modelo europeo. Expliquemos pues en qué consiste el modelo americano en cuanto a la regulación y actuación frente al discurso del odio, dependiendo de cómo se toma cada uno el concepto del derecho fundamental de la libertad de expresión.

En la doctrina americana hay cierta división en cuanto a cómo se debería regular el discurso del odio, encontrándonos entonces con autores importantes¹³: en primer lugar, DWORKIN, quien aboga por la total libertad de expresión, de manera que los discursos que podemos considerar odiosos o que odiamos tienen tanta protección como cualquier otro; el segundo, RAWLS, entiende que restringir la libertad de expresión es suspender un poco la democracia; el tercero, POPPER, considera el discurso extremista como un enemigo, y crea lo que es la paradoja de la tolerancia “*si extendemos una tolerancia ilimitada incluso hacia quienes son intolerantes, si no estamos dispuestos a defender la sociedad tolerante frente a la embestida de los intolerantes, entonces el tolerante será destruido, y con él la tolerancia misma*”, “*la tolerancia ilimitada lleva insita la destrucción de la tolerancia*”.¹⁴ Y añade “*Por lo tanto deberíamos reclamar en nombre de la tolerancia, el derecho a no tolerar a los intolerantes*”¹⁵. Y por último, WALDRON, para quien la dignidad de la persona es más importante que el absoluto

¹³ Véase ALCÁCER GUIRAO, Revista española de Derecho Constitucional, 103, 105, p. 46-47. Este autor hace elección de estos autores como más importantes a la hora de hablar de las distintas ideologías a la hora de tratar la libertad de expresión y el discurso de odio. Véase también las fuentes originales: DWORKIN, *Freedom's Law*, 1996; RAWLS, *Political Liberalism*, 1996; POPPER, *The open Society and Its enemies*, 1945; WALDRON, *The harm of hate speech*, 2012.

¹⁴ ALCÁCER GUIRAO, op.cit. pp. 46-47. Véase original POPPER, *The Open Society and Its Enemies*, I, 1962, p.543. “*If we extended unlimited tolerance even to those who are intolerant, if we are not prepared to defend tolerant society against the onslaught of the intolerant, then the tolerant will be destroyed, and tolerance with them*”.

¹⁵ POPPER, *The Open Society and Its Enemies*, I, 1945 p. 543 “*We should claim, in the name of tolerance, the right not to tolerate the intolerant*”.

derecho a la libertad de expresión, de manera que el daño social causado por el discurso de odio es motivo para restringir el derecho.

Es precisamente WALDRON quien me ha parecido más interesante, y por lo que haré un pequeño inciso para hablar de su idea sobre la limitación de la libertad de expresión, digna de mención porque contrastará con el modelo que aquí se va a explicar.

En su obra, *The harm of Hate Speech*, WALDRON aboga por la protección de la dignidad de la persona, entendiendo ésta como el derecho básico que tiene la persona a ser considerada miembro respetable de la sociedad, como alguien cuya pertenencia a una minoría no lo descalificará de la interacción social ordinaria, refiriéndose a su *status* de condición de igual a todos los miembros de la comunidad que la habitan, en su derecho a la justicia básica y a los fundamentos de su reputación. Se comprende la dignidad como ese status sostenido por el derecho en la sociedad como forma de bien público. De manera que es esto lo que el derecho debe proteger de los ataques proferidos por los discursos de odio¹⁶. Aclara que se debe proteger frente a los discursos del odio sí la dignidad de las minorías que han sido difamadas “*pero no su sensibilidad*”¹⁷; y hace clara distinción entre lo que es un ataque a la dignidad y lo que supone una simple ofensa a los sentimientos de una persona.

WALDRON establece unos criterios para saber cuándo el discurso del odio puede suponer un ataque a la dignidad de la persona perteneciente a un grupo, siendo estos¹⁸:

- a) La imputación generalizada a los miembros de un colectivo de hechos ilícitos.
- b) La caracterización a los miembros del colectivo de una manera denigrante.
- c) Hacer referencias a ellos como animales o cosas, vulnerando su condición de ser humano.
- d) Las prohibiciones al acceso a ciertas cosas en función de los rasgos propios de una comunidad o colectivo.

¹⁶ Cfr. WALDRON, *The harm of hate speech*, 2012, pp. 105-106. “dignity in the sense of a person's basic entitlement to be regarded as a member of society in good standing, as someone whose membership of a minorit group does not disqualify him or her from ordinary social interaction. That is what hate speech attacks, and that is what laws suppressing hate speech aim to protect (...)referring to their status as anyone's equal in the community they inhabit, to their entitlement to basic justice, and to the fundamentals of their reputation”

¹⁷ DÍAZ SOTO, *Revista Derecho del Estado*, 34, 2015, p. 88.

¹⁸ Ídem.

Por último WALDRON llega a la idea de la sociedad bien ordenada o *well-ordered society*, anteriormente introducida por RAWLS. Para el primero, ésta está gobernada por una concepción de justicia, donde los ciudadanos no tienen la motivación ni las ganas o deseos de expresarse mediante el discurso del odio, no porque éste desaparezca de la sociedad por medio de la legislación, sino por cambios producidos en la mentalidad de la gente mediante la educación pública o respuestas más productivas y eficaces al discurso del odio¹⁹.

Siguiendo con el modelo americano, éste consiste en resumen, en brindar la máxima tolerancia y libertad, y ello como resultado de su sistema político, el liberalismo clásico, donde apenas se restringen las libertades individuales de las personas y donde el Estado apenas interfiere, sin proteger frente a ataques que lesionen esas libertades por parte de terceros, de esa manera se dota de máxima libertad, resultante de su idea de lo que es la democracia²⁰. Además, se rigen por el total respeto de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América: “*Congress shall make no law respecting (...)or abridging the freedom of speech, or of the press...*”, de manera que queda clara la postura que las leyes y los jueces del Tribunal Supremo adoptan: *no law* (ninguna ley) limitará la libertad de expresión y prensa, mostrando un carácter absoluto y ninguna posibilidad de limitación. Por tanto el Estado debe mostrarse neutral ante cualquier manifestación contra la religión, raza...de manera que no tome parte en posturas enfrentadas en estos casos. La democracia y su idea de fortalecerla dando la mayor libertad de expresión sin limitar sus derechos está por encima de la protección de la dignidad²¹.

Como ejemplos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo americano nos encontramos el caso *Terminiello v. Chicago*, en el cual un sacerdote católico fue denunciado por manifestaciones extremistas –racistas y antisemitas– contra los judíos considerándoles el mal de América ante un gran número de personas en un auditorio. El Tribunal consideró que estaba dentro de su libertad de expresión protegido por la Primera Enmienda y con el derecho de expresarse y manifestar sus ideas, ya que eso es lo que “*nos separa de regímenes totalitarios*”²².

¹⁹ GONZÁLEZ JANSANA, Anuario Derecho Público UPD, p. 591.

²⁰ ALCÁCER GUIRAO, Revista española de Derecho Constitucional, 103,2015, p. 66.

²¹ ALCÁCER GUIRAO, op.cit., p. 48.

²² *Terminiello v. Chicago*, 337 US 4, 16 de mayo 1949 “*The right to speak freely and to promote diversity of ideas and programs is therefore one of the chief distinctions that sets us apart from totalitarian regime*”.

La jurisprudencia de la Corte Suprema cambió de manera mínima de parecer hasta lo que conocemos hoy como el caso *Brandenburg c. Ohio*²³. El caso trató sobre un miembro del KKK que realizó manifestaciones en contra de los judíos y negros en una retransmisión por un medio de comunicación y el que el tribunal de Ohio consideró que hacía pública la incitación a la violencia contra esos colectivos, apoyándose en una Ley del mismo Estado; posteriormente, sin embargo, la Corte Suprema lo absolvió porque no era una incitación suficiente para limitar la Primera Enmienda; es decir, para el Tribunal Supremo actualmente se necesita que esa manifestación incite o produzca inminentes acciones desenfrenadas de violencia, o que realmente sea probable que las produzca y las incite.

Por tanto, parece que la Corte pone ya una pequeña limitación a la libertad de expresión y es que haya una completa certeza de que esos discursos de alguna manera pudieran incitar a la violencia, que pueda generar un peligro incontrolable. Igualmente la Corte aplica a sus criterios fríamente, se trate de lo que se trate: quema de coranes, justificación del holocausto, quemar la bandera...

Un caso más cercano es el *Snyder c. Phelps* de 2011, relativo a un grupo católico guidado por un reverendo que interfirió en un funeral de un marine homosexual con pancartas que ponían “God hates fags” o “Thank you God for dead soldiers” o “America is doomed” refiriéndose a la permisividad del ejército americano al aceptar homosexuales en el ejército. Consideró la Corte que la libertad de expresión del acusado estaba protegida por la Primera Enmienda, ya que la libertad de expresión puede incluso infligir dolor y sufrimiento y en palabras del Tribunal “*Como nación, hemos elegido un camino distinto: proteger el discurso sobre asuntos públicos incluso cuando cause dolor, en aras de no reprimir el debate público*”²⁴, apoyando al reverendo Phelps. Incide la Corte sobre su teoría del *public fórum* o los discursos en los espacio públicos donde las manifestaciones y discurso deben gozar de una mayor protección al tratarse de espacios públicos que abren la veda al debate y proyección de ideas y opiniones, tolerándose en dichos momentos cualquier discurso ofensivo o indignante, ya que el discurso en los espacios públicos o de ámbito político recibe la máxima protección de la Primera Enmienda de la Constitución. Llegan, también a tener

²³ *Brandenburg v. Ohio* 395 US 444 (más), 9 de junio 1969.

²⁴ *Snyder v. Phelps* 562 US 443, 2 de marzo 2011, “As a Nation we have chosen a different course to protect even hurtful speech on public issues to ensure that we do not stifle public debate. That choice requires that we shield Westboro from tort liability for its picketing in this case”.

dichos discursos la denominación de *high value speech*²⁵. El Estado debe siempre proteger aquellos que sean considerados discursos políticos, en ámbitos públicos o que son socialmente relevantes –*public concern test*–, ya que, si interfiere en su limitación, estaría eligiendo una determinada opinión e ideología e interfiriendo en el principio de neutralidad –*viewpoint neutrality*– con el que se mueven²⁶.

En el último caso mencionado, se da una mezcla entre lo públicamente relevante y los discursos sobre asuntos públicos dentro de cuestiones privadas. En estos casos, lo que la Corte Suprema ha decidido es ampliar el discurso público, de manera que aunque en éste haya ciertas cuestiones privadas o trate sobre personas sin repercusión pública, seguirá siendo públicamente relevante y recibiendo toda la protección de la Primera Enmienda²⁷.

2. Modelo europeo: leyes y jurisprudencia del TEDH.

2.1 Europa y el delito de odio

La regulación de los delitos de odio en nuestro continente comienza tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, tras el derrumbamiento del Tercer Reich, y posteriormente con la creación de Naciones Unidas y su Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948. Dichos acontecimientos favorecieron a la creación del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa en 1950, en cuyo Art. 14 se regula la prohibición de la discriminación: “*el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento, o cualquier otra situación*”.

La tendencia a tipificar los de *hate crimes*, proveniente de EE.UU., no entró en el viejo continente hasta 1998 en Reino Unido con la *Crime and Disorder Act* de 1998 en su sección de 28 a 32, donde se establecía una agravación en función de la motivación del autor, bajo el título de *Racially or religiously aggravated offences: England and Wales*²⁸. Su aparición fue por motivo del asesinato de Stephen Lawrence en 1993, un chico de raza negra que fue apuñalado por un clan de blancos mientras esperaba el autobús²⁹. Posteriormente el término *hate crimes* cogido de la doctrina americana fue cogiendo más peso en este país,

²⁵ ALCÁCER GUIRAO, Revista española de Derecho Constitucional, 103, 2015, pp. 61-62.

²⁶ *Ibidem*, p. 63.

²⁷ *Ídem*.

²⁸ < <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/37/contents> > [15/11]

²⁹ < <https://www.bbc.com/news/uk-26465916> > [15/11]

especialmente tras los atentados de Londres en 1995, dejándolo de considerar como “delitos raciales”. Se trataba de una situación algo más seria, donde los autores cometían los crímenes motivados por un odio hacia una característica personal de la víctima³⁰.

En la década de los años 90, se llevó a cabo por el Consejo Europeo una serie de reuniones sobre la lucha contra el racismo y la xenofobia con el fin de proteger los derechos fundamentales recogidos en la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, lo que propició la creación de la Resolución 95/C 296/05 del Consejo y Representantes de los Estados Miembros, relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia en los ámbitos de empleo y asuntos sociales, donde se ponía como objetivo la incriminación dentro de cada Derecho interno de toda incitación a la discriminación, violencia y odio racial o religioso³¹. Ese año 1995 fue precisamente el “Año internacional de la tolerancia” durante el cual por ejemplo, en nuestro país se estableció la agravante por motivos discriminatorios³².

Para la adopción del término de delitos de odio en Europa fue importante la participación de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa –OSCE de aquí en adelante– y su Consejo Ministerial de 2003 en la Decisión sobre Tolerancia y No Discriminación nº4/03 donde se instaba a los Estados parte a llevar a cabo una tarea de registro y análisis estadístico de estos tipos de delitos de odio, así como a hacerlos frente con legislaciones penales y cooperando siempre dichos Estados con la Oficina de Instituciones Democráticas y de Derechos Humanos –en adelante, ODHIR–³³. Por lo tanto, se asignaba dicha organización a seguir una labor investigadora de manera estadística sobre dichos delitos de odio, así como a elaborar un concepto sobre qué debe entenderse por crímenes de odio que sirviese para los Estados y de ayuda para los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad de cada Estado. Dicho concepto se dio en un Proyecto de 2004 que también inspiraría a la Unión Europea.

Como ya se ha visto la Unión Europea también estaba preocupada por el tema de la discriminación y la intolerancia y el racismo, no en vano dio paso a la aprobación y ratificación de numerosas Directivas con el afán de proteger y luchar contra estas prácticas

³⁰ DÍAZ LÓPEZ, Informe de Delimitación Conceptual en materia de delitos de odio, 2018, p. 24.

³¹ Diario Oficial nº C 296 de 10/11/1995 p. 0013 – 0014. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A41995X1110>> [15/11]

³² DIAZ LOPEZ, op.cit, p. 31.

³³ OSCE, Undécima reunión del Consejo Ministerial del 1 y 2 de diciembre de 2003, p. 90. <<https://www.osce.org/es/mc/40537>> [15/11]

xenófobas, discriminadoras... en cualquier ámbito. Pero no fue hasta 2005 cuando el Parlamento Europeo aprobó una resolución de 8 de junio donde se aceptaba la necesidad de agravar las condenas que se llevasen por motivos racistas y xenófobos. Se dio como resultado una de las decisiones más importantes en esta materia, la Decisión Marco 2008/913/JAI. Dicha Decisión otorgaba para los Estados un concepto de crimen de odio (como así expresa en su Artículo 1), indicaba los medios que se debían establecer para castigarlos, sobre todo en materia penal (Art. 3), así como precisaba que la motivación del autor por el odio fuera motivo de agravante (Art. 4); la Decisión Marco consideraba como odio “*al odio basado en la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico*”³⁴. Dos años después se añadirían a los grupos víctimas de estos crímenes los delimitados en función de la orientación sexual y la identidad de género en la Recomendación CM/ REC (2010) 5 del Consejo de Ministros, según la cual los Estados debían crear sanciones también para la protección de esos colectivos. Posteriormente se seguiría incorporando nueva normativa en base a la protección de las víctimas o de manera que se ampliase o se especificase el término de delitos o crímenes de odio³⁵.

2.2 *Europa y el discurso de odio*

Si el nacimiento de la regulación de los crímenes de odio en Europa fue tras la Alemania Nazi y la Segunda Guerra Mundial, el origen de la relativa al discurso del odio va por el mismo camino. Su comienzo tiene lugar tras la caída del nazismo y el crecimiento del comunismo de la Rusia estalinista. Ya se ha indicado que se aprobó en el Consejo de Europa el CEDH cuyo Art. 10 promulgaba la libertad de expresión, pero con ciertos límites en su segundo apartado, sin olvidar (en cuanto a materia de discurso del odio), el Art. 17 sobre el abuso de derecho. Con ello se pretendía impedir actitudes de odio como el nazismo, el fascismo y un comunismo creciente. Posteriormente, a lo largo de los años, ya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en adelante TEDH– ya se encargaría de determinar qué discursos limitan la libertad de expresión (como en el caso de nazismo o neonazismo, fascismo, antisemitismo y comunismo, y más recientemente supuestos de fundamentalismo islámico y de conflicto como la cuestión curda)³⁶.

³⁴ Decisión Marco 2008/913/JAI de 28 de noviembre. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32008F0913>>

³⁵ DÍAZ LÓPEZ, Informe de Delimitación Conceptual en materia de delitos de odio, 2018, pp. 33-35.

³⁶ LANDA GOROSTIZA, Los delitos de odio, 2018, p. 27.

Lo que se puede observar de esto es que en la regulación europea se establecen límites a la libertad de expresión, y lo mismo sucede en la normativa internacional de Derechos Humanos, a continuación, mencionemos algunos casos:

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su Art. 19 establece la libertad de expresión y opinión, en principio sin ningún límite; más adelante, sin embargo, de la redacción de algunos artículos se puede entender la existencia de ciertas restricciones: en especial el Art. 29 apunta la posibilidad de establecer límites “con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”. La doctrina, no obstante, no es unánime en la interpretación de la Declaración.

En otros tratados más específicos como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 se dice que será punible la instigación directa y pública a cometer genocidio. La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 dice en su Art. 4 a) que serán punibles aquellos actos que supongan difusión de ideas de odio racial y discriminación racial así como instar a la comisión de actos violentos contra un grupo por su raza o etnia. También cabe hacer mención al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su Art. 20.2 impone a los Estados prohibir cualquier apología al odio nacional, religioso o racial que constituya incitación a la discriminación y violencia contra ellos.

Cobra importancia en el Consejo de Europa la Recomendación 97 (20) de 1997, en la que se da para los Estados una definición de discurso del odio, del cual se acaba entendiendo que la censura va dirigida a aquellos discursos que promueven la intolerancia hacia grupos minoritarios; por tanto esas formas de intolerancia en el discurso se resumen en el “*nacionalismo extremo y la discriminación y hostilidad contra las minorías*”, siendo éstos los discursos a los que los Estados deben aplicar el límite al derecho de libertad de expresión. Por otro lado, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia que tuvo como resultado la Recomendación General nº 7 de 2002, donde se imponía a los Estados parte la obligación de establecer sanciones penales contra toda difusión contra el racismo, sin

necesidad de que acabase en violencia; posteriormente en el tiempo, se acabaría añadiendo al odio racista o xenófobo, el odio religioso³⁷.

En la UE la Decisión Marco de 2008/913/JAI (que mencionamos en el apartado anterior) también se expresa en relación con los discursos de odio y que obliga a los Estados a imponer penas por los actos cometidos con *“objetivos racistas o xenófobos, tales como la incitación pública a la violencia o al odio; la difusión, por cualquier medio, de escritos, imágenes u otros soportes de contenido racista o xenófobo; la apología pública, negación o trivialización flagrante de los crímenes de genocidio y contra la humanidad, cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo”*³⁸.

Pasando de la normativa europea, a la doctrina del TEDH, se aprecia la misma corriente hacia la limitación a la libertad de expresión en ciertos supuestos. El TEDH, a diferencia de la Corte Suprema americana, tira más a un modelo de protección que a uno de completa libertad. El TEDH plantea el rechazo al discurso del odio objeto por la vía del Art. 10.2 y 17 CEDH. Establece el Art. 10.2 que el ejercicio de la libertad de expresión entraña unas limitaciones y restricciones para proteger la seguridad nacional, la seguridad pública, protección de la salud o de la moral... Y el Art. 17 establece que ninguna de las disposiciones otorga derecho a realizar actos tendentes a la destrucción de los derechos y libertades que se reconocen en el Convenio.

Podría decirse que el TEDH toma tres posturas diferentes a la hora de decidir en los distintos casos³⁹.

- a) Así pues, a la hora de juzgar sobre los discursos que sean explícitamente racistas o xenófobo, o relativos a la negación o revisión del Holocausto nazi, toma una postura clara y los rechaza aplicando el Art. 17 por abuso de derecho. Nos encontramos con lo que se ha denominado efecto “guillotina”⁴⁰. Como ejemplo de esto tenemos el caso *Garaudy c. Francia*⁴¹ de 2003; en este caso, el acusado había publicado un libro que negaba los actos contra la comunidad judía y cuestionaba la existencia del Holocausto; el Tribunal no le dio la protección.

³⁷ DÍAZ SOTO, Revista Derecho del Estado, 34, 2015, pp. 82-86.

³⁸ ALCÁCER GUIRAO, Revista española de Derecho Constitucional, 103, 2015, p. 83.

³⁹ QUESADA ALCALÁ, REEI, 30, 2015, p. 10.

⁴⁰ LANDA GOROSTIZA, Los delitos de odio, 2018, p. 30.

⁴¹ STEDH *Garaudy c. Francia* (no. 65831/01), 24 de junio de 2003.

Igual es el caso de *M'Bala c. Francia*⁴² de 2015, donde un cómico con actividad política realizó un show donde se dedicó a ridiculizar a la comunidad judía y a trivializar el Holocausto, además de negar la existencia de cámaras de gas; el Tribunal lo condenó por la vía del abuso de derecho.

Sin embargo, parece ser que el TEDH no condena contra todo crimen contra la humanidad; un ejemplo es el caso de *Lehideux c. Francia*⁴³ de 1998, en el que una persona publicó un anuncio publicitario con una valoración positiva de Petain por la colaboración con el régimen de Hitler, lo que constituía un supuesto de revisionismo. Pero en este caso al entender el TEDH que no estaba ligado directamente a un revisionismo del régimen nazi, lo consideró dentro de los parámetros de la libertad de expresión.

- b) En la segunda postura que adopta, no toma una decisión clara, sino que tiende más a tener en cuenta los hechos y la situación exacta del supuesto de hecho con un análisis más a fondo del contexto que del contenido del discurso. En el espacio de decisión, entonces, varía (aparte de los hechos), el colectivo diana al que el discurso puede ir dirigido. Por ejemplo en el caso de *Féret c. Bélgica*⁴⁴ de 2009, relativo a un político belga que realizaba discursos antiinmigración, el TEDH acaba decidiendo que su conducta no tiene cabida dentro de la protección del Art. 10 a pesar de ser un político cuyo derecho de libertad de expresión sería más amplio; el Tribunal entendió que precisamente por esa razón se debe tener un deber especial de cautela y prestó más atención al conjunto de hechos ya que se realizaron mediante el reparto de octavillas (que podían considerarse discursos provocadores) en un periodo electoral. Con ello quedó asimismo de manifiesto que el TEDH no solo limita los discursos que lleven directamente a actos violentos, sino también los que suponen una incitación indirecta.
- c) Una tercera postura sería la relativa a aquellos supuestos que el Tribunal de Estrasburgo considera dentro de la protección del Art. 10, es decir, en los que no se da la existencia de ningún discurso de odio. Por ejemplo el caso *Gündüz*

⁴² STEDH *M'Bala c. Francia* (no.25239/15), 20 de octubre de 2015.

⁴³ STEDH *Lehideux c. Francia* (no.24662/94), 27 de septiembre de 1998.

⁴⁴ STEDH *Féret c. Bélgica* (no.15615/07), 16 de julio de 2009.

c. Turquía⁴⁵; aquí el demandante que pertenecía a un grupo islamista, dijo en un programa de debate que la democracia tenía instituciones “impías” y que debería llevarse a cabo una remodelación de la democracia en función de la Ley de la Sharia; fue condenado por incitar al odio y hostilidad sobre la base de una distinción por la pertenencia de un grupo a una religión⁴⁶, manifestaciones que fueron protegidas por el TEDH bajo el Art. 10. Otro supuesto parecido fue Dink c. Turquía⁴⁷ sobre denigración nacional, en él, el director de un periódico, que publicó unos artículos sobre los turcos con origen armenio, fue hallado culpable por “*denigrating Turkish identity*” (denigrar la identidad turca) y posteriormente fue asesinado. Al igual que en el caso anterior, el TEDH consideró que estaba amparado por la libertad de expresión, ya que no incitaba al odio ni a la violencia, además de dar voz a la minoría armenia presente en Turquía, ofreciendo sus ideas y opinión en un espacio público dentro de una sociedad democrática, el TEDH añadió que el debate sobre hechos históricos en sociedades democráticas deberían tener lugar en total libertad, como parte del derecho a la libertad de expresión⁴⁸.

Por otra parte, el Tribunal ha ido extendiendo el discurso del odio a otros colectivos como por ejemplo en el caso Vejdeland y otros c. Suecia⁴⁹ de 2012; unos adolescentes repartieron en un instituto una serie de panfletos donde se difamaba la imagen del colectivo homosexual, expresando que era una orientación sexual desviada y atribuyéndoles la propagación del VIH. Los adolescentes se defendieron alegando que se trataba de investigación científica dirigida a dar un poco más de objetividad al sistema educativo, sin embargo el Tribunal lo consideró como un ataque al colectivo homosexual al ser unas alegaciones serias y perjudiciales, aunque no hubiese una incitación directa al odio;

⁴⁵ TEDH Gündüz c. Turquía (no. 35071/97), de 14 de junio de 2004.

⁴⁶ TEDH, Factsheet, 2018, p. 6. “The applicant was a self-proclaimed member of an Islamist sect. During a televised debate broadcast in the late evening, he spoke very critically of democracy, describing contemporary secular institutions as “impious”, fiercely criticising secular and democratic principles and openly calling for the introduction of Sharia law. He was convicted of openly inciting the population to hatred and hostility on the basis of a distinction founded on membership of a religion or denomination”.

⁴⁷ TEDH Dink c. Turquía (no. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 and 7124/09), de 14 de septiembre de 2010.

⁴⁸ TEDH, Factsheet, 2018, p. 9. “the series of articles taken overall did not incite others to violence, resistance or revolt. The author had been writing in his capacity as a journalist and editor-in-chief of a Turkish-Armenian newspaper, commenting on issues concerning the Armenian minority (...) He had merely been conveying his ideas and opinions on an issue of public concern in a democratic society. In such societies, the debate surrounding historical events of a particularly serious nature should be able to take place freely, and it was an integral part of freedom of expression to seek historical truth”.

⁴⁹ TEDH Vejdeland y otros c. Suecia (no.1813/07), de 5 de septiembre de 2012.

y añadió además que se equiparaba la gravedad del discurso contra los homosexuales con el discurso racista⁵⁰.

Observamos que la jurisprudencia del TEDH se diferencia completamente de la postura tomada por la Corte Suprema americana, dando lugar a un modelo distinto, el modelo europeo. Este se caracteriza porque el Estado toma parte en una postura, ya que “*la neutralidad del Estado es el suicidio de la democracia*”, de manera que se lucha contra los intolerantes, a diferencia de EE.UU. Por ello, en Europa, al rechazar los discursos vejatorios y degradantes, se apoya (por encima de la libertad de expresión), el derecho al honor y la dignidad de las personas o de los colectivos. Por así decirlo, en los países europeos la práctica que se sigue es la de aceptar un “*efecto horizontal de los derechos*”, de manera que éstos pueden surtir efectos entre los particulares, y su violación puede ser reclamada ante el Estado. Entonces, se sigue la regla de “*tu libertad acaba donde empieza la mía*”. Para la mentalidad europea el Estado debe ser el protector de los derechos de los ciudadanos⁵¹.

Se puede resumir dicha idea en un par de sentencias del TEDH, como la correspondiente al caso *Handyside c. Reino Unido*⁵² de 1976, que dice:

*“La libertad de expresión constituye una de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática, una de las condiciones básicas para el progreso y evolución de cada hombre. Sujeto al párrafo 2 del Art.10, es aplicable no solo a la “información” o “ideas” que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o como una cuestión de indiferencia, si no como también a esas que ofenden, que conmocionan o molestan al Estado o cualquier sector de la población. Esas son las demandas del pluralismo, la tolerancia y la mendicidad sin las cuáles no hay una “sociedad democrática”. Esto significa, entre otras cosas, que toda “formalidad”, “condición”, “restricción” o “penalización” impuesta en esta esfera debe ser proporcional a la legitimidad del objetivo perseguido”*⁵³.

⁵⁰ TEDH, Factsheet, 2018, p.7. “The Court found that these statements had constituted serious and prejudicial allegations, even if they had not been a direct call to hateful acts. The Court stressed that discrimination based on sexual orientation was as serious as discrimination based on race, origin or color”.

⁵¹ ALCÁCER GUIRAO, Revista española de Derecho Constitucional, 103, 2015, pp. 65-67.

⁵² TEDH *Handyside c. Reino Unido* (no. 5493/72), de 7 de diciembre de 1976.

⁵³ “Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of [a democratic] society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10 [of the European Convention on Human Rights], it is applicable not only to ‘information’ or ‘ideas’ that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no ‘democratic society’. This means, amongst other things, that every ‘formality’, ‘condition’, ‘restriction’ or ‘penalty’ imposed in this sphere must be proportionate to the legitimate aim pursued.”

También expresa en el caso Erbakan c. Turquía⁵⁴ de 2006 que:

“La tolerancia y respeto por la dignidad equitativa de todos los seres humanos constituye los fundamentos de una sociedad democrática y pluralista. Ello, como principio, puede considerarse necesario en determinadas sociedades democráticas la sanción o incluso prevención de todas las formas de expresión cuya extensión, incitación, promoción o justificación del odio sea en la intolerancia..., siempre que cualquier formalidad, condición, restricción o penalización impuestas son proporcionadas para legitimar el objetivo perseguido”⁵⁵.

En resumen, se podría decir que lo el TEDH pretende buscar es la protección de la sociedad democrática respetando siempre las opiniones diversas como (incluso las expresiones y manifestaciones ofensivas y maliciosas), ya que la libertad de expresión no solo ampara aquellas ideas que creemos nosotros mismos como justas, sino también aquello que podemos considerar ofensivo para nuestros sentimientos; todo ello es en principio fruto del pluralismo que caracteriza a esa “sociedad democrática”, siempre y cuando no rompa los parámetros de respeto y tolerancia a la dignidad de todo ciudadano, que debe ser considerado igual al resto. Por ello, quedan fuera de la libertad de expresión y pueden ser punibles aquellos ataques a la dignidad que sean fruto de una grave intolerancia. Dicho esto, el castigo habrá de ser siempre proporcional para no alejarse del objetivo de los Estados parte de mantener un Estado Democrático.

⁵⁴ STEDH Erbakan c. Turquía, de 6 de julio de 2006.

⁵⁵ “[T]olerance and respect for the equal dignity of all human beings constitute the foundations of a democratic, pluralistic society. That being so, as a matter of principle it may be considered necessary in certain democratic societies to sanction or even prevent all forms of expression which spread, incite, promote or justify hatred based on intolerance ..., provided that any ‘formalities’, ‘conditions’, ‘restrictions’ or ‘penalties’ imposed are proportionate to the legitimate aim pursued.”

II. CONCEPTO DE ODIIO, DELITO DE ODIIO Y DISCURSO DE ODIIO

Generalmente cuando oímos la palabra “odio” lo achacamos a un sentimiento que todo ser humano puede llegar a sentir hacia una persona, animal, cosa... Pero en el ámbito penal, ¿qué podemos entender por “delitos de odio” y “discurso del odio”? ¿Qué elementos deben reunir para que evitemos castigar meramente por sentir?

1. Delitos de odio y discurso del odio

Para poder elaborar una definición de odio o saber qué podemos entender por odio, deberíamos estudiar su origen etimológico, así como la definición que ofrece la Real Academia Española de la Lengua. Según ésta, odio es una palabra que proviene del latín *odium*⁵⁶, y que viene a significar “*Antipatía o aversión hacia algo o alguien cuyo mal se desea*”⁵⁷, así pues, pues el diccionario de la lengua española viene a definirlo como un sentimiento más y ofrece una definición genérica que no entra a dilucidar con muchos detalles, lo que para el ámbito jurídico necesitamos.

En un estado democrático como el nuestro, castigar a las personas por un simple sentimiento de odio, atentaría contra el principio limitador del *ius puniendi* de responsabilidad personal por el hecho, según el cual “*no puede haber delito y por tanto pena sin una concreta acción o conducta y sobre ella tiene que versar la descripción de la ley (...) Prohíbe por tanto que se pueda apreciar delito e imponer pena sin una acción o hecho concreto que pueda ser soporte de delito y que esté probado, o sea que se pueda penar sólo por el modo de ser o carácter negativo o peligroso del sujeto o por el dato impreciso de su modo de conducirse o comportarse a lo largo del tiempo*”⁵⁸. El fiscal DOLZ LAGO expresa que no deben penalizarse los sentimientos, pero según sus palabras muchas de las conductas típicas que conocemos “*son descripciones de conductas humanas, y que éstas se inspiran, básicamente, en la condición humana, también en los sentimientos humanos*”⁵⁹ entre los que incluye claramente el odio.

Lo que preocupa actualmente al Estado y la sociedad es que personas impulsadas por el sentimiento de odio pueden llegar a cometer ciertos actos delictivos; de ahí el concepto de “delitos de odio”, relativo a aquellos actos antijurídicos cometidos por personas impulsadas por el odio. Pero no solo tienen por qué acabar con un resultado

⁵⁶ < <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=odio> > [7/11]

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal, 2º, 2012, p. 24.

⁵⁹ DOLZ LAGO, DLL, 8.712, 2016, p. 4.

lesivo, también podemos llegar a incluir aquéllos actos o conductas impulsadas por el odio que creen un clima que promueva la hostilidad frente a ciertos grupos vulnerables, es decir, que se lleven a cabo conductas discriminatorias. Por ello muchos autores llegan a considerar que el término de delitos de odio podría sustituirse de una manera más apropiada por el de como delitos discriminatorios, así lo menciona CÁMARA ARROYO⁶⁰.

Pero como dice FUENTES OSORIO – sobre el concepto de delitos de odio y no delitos discriminatorios–, “*El proceso de creación de los delitos de odio se articula, en consecuencia, entorno al concepto de odio*”⁶¹. Y a su vez se pregunta cómo se ha podido recurrir al Derecho penal para regular una emoción con efectos y concepto vago para este ámbito. Así intenta dar respuesta a su propia pregunta con un estudio del concepto de “delitos de odio”.

Por ello llevaremos a cabo nosotros en este apartado un estudio sobre la terminología del delito de odio, y analizaremos qué es el de “discurso del odio”.

1.1. *Concepto de delitos de odio*

Ya hemos mencionado que la motivación del odio a cometer un delito puede dar lugar a varias concepciones sobre el tipo de injusto que produce. No toda la doctrina está de acuerdo en determinarlo como delito de odio, sino más bien delito discriminatorio o incluso delitos por prejuicios. Entonces, ¿un delito motivado por el odio estaría bien determinado como delito de odio o como delito discriminatorio? Éste último concepto lo podemos ver por CÁMARA ARROYO mencionando a LAURENZO COPELLO que piensa que el odio promueve delitos condicionados ideológicamente y movidos por la intolerancia y sentimiento discriminatorio⁶².

En el Derecho anglosajón, en Estados Unidos, suelen usar las expresiones de *Bias Crime* y *Hate Crime*. ¿Qué significan ambas expresiones? *Bias* vendría a significar prejuicio por lo que *Bias Crime* podría entenderse como delitos prejuiciosos, cometidos éstos por un prejuicio que mueve al autor⁶³. Este término como ya he dicho tiene su origen en Estados Unidos, y ha sido definido por el FBI que brinda una definición de *hate crimes* donde viene el término *bias* o prejuicio: “*Una infracción penal cometida contra una persona o propiedad que está*

⁶⁰ CÁMARA ARROYO, LLP, 130, 2018, p. 3.

⁶¹ FUENTES OSORIO, RECPC, 19-27, 2017, p. 3.

⁶² CÁMARA ARROYO, LLP, 2018, p. 3.

⁶³ DÍAZ LÓPEZ, Informe de Delimitación conceptual de los delitos de odio, 2018, p. 19

*motivada, total o parcialmente, por el prejuicio (bias) del autor contra una raza, religión, discapacidad, orientación sexual, u origen étnico/nacional; también conocidos como Crímenes de Odio (hate crimes)*⁶⁴”.

El Departamento de Policía de la ciudad de Nueva York lo entiende como “*cualquier ofensa o acto ilícito motivado en todo o en parte por la identificación de una persona, un grupo, o un lugar con una raza, color religión, etnia, género, edad, discapacidad, ancestro, origen nacional, u orientación sexual (incluyendo gay, lesbiana, bi-sexual, y transexual) según lo determine el Comandante, Unidad de Investigación de Incidentes Sesgos*”⁶⁵.

En Europa se ha seguido el mismo ejemplo: así, la OSCE define *bias* en los *hate crimes* del siguiente modo:

*“Motivación prejuiciosa significa que el perpetrador elige un objetivo de delito basado en características protegidas: el objetivo puede ser una persona, grupo de personas o propiedad asociada a un grupo que comparte una característica protegida; en una característica protegida es fundamental un núcleo característico compartido por un grupo, como la raza, religión, etnia, lengua o orientación sexual”*⁶⁶.

También lo define así:

*“Motivación prejuiciosa puede definirse de manera amplia como opiniones negativas preconcebidas, suposiciones estereotipadas, intolerancia u odio directo hacia un grupo particular que comparte características comunes, como la raza, etnia, lenguaje, religión, nacionalidad, orientación sexual, género, o cualquier otra característica fundamental. Las personas con discapacidad pueden ser también víctimas de delitos de odio”*⁶⁷.

⁶⁴ “Criminal offense against a person or property motivated in whole or in part by an offender’s bias against a race, religion, disability, sexual orientation, ethnicity, gender, or gender identity” <<https://www.fbi.gov/investigate/civil-rights/hate-crimes> > [28/11]

⁶⁵ “A bias incident is any offense or unlawful act that is motivated in whole or substantial part by a person’s, a group’s or a place’s identification with a particular race, color, religion, ethnicity, gender, age, disability, ancestry, national origin or sexual orientation (including gay, lesbian, bi-sexual, and transgender) as determined by the Commanding Officer of the Hate Crime Task Force.” <<https://www1.nyc.gov/site/nypd/services/law-enforcement/hate-crimes.page> > [29/11]

⁶⁶ “Bias motivation” means that the perpetrator chose the target of the crime based on protected characteristics: the target may be a person, people or property associated with a group that shares a protected characteristic.; a protected characteristic is a fundamental or core characteristic shared by a group, such as “race”, religion, ethnicity, language or sexual orientation” OSCE, Understanding Hate Crimes, 2010, p.7. <<https://www.osce.org/odihr/104165?download=true> > [28/11]

⁶⁷ “Bias motivations can be broadly defined as preconceived negative opinions, stereotypical assumptions, intolerance or hatred directed to a particular group that shares a common characteristic, such as race, ethnicity, language, religion, nationality, sexual orientation, gender or any other fundamental characteristic. People with disabilities may also be victims of hate crimes” < <http://hatecrime.osce.org/what-hate-crime> > [29/11]

Simplemente por tener un prejuicio y desarrollar malos sentimientos por una persona no cometemos ningún delito, es necesario que el odio o el prejuicio de la persona se materialice y que éstos sean visibles para el resto de personas, convirtiéndose entonces en un delito de odio o *hate crime*. Si no, no sabremos si el ataque a un determinado colectivo está o no llevado por un prejuicio u odio. De esto podemos observar que ambos términos podrían ser sinónimos o al menos estar muy relacionados el uno con el otro.

El término de *Hate Crime* o crimen de odio, como ya hemos dicho tiene una larga historia en EEUU⁶⁸. Ciertos autores como Garfield o Petrosino, que no dan una definición como tal, expresaban que para que sea un crimen de odio se debería realizar contra un colectivo que fuese una minoría que hubiese sufrido históricamente discriminación, un colectivo débil económicamente o políticamente, o una minoría cultural respecto del autor del delito⁶⁹; es decir, crimen de odio podría ser aquel acto que va dirigido a una persona que pertenece o a la que se le puede agrupar a un colectivo que sea más vulnerable, posiblemente porque el autor –de manera subjetiva– quiere mantener su estatus social superior, lo que daría una idea de simbolismo en estos delitos calificados también como *symbolic crimes*⁷⁰.

Con ambas definiciones extraemos una idea de lo que podemos entender como delito de odio. Varios autores consideran que para dar una definición de este concepto se debe atender a distintas categorías en función de una especialidad, así pues muchos definen el delito de odio desde la perspectiva del bien jurídico protegido, desde el *animus* del autor, en función del sujeto pasivo, u otros criterios; pero en todo esto se entrará más en detalle en sus respectivos apartados, por lo que ahora nos quedaremos con las siguientes definiciones.

En Europa, podemos encontrar una definición de delitos de odio dada por la institución de la OSCE como:

“Actos delictivos motivados por un prejuicio dirigido a un grupo de gente particular. Para ser considerado como delito de odio, la ofensa debe conocer dos criterios: primero, el acto debe constituir una

⁶⁸ Véase el Capítulo I de este mismo trabajo.

⁶⁹ DÍAZ LOPEZ, Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio, 2018, pp. 19-27.

⁷⁰ PERRY, In the name of Hate. Understanding Hate Crimes, 2001, p.10 y ss.

*ofensa que esté bajo la ley penal; segundo, el acto debe haber sido motivado por un prejuicio*⁷¹. Además en la misma página amplía que: “*Los delitos de odio pueden incluir amenazas, daños en la propiedad, asalto, asesinato, o cualquier acto delictivo con una motivación prejuiciosa. Delitos de odio no solo afecta a personas individuales de un grupo concreto. Las personas o la propiedad simplemente asociadas con – o incluso percibidas como miembros de – un grupo que comparte unas características protegidas, como los defensores de los derechos humanos, centros comunitarios o lugares del culto, puede ser también objetivo de delitos de odio*”⁷².

Dentro del currículum del Programa Piloto para Agentes y Fuerzas de Seguridad para Combatir los Delitos de odio, proyecto elaborado en Hungría y España en el año 2004, se definía como:

“Cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo como los definidos en la parte B. (B) Un grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su “orientación o identidad sexual” real o percibida”⁷³.

En la decisión 9/09 la OSCE ofrece una breve y concisa definición de delito de odio: “*Son actos delictivos cometidos por un prejuicio*”⁷⁴

Por otra parte desde una perspectiva sociológica se podría entender los delitos de odio como “*conductas violentas o actos de hostilidad e intimidación dirigidos hacia personas seleccionadas por su identidad, que es percibida como «diferente» por quienes actúan de esta forma*”⁷⁵.

En el ámbito interno de nuestro país el Ministerio del Interior se encargó de dar una definición de delito de odio como “*todas aquellas infracciones penales y administrativas contra personas o la propiedad por cuestiones de raza, etnia, religión, o práctica religiosa, edad, discapacidad,*

⁷¹ “Criminal acts motivated by bias or prejudice towards particular groups of people. To be considered a hate crime, the offence must meet two criteria: First, the act must constitute an offence under criminal law; second, the act must have been motivated by bias” < <http://hatecrime.osce.org/what-hate-crime> > [29/11]

⁷² Ídem, “Hate crimes can include threats, property damage, assault, murder or any other criminal offence committed with a bias motivation. Hate crimes don't only affect individuals from specific groups. People or property merely associated with – or even perceived to be a member of – a group that shares a protected characteristic, such as human rights defenders, community centres or places of worship, can also be targets of hate crimes”.

⁷³ IBARRA/ STOHAL, La lucha contra los delitos de odio en la Región OSCE, 2005, p. 11.

⁷⁴ “Hate crimes are criminal offences committed with a bias motive” Decisión nº9/2009, de 2 de diciembre, < <https://www.osce.org/cio/40695?download=true> > [29/11]

⁷⁵ CAMARA ARROYO, LLP, 130, 2018, p. 5.

*orientación o identidad sexual, por razones de género, situación de pobreza y exclusión social o cualquier otro factor similar, como las diferencias ideológicas”*⁷⁶

Dicho esto, hay dos conceptos sobre el delito de odio en función del modelo legislativo que se quiera adherir al tipo penal. Nos encontramos primero con el modelo de animosidad. Según el cual delito de odio es aquel causado por una persona movida por el prejuicio hacia un estereotipo⁷⁷ que representa una condición personal de la víctima sea cual sea dicha condición (punto de vista de un móvil prejuicioso discriminatorio); y en segundo lugar, con el modelo de discriminación selectiva, según el cual para que haya un delito de odio no es tan importante que se haya movido el autor por un prejuicio o intolerancia; basta con que haya una carga ofensiva hacia un colectivo tradicionalmente minoritario por una concreta condición personal del sujeto pasivo. Tiene que ver con el modo legislativo ya que ambas definiciones de delitos de odio tienden a proteger una cosa distinta; en la primera definición podemos ver que se relaciona con una acción donde ha habido un prejuicio; y en el segundo simplemente se relaciona con la defensa de un colectivo concreto que ha sido discriminado históricamente⁷⁸.

La definición que ofrece el Diccionario Jurídico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (RAJYL) tiene que ver con esta anterior idea:

“Conjunto de delitos que admiten varias acepciones. En primer lugar, tal denominación se refiere a aquellos delitos agravados por haber sido cometidos con una determinada motivación o móvil, consistente en el odio o prejuicio del autor hacia un estereotipo caracterizado por una condición personal, real o sólo por él percibida, de su víctima (etnia, sexo, creencias, etc.). Alternativamente, también puede referirse este concepto a aquellos delitos cuya comisión, con independencia de la motivación real del autor, conlleve una carga ofensiva, humillante o intimidatoria hacia un colectivo social que haya sido tradicionalmente objeto de discriminación por razón de alguna de dichas condiciones personales. Pueden incluirse entre estos delitos o crímenes de odio todos aquellos a los que fuera de aplicación la circunstancia agravante genérica de motivos discriminatorios, así como diversos tipos de la parte especial del Código, paradigmáticamente los relativos al

⁷⁶ MINISTERIO DEL INTERIOR, Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España, 2015, p. 3.

⁷⁷ Normalmente un estereotipo negativo “que va ligado a un grupo que se adjudica la persona en particular por pertenecer a él (...) Los estereotipos proporcionan una visión altamente exagerada de unas pocas características algunos son inventados, carecen de base real o se muestran verosímiles porque en una pequeña proporción pueden ser reales; en los estereotipos negativos, o prejuicios, las características positivas se omiten o infravaloran, no aportan ninguna información sobre sus causas; no facilitan el cambio y, sobre todo, no tienen en cuenta las diferencias entre individuos del mismo grupo” Algo que la persona víctima de eso no puede modificar y que la persona que ve esos estereotipos tampoco puede cambiar la visión de esos rasgos, lo que acaba produciendo una estigmatización social. REY MARTINEZ, Revista de Derecho Político, 100, 2017, p. 137.

⁷⁸ Cfr. DÍAZ LOPEZ, Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio, 2018, p. 38.

llamado “discurso del odio” (entre los que se encuentra el delito de incitación al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél del art. 510 CP).”⁷⁹

Por último, a modo de enfatizar en las definiciones, diremos que delitos de odio son aquéllos actos delictivos que son movidos por un prejuicio hacia una persona o grupo que reúne una serie de características personales que lo relacionan con un colectivo, sea esa relación real o percibida. Este concepto es el recogido en las agravantes. También, conforme a la segunda definición de delitos de odio son todos los actos que, con independencia de los motivos por los que el autor se haya movido, provocan una humillación o un daño a la persona o grupo que pertenece a un colectivo protegido.

1.2. Concepto de discurso del odio

El discurso del odio, o en inglés *hate speech*, se puede entender como una serie de manifestaciones –que pueden ser orales y escritas⁸⁰– que suelen llegar a motivar, o quizás más correctamente incitar, a realizar actos discriminatorios o violentos hacia un colectivo por razón de su raza, etnia, orientación sexual, sexo y religión, o incluso a generar un clima de hostilidad a través de prejuicios e intolerancia. Por ejemplo para el autor SUMMER, entendía que el discurso del odio es “cualquier forma de expresión cuyo propósito principal sea el de insultar a los miembros de un grupo social identificado por características tales como su raza, etnia, religión, orientación sexual, o para despertar enemistad u hostilidad contra él”⁸¹.

Más exactamente podemos encontrar el concepto en la Recomendación R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 30 de octubre, que considera *hate speech* como “todas las formas de expresión que difundan, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo, u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia expresada por el nacionalismo agresivo o etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante”⁸².

⁷⁹ RAJYL, 2016.

⁸⁰ STC 176/1995, de 11-12. Donde se declaró fuera de los límites de la libertad de expresión un tebeo que relataba a modo de burla los campos de concentración judíos, demostrando un desprecio y odio hacia el colectivo judío. En palabras del TC “A lo largo de sus casi cien 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”.

⁸¹ CUEVA FERNÁNDEZ, DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35, 2012, p. 438. Véase original SUMMER, *Incitement and the Regulation of Hate Speech*, 2009, pp. 207 y 208.

⁸² COE, Recommendation R (97) 20

<<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680505d5b>> [30/11]

Sin embargo, con este concepto hay una clara problemática y es que no todo lo que se pueda llegar a decir de manera verbal o escrita y resulte ofensivo o dañino es considerado discurso del odio; por ello, se debe estar normalmente al caso concreto ante el que el correspondiente juzgado o tribunal se encuentre, de esta manera, al fin y al cabo se pueden recabar ciertos aspectos que cada caso tenga en común para poder llegar a un “*determinado patrón de supuestos*”⁸³. Todo ello, quizás, porque tanto la regulación europea sobre este aspecto así como posteriormente nuestro Tribunal Constitucional han ofrecido una definición algo “floja” donde no se pronuncian con claridad sobre cuál es el techo de protección de la libertad de expresión: sobre eso pasaré a explayarme más en el último capítulo del trabajo.

Con respecto a este tema sobre los límites en la definición para saber qué se puede interpretar como discurso de odio, nos encontramos con la Comisión Europea Contra el Racismo –de ahora en adelante ECRI– del Consejo de Europa, que adoptaba el 8 de diciembre de 2015 su Recomendación general n° 15 relativa a la lucha contra el discurso del odio y memorándum explicativo⁸⁴. En sus considerandos establece una serie de definiciones que el Consejo de Europa engloba en el discurso del odio, así como en el Memorándum en su punto 9 establece una definición en la que se entiende a efectos de dicha Recomendación como discurso del odio aquella expresión o varias expresiones que busquen un menosprecio a una persona o grupo de personas así como la promoción de estereotipos negativos de dicha persona o colectivo; posteriormente se vienen a enumerar dichos colectivos en función de: raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual.

La Comisión deja fuera del concepto en su punto 13 toda expresión que se hiciese de manera satírica, así como informes, análisis o estudios objetivos, cuyo efecto puede producir a lo mejor una ofensa o molestia, pero que quedan dentro de los límites de la libertad de expresión. Cuando estudiamos casos como el de Vejdeland y otros c. Suecia⁸⁵ n°

⁸³ LANDA GOROSTIZA, RDPC, 7, 2012, p. 332.

⁸⁴ ECRI, Recommendation n° 15 <<https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>> [30/11]

⁸⁵ Como ya se avanzó, en este caso un grupo de jóvenes entraron en un instituto repartiendo octavillas divulgando una información e ideas falsas sobre los homosexuales y la homosexualidad, no aceptando el TEDH que fuese con la intención de crear un debate público por la falta de objetividad de la educación suiza acerca de la homosexualidad, sino ridiculizar a este sector.

1.813/07 de 9 de febrero de 2012, ya no quedan bajo protección de la ley ni de la Recomendación que tratamos.

Además en los siguientes puntos deja claro que el elemento esencial del discurso del odio es el de incitar –no entraré a hablar sobre su conceptualización ya que posteriormente pasaré a analizar el tipo del Art. 510 CP sobre la incitación al odio (capítulo III).

Cabe añadir sobre la Recomendación n° 15 que en su punto 20 no restringe el discurso del odio a solo el ámbito público, por lo que se entiende que se puede dar en el sector privado.

CÁMARA ARROYO, con respecto a la definición aportada por la ECRI en su Recomendación n° 15, destaca la existencia de dos modalidades de regulación del discurso del odio, destacando una social y una penal. La social se refiere a cuando el reproche que se deba hacer al mensaje de odio o que promueva la intolerancia tenga que recaer en las instituciones educativas, en la implicación ciudadana y en el Derecho civil y administrativo, entre otras; y la penal cuando el mensaje público pueda incitar a realizar actos violentos o discriminatorios hacia un colectivo⁸⁶. A este respecto el autor menciona el Plan de Acción de Rabat, Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos A/HRC/22/17/Add.4 de 11 de enero de 2013, donde se diferencian distintos modos de castigo, según si la conducta está amparada por la libertad de expresión, si se castigaría fuera del ámbito penal o dentro de éste.

Los discursos de odio penalmente tipificados son los delitos de discurso del odio o *Hate Speech Crimes*, diferenciación que se puede ver en el Derecho anglosajón. En EEUU, al igual que en España, cabe la distinción entre delito de odio, discurso del odio, y delito de discurso del odio; pues bien, con el primero de todos se trataría de un delito tipificado que el autor comete movido por un odio hacia una persona con una característica particular; el segundo solo es manifestar el odio de una persona a través de una expresión, y el tercero se daría cuando ese discurso tiene un tipo de sanción penal que lo convierte a su vez en un delito de odio. Por ejemplo, en nuestro Código Penal, esos discursos del odio tipificados penalmente se encuentran en el Art. 510, lo que lo convierte en un delito de discurso del odio⁸⁷. Ya se ha visto que no todos los discursos del odio están tipificados penalmente;

⁸⁶ CÁMARA ARROYO, LLP, 130, 2018, pp. 4 y 5.

⁸⁷ Cfr. DÍAZ LÓPEZ, Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio, 2018, pp. 42-44.

nuestro ordenamiento, aparte de tener regulado el delito de odio con el discurso del odio (delito de discurso del odio) también regula los discursos de odio que no suelen ser delictivos⁸⁸.

Finalmente, una vez visto ambos conceptos de delitos de odio, se podría considerar que el delito de odio en sí tiene dos sentidos: un sentido amplio en donde caben delitos de propaganda y delitos de palabras y pura expresión –donde entraría el *hate speech crime*–; y un sentido estricto o restringido donde entrarían los actos de odio –el caso de la agravante genérica del Art. 22.4 CP–⁸⁹.

1.3. Concepto de crímenes odiosos⁹⁰

Pequeña mención a los considerados crímenes odiosos o *heinous crimes*. Estos delitos serían aquéllos en los que, con indiferencia de que se lleven a cabo movidos por el odio o no, lo que importa es el impacto que se crea en la sociedad y la opinión que se forma sobre la persona que los comete, es decir, lo característico es el odio que se genera en la sociedad hacia ese acto.

Son actos objetivamente odiosos para nuestro Estado y nuestra sociedad que les generan como efecto un sentimiento interno de que es algo horroroso. Pues bien, un acto discriminatorio hacia una etnia o pueblo puede ser considerado por los tribunales o la sociedad como una conducta odiosa, y ser a la misma vez un delito de odio. En ese sentido se puede mencionar la STC Sala 2º nº13/2001, de 29 de enero, donde se cataloga una conducta discriminatoria como odiosa⁹¹.

2. Delitos de odio en nuestro ordenamiento

Tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, los tipos que nos encontramos regulados en el código dedicados a esta materia sobre el odio son⁹²:

⁸⁸ Cfr. DÍAZ LÓPEZ, op.cit, pp. 43 y 44.

⁸⁹ LANDA GOROSTIZA, Los delitos de odio, 2018, p. 25.

⁹⁰ Para el apartado véase DÍAZ LÓPEZ, Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio, 2018, pp. 46 y ss.

⁹¹ STC Sala 2º nº13/2001, de 29 de enero, FJ 7.

⁹² Ya que en nuestro código penal no nos encontramos un título o capítulo dedicado exclusivamente a los delitos de odio y discriminación seguiremos el esquema que nos ofrece la Fiscalía y que podemos encontrar en su página: <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NEIS/descarga/Codigo%20Penal%202015%20Delito

- a) El que ya hemos mencionado anteriormente y que regularía el delito de discurso de odio, el Art. 510⁹³ CP.
- b) La circunstancia agravante genérica del Art. 22.4 CP: en el CP no solo encontramos delitos específicos dedicados al odio o discurso del odio, también podemos encontrar que un sujeto ha cometido un homicidio, por ejemplo, movido por un odio por el sexo, orientación sexual...de la víctima. En ese caso, al tipo correspondiente se le aplicaría la agravante genérica del Art. 22.4° CP⁹⁴
- c) El artículo sobre asociación ilícita del Art. 515.4 CP⁹⁵
- d) Los delitos que van en contra de la libertad de conciencia, de los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos (Art. 522 al 526 del CP⁹⁶).
- e) El delito de amenazas a colectivos, regulado en el Art. 170 CP⁹⁷.
- f) El Art. 607⁹⁸ sobre los delitos de genocidio, y el Art. 607 bis⁹⁹ sobre el delito de lesa humanidad.
- g) El delito cometido por aquél que en un conflicto armado realice u ordene realizar prácticas de segregación racial y demás prácticas que sean degradantes e inhumanas u otras condiciones que repercuten en la dignidad de la persona (Art. 611.6° CP¹⁰⁰).
- h) El delito de revelación de secretos del Art. 197.5 CP¹⁰¹.
- i) El Art. 160.3 CP sobre el uso de la ingeniería genética.
- j) El delito de enaltecimiento del terrorismo¹⁰² del Art. 578 CP¹⁰³.

[s/%20de%20odio%20y%20discriminaci%C3%B3n.pdf?idFile=68fabf90-620b-4628-8030-ac13b7dee7ba>](#)

[30/11] Además se han añadido algunos artículos de esta materia que aparecen en el esquema ofrecido por DÍAZ LÓPEZ, Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio, 2018, p. 36 y 37.

⁹³ Véase la completa redacción del artículo en el Anexo, p. 100.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 99.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 104.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 104-105.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 99.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 106.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 107.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 110.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 99.

¹⁰² Respecto a este delito parte de la doctrina y la jurisprudencia lo añaden dentro de la categoría de discurso del odio en un sentido amplio, ya que el enaltecimiento del terrorismo también es un modo de comunicación violenta que produce odio, hostilidad...Nótese sin embargo que en este trabajo nos estamos enfocando en la categoría de discurso del odio en un sentido estricto expuesto, en el que el enaltecimiento del terrorismo no tiene cabida. Dicho esto, más adelante en el capítulo IV se hará alguna mención puntual o necesaria al enaltecimiento del terrorismo para explicar la jurisprudencia del discurso del odio en nuestro ordenamiento, que como ya se ha indicado suele optar por un concepto más amplio de la expresión.

Estos cuatro últimos son más discutidos en cuanto a su incardinación en estas categorías de delitos de odio¹⁰⁴.

3. Derecho penal antidiscriminatorio

La discriminación viene definida por la ECRI en su Recomendación n° 15 en su apartado “definiciones” como: todo trato hacia una persona que se entienda que es diferenciado sin tener justificación alguna, es decir, sin un razonamiento objetivo y razonable, por motivo de raza, color, idioma, religión, nacionalidad, origen étnico o nacional, o por motivos de orientación sexual, género, creencias, ascendencia, o cualquier otra característica personal distintiva de la víctima¹⁰⁵.

Anteriormente, encontramos lo que se puede considerar como discriminación por la Organización Internacional de Trabajo – en adelante OIT– en el Convenio 111, se refiere así a que es discriminación “*cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular, o alterar la igualdad de oportunidades o de trato*”¹⁰⁶. Esta definición es más completa que la definición anterior, ya que concreta algunos términos más. No es solo un simple trato diferenciado, sino que debe ser además una exclusión por esos motivos y tan grave como para alterar la igualdad de oportunidades.

El término discriminación está ligado de cierta manera con los delitos de odio, puesto que podemos decir, que estos últimos han podido llevarse a cabo con motivos discriminatorios hacia una condición personal del sujeto, incluso muchos autores realmente llegan a considerar los delitos de odio como delitos discriminatorios. DÍAZ LÓPEZ expresa: “*las conductas de odiar y discriminar se encuentran, así, apriorísticamente, claramente relacionadas*”¹⁰⁷. También añade que, en los tipos penales relativos a delitos de odio, no se alude a la discriminación tal cual, sino a los motivos discriminatorios.¹⁰⁸ Así, ya hemos

¹⁰³ Véase la completa redacción del artículo en el Anexo p. 105.

¹⁰⁴ DÍAZ LÓPEZ, Informe sobre la delimitación conceptual en materia de delitos de odio, 2018, p. 37.

¹⁰⁵ ECRI, Recomendación n°15, 8 de diciembre de 2015, p. 14. “discrimination shall mean any differential treatment based on a ground such as “race”, colour, language, religion, nationality or national or ethnic origin, as well as descent, belief, sex, gender, gender identity, sexual orientation or other personal characteristics or status, which has no objective and reasonable justification”.

¹⁰⁶ OIT, C. 111. Art. 1: “the term discrimination includes (a) any distinction, exclusion or preference made on the basis of race, colour, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin, which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation”

¹⁰⁷ DÍAZ LÓPEZ, Informe sobre la delimitación conceptual de delitos de odio, 2018, p. 10.

¹⁰⁸ DÍAZ LÓPEZ, op.cit., p. 13.

mencionado anteriormente en este apartado, que autores prefieren referirse a esta clase de delitos de odio como delitos discriminatorios.

En el marco europeo o internacional se determina que la no discriminación es un derecho fundamental, que implica una igualdad de trato y una igualdad de oportunidades¹⁰⁹. Se prohíbe la discriminación por razón de género, etnia, raza, orientación/ identidad sexual, edad, discapacidad y religión/convicciones¹¹⁰.

En nuestra Constitución, dentro de los derechos y libertades y considerado como un derecho fundamental el Art. 14¹¹¹ recoge la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin que quepa ninguna clase de discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia social o personal. En el Art. 9.1 de la Constitución también se nos indica que los poderes públicos están obligados a garantizar esa igualdad del individuo y grupo que posteriormente relata, así como a eliminar cualquier muro u obstáculo que pueda impedir conseguir dicha igualdad. Esta materia requiere de un análisis más exhaustivo del Derecho constitucional, por lo que no lo desarrollaremos más de aquí.

Los delitos antidiscriminatorios que podemos encontrar en nuestro Código son¹¹²:

- a) La discriminación laboral, en el Art. 314 CP¹¹³.
- b) La denegación una persona, grupo, asociación, sociedad a una prestación pública a la que tendría derecho, Art. 511 CP¹¹⁴.

¹⁰⁹ Entendiéndose como igualdad de trato como la prohibición de una serie de tipos de discriminación como es la directa, la indirecta, múltiple y discriminaciones erróneas, ocultas o de asociación. E igualdad de oportunidades como el mandato de los poderes públicos a que promuevan acciones positivas o tratos jurídicos y favorables a los ciudadanos en situación de desventaja fáctica. Véase REY MARTÍNEZ, Revista de Derecho Político, 100, p. 2017, pp. 140-143.

¹¹⁰ REY MARTÍNEZ, Revista de Derecho Político, 100, 2017, p. 140.

¹¹¹ Con respecto al Art. 14 y los motivos discriminatorios encontramos un interesante debate sobre la dirección a la que debe dirigirse la discriminación. Así encontramos la acción positiva que da fruto a la discriminación positiva que es la que acaba adoptando nuestro ordenamiento (y el europeo) consistente en entender la discriminación de una manera unidireccional, es decir, que la discriminación solo se es sufrida cuando la persona pertenece a un colectivo que ha sido perseguido o discriminado históricamente, y que es más vulnerable. En cambio la vertiente negativa del Art. 14 posibilita la bidireccionalidad de la discriminación de manera que no importa el colectivo en sí al que va dirigido, sino el efecto de la discriminación que mueve al autor por un perjuicio a una condición personal. De esta manera un hombre de raza blanca y heterosexual puede ser víctima de discriminación tanto como un hombre de raza negra. DÍAZ LÓPEZ, Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio, 2018, pp. 13-16.

¹¹² Esquema seguido por el que ofrece la Fiscalía en <<https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NEIS/descarga/Codigo%20Penal%202015%20Delitos%20de%20odio%20y%20discriminaci%C3%B3n.pdf?idFile=68fabf90-620b-4628-8030-ac13b7dee7ba>>

¹¹³ Para la redacción completa del artículo véase Anexo, p. 100.

- c) En el Art. 512 CP¹¹⁵, la denegación de una prestación en un ámbito privado por profesionales y empresas en el ejercicio de sus actividades.
- d) Por último, el Art. 174 CP¹¹⁶ sobre la tortura.

Tanto la jurisprudencia del TC como, en Europa, el TEDH han ido delimitando los sectores más necesitados de protección, aquéllos que tienden a sufrir la discriminación, como pueden ser las mujeres¹¹⁷.

¹¹⁴ *Ibídem*, p. 103.

¹¹⁵ *Ídem*.

¹¹⁶ *Ibídem*, p. 99.

¹¹⁷ Entre otros casos y sentencias interesantes para luchar contra la discriminación, véanse por ejemplo la SSTC 200/2001, de 4-4 y 154/2006, de 22-5 (discriminación por nacimiento entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales; o naturales y adoptivos) o la STC 37/2004, de 11-3 (discriminación por razón de edad). Véase también REY MARTÍNEZ, *Revista Derecho Político*, 100, 2017, pp. 137-139.

III. DELITO DE INCITACIÓN AL ODIOS EN LA REGULACIÓN NACIONAL: DESDE 1995 HASTA LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 1/2015

La regulación del delito de incitación al odio, actual Art. 510 del CP, tiene su origen en los Tratados y Convenios internacionales y europeos, pero sobre todo en la normativa y jurisprudencia estadounidense. En el presente capítulo nos centraremos en la evolución de la tipificación del delito de incitación al odio, viendo además cómo los Tratados, Convenios, Recomendaciones y Directivas han influenciado dicha evolución. La normativa penal española no distingue el discurso del odio de los delitos de odio, concentrando el discurso del odio como una forma más de delito de odio, dando lugar al Art. 510 CP¹¹⁸.

1. Origen del Art. 510: desde 1995 hasta la LO 1/2015

El delito de incitación al odio en el Código Penal no tenía relevancia hasta la década de los 90, donde los organismos europeos a base de Recomendaciones y Convenciones se dieron cuenta de la importancia de penalizar, ciertas conductas que suponían una incitación a la discriminación y al odio de ciertos grupos en la sociedad, así como los actos llevados a cabo por motivos discriminatorios, que condujo a la creación de la circunstancia agravante que protegiese frente esa clase de comportamientos.

Esta corriente se expandió en casi todos los países europeos de nuestro entorno, como Francia o Alemania. En dicha materia ayudó la aprobación de la ya citada Recomendación de 1997 del Consejo de Europa o posteriormente, en el marco de la UE, la Decisión Marco de 2008.

Cabe destacar que el CP de 1973 no incorporaba inicialmente ningún tipo penal respecto a los delitos de odio, a pesar de haber existido desde muchos años antes precedentes en el ámbito internacional. De hecho, con motivo de la ratificación del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948, y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965¹¹⁹, la LO 4/1995 de 11 de mayo añadió –con tal de cumplir con los objetivos internacionales y castigar comportamientos discriminatorios por la vía penal, especialmente ante la existencia de olas de violencia racista en Europa y la guerra de Yugoslavia¹²⁰– el Art. 165.ter sobre la apología a la discriminación, así como una nueva circunstancia agravante basada en los

¹¹⁸ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 89.

¹¹⁹ ALASTUEY DOBÓN, RECPC, 18-14, 2016, p. 5.

¹²⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 90.

móviles que llevan al sujeto a cometer el delito en el anterior Art. 10.17º; también se incorporaron los Art. 137.bis b) y 137.bis. c) relativos a la apología del delito de genocidio¹²¹.

La redacción del Art. 165.ter que incorporó la LO 4/1995 al CP de 1973 disponía:

“1. Los que provoquen o inciten, directamente o mediante la apología, a través de medios de comunicación o por cualquier otro sistema que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por motivos referentes a su origen racial, étnico o nacional, o a su ideología, religión o creencias, serán castigados con la pena de prisión menor en grado mínimo o medio y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.

2. La apología existe cuando, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor y que, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer el delito”

Su redacción tuvo como punto de referencia el Art. 4 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1966 y el Art. 20.2 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 1966, donde se obligaba a los Estados a declarar como hecho punible todo acto de discriminación racial, incitación al odio racial, a la violencia y a cometer dichos actos contra cualquier raza, grupo de personas de color u origen étnico, y la asistencia y financiación de actividades racistas, así como también la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la violencia, hostilidad y discriminación respectivamente¹²².

En relación con la apología al genocidio, el Art. 137.bis.b) fijándose en la redacción del Art.III de la Convenio para la prevención y sanción de delitos de genocidio de 1948, establecía lo siguiente:

“La apología de los delitos tipificados en el artículo anterior se castigará con la pena inferior en dos grados a las respectivamente establecidas en el mismo.

La apología existe cuando ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen, enaltezcan a su autor, nieguen, banalicen o justifiquen los hechos tipificados en el artículo anterior, o pretendan la rehabilitación o constitución de regímenes o

¹²¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 90.

¹²² DE VICENTE MARTÍNEZ, op.cit., pp. 90-91.

instituciones que amparen prácticas generadoras del delito de genocidio, siempre que tales conductas, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito”.

Para entonces lo aprobado por la LO 4/1995 castigaba dentro del Código Penal las conductas que fueran *más graves*, a diferencia de lo que ha ido sucediendo en adelante¹²³.

Meses después se aprobó la LO 10/1995, que conllevó la entrada en vigor de un nuevo Código penal. La ubicación del antiguo Art. 165.ter pasó al Art. 510, y el Art. 137.bis.b) pasó al 607.2, quedando ambos de la siguiente manera:

“Art. 510: 1. 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”.

“Art. 607.2: La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años”.

La nueva redacción no mantuvo lo dispuesto en el antiguo Código penal sino que amplió el ámbito de aplicación de manera considerable. Así pues, podemos observar que se añadió la provocación a la discriminación, al odio y a la violencia, quitando el carácter directo y dejando un significado bastante extenso¹²⁴. Se suprimieron también las definiciones de apología en ambos artículos. Ambos tipos penales fueron bastante criticados debido a su extenso e indeterminado significado, que según parte de la doctrina impedía conciliarlos con los principios del *ius puniendi*, más concretamente con el principio

¹²³ ALASTUEY DOBÓN, RECPC, 18-14, 2016, p. 6.

¹²⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 92.

de intervención mínima¹²⁵ y lesividad¹²⁶, y porque al ser considerados como “delitos de opinión” chocaban con el derecho constitucional a la libertad de expresión¹²⁷.

Años más tarde, en el Consejo de Europa se aprobó la Recomendación nº 7 en 2002 que aconsejaba la penalización de la incitación pública a la violencia, el odio y discriminación, negación y justificación del genocidio o crímenes de lesa humanidad; posteriormente en la Unión Europea se aprobó la Decisión Marco 2008/913/JAI que vino a determinar lo mismo. Mientras en España, la Fiscalía General del Estado veía necesaria una reforma debido a los problemas que traía la vaga y genérica redacción de los artículos, ya que se dejaba demasiado trabajo a la discrecionalidad de los jueces; y aparte, defendía que se dejara claro el sujeto pasivo, pudiéndose ampliar a las personas físicas por razón de su pertenencia a ciertos colectivos¹²⁸. Por su parte, el Tribunal Constitucional consideró la redacción del Art. 607.2 CP como parcialmente inconstitucional en la sentencia del “Caso de la Librería Europa”¹²⁹.

No fue hasta 2015, con la reforma efectuada por la LO 1/2015 que se cambió la redacción de los artículos, pero desde luego, no por el camino que tanto la doctrina como la Fiscalía consideraban correcto. Motivos de la reforma fueron tanto la citada sentencia del TC como la Decisión Marco de 2008, a pesar de que ya se había aprobado con posterioridad a estos hechos la reforma del Código penal con la LO 5/2010.

La nueva redacción, pues, trajo más problemas, ya que en vez de determinar los conceptos y respetar los principios del Derecho penal, el camino que se eligió fue el de ampliar y expandir el ámbito de aplicación penal, y teniendo más conflictividad con el derecho a la libertad de expresión. Se añadieron un nuevo término indeterminado como era el de “hostilidad”, más conductas típicas sin ninguna concreción y la incitación pasó a ser directa e indirecta, incluyendo asimismo conductas de “favorecimiento del favorecimiento

¹²⁵ O principio de subsidiariedad según el Prof. Luzón Peña. Este principio consiste en explicar que el Derecho penal debe ser “*el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se debe utilizar éstos*”, LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal, 2º, 2012, p. 25-26.

¹²⁶ Principio consistente en la sola intervención del Derecho penal si hay una “*amenaza de lesión o peligro para concretos bienes jurídicos y el legislador no está facultado para castigar sólo por su inmoralidad o su desviación o marginalidad conductas que no afecten a bienes jurídicos, tiene un claro origen político-constitucional (...) exigiéndose (...) un concreto daño al prójimo o a la sociedad para castigar la conducta*”. LUZÓN PEÑA, op.cit., p. 25.

¹²⁷ ALASTUEY DOBÓN, RECPC, 18-14, 2016, p. 7.

¹²⁸ Memoria de la Fiscalía General del Estado, 2009, pp. 1052 y ss.

¹²⁹ STC 235/2007, 7-11. En particular, como se verá, declaró inconstitucional y nula la inclusión de la expresión “nieguen o” en el primer inciso del art. 607.2 y condicionó la constitucionalidad del primer inciso del art. 607.2 que castiga la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio a una determinada interpretación.

o de la incitación al odio (actos preparatorios de actos preparatorios)”¹³⁰. Además, con la reforma, una versión adaptada del anterior Art. 607.2 sobre la difusión de ideas que justifican el genocidio pasó a ser la fusionada con el Art. 510, dentro de los delitos de incitación al odio, tratando de superar sus problemas de inconstitucionalidad y perdiendo su numeración original.

En el próximo apartado veremos con detalle la actual redacción del Art. 510.

2. El bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido del delito de incitación al odio puede variar dependiendo del autor con que nos encontremos.

QUESADA ALCALÁ manifiesta que los bienes jurídicos protegidos en estos delitos serían varios bienes eminentemente personales, en particular, los rasgos identitarios que identifican a los colectivos objeto de esas agresiones: la raza, la etnia, la religión, la ideología, la orientación sexual, la identidad sexual, la discapacidad. Después, mencionando a WALDRON, apunta QUESADA que atacando esos bienes jurídicos se atentaría contra la dignidad de la persona, comprendida como su posición social, fundamento de una repercusión básica que le debe permitir ser tratada como un igual¹³¹.

Otra parte de la doctrina considera que el bien jurídico protegido es el derecho a no ser discriminado por motivos racistas, antisemitas, religión, creencias, ideología, situación familiar o pertenecer a una etnia, raza o nación, origen nacional, sexo, orientación sexual o identidad sexual, razón de género, enfermedad o discapacidad. Se trataría de un derecho a la no discriminación tanto en una esfera individual como colectiva¹³².

Otros autores como PORTILLA CONTRERAS expresan que la incitación al odio es un delito pluriobjetivo¹³³ en el que, dependiendo de la conducta típica ante la que estemos, se tutela un bien jurídico distinto. Así, si estamos ante una incitación directa o indirecta a la discriminación, se pondría en peligro el derecho a la igualdad del colectivo, y si nos encontramos ante una incitación a la violencia estaría en peligro la seguridad del

¹³⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 98.

¹³¹ QUESADA ALCALÁ, REEI, 30, 2015, pp. 4-5.

¹³² DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 106. Véase también MUÑOZ CONDE, DP PE, 21º, 2017 pp. 700 -701.

¹³³ PORTILLA CONTRERAS, en: Quintero Olivares (Dir.) Comentarios a la reforma penal del 2015, 2015, p. 722. Véase también CÁMARA ARROYO, LLP, 130, 2018, p. 5.

grupo además de la igualdad del colectivo. Y definitivamente, en cuanto a la incitación al odio para este autor no existe ningún bien jurídico protegido¹³⁴.

Por otro lado, la postura de LANDA GOROSTIZA es que “*la tutela de las condiciones de seguridad existencial de los grupos o colectivos especialmente vulnerables*” era el bien jurídico protegido¹³⁵ –al menos respecto a la anterior redacción de delito de incitación al odio. Según su situación en el Código penal, el autor manifiesta que la protección de colectivos que pueden ver suprimidos o afectados determinados bienes jurídicos, no es un determinado derecho fundamental respecto de una única persona, sino que se trata de una protección grupal. Sigue afirmando este autor que se vulneran no sólo la seguridad, la dignidad y la igualdad sino que –dependiendo del discurso, del colectivo y del momento histórico– la afección a un bien jurídico será diferente. Así pues, en función del grado de amenaza a la seguridad del colectivo se puede atacar a distintos bienes como: la integridad física, la vida (en casos de violencia a gran escala), la libertad ambulatoria, la participación política, el normal disfrute de las prestaciones educativas, la expresión de la propia identidad... En resumen, el bien jurídico protegido podría ser la seguridad existencial de colectivos o minorías especialmente vulnerables frente a conductas que pongan en peligro la vida, la integridad y que afecten a la esfera de libertad de otros derechos fundamentales¹³⁶.

En cuanto a DOLZ LAGO, considera que los delitos de odio atacan la igualdad y destruyen el fundamento del orden político democrático y su paz social. Por eso, explica que el bien jurídico protegido no es solo la no discriminación o la igualdad o la diferencia, sino también los valores superiores del ordenamiento jurídico y los fundamentos del orden político y social, siendo estos bienes jurídicos indirectos y la no discriminación el directo. Y así, a diferencia de otros delitos, en el caso de los delitos de odio el orden social democrático es también uno de los bienes jurídicos protegidos¹³⁷.

LAURENZO COPELLO entiende también que es un delito pluriofensivo que tutela un bien jurídico mixto individual-colectivo¹³⁸. Defiende que nos encontramos ante un bien jurídico individual, pero que las conductas de discriminación también afectan al conjunto de la sociedad, así como “*al modelo de convivencia trazado por nuestra Constitución y de*

¹³⁴ DOLZ LAGO, DLL, 8712, 2016, p. 7.

¹³⁵ LANDA GOROSTIZA, La intervención, 1999, p. 341 y ss.

¹³⁶ LANDA GOROSTIZA, Los delitos de odio, 2018, pp. 57 y ss.

¹³⁷ DOLZ LAGO, DLL, 8712, 2016, p. 8.

¹³⁸ CÁMARA ARROYO, LLP, 130, 2018, p. 5.

*ese modo lesionan o al menos ponen en peligro uno de los pilares sobre los que se asienta el Estado social y democrático de Derecho*¹³⁹.

Por último el TC en el Caso Violeta Friendman (la STC 214/1991) establece tres bienes jurídicos que quedan lesionados por el discurso del odio —entendiéndose en el caso concreto como discurso del odio las expresiones de odio hacia los judíos que manifiesta el condenado así como el discurso negacionista del Holocausto nazi—. Estos tres bienes jurídicos se concretaban en: el honor, la dignidad y la igualdad. En palabras del Tribunal: *“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. 18.1 C.E.), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana,”*. Añade que dichas expresiones también desconocen del valor de la igualdad junto con los dos anteriores. Así acaba diciendo que la libertad de expresión no puede amparar *“manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social”*¹⁴⁰.

3. Naturaleza jurídica

La incitación al odio regulada en el Art. 510 CP se trataría de un delito de peligro abstracto en opinión de la mayoritaria doctrina¹⁴¹. Se considerarían, en general delitos de peligro abstracto¹⁴² debido a que las conductas delictivas que se describen en el artículo no requieren de una lesión del bien jurídico protegido de la igualdad, sino la puesta en peligro de ellos con la simple incitación al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia, incluso de manera indirecta¹⁴³. Por lo que realizar la conducta típica peligrosa ya es suficiente para la consumación¹⁴⁴.

¹³⁹ LAURENZO COPELLO, EPC, XIX, 1996, pp. 236 y ss. Véase también en referencia a la postura de este autor DE VICENTE MARTÍENZ, El discurso del odio, 2018, p. 110.

¹⁴⁰ STC 214/1991, 11-11, FJ 7º y 8º.

¹⁴¹ DOLZ LAGO, DLL, 8712, 2016, p. 10.

¹⁴² Los delitos de peligro abstracto son *“aquellos en los que basta con que la conducta sea peligrosa en general para el bien jurídico, aunque no llegue a ponerlo en peligro de lesión inmediata o próxima”*. No se requiere una lesión al bien jurídico solo la mera peligrosidad. LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal, 2º, 2012, p. 169.

¹⁴³ DE VICENTE MARTÍENZ, El discurso del odio, 2018, p. 129.

¹⁴⁴ DOLZ LAGO, DLL, 8712, 2016, p. 11.

Esta idea está aceptada por el propio Tribunal Supremo: “No es preciso un peligro concreto, siendo suficiente el peligro abstracto, si bien puede entenderse que es suficiente el peligro potencial o hipotético a medio camino entre aquellos, según el cual lo que importa es la capacidad de la conducta para crear el peligro relevante”¹⁴⁵; además, en el voto particular de la sentencia se afirma que: “La estructura de estos tipos penales participa de la naturaleza de los delitos de peligro (...) bastando para su realización con la generación de ese peligro que se concreta en el mensaje con un contenido del “discurso del odio” que lleva implícito el peligro al que se refiere el tipo”¹⁴⁶. Además se añade que la peligrosidad no puede ser presunta sino que se debe confirmar mediante un juicio *ex ante*, y se añade también que los actos de incitación que generen el peligro han de ser idóneos, que provoquen una peligrosidad suficiente como para encadenar actos violentos, agresivos y hostiles¹⁴⁷.

Existe una excepción a lo manifestado en los párrafos anteriores. Las conductas del Art. 510.2.a) lesionan la dignidad de las personas mediante actos humillantes, de menosprecio o descrédito, por lo que se entendería que se trata de delitos de lesión y no de peligro abstracto. En definitiva lesionan directa o automáticamente la integridad moral, el honor, la dignidad y, según LANDA GOROSTIZA, la seguridad existencial del grupo colectivo¹⁴⁸.

4. Tipos básicos del injusto del Art. 510

El Art. 510 se compone de distintos tipos básicos en los apartados 510.1 y 510.2, seguidos de dos subtipos agravados en los arts. 510.3 y 4. Los apartados 5 y 6 contemplan penas o consecuencias jurídicas adicionales¹⁴⁹. En el presente apartado se procederá a analizar los tipos básicos, dejando el estudio de los subtipos agravados para el siguiente.

Este apartado se dividirá, a su vez en dos, tal como podemos dividir el tipo de injusto: el tipo objetivo y el tipo subjetivo.

¹⁴⁵ STS 259/2011, de 12-4, FJ 8º.

¹⁴⁶ STS 259/2011, 12-4, voto particular del Magistrado Martínez Arrieta. Véase además DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 129.

¹⁴⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 130.

¹⁴⁸ LANDA GOROSTIZA, Los delitos de odio, 2018, p. 82. Comentario del autor con respecto a la STC 235/2007, de 7-11, FJ 5º.

¹⁴⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 115.

4.1 Tipo de injusto objetivo

4.1.1 Elementos comunes a las conductas típicas del Art. 510

Antes de analizar los tipos básicos del Art. 510.1 y 2, en este sub apartado pasaremos a definir aquellos elementos objetivos que dichas conductas tienen en común, principalmente los sujetos.

En cuanto a sujetos, dentro de los preceptos nos encontramos con un sujeto activo y un sujeto pasivo.

- a) El sujeto pasivo del Art. 510 es común a todas las conductas que aquí se recogen. Puede ser “*un grupo, una parte del mismo o una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel*”¹⁵⁰, de modo que, a diferencia con las redacciones anteriores, también se puede cometer el delito contra una persona física individualmente considerada que forma parte de un grupo¹⁵¹. El sujeto pasivo de las conductas se delimita, por tanto, en función del colectivo al que se pertenece y que están recogidos en el Código Penal: una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, género, enfermedad o discapacidad, ideología, religión, creencias o situación familiar¹⁵².

En este trabajo ya se hizo una pequeña mención sobre los conceptos de delitos de odio en función del modelo legislativo seguido (modelo de la animosidad o el de la discriminación selectiva). El debate sobre a cuál de ellos pertenece el Art. 510 (así como otras disposiciones del CP) tiene cierta repercusión en la cuestión sobre la unidireccionalidad o bidireccionalidad que los motivos discriminatorios pueden tomar y sobre los colectivos que pueden conformar el sujeto pasivo de las conductas del Art. 510, pues según la postura que se siga serán distintos.

De manera que, si seguimos una postura que podríamos llamar unidireccional (propia sobre todo del modelo de discriminación selectiva), los sujetos pasivos solo podrán ser (pertenecientes a) los colectivos mencionados que hayan sufrido una discriminación histórica (por lo que ahora se le da un trato de

¹⁵⁰RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, en: MIRÓ LLINARES (Dir.), Cometer delitos en 140 caracteres, 2017, p. 160.

¹⁵¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 116.

¹⁵² Ibidem, p. 117.

favor). Por otro lado, de seguir la vía bidireccional (propia del modelo de la animosidad) los colectivos del sujeto pasivo pueden ser todos los que atiendan a los rasgos señalados, que son universales: de manera que cabe también la comisión de delitos de odio contra un hombre de raza blanca, un hombre heterosexual o católico.¹⁵³

- b) El sujeto activo puede tratarse de cualquier persona, puesto que las conductas del Art. 510 son delitos comunes¹⁵⁴. A pesar de ello, nos encontramos con el Art. 510.5º en el que se prevé una inhabilitación especial para la profesión u oficios *educativos* en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre; en este caso, cabe pensar que el sujeto activo sobre el que recaería este tipo sería diferente al del delito común, si bien la cuestión es discutible.

Aparte, en la modalidad BIS del Art. 510, se indica que la responsabilidad penal por la realización de la conducta típica también puede recaer sobre las personas jurídicas, rigiéndose por lo tanto por las reglas de atribución de los Arts. 31 bis y ss.¹⁵⁵.

4.1.2 Conductas típicas del Art. 510

4.1.2.1. Conducta típica del Art. 510.1 CP

El apartado primero del artículo 510 CP engloba tres conductas distintas, cuyo elemento comunes entre ellas son que los actos sean actos idóneos para generar hostilidad y discriminación para una pluralidad de personas; y segundo que los ataques estén dirigidos por razón de su raza o nación, ideología, religión, creencias, situación familiar, origen nacional, sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad¹⁵⁶.

a) Art. 510.1.a): incitación al odio

Tras la reforma de 2015, la redacción de este apartado ha quedado de esta manera:

¹⁵³ DÍAZ LÓPEZ, Informe de delimitación conceptual de delitos de odio, 2018, pp. 13-16.

¹⁵⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 117.

¹⁵⁵ LANDA GOROSTIZA, Los delitos de odio, 2018, pp. 88-89.

¹⁵⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 118. En contra de que sea necesaria la idoneidad, vid. GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY VIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios al Código Penal, 2015, p. 1605.

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

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

Las expresiones de *fomentar*, *promover* e *incitar* han sustituido al anterior verbo “provocar”, debido al debate sobre la indeterminación de dicho concepto. Así, ahora podemos entender el verbo *incitar* como el anterior provocar¹⁵⁷, *fomentar* como un sinónimo de *promover*, y *promover* como el impulso del desarrollo de una acción, según la enmienda nº 759 del Grupo Parlamentario Socialista¹⁵⁸. Pese a que las tres conductas típicas pueden realizarse de manera directa e indirecta, la promoción y el fomento son actos de favorecimiento más indirectos¹⁵⁹.

De las distintas conductas, la definición de incitar es la más desarrollada. De esta manera, en el Memorándum explicativo de la Recomendación General nº 15 del 8 de diciembre de 2015 del Consejo de Europa se define incitación como: “*declaraciones sobre grupos nacionales, raciales o religiosos que puedan crear un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia contra las personas que pertenecen a dichos grupos*”¹⁶⁰. Por nuestra parte, se ha considerado incitar como “*mover o estimular a uno para que ejecute una cosa*”¹⁶¹ por parte de la Audiencia Provincial de Madrid¹⁶².

De VICENTE MARTÍNEZ considera la existencia de incitación cuando “*la persona que utiliza el discurso del odio, de forma inequívoca, hace una llamamiento a los demás para que cometan*

¹⁵⁷ GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY VIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios al Código Penal, 2015, p. 1602.

¹⁵⁸ BOCG. Congreso de los Diputados. Legislatura X. Seria A. Proyectos de Ley, nº 66-2, 10-12-2014, p. 493. <http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-2.PDF> [17/12]

¹⁵⁹ GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY VIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios al Código Penal, 2015, p. 1602.

¹⁶⁰ ECRI, Recommendation nº 15 p. 16 <<https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>> [18/12]

¹⁶¹ SAP Madrid 79/2009 de 16-7.

¹⁶² DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, pp. 122-123.

*los actos pertinentes o se puede deducir por la contundencia del lenguaje utilizado y otras circunstancias destacables, como la conducta previa del sujeto activo*¹⁶³.

Es preciso aclarar que los actos de incitar, fomentar y promover deben serlo al odio, la discriminación, la violencia y a la hostilidad¹⁶⁴. En especial se ha añadido tras la reforma de 2015 este último término, hostilidad. Es definido por el Memorándum explicativo de la Recomendación General n° 15 como “*una manifestación del odio más allá del mero estado de ánimo*”¹⁶⁵. Un concepto no muy extenso y aclaratorio en mi opinión, y que al igual que piensa DE VICENTE MARTÍNEZ, debería ser objeto de más debates.

Las conductas deben ser idóneas para desembocar en acciones violentas y agresivas¹⁶⁶, discriminatorias y de odio. Al tener relevancia penal se exige que sean de una eficacia e intensidad tal “*que pueda colegirse con claridad que la hostilidad, el odio, la violencia o la discriminación se despliegan como medios eficaces para promover, fomentar o incitar su repetición a una escala que puede llegar a afectar el ejercicio de derechos fundamentales*”¹⁶⁷. Es decir, se quiere que se dé ese peligro a producir acciones agresivas *ex ante* de manera muy probable¹⁶⁸.

Además de ser idóneas y efectivas, deben ser realizadas en todo caso públicamente¹⁶⁹. Queda fuera de lo punible el ámbito privado y semiprivado¹⁷⁰. La conducta típica de este apartado pide que se lleve a cabo de manera pública, pero la conducta del posterior apartado cuarto del precepto establece una modalidad agravada si las expresiones

¹⁶³ DE VICENTE MARTÍNEZ, op.cit., p. 123.

¹⁶⁴ Todos estos términos vienen definidos en la Recomendación General n°15 en el Memorándum Explicativo de dicha Recomendación p. 15-16. Entiende *odio* como “*un estado de ánimo que se caracteriza por emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aversión hacia el grupo al que van dirigidas*”, *discriminación* como “*distinción, exclusión o restricción por motivos de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, nacionalidad, género, orientación sexual, idioma, religión, opinión política o de otra índole, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, discapacidad, o por cualquier otra condición que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural, civil y en cualquier otra esfera de la vida pública*”; y *violencia* “*uso de la fuerza física o del poder contra otra persona, o contra un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones*” <<https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904> > [18/12]

¹⁶⁵ ECRI, Recommendation n° 15 p.16 <<https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904> > [18/12]

¹⁶⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 130.

¹⁶⁷ LANDA GOROSTIZA, Los delitos de odio, 2018, p. 69.

¹⁶⁸ Ídem.

¹⁶⁹ GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY VIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios al Código Penal, 2015, p. 1602.

¹⁷⁰ LANDA GOROSTIZA, Los delitos de odio, 2018, p. 70.

se hacen de una manera que sea accesible a un elevado número de personas¹⁷¹. ¿Cómo se decide cuándo nos encontramos ante un supuesto y otro?

Para saber a qué grado de gravedad atendernos, si es relevante la incitación como para su punición o si además de eso cabe aplicar el tipo agravado, podemos usar de base una serie de criterios que ya estableció en su momento el Plan de Acción de Rabat por el Consejo de Derechos Humanos o The Office of the High Commissioner for Human Rights –OHCHR en adelante– de la ONU en 2013¹⁷², y que posteriormente también adoptó el Consejo de Europa en su Recomendación nº 15. Así pues dichas reglas a las que atendernos se han considerado el test de severidad cuyos seis puntos son¹⁷³:

“a) el contexto en el que se utiliza la el discurso de odio en cuestión (especialmente si ya existen tensiones graves relacionadas con este discurso en la sociedad):

(b) la capacidad que tiene la persona que emplea el discurso de odio para ejercer influencia sobre los demás (con motivo de ser por ejemplo un líder político, religioso o de una comunidad);

(c) la naturaleza y contundencia del lenguaje empleado (si es provocativo y directo, si utiliza información engañosa, difusión de estereotipos negativos y estigmatización, o si es capaz por otros medios de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación);

(d) el contexto de los comentarios específicos (si son un hecho aislado o reiterado, o si se puede considerar que se equilibra con otras expresiones pronunciadas por la misma persona o por otras, especialmente durante el debate);

(e) el medio utilizado (si puede o no provocar una respuesta inmediata de la audiencia como en un acto público en directo); y

(f) la naturaleza de la audiencia (si tiene o no los medios para o si es propensa o susceptible de mezclarse en actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación)”

Por último, la penalidad ha sido aumentada en su límite máximo a cuatro años de cárcel, no así la pena multa que sigue de seis a doce meses. La pena máxima de prisión se

¹⁷¹ Ídem.

¹⁷² OHCHR, Plan de Acción de Rabat, A/HRC/22/17/Add.4, 11-1-13, p. 14 <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/SeminarRabat/Rabat_draft_outcome.pdf> [19/12]

¹⁷³ ECRI, Recommendation nº 15 p. 19 <<https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>> [19/12]

entiende aplicada a los casos en los que el discurso del odio llega a límites en los que se supone razonablemente que provocará la incitación a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad y discriminación¹⁷⁴.

b) Art. 510.1.b): producción, elaboración, posesión distribución o difusión de materiales idóneos para incitar al odio

Queda la redacción de este apartado de la siguiente manera:

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

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

Se trata de una conducta sin precedentes en nuestro Código penal, añadido por la transposición de la Decisión Marco 2008/913/JAI; sin embargo, lejos de atender al texto de dicha decisión, que simplemente establece una sanción a estas conductas, nuestra normativa se ha fijado más en el modelo alemán, en particular en el § 130 del Código penal alemán¹⁷⁵.

Supone una ampliación de conductas relativas al apartado a), de manera que castiga actos preparatorios de actos preparatorios¹⁷⁶. Ello ha provocado que sea criticado por la doctrina al penalizar participaciones hasta ahora no delictivas y que implica un adelantamiento aún mayor de las barreras de protección¹⁷⁷.

En particular, las conductas típicas que componen este apartado b) del Art.510.1 son: producir, elaborar, poseer con la finalidad de distribuir, facilitar a terceras personas el acceso, distribuir, difundir o vender. Resulta destacable de modo negativo el castigo por la posesión de material que fomente la discriminación con la finalidad de distribuirlo, sin que

¹⁷⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, pp. 132-133.

¹⁷⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 144.

¹⁷⁶ MUÑOZ CONDE, DP PE, 21º, 2017, p. 702.

¹⁷⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 145.

sea necesaria la efectiva distribución. Todas estas conductas tienen relevancia penal en el caso de que formen parte de las distintas fases de la “cadena de difusión” del discurso del odio de la que habla LANDA GOROSTIZA¹⁷⁸; así pues, los verbos que menciona el artículo como conductas típicas componen dos fases: la primera es de producción material, representada en los verbos producir y elaborar, con un objeto material final preparado para ser insertado en los canales de comunicación con terceros; en esta fase también se incluirá la posesión, al poder poseer el autor dicho material a punto de iniciar la difusión o reparto de la distribución a terceros. La segunda fase, referida a los verbos distribuir, difundir o vender, puede llevarse a cabo por los mismos autores del material o por otros que reciban el material de terceros¹⁷⁹.

Dicha cadena de difusión será típica si el contenido es de una intensidad que pueda colegir que la hostilidad, odio, violencia o discriminación se desplegarán, al abrir su contenido por terceros, como medios eficaces para promover, fomentar o incitar su repetición a una escala que afecte los derechos fundamentales de los miembros del colectivo protegido¹⁸⁰. Las conductas tienen como objeto material los escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por el contenido sean idóneos para realizar las conductas descritas en el apartado a)¹⁸¹.

A diferencia del apartado a), el apartado b) sobre la difusión del discurso del odio incitador no requiere que se haga de manera pública, por lo que son sancionables los actos de distribución privados o la producción de materiales con la mera finalidad de su distribución sin ser necesario, de nuevo, la distribución efectiva¹⁸².

Este artículo contradice los casos ya juzgados en nuestro país como por ejemplo en los famosos casos de las Librería Kalki¹⁸³ y Europa¹⁸⁴ en ambas se podría decir que los jueces llegaron a la conclusión de que no se permite la tipificación como delito de la transmisión de ideas aunque sean contrarias a la dignidad humana, así como que la posesión de ciertos ejemplares para venderlos como libreros no supone un acto de difusión

¹⁷⁸ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, p. 74.

¹⁷⁹ Cfr. LANDA GOROSTIZA, *op.cit.*, p. 74.

¹⁸⁰ LANDA GOROSTIZA, *op.cit.*, pp. 75-76.

¹⁸¹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, en: MIRÓ LLINARES (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres, El derecho penal ante el odio y la radicalización*, 2017, p. 163.

¹⁸² Ídem.

¹⁸³ STS 259/2011, de 12-4.

¹⁸⁴ STC 235/2007, de 7-11.

de ideas en el sentido de incitar al odio y a la hostilidad, sino soportes documentales con el mismo peso ideológico que cualquier otra obra similar¹⁸⁵.

c) Art. 510.1.c): Negación, enaltecimiento o trivialización grave de crímenes de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

El antiguo artículo 607.2 CP sobre la negación y justificación del genocidio fue fruto de varias críticas hasta que el Tribunal Constitucional se manifestó sobre su inconstitucionalidad con la sentencia STC 235/2007. En particular, el TC consideró que la expresión “nieguen” era inconstitucional, no siéndolo los casos de justificación sometidos a una interpretación que tuvieran los requisitos que marcó en la sentencia¹⁸⁶. Años después se aprovechó la LO 1/2015 para cambiar la redacción y la ubicación del precepto dentro del CP, y actualmente la podemos encontrar de la siguiente forma:

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

[...]c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen

¹⁸⁵ Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, pp. 146-147. Véanse también las sentencias referidas en las notas a pie de página anteriores.

¹⁸⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso de odio, 2018, p. 149. Véase también la STC 235/2007, de 7-11, FJ.9 “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. Por lo demás, ni tan siquiera tendencialmente –como sugiere el Ministerio Fiscal– 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 (...) En consecuencia, la referida conducta permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE). Diferente es la conclusión a propósito de la conducta consistente en difundir ideas que justifiquen el genocidio. Tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio (...) Para ello será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes 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 en 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”.

nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

En la nueva redacción se elimina el término justificación y se mantiene negación, aparte de tipificar nuevas conductas como la trivialización y el enaltecimiento, no solo del genocidio, sino además de crímenes lesa humanidad y crímenes de guerra¹⁸⁷. El objeto de este precepto ha sido entonces ampliado al Derecho penal internacional de manera generalizada. Lo que la Decisión Marco estableció en su momento fue que se debería aplicar conductas que han sido declarados delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra por resolución firme por tribunales nacionales de un Estado miembro o por tribunales internacionales¹⁸⁸.

MUÑOZ CONDE¹⁸⁹ opina sobre la dificultad de aplicación de este artículo a ciertos actos de genocidio o ciertos actos de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad. Menciona el castigo de la negación o trivialización del genocidio judío, pero también cómo otros actos de negación de genocidio o crímenes no se castigan como delito, sino que se protegen por la libertad de expresión; enumera entre otros ejemplos los ataques de napalm a la población vietnamita, o los bombardeos a la población palestina por el ejército israelí. Se pregunta, así sobre qué hechos podemos encerrar dentro del delito y otros dentro de la libertad de expresión. Concluye que esa redacción generalizada causará problemas a los tribunales a la hora de resolver qué conducta es merecedora de protección y cuál no.

Al no encontrarse el término justificación se puede entender que las anteriores conductas deben implicar necesariamente dicha justificación del delito o de los autores del delito¹⁹⁰.

Como se ha señalado el término de *negación* fue rechazado por el Tribunal Constitucional al ser considerado inconstitucional; pese a ello, con la reforma aun así se añadió de nuevo redactándolo de una manera que recogiera los requisitos que marcó dicho

¹⁸⁷ GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY VIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios al Código Penal, 2015, p. 1603.

¹⁸⁸ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, en: MIRÓ LLINARES (Dir.), Cometer delitos en 140 caracteres, 2017, p. 166.

¹⁸⁹ MUÑOZ CONDE, DP PE, 2017, p. 704.

¹⁹⁰ Ídem.

tribunal; la negación más la promoción o favorecimiento de un clima¹⁹¹ de violencia, hostilidad, odio o discriminación hacia los colectivos numerados en los anteriores apartados¹⁹².

La trivialización consiste en una conducta en la que se minimiza o se resta importancia a hechos tan graves como el genocidio, los delitos de lesa humanidad o los crímenes de guerra; dicha trivialización ha de ser grave. La conducta de enaltecimiento “*implica la realización de loanza o encubrimiento de actos de genocidio, lesa humanidad o de guerra*”¹⁹³.

El Art. 510 CP prevé la realización de estas conductas de manera pública, requisito integrado en la redacción por influencia de la Decisión Marco de 2008¹⁹⁴.

Por lo demás la nueva redacción no se libra de polémica, ya que nos encontramos con otro término indeterminado “clima”, en la medida en que las citadas conductas típicas han de generar un “clima” de violencia y hostilidad. Por ello y aparte del resto de la redacción, no se ofrecen en opinión de TAMARIT SUMALLA garantías “*de un adecuado control y no resultan respetuosos con las garantías del principio de legalidad, lo cual permite cuestionar su constitucionalidad a partir de los propios antecedentes ante el Tribunal Constitucional...*”¹⁹⁵.

Otra diferencia con la antigua redacción del Art. 607.2 CP es la penalidad, ya que anteriormente se castigaba con la pena de prisión de uno a dos años y ahora se ha incrementado a una pena de uno a cuatro años de cárcel.

4.1.2.2. Conducta típica del Art. 510.2 CP

El Art. 510.2 CP recoge dos tipos con una pena atenuada en relación con el Art. 510.1 CP, sin perjuicio del subtipo agravado que se analizará en adelante.

¹⁹¹ Entiendo clima como la creación de un “caldo de cultivo” o “situación de crispación” hostil o violento que precede a la violencia y discriminación y que pone en riesgo la paz y seguridad pública. Cfr. ALASTUEY DOBÓN, RECP crim, 18-14, 2016, p. 17.

¹⁹² DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 152.

¹⁹³ GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY VIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios al Código Penal, 2015, p. 1603.

¹⁹⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 152.

¹⁹⁵ TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentarios a la parte especial del Código Penal, 2016, p. 1985.

a) Art. 510.2.a): Actos de humillación, menosprecio o descrédito por motivos discriminatorios

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

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

Se trata de una modificación del anterior delito de injuria colectiva por difusión de informaciones injuriosas con carácter discriminatorio que preveía el antiguo Art. 510.2 CP. La redacción actual guarda dentro del precepto dos conductas distintas: primero las acciones que entrañan humillación, menosprecio o descrédito objetivamente adecuadas para lesionar la dignidad de los grupos enumerados en el artículo. Segundo, las conductas que consistan en producir, elaborar, poseer con la finalidad de distribuir, facilitar a terceras personas el acceso, distribuir, difundir o vender escritos o cualquier otra clase de material o soporte que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, parte de ellos, o cualquier persona que pertenezca a ellos –conductas con parecido similar al apartado b) del Art. 510.1–. Como elemento común entre ambas conductas nos encontramos la lesión de la dignidad de las personas¹⁹⁶ o al menos la idoneidad para lesionarla, ya que al igual que pasa con el Art. 510.1.b), el Art. 510.2.a), segundo inciso, no lesiona, sino que se adelanta la barrera de protección, siendo simplemente idóneo para lesionar la dignidad.

La primera de las conductas es un delito de actividad mediante el cual se lesiona de manera automática la dignidad de las personas a través de acciones que entrañen una

¹⁹⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 157.

humillación, menosprecio o descrédito hacia los grupos diana. Son conductas graves cuyo objetivo es “*demonizar un colectivo*”¹⁹⁷. Las acciones humillantes van orientadas a la quiebra de la autoestima; el menosprecio pretende dar menos valor al sujeto pasivo; y las conductas de descrédito quitan valor o crédito. Estos actos buscan dar una imagen de inferioridad a los colectivos vulnerables, calificarlos como exentos de dignidad humana como para ser considerados iguales al resto y a convalidar futuras agresiones, lo que hace considerar los comportamientos típicos como conductas finalistas¹⁹⁸.

Según LANDA GOROSTIZA, la protección pretendida por este apartado no solo comprende la dignidad de las personas o el honor o la integridad moral “*sino la combinación de todas de ellas como vehículo de agresión a la seguridad existencial del grupo que se conmoverá y verá típicamente lesionado cuando potencialmente los discursos ya han segado la hierba para que la agresión y su incitación se desplieguen sin obstáculo (...)* Si de la conducta no se deriva claramente la orientación de agresión grupal debería decaer la relevancia típica y reconducirse en su caso hacia otros preceptos de matiz individual (*injurias, trato inhumano, etc*)”¹⁹⁹. LANDA GOROSTIZA concluye que la protección es la seguridad existencial no de la persona, sino del grupo o colectivo diana, valorando la lesión en su conjunto.

El problema que trae esta primera conducta es un problema concursal con otros delitos, puesto que el tipo delictivo es amplio y no tiene un límite fijo. Otros tipos con los que choca y que son lesivos para la dignidad humana son: el trato degradante (Art. 173.1), las injurias (Art. 208) o los delitos contra los sentimientos religiosos (Arts. 524 y ss.). Resultado de este concurso de leyes es aplicar, al tener mayor pena, el Art. 510.2 por el principio de alternatividad²⁰⁰.

La segunda conducta consiste, como ya hemos dicho, en producir, elaborar, poseer con la finalidad de distribuir, facilitar a terceras personas el acceso, distribuir, difundir o vender escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados. Lo que lo diferencia con

¹⁹⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso de odio, 2018, p. 158. LANDA GOROSTIZA, Los delitos de odio, 2018, p. 81.

¹⁹⁸ LANDA GOROSTIZA, Los delitos de odio, 2018, pp. 81-82.

¹⁹⁹ LANDA GOROSTIZA, Op.cit., p. 82. Comentario del autor con respecto a la STC 235/2007, de 7-11, FJ 5º.

²⁰⁰ TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentarios a la parte especial del Código Penal, 2016, p. 1985.

la conducta primera es el requisito de que la humillación sea grave además de no mencionar los móviles discriminatorios²⁰¹.

Por último, respecto a la penalidad de este apartado, es preciso comentar que la pena debería ser incrementada respecto de las segundas conductas del apartado a), debido a que se castigan con la misma pena conductas de lesión y conductas de puesta en peligro, lo que supone una contrariedad al principio del *ius puniendi* de proporcionalidad²⁰². Este principio también quedaría en entredicho, en opinión de DE VICENTE MARTÍNEZ, al ser las penas de este apartado inferiores a las del apartado 510.1, por ser delitos que lesionan y no son una mera provocación²⁰³.

b) Art. 510.2.b): Enaltecimiento o justificación pública de delitos cometidos por motivos discriminatorios

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

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

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos”.

El llamado delito de apología de delitos de odio consiste en el castigo del enaltecimiento y justificación de cualquier delito cometido contra un colectivo, una parte del mismo, o alguno de sus miembros por los motivos discriminatorios²⁰⁴. El enaltecimiento o justificación debe ser sobre delitos que ya hayan sido cometidos y sobre los que recaiga sentencia firme, el resto de casos que queden fuera entrarían si se

²⁰¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 159.

²⁰² RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, en: MIRÓ LLINARES (Dir.), Cometer delitos en 140 caracteres, 2017, p. 167.

²⁰³ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 159.

²⁰⁴ GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY VIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios al Código Penal, 2015, p. 1604.

demostrase una fuerza incitadora que los considerase incitación grave. Además queda fuera del tipo su comisión en espacios privados o semiprivados, al ser requisito la expresión pública o de difusión²⁰⁵.

Se utiliza el verbo de justificar, como en la antigua redacción del Art. 607.2 que, aunque fue declarado constitucional por el TC bajo sometimiento a cierta interpretación, no ha sido correctamente adaptado por el legislador, al no otorgar al artículo la exigencia de una incitación indirecta a la discriminación contra los grupos que se han venido mencionado en los anteriores párrafos²⁰⁶. Como mucho lo acaba mencionado en el segundo párrafo como tipo agravado. Por otro lado, tampoco menciona que sea necesaria la creación *ex ante* de un clima de violencia u hostilidad hacia los colectivos²⁰⁷.

No se pueden negar las similitudes con el apartado c) del Art. 510.1 con respecto a las conductas de apología que se refieren a los delitos de Derecho penal internacional, donde la diferencia con el presente apartado es la ausencia o añadidura del término “justificar”²⁰⁸.

Con respecto a que sea posible el enaltecimiento a cualquier móvil discriminatorio así como que el legislador haya prescindido de un exigencia de ánimo incitador para el castigo de la apología, la autora ALASTUEY DOBÓN se ha mostrado bastante crítica, calificando estos errores del legislador como un “*despropósito*”²⁰⁹.

En su segundo párrafo se añade un tipo agravado aplicable a estas dos conductas del apartado a) y b). A las anteriores conductas se le debe añadir que estén dirigidas a producir o favorecer un clima de hostilidad, violencia, odio, o discriminación. Como clima de hostilidad se entenderá que es una “*atmósfera o estado de ánimo propicio para la reproducción de conductas violentas, hostiles, de odio o discriminación contra los colectivos protegidos (...) Casos que más allá de la humillación personal o colectiva y del enaltecimiento de delitos y autores, se haya desencadenado o potenciado, efectivamente, un clima social de odio o violencia*”²¹⁰. De esta manera se agrava la pena hasta equiparla a la misma que establece el Art. 510.1: seis meses a dos años de prisión y una pena multa de la misma extensión.

²⁰⁵ LANDA GOROSTIZA, Los delitos de odio, 2018, p. 85.

²⁰⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 165.

²⁰⁷ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, en: MIRÓ LLINARES (Dir.), Cometer delitos en 140 caracteres, 2017, p.169.

²⁰⁸ LANDA GOROSTIZA, Los delitos de odio, 2018, p.84.

²⁰⁹ Cfr. ALASTUEY DOBÓN, RECP, 18-14, 2016, p.33.

²¹⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, pp. 166-167.

Así pues, como explica LANDA GOROSTIZA²¹¹, quien justifique el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra se enfrentaría a dos tipos de pena una más leve y una más grave (Art. 510.2 in fine); lo mismo sucedería con el enaltecimiento enfrentándose a dos penas distintas; entre el Art. 510.1.c) y el Art. 510.2 .b), según la fuerza incitadora. Se pone de esta forma varios escalones de gravedad para aplicarlos según el caso en el que nos encontremos teniendo en cuenta los sujetos que participen, la extensión o el impacto de la propaganda o el discurso usado. Trabajo difícil, teniendo que añadir además otros artículos que agravan la pena en función del canal usado (Art. 510.3) o la idoneidad (Art. 510.4).

4.2 *Tipo de injusto subjetivo*

Al igual que dentro del tipo objetivo nos encontramos con elementos comunes en todas las conductas del Art. 510.1 y 2 como vienen a ser los sujetos pasivo—, el tipo subjetivo también es común a todas las conductas, formado éste por el dolo y los motivos discriminatorios que se verán.

4.2.1 *Dolo*

El dolo lo entendemos como el “*conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos objetivos del tipo total de injusto*”²¹².

La realización de las conductas del Art. 510 CP será típica cuando se llevan a cabo con conocimiento, voluntad o predisposición para ello. La acción del Art. 510 se realiza frente al colectivo o persona sujeto pasivo con dolo, lo que convierte la dirección de la acción en un elemento intencionado y buscado por el autor; el motivo de incitar al odio o a la violencia es una voluntad agresiva o de ataque frente a un sujeto. Cabe destacar que no se puede hablar de una conducta de provocar o incitar al odio, discriminación o violencia de una manera imprudente²¹³, al no existir tal modalidad de manera expresa —como manda el Art. 12 CP.

Dependiendo del autor encontramos posiciones diferentes sobre la exigencia de un dolo directo o la admisión de un dolo eventual CÁMARA ARROYO, siguiendo a CUEVA

²¹¹ LANDA GOROSTIZA, Los delitos de odio, 2018, p. 84.

²¹² LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal, 2ª, 2012, p. 239.

²¹³ LANDA GOROSTIZA, Los delitos de odio, 2018, p. 66.

FERNÁNDEZ, toma posición en este sentido²¹⁴. En cambio, DOLZ LAGO no solo niega que quepa la incitación de manera imprudente, sino también a la incitación dolosa eventual²¹⁵. Igualmente, DE VICENTE MARTÍNEZ expresa que son delitos dolosos donde solo cabe el dolo directo²¹⁶.

4.2.2 *Motivos discriminatorios*

Los motivos discriminatorios son –en palabras de la OSCE– las motivaciones que llevan al autor a cometer el delito, son las “opiniones preconcebidas negativas, ideas estereotipadas, la intolerancia o el odio dirigido a un determinado grupo que comparte una característica común como la raza, el origen étnico, idioma, religión, nacionalidad, orientación sexual, género, o cualquier otra fundamental característica”²¹⁷.

En nuestro ordenamiento el Art. 14 de la CE ofrece una lista de motivos discriminatorios abierta, al referirse al final a “cualquier otra condición o circunstancia personal social”, no ocurre en cambio en el Art. 510 CP, pues al ser un precepto penal se necesita de un catálogo cerrado y taxativo. Entonces, los motivos discriminatorios que ofrecen las distintas conductas recogidas en el Art. 510 son: motivos racistas, motivos antisemitas, por razón de ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza, o nación; su origen nacional, sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, enfermedad y discapacidad.

Se trata de una cláusula bastante amplia comparada con lo que estaba redactado en su momento en la Decisión Marco de 2008 de la Unión Europea; y que sin embargo podría haber sido incluso más amplia, si se hubiera añadido la protección a los motivos por la identidad de género, la condición de persona sin hogar o en situación de pobreza, o por razón de la situación socioeconómica.

Cabe recordar que el tipo delictivo del Art. 510.2.a) en la segunda conducta²¹⁸ no exige de manera expresa los motivos discriminatorios; por ello entiende DE VICENTE MARTÍNEZ que no se requiere un elemento subjetivo alguno por estos motivos²¹⁹.

²¹⁴ CÁMARA ARROYO, LLP, 130, 2018, p. 4.

²¹⁵ DOLZ LAGO, DLL, 8712, 2016, p. 24.

²¹⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 117.

²¹⁷ Vid. el capítulo II de este trabajo sobre la definición de motivación prejuiciosa o *bias*.

²¹⁸ “[...]o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la

Para acabar este apartado analizaremos de manera breve los distintos motivos discriminatorios:

- a) Motivos racistas: suelen ir dirigidos a aspectos como la etnia, el color de la piel o el origen nacional. El racismo “*es una creencia o actitud discriminatoria que consiste en considerar la superioridad natural de un grupo sobre otro, tanto a nivel individual como institucional*”²²⁰. La recomendación nº 15 y memorándum explicativo de la ECRI lo define como: la creencia de que, por motivo de la raza, el color, el idioma, la religión, la nacionalidad, el origen nacional o étnico, se justifica el desprecio de una persona o grupo de personas o la noción de superioridad de una persona o grupo de personas”.
- b) Motivos antisemitas: consiste en un odio hacia el colectivo judío. Concretamente en “*mantener actitudes, conductas y manifestaciones hostiles*” hacia este colectivo, ya sea por motivos étnicos, religiosos, culturales, económicos o políticos, abarcando diversas formas²²¹.
- c) Ideología: es un móvil más vinculado al llamado “odio político” y en relación al ámbito de la política²²².
- d) Religión o creencias: son hechos motivados contra determinadas religiones, el Art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, así como para cambiar de religión o de creencia²²³. El odio más actual por motivos religiosos puede ser la “islamofobia” definida por la Recomendación nº 15 como el prejuicio, odio o miedo de la religión del Islam o musulmanes.
- e) Situación familiar: se trata de comportamientos discriminatorios contra situaciones de la víctima como el matrimonio, viudedad, divorcio, separación o convivencia de hecho; también se puede ampliar a supuestos de filiación, estado civil y nivel económico o social de la familia²²⁴.

dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos”.

²¹⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 159.

²²⁰ ANDREU ARNALTE, Ponencia presentada al I Congreso Nacional sobre Discriminación y delitos de odio, 2016, p. 12.

²²¹ *Ibidem*, p. 13.

²²² DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 138.

²²³ *Ibidem*, p. 139.

²²⁴ *Ibidem*, p. 140.

- f) La pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación: tres razones distintas encontramos en este motivo antidiscriminatorio. Entendemos la discriminación por razón de la etnia como aquella que: “*se produce cuando se trata de forma diferente a una persona por su pertenencia a un grupo o una comunidad que comparte una lengua, identidad simbólica, ideología, cultura y en algunos casos ciertos rasgos físicos visibles, que los diferencian del resto de grupos o comunidades*” y la discriminación étnica como “*la desvalorización de la cultura, lo cual es un conjunto de hábitos, costumbres, indumentaria, formas de vida, sentido de pertenencia, e idioma de un grupo social determinado*”²²⁵. La razón de raza se vuelve a repetir. El motivo por nación se puede entender en dos sentidos: como sentido estricto (interpretación mayoritaria) es el perteneciente a un Estado regido por el mismo gobierno, habiendo un vínculo jurídico entre Estado y particular.
- g) Su origen nacional: el sentido amplio del término nación que puede referirse al origen nacional o integración cultural en un grupo nacional vinculado a otro país distinto del de la propia nacionalidad²²⁶.
- h) Sexo: relacionado con la condición biológica de seres humanos, es decir, de nacer como hombre o mujer, contando también las personas intersexuales²²⁷.
- i) Orientación o identidad sexual: según el memorándum explicativo de la Recomendación n° 15, la orientación sexual es la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. En la orientación sexual nos encontramos con condiciones como la heterosexualidad, homosexualidad o bisexualidad. En relación con la identidad sexual, el legislador parece tratar de proteger a las personas transexuales y transgénero. De hecho la homosexualidad y la transexualidad son los sectores de población más perjudicados los delitos de odio. En la misma recomendación encontramos la definición de homofobia – entendida como el prejuicio, odio o miedo a los homosexuales o las personas que se identifiquen como bisexuales,

²²⁵ ANDREU ARNALTE, Ponencia presentada al I Congreso Nacional sobre Discriminación y delitos de odio, 2016, p. 14.

²²⁶ Ídem.

²²⁷ ANDREU ARNALTE, Ponencia presentada al I Congreso Nacional sobre Discriminación y delitos de odio, 2016, p. 14.

gays, lesbianas y transexuales– y transfobia – prejuicio, odio o miedo a la transexualidad, personas transexuales o personas transgénero.

- j) Razones de género: diferente a las razones por sexo, el género se refiere a las ideas socialmente aceptadas de masculinidad o feminidad²²⁸ . El género es el “conjunto de roles, funciones, hábitos, competencias, propiedades o atribuciones que se atribuyen a quien pertenece a un determinado sexo por su mera pertenencia”²²⁹.
- k) Enfermedad: se refiere fundamentalmente a aquellos actos que vayan dirigidos contra personas que padezcan enfermedades de larga duración como el VIH/sida o la hepatitis C²³⁰.
- l) Discapacidad: se trata de actos que vayan dirigidos a víctimas que sufran de cualquier tipo de discapacidad venga a ser motriz, visual, auditiva o mental. El Código penal ofrece una definición de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección en su Art. 25²³¹, así:

“A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses, a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”.

5. Iter criminis, autoría y participación, y concursos.

5.1 Iter criminis

El *iter criminis* son las fases que se producen en un delito hasta llegar a la consumación, que consiste en la realización de todos los elementos (objetivos y subjetivos del tipo). La consumación normalmente supone la realización de los fines típicamente

²²⁸ Ídem.

²²⁹ GÓMEZ MARTÍN, REPCrim, 18-20, 2016, p. 18.

²³⁰ ANDREU ARNALTE, Ponencia presentada al I Congreso Nacional sobre Discriminación y delitos de odio, 2016, p. 15.

²³¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 143.

relevantes, pero existen también delitos llamados “de consumación anticipada”, en los que esta se produce antes de que se den tales circunstancias²³².

Estamos ante un delito de peligro abstracto que pretende castigar como acto consumado la realización de la conducta típica peligrosa sin que tenga que llegar a lesionarlo de manera directa. Algunos autores consideran el delito de incitación al odio como un delito que tipifica actos preparatorios en sí –o incluso actos preparatorios de los actos preparatorios–, ya que el legislador lo que ha pretendido ha sido adelantar la barrera punitiva y proteger el bien castigando conductas peligrosas, sin que haya ninguna lesión. En realidad, en cuanto al delito que guarda el Art. 510 CP no es posible el castigo por actos preparatorios ya que el Art. 18 CP establece que sólo se castigarán cuando así expresamente lo imponga la Ley, lo que no sucede en este caso. Al ser considerado de esa naturaleza este delito tiene formalmente como consumación lo que para otros delitos puede llegar materialmente a ser una tentativa o un acto preparatorio²³³.

5.2 *Autoría y participación*

Será autor del delito como dice el Art. 28 CP “*quienes realicen el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro*”, entonces toda persona que realice las distintas conductas típicas del Art. 510, ya sea incitar de manera directa o indirecta, lesionar la dignidad de las personas, negar el genocidio, que posea o distribuya material idóneo para fomentar o incitar el odio, será formalmente autora de dichos actos delictivos.

En las conductas tanto del Art. 510.1.c) como del Art. 510.2.b) se hace expresión en el primer caso a “los autores” y en el segundo caso “quienes hayan participado en su ejecución”. Según señala RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ respecto al Art.510.1.c), “*la referencia a los autores debería ser en sentido amplio como la de cualquier sujeto que haya intervenido en la realización de tales delitos (incluyendo los partícipes por tanto), y no solo en sentido estricto o dogmático a los autores (sean directos, mediatos o coautores, por supuesto)*”; y posteriormente con el Art. 510.2.b) se refiere, en las conductas de justificar o enaltecer, a todo aquel que haya participado también se entenderá que se refiere a todo interviniente en el tipo delictivo, ya sea autor o partícipe, incluyendo por tanto el cómplice, el cooperador necesario o el inductor²³⁴.

²³² LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal, 2º, 2012, p. 166.

²³³ DOLZ LAGO, 8712, 2016, pp. 11-13.

²³⁴ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, RDPCrim, 12, 2014, pp. 180 y 186.

5.3 Concursos²³⁵

En materia concursal, el Art. 510 CP ha sido objeto de largas reflexiones entre la doctrina.

El autor LANDA GOROSTIZA plantea una relación concursal entre el delito de incitación al odio del Art. 510 y el delito de amenazas colectivas del Art. 170.1 CP, debido a que tienen una estructura similar. En su opinión, el concurso entre ambos tipos sería de leyes, y se resolvería por las reglas del Art. 8 CP, en concreto en virtud del principio de alternatividad, por el cual el precepto penal más grave excluye a los que castigan la conducta con pena menor.

Al ser considerado por parte de la doctrina como un delito preparatorio de otros delitos concretos, puede asimismo existir un concurso entre el Art. 510.1 y el delito provocado o incitado. Por ejemplo, un concurso de normas entre el delito de incitación al odio y los actos preparatorios punibles contra la vida y la integridad física: en este caso, se da preferencia al delito de incitación al odio. Si el delito concreto incitado se llega a consumar, alguna parte de la doctrina propone castigar la inducción del delito violento con la agravante del Art. 22.4 CP²³⁶.

Desde el punto de vista del autor LANDA GOROSTIZA, los que causen un daño supraindividual sobre el colectivo se podría resolver mediante un concurso ideal o real.

Puede haber otros concursos de leyes entre el precepto 510.2 –relativo a la lesión que dañe la dignidad de la persona con acciones que involucren humillaciones, menosprecio o descrédito– y el Art. 173.1 CP (sobre la prohibición de malos tratos inhumanos y degradante), el Art. 208 CP sobre injurias, o el Art. 524 y ss. sobre los delitos en contra de los sentimientos religiosos. En estos casos el concurso se solucionaría en función del principio de especialidad del Art. 8.1º CP –el precepto especial se aplica preferentemente al precepto general–, o el de alternatividad del Art. 8.4º CP, siempre que no se resuelva en función “*de la dimensión supraindividual de protección frente a la puramente individual*”²³⁷.

²³⁵ LANDA GOROSTIZA, Los delitos de odio, 2018, pp. 91 y ss.

²³⁶ DOLZ LAGO, DLL, 8712, 2016, p. 24.

²³⁷ LANDA GOROSTIZA, Los delitos de odio, 2018, p. 93.

En los casos que se relacione una progresión de la incitación al odio con unas agresiones colectivas de gran gravedad lo más correcto sería aplicar los delitos de genocidio o crímenes contra la humanidad: en dichos supuestos acabaría por aplicarse el concurso de normas solucionándose con el principio de subsidiariedad del Art. 8.3º –el precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal²³⁸.

La relación que existe entre la modalidad del Art. 510.1.c) y Art. 510.2.b) con los delitos de apología al terrorismo y humillación o incitación terrorista de los Art. 578 y 579 se solucionaría por el principio de especialidad del Art. 8.1º²³⁹.

6. Los tipos agravados del Art. 510 CP

Los subtipos que agravan las figuras anteriores son nuevos, añadidos al Art. 510 CP añadidos con la LO 1/2015.

6.1 Art. 510.3 CP: por el medio empleado

“3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas”.

En la agravante por el medio empleado el motivo de dicha agravación viene determinada por un mayor desvalor de la acción²⁴⁰. La acción comisiva se centra en que se produzca la recepción masiva de un mensaje, es decir, que llegue a un número elevado de personas, siendo ello realizado por el autor de manera dolosa y que ello sea previsible para el sujeto de manera ex ante. De modo que en estos supuestos no se debería aplicar la agravante si el mensaje tuviese ese impacto masivo de manera imprudente o de manera temeraria, pero inconscientemente²⁴¹.

En otros preceptos del Art. 510 se usa ya la expresión “públicamente” o “por cualquier medio de expresión pública”. Este artículo debe por lo tanto referirse a canales que realmente hagan efectivas, de manera objetiva, la recepción a un número elevado de

²³⁸ Ídem.

²³⁹ Ídem.

²⁴⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 167.

²⁴¹ LANDA GOROSTIZA, Los delitos de odio, 2018, p. 86.

personas, como por ejemplo internet en base al uso de webs, blogs, redes sociales²⁴². Debe quedar la excepcional masividad demostrada²⁴³. Al ser un concepto indeterminado se deja a los tribunales el trabajo de en esclarecer qué criterios²⁴⁴ seguir a la hora de aplicar el tipo agravado²⁴⁵.

6.2 *Art. 510.4 CP: por alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor*

“4. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado”

A diferencia del artículo anterior, este subtipo agravado supone según DE VICENTE MARTÍNEZ un desvalor del resultado al requerir la afectación de la paz pública o crear un sentimiento grave de inseguridad o temor²⁴⁶. En cambio para GÓMEZ MARTÍN basta con que la conducta adecuada para alterar la paz pública o provocar ese sentimiento de inseguridad, sin ser necesaria la lesión de esos intereses²⁴⁷.

La agravante presenta diversos subtipos que elevan la pena: uno a su mitad superior y el otro a un grado. En el caso de aplicar el grado se exigiría la máxima puesta en peligro del bien jurídico. Aquella situación hipotética que, de manera imparcial, antes de propagar el discurso pueda prever el curso de los acontecimientos. Es decir, las personas del colectivo razonablemente deben ver perjudicada o por perder la confianza en que las

²⁴² GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY VIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), Comentarios al Código Penal, 2015, p. 1605.

²⁴³ LANDA GOROSTIZA, Op.cit., p. 87.

²⁴⁴ Los ya mencionados en el apartado sobre la conducta del Art. 510.1.a) que se establece en la Recomendación nº15, a recordar:

a) el contexto en el que se utiliza la el discurso de odio en cuestión (especialmente si ya existen tensiones graves relacionadas con este discurso en la sociedad):

(b) la capacidad que tiene la persona que emplea el discurso de odio para ejercer influencia sobre los demás (con motivo de ser por ejemplo un líder político, religioso o de una comunidad);

(c) la naturaleza y contundencia del lenguaje empleado (si es provocativo y directo, si utiliza información engañosa, difusión de estereotipos negativos y estigmatización, o si es capaz por otros medios de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación);

(d) el contexto de los comentarios específicos (si son un hecho aislado o reiterado, o si se puede considerar que se equilibra con otras expresiones pronunciadas por la misma persona o por otras, especialmente durante el debate);

(e) el medio utilizado (si puede o no provocar una respuesta inmediata de la audiencia como en un acto público en directo); y

(f) la naturaleza de la audiencia (si tiene o no los medios para o si es propensa o susceptible de mezclarse en actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación)”

²⁴⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 168.

²⁴⁶ Ídem.

²⁴⁷ GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY VIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), Comentarios al Código Penal, 2015, p.1605.

instituciones democráticas puedan proteger o dar seguridad al ejercicio de sus derechos fundamentales²⁴⁸.

7. Otras disposiciones del Art. 510 CP

7.1 Pena de inhabilitación especial

“5. En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente”.

Tiene su origen en la Enmienda nº 98 presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, que pretendía su incorporación al texto para atender al interés superior del menor frente a otros intereses que pudiesen concurrir²⁴⁹, pues se considera a los niños como un colectivo potencialmente destinatario de esas conductas de propaganda prohibida²⁵⁰. Se menciona los ámbitos deportivos y de tiempo libre debido a la lucha y esfuerzo para combatir el racismo, odio y violencia en el deporte²⁵¹.

La penalidad es de inhabilitación por un periodo entre tres y diez años superior al de la duración de la pena de privación de libertad, que será proporcional atendiendo a los criterios mencionados: por la gravedad del delito, número de los cometidos, circunstancias del delincuente...

Una pena criticada por ir en contra, como dice PORTILLA de la libertad de expresión y la libertad de cátedra mediante un ejercicio de pura censura²⁵².

²⁴⁸ LANDA GOROSTIZA, Los delitos de odio, 2018, p. 88.

²⁴⁹BOCG. Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley nº 66-2, de 10-12-2014, p.72 *“regular una protección cualificada de los menores frente a la posibilidad de que sus autores puedan entrar en disposición de ejercer algún tipo de influencia en la formación o desarrollo educativo de los mismos que, muy especialmente en el caso de los niños, por su falta de madurez física y mental, (...) se debe atender el interés superior de los menores, frente a otros intereses concurrentes, y para ello se debe garantizar a nivel legislativo la protección efectiva de la formación de la infancia y la juventud, impidiendo que, su normal desarrollo, pueda verse perjudicado, impedido o desviado, en ningún caso”* <http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-2.PDF > [2/1] Véase también DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 169.

²⁵⁰ LANDA GOROSTIZA, Los delitos de odio, 2018, p. 88.

²⁵¹ TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), Comentarios a la parte especial del Código Penal, 2016, p. 1987.

²⁵² PORTILLA CONTRERAS, en: Álvarez García (Dir.), Tratado de Derecho penal español, 2016, p. 410.

7.2 Otras medidas procesales Art. 510.6 CP

“6. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.

En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo”.

Es una medida procesal “interdictiva” que consiste en la inutilización así como la destrucción judicial de los materiales que resulten de la comisión de un delito o del medio a través del cual se cometió tal delito²⁵³. Se obliga al juez o tribunal a la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito de las anteriores figuras delictivas o por medio de los cuales se hubieran cometido; también la retirada de los contenidos si el delito se hubiera cometido por las tecnologías de la información y comunicación, así como el bloqueo de acceso o interrupción de prestación de acceso a internet²⁵⁴.

Si el citado Art. 510.5 ya recibía críticas, PORTILLA CONTRERAS no se queda atrás en su objeción a esta medida, pues la considera como un “*retorno a las hogueras, a la caza de brujas, a Fahrenheit 451, e irradia el hedor de los Estados autoritarios*”, por lo que defiende de su eliminación²⁵⁵.

Una medida similar fue aplicada por ejemplo en los Juzgados de lo Penal nº26 de Barcelona 366/2015 por la cual cerraron la página web donde los condenados llevaban un programa de radio en el que emitían canciones cuyas letras –con un sentido vejatorio y denigrante hacia el resto de razas– seguían los grupos neonazis que difundían el racismo, la intolerancia, el antisemitismo. En el caso los usuarios se podían conectar fácilmente desde la red Facebook, siendo el perfil de los acusados público y fácilmente accesible, y el programa de radio y la música continuos. En el caso el ministerio fiscal interesó “*el decomiso*

²⁵³ GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY VIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios al Código Penal, 2015, p. 1605.

²⁵⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, p. 171.

²⁵⁵ PORTILLA CONTRERAS, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.) Comentario a la reforma penal de 2015, 2015, p. 751.

y destino legal de las siguientes páginas web (...) Todo ello acordando el cierre o bloqueo de las mismas (...) impedir sus visualización en España, es decir impedir el acceso desde España a tales prestaciones, datos o servicios...”²⁵⁶. Finalmente se falló con el decomiso de “todo el material incautado a los penados y la destrucción de las bobinas ocupadas en el domicilio de los mismos”²⁵⁷

8. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Art. 510.bis

La responsabilidad de las personas jurídicas fue añadida a nuestro Código penal a partir de la reforma de la LO 5/2010 del 23 de diciembre. Se añadió el Art. 31.bis que hacía posible que las personas jurídicas estuvieran sujetas al Derecho Penal, así como ser sancionadas con penas. El Art. 510.bis es una transcripción del Art. 5 de la Decisión Marco 2008²⁵⁸, la cual consideraba que el discurso del odio debería ser una conducta reprochable a las personas jurídicas por una persona que tenga un cargo de directivo en el seno de la organización o cuando la falta de supervisión por dicha persona haya permitido que una persona bajo su autoridad lleve a cabo las conductas del Art. 510²⁵⁹. También en el posterior Art. 6 de la Decisión Marco 2008/913/JAI establecía las sanciones que se deberían imponer a las personas jurídicas²⁶⁰. Actualmente la redacción que nos encontramos en nuestro código es la siguiente:

“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

En este caso será igualmente aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo 510 del Código Penal”.

La responsabilidad de las personas jurídicas seguirá las reglas que establece el Art. 31.bis CP. Nótese que hay una errata en su redacción al referirse su aplicación a los dos

²⁵⁶ SJP Barcelona nº26 366/2015, de 5-10.

²⁵⁷ Ídem.

²⁵⁸ <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32008F0913>> [3/1]. Véase la completa redacción del artículo en el Anexo, p.

²⁵⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, op.cit., pp. 172-173.

²⁶⁰ <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32008F0913>> [3/1]. Véase la completa redacción del artículo en el Anexo p.

artículos anteriores, cuando el Art. 510 abre la sección; la referencia al Art. 509 es solo un error material²⁶¹.

²⁶¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio, 2018, pp. 173-174.

IV. DISCURSO DEL ODIOS C. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Anteriormente nos hemos centrado en el tratamiento que los organismos internacionales, así como los tribunales europeos y estadounidenses, daban al discurso del odio frente a la libertad de expresión; en este capítulo nos centraremos en el camino que han ido adoptando nuestros propios tribunales, exactamente la jurisprudencia del TC y TS.

Posteriormente se hablará de la participación que tienen internet y las redes sociales como nuevo y moderno mecanismo de extensión del discurso del odio.

1. El discurso del odio vs. la libertad de expresión

En todo Estado democrático es importante garantizar y respetar los derechos fundamentales, pero se da la situación de que existen choques o colisiones con otros derechos fundamentales que merecen el mismo nivel de protección²⁶². ¿Cómo solucionar ese problema? Nuestro TC ya afirmó en su momento que los derechos fundamentales no son absolutos y que por lo tanto pueden estar limitados, pero tampoco esas limitaciones a nuestros derechos y libertades deben ser absolutas²⁶³. Entendemos con ello que nuestro tribunal sigue la misma postura que el TEDH y se aleja de la doctrina estadounidense de dotar libertad absoluta a nuestros derechos fundamentales, sin que haya mediación alguna por parte del Estado.

Es esa la postura a seguir con la limitación del derecho a la libertad de expresión y el discurso del odio. Dotar de una completa libertad de expresión puede dañar otros derechos fundamentales como el derecho al honor o la dignidad de las personas; de ahí la tipificación del discurso del odio, ya que justo esos son los bienes jurídicos a proteger. Así pues dice el tribunal: *“el Tribunal constitucional ha destacado tanto el carácter preeminente que tiene la libertad de expresión (...), como su carácter limitado cuando entra en conflicto con otros derechos o intereses constitucionales, como sucede, por ejemplo, con aquellas expresiones que son manifestación del discurso del odio y que cabe interpretar como incitaciones a la violencia, discriminación contra colectivos, etc.”*²⁶⁴.

²⁶² Cfr. DE DOMINGO PÉREZ, en: Miró Llinares (Dir.) Cometer delitos en 140 caracteres, 2017, pp. 277-278.

²⁶³ STC 214/1991, de 11-7, FJ 6°.

²⁶⁴ STC 112/2016, de 19-6, FJ 2°.

Las restricciones deben ser adecuadas, necesarias y proporcionadas²⁶⁵. Los tribunales españoles con tal de saber cuándo una medida que restringe el ejercicio de los derechos fundamentales es constitucional o por el contrario, inconstitucional, han seguido varios mecanismos como: el principio de proporcionalidad y el “test de discurso del odio”²⁶⁶. El TS seguía el criterio de lo que denominaban “zona intermedia”, aunque ahora parece haber pasado a otro criterio distinto relativo al ámbito intermedio. A continuación explicaremos en qué consiste cada uno de ellos.

1.1. *El principio de proporcionalidad*

Para explicar el principio de proporcionalidad nos centraremos en ciertas sentencias del TC que fueron emitidas antes de la reforma de la LO 1/2015. Entre ellas podremos mencionar la STC 214/1991, de 11 de noviembre, o la STC 11/2006, de 16 de enero. La postura adoptaba por el tribunal es la aceptación de la restricción de derechos fundamentales aplicando el principio de proporcionalidad, siempre ante razones de gran peso²⁶⁷.

Cuando se da la colisión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor, dignidad, o igualdad de la persona, el tribunal deberá realizar un estudio de las circunstancias que reúnen cada caso concreto con tal de averiguar si cada conducta se encuentra dentro de la libertad de expresión, o si se ha restringido correctamente por no encontrarse dentro de sus derechos fundamentales²⁶⁸, cumpliendo los parámetros del principio de proporcionalidad. Ese es el “*prius*” de este principio, si las medidas restringen proporcionalmente los derechos fundamentales²⁶⁹ en el caso concreto.

Es importante aplicar el principio de proporcionalidad de manera cautelosa. Se pretende que el precepto penal que sanciona “*no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierta la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la*

²⁶⁵ DE DOMINGO PÉREZ, en: Miró Llinares (Dir.) Cometer delitos en 140 caracteres, 2017, pp. 279

²⁶⁶ Idea obtenida de ROLLNERT LIERN, en: Miró Llinares (Dir.) Cometer delitos en 140 caracteres, 2017, p. 259.

²⁶⁷ DE DOMINGO PÉREZ, op.cit, p. 283.

²⁶⁸ Cfr. STC 214/1991, de 7-11, FJ 6°. “*Cuando, del ejercicio de la libertad de expresión e información reconocida en el art. 20.1 de la C.E., resulte afectado el derecho al honor de alguien, el órgano jurisdiccional está obligado a realizar un juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, con el fin de determinar si la conducta del agente está justificada por hallarse dentro del ámbito de las libertades de expresión e información, y, por tanto, en posición preferente, de suerte que, si tal ponderación falta o resulta manifiestamente carente de fundamento, se ha de entender vulnerado el citado precepto constitucional*”.

²⁶⁹ STC 11/2006, de 16-1, FJ 5°.

dignidad de la persona y al Estado de Derecho” o “una actividad arbitraria y no respetuosa con la dignidad de las personas”²⁷⁰.

El principio de proporcionalidad se conforma de tres requisitos: la idoneidad, el juicio de necesidad y un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Dice la STC 11/2006 sobre ellos:

“Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es preciso constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es adecuada para conseguir el objetivo perseguido (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de no existir otra medida igualmente idónea para la consecución del propósito pretendido que sea menos gravosa que la impugnada (juicio de necesidad); y, por último, si se trata de una medida que resulta ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.

También lo encontramos en la STC 136/1999: *“cabe afirmar la proporcionalidad de una reacción penal cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución. La pena, además, habrá de ser necesaria y, ahora en un sentido estricto, proporcionada”.*

Hay que saber si la medida penal que se aplica restringiendo el derecho de la libertad de expresión es idónea, es decir, que sea adecuada para lograr la protección de los bienes que se pretende proteger con el precepto penal –y que, como punto de partida, tienen que tener suficiente entidad para justificar la prohibición penal²⁷¹.

Se verá que es necesaria si no solo sirve para conseguir la protección que persigue el precepto penal, sino que no hay medidas alternativas más o igual de idóneas pero menos gravosas para conseguir la misma protección²⁷²; en cambio, se considerará innecesaria cuando entre el conjunto de sanciones que sirven para proteger fines similares hay suficientes medios alternativos que son menos gravosos a la hora de limitar el derecho y que consiguen eficazmente la finalidad buscada²⁷³.

²⁷⁰ STC 136/1999, de 20-7, FJ 23º. Véase también STC 55/1996, de 28-3 FJ 8º y 9º.

²⁷¹ DE DOMINGO PÉREZ, REP, 122, 2003, p. 150.

²⁷² STC 11/2006, de 16-1, FJ 8º.

²⁷³ Cfr. STC 136/1999, de 20-7, FJ 23º. Véase también STC 55/1996, de 28-3, FJ 8º.

Para valorar si es proporcional en sentido estricto, se comparará la entidad del delito y la entidad de la pena²⁷⁴. Se determinará si de la medida que se aplica derivan más beneficios para el interés general que desventajas sobre otros bienes que estén en conflicto. Se entenderá entonces que es desproporcionada cuando produzca un desequilibrio excesivo o irracional entre la sanción y la finalidad de la norma²⁷⁵.

Con este criterio, en sus distintos casos el tribunal consideró que el discurso del odio “*hacia referencias a manifestaciones injuriosas, humillantes o vejatorias*” no amparadas dentro del ámbito de la libertad de expresión y que van dirigidas a un colectivo²⁷⁶. Así pues en la STC 214/1991 determina la clase de opiniones e ideas que se consideran que atentan contra la dignidad de las personas y los derechos que vienen a ella aparejados como el derecho al honor o la igualdad, y que por tanto considera fuera de la libertad de expresión. Para el tribunal la libertad de expresión, entendida como la emisión de una opinión, consiste en manifestaciones de opiniones y creencias personales, no datos objetivos, lo que implica que su campo de delimitación viene marcado por “*expresiones indudablemente injuriosas que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas*”²⁷⁷ y que por tanto “*la libertad de expresión no puede amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales...*”²⁷⁸. Además, también el TC expresa que no hay cabida para los mensajes intimidatorios y amenazantes dentro del derecho a la libertad de expresión, por lo que pueden ser objeto de sanción penal²⁷⁹.

A la hora de evaluar si existía antijuricidad en la conducta en relación con el delito de injurias, había que determinar si se daba además el elemento subjetivo del *animus iniuriandi*²⁸⁰, es decir, el ánimo del sujeto de injuriar a otra persona para atentar contra su honor o dignidad²⁸¹.

²⁷⁴ STC 136/1999, de 20-7, FJ 23º.

²⁷⁵ Ídem.

²⁷⁶ DE DOMINGO PÉREZ, en: Miró Llinares (Dir.) Cometer delitos en 140 caracteres, 2017, p. 285.

²⁷⁷ STC 214/1991, de 11-11, FJ 6º.

²⁷⁸ Ibídem. FJ 8º.

²⁷⁹ STC 136/1999, de 20-7, FJ 19º.

²⁸⁰ DE DOMINGO PÉREZ, REP, 122, 2003, p. 159. Como se indica en el texto el autor está valorando la cuestión desde la perspectiva del delito de injurias y no desde la correspondiente a las conductas del Art. 510 CP.

²⁸¹ <http://www.guiasjuridicas.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUUNDUzMLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgBSNFpcNQAAAA==WKE> [10/1]

Lo que se pretende con este principio de proporcionalidad es evitar el considerado “efecto desaliento”, impedir que el derecho a la libertad de expresión quede desnaturalizado, y rehusar a que el Derecho penal sea un factor que disuada a las personas el ejercicio del derecho a la libertad de expresión por miedo a una alta represalia por ejercer un derecho²⁸².

1.2. *El test del discurso del odio*

Coincidiendo con la última reforma del Código penal, el TC cambió de criterios con respecto al debate del discurso del odio frente a la libertad de expresión, dejando atrás una jurisprudencia algo ambigua al respecto. En este caso las sentencias de referencia son la STC 177/2015, de 22 de julio, y la STC 112/2016, de 19 de junio. Con ellas, el tribunal lo que hace es distinguir entre el ejercicio de la libertad de expresión que merece una cobertura constitucional y las expresiones del discurso del odio que no entran dentro de la protección del derecho; distinguiendo entre un ejercicio legítimo y otro ilegítimo²⁸³. En palabras del tribunal:

“La labor que debe desarrollar el órgano judicial penal consiste en valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión, lo que determina que «la ausencia de ese examen previo al que está obligado el Juez penal o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible» y «constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración»²⁸⁴.

Se entendería que entre la libertad de expresión y las expresiones que tienen una sanción penal hay una barrera, a partir de la cual la conducta entraría dentro de lo penalmente sancionable. El criterio del Tribunal no consiste ya en si la sanción ha respetado el derecho de la libertad de expresión mediante el principio de proporcionalidad, sino en si las manifestaciones o expresiones que se lleven a cabo reúnen los requisitos necesarios para considerarlo discurso del odio. Ahora ya no se valora tampoco el criterio que hemos mencionado anteriormente de *animus iniuriandi*, sólo se valora si la conducta es

²⁸² ROLLNERT LIERN, en: Miró Llinares (Dir.), Cometer delitos en 140 caracteres, 2017, pp. 256 -257.

²⁸³ ROLLNERT LIERN, op.cit., p. 256

²⁸⁴ STC 112/2016, de 19-6. FJ 2º.

lícita dentro del derecho fundamental²⁸⁵. Por ello, ya no estamos ante el mecanismo del principio de proporcionalidad sino en el test del discurso del odio²⁸⁶.

Ese test consiste en aplicar la doctrina de la STC 235/2007 sobre la negación y justificación del genocidio²⁸⁷. De manera que para deducir la constitucionalidad o no, se deberá exigir la existencia de dos requisitos: que haya una incitación –como mínimo– indirecta a la violencia; y que se dé una situación de riesgo²⁸⁸, lo que se entendería como el elemento de la idoneidad.

A criterio del Tribunal, para que una sanción penal en este ámbito sea constitucional es necesario que la conducta constituya una incitación, directa o indirecta, a la violencia, es decir, que sea capaz de propiciar situaciones de riesgo para las personas, o derechos de terceros o para el sistema de libertades²⁸⁹. Los actos han de crear “*un caldo de cultivo, una atmósfera o ambiente social proclive a acciones terroristas*”, discriminatorias, o de odio, como expresa en el FJ 6º de la STC 112/2016, de 19 de junio. Todo desde la óptica de un espectador objetivo²⁹⁰. Según el Tribunal la incitación a la violencia siempre tiene aparejado un elemento de riesgo que será el que decida la constitucionalidad o no de la sanción penal de la conducta que se juzgue.

Como otro elemento se añade en la STC 177/2015 la vinculación del discurso del odio con la protección de colectivos que son especialmente vulnerables, pero resulta destacable el alcance del discurso del odio que menciona en su fundamento jurídico 4º: “*Es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado «discurso del odio» son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes*”.

²⁸⁵ DE DOMINGO PÉREZ, en: Miró Llinares (Dir.) Cometer delitos en 140 caracteres, 2017, p. 285.

²⁸⁶ ROLLNERT LIERN, en: Miró Llinares (Dir.) Cometer delitos en 140 caracteres, 2017, pp. 258-259.

²⁸⁷ En el caso de la sentencia de estudio STC 112/2016, el tribunal extrapola la doctrina de la STC 235/2007. Dice así en su FJ 3º: “*al caso de la apología del terrorismo en la modalidad de discurso del odio. La concreta cuestión de la eventual incidencia que podría tener la sanción de un delito de enaltecimiento del terrorismo en el derecho a la libertad de expresión no ha sido todavía objeto de ningún pronunciamiento de este Tribunal mediante Sentencia. Ahora bien, por la similitud estructural que presentan ambos tipos penales y por su incidencia sobre el derecho fundamental invocado, resulta necesario recordar la doctrina establecida en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, en la que se analiza la constitucionalidad de los tipos penales referidos a la negación y difusión de ideas que justifiquen el genocidio*”.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 259.

²⁸⁹ Cfr. STC 112/2016, de 19-6, FJ 4º.

²⁹⁰ STC 112/2016, de 19-6, FJ 6º.

El Tribunal, a modo de conclusión sobre cuándo restringir la libertad de expresión por el discurso del odio para que sea constitucional, acaba mencionando lo que expresó en su momento sobre el delito de negación y justificación de genocidio en la STC 235/2007; allí afirmó que:

“Será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial transcendencia 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 en 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”²⁹¹.

El problema de esta nueva postura que muestra el Tribunal en la STC 177/2015 es que no presta mucha atención al contexto en el que se producen los hechos, basta con que haya habido una incitación sin que efectivamente ello conlleve esos resultados violentos, pero esta decisión conlleva que ciertas manifestaciones o contenidos expresivos sean fácilmente restringidos apelando a “*un potencial efecto incitador*” a la violencia y al odio²⁹². Ello provoca que tampoco se tenga en cuenta el “efecto desaliento” del que hemos hablado antes y que el anterior principio trataba de proteger.

1.3. Discurso del odio en la “zona intermedia”²⁹³

Si ya hemos conocido la postura actual del TC en los apartados anteriores, toca hablar de la posición que toma el TS respecto al choque entre el castigo de los delitos de odio y el derecho a la libertad de expresión. El TS se mueve por el mismo camino que el

²⁹¹ STC 112/2016, de 19-6, FJ 6°. Véase también STC 235/2007, de 7-11, FJ 9°.

²⁹² DE DOMINGO PÉREZ, en: Miró Llinares (Dir.) Cometer delitos en 140 caracteres, 2017, p. 288.

²⁹³ En este apartado se intentará dar una explicación de la evolución jurisprudencial del discurso del odio por el TS. Las sentencias básicamente versan en su mayoría sobre el delito de enaltecimiento del terrorismo (del cual hicimos una pequeña referencia en el Cap. II) contra la libertad de expresión. El enaltecimiento del terrorismo no es objeto de este trabajo por no tratarse de discurso del odio en sentido estricto, pero es necesaria su mención en este capítulo ya que el TS y algunos autores vienen a entender dicho delito dentro del discurso del odio en un sentido amplio al tratarse de comunicación violenta, de manera que todo lo que se expresa sobre él se puede aplicar de manera análoga a lo que queremos explicar sobre las conductas del Art. 510 contra la libertad de expresión, que sí es objeto de nuestro estudio. Sin una mención del enaltecimiento del terrorismo, nos es imposible poder explicar la evolución del Art. 510 CP en la jurisprudencia del Alto tribunal.

que adopta el TC en su Sentencia 235/2007. Las sentencias más destacables son la SSTS 224/2010, de 3 de marzo; 259/2011, de 12 de abril; o 299/2011, de 25 de abril.

Se acepta la existencia de la tensión que existe entre los delitos de odio –en el caso de las sentencias anteriormente mencionadas se habla del delito de enaltecimiento del terrorismo–, y el derecho de libertad de expresión de ideas, y cómo este derecho queda dañado por el tipo penal. “La Sala llegó a la conclusión de que «el delito de exaltación o justificación del terrorismo o sus autores se sitúa extramuros del delito de la apología del Art. 18CP, pero sin invadir ni cercenar el derecho de la libertad de expresión. Zona intermedia que, como ya hemos dicho, debe concretarse cuidadosamente caso a caso. Solo así se puede sostener la constitucionalidad del delito de exaltación»²⁹⁴. Se da entonces la existencia de un punto intermedio entre lo que está protegido por la libertad de expresión y lo que debe ser considerado delito de apología del Art. 18 CP²⁹⁵. Lo que se explica con esta doctrina es que el discurso del odio –en sentido amplio donde también cabe como tal el enaltecimiento del terrorismo– ni está amparado por el derecho fundamental, ni llega a entenderse como delito de apología en sentido estricto.

Con el enaltecimiento o justificación del terrorismo se consideró que era una forma distinta de apología que la que se considera en sentido estricto en el Art. 18 CP, por lo que en opinión de la Sala este delito de exaltación de terrorismo “es una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito. La barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica”²⁹⁶. Se muestra esta modalidad de apología como una “apología menor” fuera del Art. 18 CP y fuera de la libertad de expresión, situada en una “zona intermedia”²⁹⁷.

¿Qué es entonces la “zona intermedia”? Aquella donde nos encontramos esos casos que no son aceptados como dentro del derecho fundamental de la libertad de expresión o ideología, pero no tienen una magnitud tan grave ni provocan un resultado tan lesivo como el que se expone en la redacción de la apología del Art. 18. Aun así son conductas que deben ser punibles, aunque no de una manera tan grave.

²⁹⁴ ROLLNERT LIERN, en: Miró Llinares (Dir.), Cometer delitos en 140 caracteres, 2017, pp. 262-263. Véase también STS 106/2015, de 19-2, FJ 5º.

²⁹⁵ Es considerado apología por el Art.18 del CP: “la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito”.

²⁹⁶ STS 299/2011, de 25-4, FJ 1º.

²⁹⁷ Ídem.

Pero debemos entender que no se trata de la misma manera a la apología o enaltecimiento del terrorismo como discurso del odio en sentido amplio que a otras manifestaciones de discurso del odio, como las conductas del Art. 510.1 CP –entendiéndose por estas manifestaciones el discurso del odio en el sentido estricto ofrecido en el presente trabajo–. Con anterioridad a la reforma, el TS llegó a entender que la provocación, a la que se refería la anterior versión del Art. 510.1 debía cumplir todos los requisitos de la apología estricta del Art. 18 CP: *“en cualquier caso, es preciso 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”*.

Por lo tanto, en opinión e interpretación del autor ROLNERT LIERN la referencia a la zona intermedia se limitaba inicialmente a los casos de enaltecimiento del terrorismo. Pero ya después de la reforma, cuando se cambió el término provocar por los de fomentar, promover o incitar, en esa zona intermedia ya no solo estaría el enaltecimiento del terrorismo, sino también la realización de las conductas típicas expresiones del Art. 510, puesto que ya no se requiere un componente de incitación, directa o indirecta, teniendo cabida acciones de menor intensidad como las de fomento o promoción²⁹⁸.

Dicho esto, cabe sin embargo destacar que, en sentencias recientes el TS ha dejado de acuñar el criterio asociado a la expresión de “zona intermedia” –usada en sus sentencias anteriores a la reforma y que ya hemos mencionado como la STS 224/2010–, y utiliza otro criterio: la “justa interdicción” del discurso del odio, según el cual ciertos comportamientos no merecen estar protegidos por el derecho fundamental de la libertad de expresión²⁹⁹, pero tampoco sancionados penalmente. Como se desprende de la STS 820/2016, de 2 de noviembre, el TS acaba mencionando y adquiriendo la postura que el TC toma con respecto al método a seguir para aplicar el tipo penal a estas conductas de manera respetuosa con la Constitución, aludiendo de esta manera a la ya citada STC 177/2015³⁰⁰.

Finalmente en la STS 4/2017, de 18 de enero, la Sala acaba afirmando que no todas las conductas que aparentemente podrían subsumirse en el Art. 510 son una extralimitación de la libertad de expresión y que solo se debe penalizar aquellas manifestaciones más graves, añadiendo que en nuestro ordenamiento jurídico existen otras formas de castigar

²⁹⁸ ROLNERT LIERN, en: Miró Llinares (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, pp. 264-265.

²⁹⁹ STS 820/2016, de 2-11, FJ 2º.

³⁰⁰ Ídem.

ciertas expresiones sin que sea dentro del ámbito penal. No todo odio es punible, es más se afirma que: *“entre el odio que incita a la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no es acogible en la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo”*³⁰¹. El TS no menciona su término de zona intermedia, pero sí que vuelve a establecer un punto intermedio, ubicado ahora entre lo que está dentro de la libertad de expresión y lo que debería sancionarse penalmente, es decir, un punto donde se encontrarían expresiones que –quedando fuera de la libertad de expresión– podrían castigarse mediante otros medios que pueda ofrecer nuestro ordenamiento jurídico³⁰².

Aparte de las mencionadas posturas de nuestros tribunales nacionales, cabe una última de interés donde se puede reunir un poco de cada una. Sobre todo tiene que ver con la última idea que se ha expuesto relativa a que no todo odio es punible. Se debe mencionar el manifiesto sobre delitos de expresión que el Grupo de Estudios de Política Criminal (GEPC) aprobó en la sede del Consejo General del Poder Judicial el 6 y 7 de octubre de 2017³⁰³.

Este manifiesto habla sobre la política expansiva que se ha adoptado con los preceptos penales; en efecto, ya hemos mencionado en este trabajo en su estudios sobre el delito de odio, que con el paso del tiempo se ha ido expandiendo las conductas típicas y haciéndolas más genéricas. Así, el GEPC alude al incremento de los tipos penales y al uso de términos indeterminados o metajurídicos. Esta clase de conceptos abre la puerta a interpretaciones extensivas por parte de los tribunales con el resultado de una mayor restricción de los límites de la libertad de expresión.

Desde el manifiesto se expresa que el Estado democrático debe permitir la libertad de expresión e ideología, pues en ello se sustentan la democracia. Con las últimas sentencias del TC, parece que nos estamos alejando de esa idea.

El GEPC esquematiza, en función de la jurisprudencia del TEDH y el TC, los casos donde se pueden permitir las restricciones a la libertad de expresión, a saber, cuando: *“a) implique la limitación de un derecho constitucional, en el sentido de, un daño o lesión de un bien*

³⁰¹ STS 4/2017, de 18-1, FJ 2º.

³⁰² ROLLNERT LIERN, en: Miró Llinares (Dir.), Cometer delitos en 140 caracteres, 2017, p. 271.

³⁰³ Noticiario, CPC, 123, 2017 pp. 362.

relacionado con la autonomía persona. b) Incluya amenazas o intimidaciones a personas concretas. c) Represente una incitación a la comisión de un delito”³⁰⁴. Igualmente, frente a estas situaciones el GEPC enumera una serie de principios a partir de los cuales la intervención penal debería guiarse, y que son los siguientes: intervención mínima (usar otras vías antes de la penal), legalidad y taxatividad (evitar preceptos vagos e indeterminados), lesividad y materialidad de la acción, proporcionalidad (usar otras medidas antes de la pena privativa de libertad)³⁰⁵.

2. El discurso del odio en internet

La evolución de las nuevas tecnologías a lo largo de los años también ha jugado un importante papel en el tema sobre el delito de discurso del odio, pues Internet y las redes sociales son un medio de comunicación y expansión de ideas que pueden llegar de manera pública a un gran número de personas. El legislador no ignora esta realidad y no en vano añadió estas plataformas como mecanismos o soportes de difusión de las conductas del Art. 510 CP.

Internet y el mundo online suponen un gran problema para el discurso del odio, y sobre todo para la labor de los tribunales. Estas trabas son: el símbolo de libertad que supone manifestarse en la Red y en las redes sociales, la no delimitación jurisdiccional – como en materia de cooperación internacional, protección de datos, secreto de comunicaciones...–, la dificultad en materia probatoria³⁰⁶, la ausencia de censuras, universalidad y popularización, el mensaje perpetuo, la ausencia de límite y control de personas a las que puede llegar el mensaje... De hecho, estas dos últimas dificultades han sido expresamente admitidas por parte de la Sala 2ª del TS:

“La extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios. Quien hoy incita a la violencia en una red social sabe que su mensaje se incorpora a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad. Además, carece de

³⁰⁴ GEPC, Manifiesto sobre delitos de expresión. <<http://www.politicacriminal.es/actividades/colaboraciones/manifiesto-por-la-libertad-de-expresion>> [14/1]

³⁰⁵ Ídem.

³⁰⁶ Ayuntamiento de Barcelona, Informe del discurso del odio, 2017, p. 4. <http://ajuntament.barcelona.cat/bcnvsodi/wp-content/uploads/2017/02/Informe_Discurso-del-Odio_resumen-ejectivo_ES-2.pdf> [14/1]

*control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión*³⁰⁷.

Internet o el ciberespacio ha tenido dos fases o momentos. Así pues se comenzó con lo que se conoce como Web 1.0 o World Wide Web lo que corresponde con la creación de blogs o páginas web fáciles de hacer y fácilmente accesibles, pasando de los periódicos, folletos u octavillas a este medio más sencillo y universal que incrementaba en millones el número de receptores. Después de esta etapa, viene la Web 2.0 lo que corresponde a las redes sociales, una forma en que la Red se vuelve más personal, social popular y global, siendo incluso más fácil el contacto con mensajes y comunicación más personalizada; además, se considera una autocomunicación de masas³⁰⁸.

La preocupación que la Web 1.0 traía consigo era cuantitativa, por el número de personas que podían acceder o leer esas opiniones e información violenta. En cambio, la consternación con la Web 2.0 es cualitativa –el cómo llega esa información, sus efectos nocivos a las personas–, ya que se puede utilizar como reclutamiento o radicalización de ciertos grupos. Preocupa en definitiva, que el odio se expanda y se radicalice de manera que un millón de personas manifiesten intolerancia³⁰⁹.

Las redes sociales u otras plataformas en Internet intentan luchar contra esta clase de discursos del odio mediante filtros y controles, así como con unas condiciones de uso o la propia denuncia de otros usuarios al ver o percatarse de ciertos discursos discriminatorios, odiosos o violentos. La desventaja es que esos mecanismos no siempre funcionan sobre todo en redes sociales de uso masificado, debido al gran contenido que se publica en dichas redes sociales de manera diaria. Se pueden cometer muchos errores y la gestión es muy complicada. En redes sociales de menor uso es fácil, pero en otras como Twitter resulta imposible censurar todo³¹⁰.

Las plataformas más usadas por los usuarios son Twitter y Facebook, especialmente la primera, pues el Ministerio Fiscal ya ha intervenido frente a expresiones escritas dentro de dicha red social y ya se han pronunciado algunos tribunales al respecto. Podemos mencionar algunas sentencias o casos como los comentarios hacía Adrián, un niño enfermo

³⁰⁷ STS 4/2017, de 18-1.

³⁰⁸ MIRÓ LLINARES, Revista de Estudio de Derecho y Ciencia Política, 22, 2016, p. 95.

³⁰⁹ MIRÓ LLINARES, Revista de Estudio de Derecho y Ciencia Política, 22, 2016, p. 96.

³¹⁰ Ayuntamiento de Barcelona, Informe del discurso del odio, 2017, p. 6. <http://ajuntament.barcelona.cat/bcnvsodi/wp-content/uploads/2017/02/Informe_Discurso-del-Odio_resumen-ejectivo_ES-2.pdf> [14/1]

de cáncer que quería ser torero, comentarios homófobos que surgieron tras la muerte de Bimba Bosé, el asesinato por parte del piloto a los pasajeros del avión Germanwings³¹¹, etc. En estas redes sociales nos encontramos con discursos de odio hacia la raza, religión, por razones de género y por orientación o identidad sexual³¹².

Como ejemplo de discurso del odio en internet hablaremos sobre tres sentencias: la primera sobre tuits contra las mujeres, la segunda sobre el asesinato por parte del piloto del vuelo de Germanwings, y tercero la muerte del torero Víctor Barrio. Las tres con mensajes discriminatorios y de intolerancia hacia un determinado grupo de personas, lo llamativo de ellas es que no son los típicos grupos o colectivos que han sufrido en el pasado algún acto de discriminación de sus derechos³¹³.

La primera sentencia es condenatoria; el condenado publicó una serie de tuits sobre atentados yihadistas como: *“Ya no se ven atentados como los del 11-S, estos de la Yihad no valen, si van a masacrar a gente que lo hagan con estilo, vuelve Bin Laden”* o *“Ya tengo los explosivos preparados para esta noche liarla en Sol, Feliz año, Alá es grande”*; y por otro lado se condenó por tuits contra las mujeres como: *“53 asesinadas por violencia de género machista en lo que va de año, pocas me parecen con la de putas que hay sueltas”* o *“Y 2015 finalizará con 56 asesinadas, no es una buena marca pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos esa cifra, gracias”*. Con respecto a los primeros fue condenado por el delito del Art. 578 CP de enaltecimiento del terrorismo ya que según la Audiencia los usuarios que leen esos mensajes lo que les llega es *“la alabanza a las masacres causadas por el terrorismo, justamente ciudadanos de una sociedad, que ha sido su objetivo y en un entorno geográfico igualmente golpeado, elevándose la sensibilidad en fechas, tales como las navideñas, de concurrencia multitudinaria en la calle y como se ha demostrado empleada dicha circunstancia por los autores de atentados de esa naturaleza”*. El autor de las manifestaciones se intentó excusar afirmando que eran bromas de humor negro, pero la Audiencia no las calificó de tal cosa; ya que en su ánimo se podía denotar un ensalzamiento de esas acciones o de sus autores³¹⁴. Con respecto a los tuits contra las mujeres fue condenado por la conducta del Art. 510.1 CP considerando esos mensajes como ofensivos, añadiendo el tribunal que:

“Lo que rezuman los contenidos de los twitts, es la discriminación hacia la mujer, en tanto trato diferente y por debajo que al hombre, con consecuencia negativa para las primeras. Partiendo de esa

³¹¹ MIRÓ LLINARES, en: Miró Llinares (Dir.) Cometer delitos en 140 caracteres, 2017, p. 45.

³¹² MIRÓ LLINARES, Revista de Estudio de Derecho y Ciencia Política, 22, 2016, p. 98.

³¹³ MIRÓ LLINARES, en: Miró Llinares (Dir.) Cometer delitos en 140 caracteres, 2017, pp. 46-47.

³¹⁴ SAN 2/2017, de 26-1, FJ 1º.

*privación o desventaja en la que se ubica a la mujer, denigrándola así en algunos mensajes, acto continuó a esa consideración que le merecen al acusado, alimenta la explicación a los fatales desenlaces acontecidos a las mismas, que contabiliza, llegando a la conclusión de que se pueden aumentar*³¹⁵.

Lo que viene a decir es que se puede apreciar la hostilidad y discriminación a la mujer de una manera denigrante.

En la segunda sentencia también se condenó por el Art. 510.1 CP por unos tuits de naturaleza racista y xenófoba además del tuit publicado relacionado con el asesinato del vuelo de Germanwings. Entre las publicaciones podemos encontrarnos mensajes como: *“Poca mierda veo en Twitter para haberse estrellado un avión lleno de catalanes”*; tras éste, la Fiscalía siguió investigando, encontrando otros como: *“Mandela? Un negro que no sale en “Callejeros viajeros” ni es negro ni es nã”*³¹⁶. A pesar de que los tuits no parecen conllevar una incitación directa o indirecta, se entiende que se condena por una conducta de incitación indirecta al odio que, aunque no cause ningún daño o lesión a un bien relacionado con la autonomía personal, sí ofende la moral colectiva, no diferenciando entre el injusto de la incitación directa a la violencia y las meras ofensas colectivas³¹⁷.

El tercer caso versa sobre el mensaje ofensivo en la plataforma Facebook contra el torero Víctor Barrio; se trata de la única sentencia que no es condenatoria y en la cual se aprobó el sobreseimiento de la causa. El mensaje decía así:

“Muere un tal Víctor Barrio de profesión asesino de toros en Teruel (en su casa lo conocían a la hora de la siesta) yo que soy un ciudadano muy educado hasta el punto de ser maestro me alegro mucho de su muerte, lo único que lamento es que de la misma cornada no hayan muerto los hijos de puta que lo engendraron y toda su parentela, esto que digo lo ratifico en cualquier lugar o juicio. Hoy es un día alegre para la humanidad. BAILAREMOS SOBRE TU TUMBA Y NOS MEAREMOS EN LAS CORONAS DE FLORES QUE TE PONGAN ¡CABRÓN!”

Entre otros motivos, se resuelve el sobreseimiento por la consideración de la jueza de la inexistencia de un delito de incitación al odio del Art. 510 CP. Ninguno de los mensajes objeto de la querrela incita a la realización de actos violentos contra un colectivo. Sí admite que puede contener una injuria o vejación injusta grave, pero esta solo puede ser perseguida por el ofendido o herederos, y en el caso que nos atañe no fue así. En este caso

³¹⁵ *Ibidem*, FJ 2º.

³¹⁶ Sentencia Juzgado de Instrucción de Cerdanyola de Vallès 25/2017, de 15-3.

³¹⁷ MIRÓ LLINARES, en: Miró Llinares (Dir.) Cometer delitos en 140 caracteres, 2017, p. 59.

no se aprecia en los mensajes del autor una efectiva lesión de la integridad moral o dignidad de la persona, y son requisitos esenciales para la aplicación del tipo³¹⁸.

De estas sentencias podemos observar que el camino que han seguido algunos tribunales y juzgados con respecto a los mensajes de las redes sociales es la existencia de una ofensa con la que simplemente es necesario haber lesionado un “sentir general” del resto de la sociedad, sin que haya sido necesaria la efectiva lesión de la dignidad de la persona a la que va dirigida, o el colectivo al que va dirigido, así como un peligro patente de violencia o actos de odio o discriminación – a expensas de la última sentencia que hemos mencionado. Esta idea podría traernos a la mente el castigo de los delitos odiosos que hemos mencionado con anterioridad en el trabajo, pues se trata aquí de mensajes que no producen un efectivo daño, pero resultan odiosos para el resto de la sociedad –al no ser aceptados por una gran parte de ella–. El efecto más importante del castigo de estos delitos es que pueden provocar un efecto desaliento.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 57.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Los delitos de odio tienen su origen en el s. XIX en Estados Unidos, donde empezamos a encontrar pequeñas leyes estatales contra la discriminación o los malos tratos contra los negros o esclavos recientemente libres. El verdadero comienzo legislativo se da con la finalización de la Segunda guerra mundial y el genocidio judío. Las organizaciones internacionales y europeas vieron importante una regulación contra el genocidio y el odio racial.

Sin embargo, existen dos modelos diferentes a la hora de tratar el choque entre la libertad de expresión y el discurso del odio: uno más liberal –modelo estadounidense–, y uno restrictivo –modelo europeo y el que España acoge–.

SEGUNDA.- De las distintas definiciones que la doctrina y los organismos internacionales y europeos nos han aportado encontramos dos tipos de definición de “delitos de odio”. La primera de ellas se remite a los actos delictivos que el autor comete motivado por un prejuicio hacia una persona cuyas características personales lo relacionan con un colectivo determinado –modelo de la animosidad–; la segunda se refiere a los actos con los que el autor provoca, con independencia de la motivación, una humillación o un daño hacia un grupo o persona que pertenece a un colectivo tradicionalmente discriminado – modelo de la discriminación selectiva.

Ambas concepciones tienen algo en común: su *fundamento último* –la *ratio* de la norma– es la protección de los colectivos más vulnerables, si bien es un modelo de aplicación efectiva del tipo legal puede ser más amplia. Los delitos de odio van dirigidos a colectivos determinados que se han venido resumiendo en un listado cerrado de motivos discriminatorios que son: motivos racistas, motivos antisemitas, por razón de ideología, religión o creencias, situación familiar, pertenencia de sus miembros a una raza, etnia o nación, origen nacional, sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, enfermedad y discapacidad.

El debate entre un modelo y otro es uno de no poca relevancia. ¿Qué sucede si un hombre de raza negra o religión judía, con manifestaciones movidas por prejuicios, humilla o lesiona la dignidad de un hombre de raza blanca o religión católica? ¿Es eso delito de odio? ¿Sería discriminación? ¿Se aplican las conductas del Art. 510 en este sentido?

En parte, los modelos responden a la dimensión positiva y negativa del Art. 14 CE. Una postura parte de la discriminación positiva, es decir, entiende que son motivos discriminatorios o que se da la discriminación por razones de raza, etnia, origen nacional, sexo, identidad sexual, género, motivos antisemitas, motivos racistas... cuando va dirigida la acción a los colectivos que históricamente han sido perseguidos y discriminados y tratados de modo diferente; de manera que ahora, en un ejercicio de discriminación positiva, se les da un trato más favorable al protegerlos solo a ellos. Entonces, en esta postura, que un hombre de raza negra movido por el prejuicio lesione la dignidad de un hombre de raza blanca no sería discurso del odio, sino que se llevaría por otros cauces u otros delitos como por ejemplo el delito de injurias.

En la segunda postura, desde la perspectiva negativa, la situación histórica de los colectivos es irrelevante, importando solo los efectos que producen la discriminación o la lesión de los bienes jurídicos que se protege. Se incluyen así como objeto de motivos racistas o de orientación sexual a personas de raza blanca y heterosexuales respectivamente. Desde esta vertiente, la respuesta a la cuestión que replanteaba es positiva. Sí sería delito de odio si un hombre de raza negra en las circunstancias señaladas más arriba lesionase la dignidad de un hombre de raza blanca.

Aunque la cuestión merece todavía más estudio, considero más correcto esta última, ¿acaso no tiene derecho a que se considere como delito de odio una agresión como la descrita? ¿Cuándo un colectivo vulnerable históricamente, y que en la actualidad y durante décadas ha sido protegido de manera más favorable por la ley, deja de serlo? ¿Es legítimo además el empleo de técnicas de discriminación positiva en la legislación penal?

Desde algunos sectores se ha argumentado sin embargo que un discurso que tenga por objeto el odio o la hostilidad contra el colectivo mayoritario no es capaz de producir los efectos que se requieren para considerar típica la conducta. No son discursos o actos capaces de producir un clima de hostilidad o de caldo de cultivo.

TERCERA.- Por cada reforma que se ha llevado a cabo en nuestro Código penal ha habido un incremento de restricciones al derecho a la libertad de expresión, así como se han añadido más conceptos indeterminados y vagos, cuando el objetivo era aclararlos. Asimismo, ha habido un aumento de las penas de prisión, cuando quizás la solución no es usar el *ius puniendi* para los discursos del odio que inciten indirectamente a la violencia, o que no tienen capacidad de desencadenar actos violentos, de odio o discriminación; sino

utilizar otras herramientas de nuestro sistema para castigar dichas conductas y dejar el Derecho penal para las más gravosas.

La redacción actual del Art. 510 tiene sus problemas, de hecho no hay ningún apartado sin crítica o debate doctrinal.

Uno de ellos lo podemos encontrar en el Art. 510.1.c) sobre la negación del genocidio, ya que según el genocidio al que nos referimos podemos entrar dentro del derecho a la libertad de expresión o podemos encontrarnos ante la conducta tipificada. ¿Cuáles son los genocidios cuya negación puede ser considerada delictiva o cuáles no? La negación del genocidio judío sí es delito pero, ¿negar o justificar los ataques de los israelíes en Gaza no lo es? ¿La conquista de América por los españoles o portugueses es menos genocidio que el llevado a cabo por los nazis? ¿Cuándo se puede considerar que entra dentro de la conducta típica negar o justificar un genocidio que ha ocurrido en la historia, y cuándo deja de serlo? Estas preguntas se dejan a la libre interpretación y no queda nada esclarecido con la actual redacción del precepto.

El problema de la redacción del Art. 510 no solo está en los conceptos indeterminados, o en las dudas sobre qué situaciones debemos castigar como justificación de genocidio (por mencionar lo que hemos hablado en mis anteriores conclusiones); si no también reside en la existencia de apartados como el número cinco y el número 6, la inhabilitación a los docentes o la destrucción de material respectivamente.

La inhabilitación a un profesor docente va en contra de la libertad de cátedra y de libre pensamiento, y en cuanto a la destrucción de material (véanse libros, soportes electrónicos, páginas web...) ¿no recuerda a una medida que adoptaría una dictadura? ¿No estamos ante una censura?

Junto con los autores que he mencionado en este trabajo, por ejemplo MUÑOZ CONDE, que se muestra también crítico, he de ir en contra de dichos preceptos por considerar medidas de censura a la libertad de pensamiento de cada persona, acercándonos a una sociedad de Pensamiento Único típico de la novela escrita por George Orwell “1984”.

CUARTA- No todo odio es delictivo, y así lo acaba estableciendo el Tribunal Supremo en estos últimos años, que intenta crear un ámbito intermedio entre lo que

protege el derecho a la libertad de expresión y lo que se debe castigar penalmente. El Tribunal Constitucional acaba adoptando una posición restrictiva para con el derecho a la libertad de expresión y el discurso del odio en las últimas sentencias, como es el caso STC 177/2015.

Lo que debería ocurrir es que ambos tribunales estrechasen sus diferencias a la hora de aplicar dicho artículo, dirigiéndose más por el camino que marca actualmente el TS sobre un ámbito intermedio, es decir: entender que hay conductas dentro de la libre expresión, conductas no reprochables penalmente pero sí por vía civil o administrativa y conductas más graves que pueden ser castigadas por el Código penal.

La sanción penal de conductas produce diversos efectos, pero uno de ellos, que incluso ha sido mencionado en su jurisprudencia por el TC, es el “efecto desaliento”. Dicho efecto produce en los ciudadanos un miedo a ejercer sus derechos fundamentales por temor a ser castigados penalmente. Los posicionamientos restrictivos con los derechos fundamentales y la continua ampliación de los tipos penales nos conducirán a generar o aumentar dicho “efecto desaliento”. Adoptar un modelo restrictivo de los derechos conlleva una continua restricción cada vez mayor. Lo que llevará al punto, si es que no hemos llegado ya, de castigar por meras ofensas o comentarios encuadrados en el humor negro.

Lo importante es evitar ese modelo restrictivo, no imponiendo límites a los derechos o prohibiendo ciertas conductas, sino dictar ciertas consideraciones que hay que tener a la hora de su ejercicio.

Hay que tener muy en cuenta a la hora de resolver los casos el “efecto desaliento”, pues de éste dependerá que la gente pueda disfrutar de sus derechos libremente sin sentirse coaccionada, porque dependiendo de lo poco que digan o los cauces por los que se expresen sufrirán una pena de prisión, optando en caso de duda y miedo por no ejercer el derecho en cuestión.

A esto se le tiene que sumar la anterior conclusión sobre los conceptos indeterminados que conllevan un abandono a la interpretación de los tribunales. Teniendo en cuenta que el TC ya tiene una actitud restrictiva, la amplia discrecionalidad judicial provocaría un mayor efecto desaliento, y por tanto más coacción para los ciudadanos,

llevándonos paulatinamente a posturas que se adoptan dentro de los regímenes dictatoriales y alejándonos de la idea de lo que es un Estado democrático.

QUINTA.- Veo necesaria una nueva reforma del Código penal donde se redacte de manera correcta la incitación y el discurso del odio, siguiendo la jurisprudencia que marcan nuestros tribunales. Es preciso parar la moda de aumentar los años de cárcel en cada reforma, no solo en el delito del que trata mi trabajo, sino de todos, puesto que se ve que no se soluciona nada.

Eliminaría en dicha reforma el uso de términos como “clima” u “hostilidad”, conceptos vagos y de libre interpretación. En el caso de mantenerlos, fijaría el término y sentido exacto que se quiera dar a entender o se quiera exigir en la conducta para su existencia.

Adoptaría otras medidas menos gravosas para los casos de la “zona intermedia” o “ámbito intermedio” que establece el TS, eliminando las medidas desproporcionadas que tenemos y que violan los principios básicos del Derecho penal. Dejaría el Código penal y el Derecho penal para aquellas situaciones más graves en las que realmente existe un peligro de lesión de bienes jurídicos que se quieran proteger, y no adelantar cada vez más las barreras de protección.

En definitiva, vería necesario alejarse del modelo restrictivo que se aplica en Europa, para caminar hacia un modelo de mayor libertad como el estadounidense, donde prima la libertad de los ciudadanos sin apenas injerencia por parte del Estado en los choques que existan entre distintos derechos fundamentales. Dicho esto, no se puede olvidar la paradoja de la tolerancia que describe POPPER: no podemos ser tolerantes con los intolerantes, pues se acabaría destruyendo la tolerancia. Es decir, que aunque se avance hacia un modelo de mayor libertad como el americano, no podemos permitir tampoco discursos de odio tan graves como por ejemplo los que expresaba Hitler contra los judíos.

BIBLIOGRAFÍA³¹⁹

- ALASTUEY DOBÓN, Carmen, Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código penal de 2015, RECPC, 18-14, 2016, pp. 5-8, p. 33.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE.UU. y Europa, REDC, 103, 2015, pp. 46-71.
- ANDREU ARNALTI, Carmen, Conceptos generales: definición de delitos de odio. Conceptos generales: motivación. Directivas. I Congreso nacional sobre discriminación y delitos de odio, Córdoba, 24 y 25 de noviembre de 2016, pp. 12-15.
- AYUNTAMIENTO DE BARCELONA, Informe del discurso del odio, 2017, p. 6. <http://ajuntament.barcelona.cat/bcnvsodi/wp-content/uploads/2017/02/Informe_Discurso-del-Odio_resumen-ejectivo_ES-2.pdf> [14/1]
- BOCG. Congreso de los Diputados. Legislatura X. Seria A. Proyectos de Ley, nº 66-2, 10-12-2014 <http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-2.PDF>. [17/12]
- CÁMARA ARROYO, Sergio, Delitos de odio: concepto y crítica: ¿límite legítimo a la libertad de expresión?, LLP, 130, 2018, pp. 2-9.
- COE, Recomendación R (97) 20, de 30 de octubre de 1997 <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680505d5b>>. [29/11]
- CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo, El «discurso del odio» y su prohibición, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35, 2012, p. 438.
- DE DOMINGO PÉREZ, Tomás, La lucha contra el «discurso del odio» desde el respeto a los derechos fundamentales: en: Miró Llinares, F. (Dir.), **Cometer delitos en 140 caracteres**. El Derecho penal ante el odio y la radicalización, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 275-296.

³¹⁹ En negrita, las abreviaturas que se han utilizado para las monografías con títulos más extensos.

- DE DOMINGO PÉREZ, Tomás, La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado «chilling effect» o «efecto desaliento», REP, 122, 2003, pp. 150-162.
- DE PABLO SERRANO, Alejandro Luís/ TAPIA BALLESTEROS, Patricia, Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal, LL, 8911, 2017, pp. 1-11.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, **El discurso del odio**, análisis del Art.510 del Código Penal, Valencia, 2018.
- DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio, 2018, pp. 19-46.
- DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal, Universidad Autónoma de Madrid, 2012.
- DÍAZ SOTO, José Manuel, Una aproximación al concepto de discurso del odio, RDE, 34, 2015, pp. 80-99.
- DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, Oído a los delitos de odio, LL, 8712, 2016, pp. 3-24.
- ECRI, Recomendación nº15, de 8 de diciembre. <<https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>> [30/11]
- FBI,< <https://www.fbi.gov/investigate/civil-rights/hate-crimes> > [28/11]
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Codigo%20Penal%202015%20Delitos%20de%20odio%20y%20discriminaci%C3%B3n.pdf?idFile=68fabf90-620b-4628-8030-ac13b7dee7ba> [30/11]
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria, 2009, pp. 1052 y ss.
- FUENTES OSORIO, Juan Luís, El odio como delito, RECPCrim, 19-27, 2017, p. 3.
- GEPC, Manifiesto sobre delitos de expresión, <<http://www.politicacriminal.es/actividades/colaboraciones/manifiesto-por-la-libertad-de-expresion>> [14/1]

- GÓMEZ MARTÍN, Víctor, Capítulo IV de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas: en: Corcoy Bidasolo, M./ Mir Puig, S. (Dir.), **Comentarios al Código penal**, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 1602-1607.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor, Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo Art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista, RECPCrim, 18-20, 2016, p. 18.
- GONZÁLEZ JANSANA, Juan Carlos, The Harm in Hate Speech de Jeremy Waldrom (Harvard University Press), Anuario de Derecho Público, pp. 585-594.
- < <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/37/contents> > [15/11]
- < <https://www.bbc.com/news/uk-26465916> > [15/11]
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del Art.510 CP y propuesta de lege lata, RDPCrim, 7, 2012, pp. 332-333.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, **Los delitos de odio** (Artículos 510 y 22.4º CP 1995), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018.
- LÓPEZ ORTEGA, Anna I., Análisis y evolución de los delitos de odio en España (2011-2015), Antropología experimental, 17, 2017, pp. 20-28.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, **Lecciones de Derecho penal**. Parte general, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012.
- MINISTERIO DEL INTERIOR, Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España, 2015, p. 3.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, DP PE, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017.
- MIRÓ LLINARES, Fernando, Derecho Penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión, en: Miró Llinares, F. (Dir.), **Cometer delitos en 140 caracteres**. El Derecho penal ante el odio y la radicalización, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 45-60.
- MIRÓ LLINARES, Fernando, Taxonomía de la comunicación violenta y el discurso del odio en Internet, Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política, 22, 2016, pp. 93-99.

- NAIDOO, Kamban, The historical prosecution of hate crimes in United States of America, *Fundamina*, 23. 2017, pp. 22-35.
- Noticiero, El grupo de Estudios de Política Criminal aprueba un manifiesto sobre delitos de expresión, *CPC*, 123, 2017, pp. 361-369.
- NYPD, <<https://www1.nyc.gov/site/nypd/services/law-enforcement/hate-crimes.page>>. [29/11]
- OHCHR, Plan de Acción de Rabat, A/HRC/22/17/Add.4. <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/SeminarRabat/Rabat_draft_outcome.pdf> [19/12]
- OSCE, Understanding Hate crimes. A handbook for Bosnia and Herzegovina, Varsovia (Polonia), 2010, p. 7. <<https://www.osce.org/odihr/104165?download=true>> [28/11]
- OSCE, <<http://hatecrime.osce.org/what-hate-crime>>. [29/11]
- PERRY, Barbara, **In the name of hate: Understanding hate crimes**, Psychology Press, 2001, pp. 10 y ss.
- POPPER, Karl R., *The open society and its enemies*, t. I y II, Buckinghamshire (Reino Unido), Routledge, 1965.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, La represión del discurso del odio: en: Quintero Olivares (Dir.) *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Pamplona, Aranzadi, 2015, p. 751.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, La represión penal del “discurso del odio”: en: Álvarez García, F.J. (Dir.), **Tratado de Derecho penal español**, Parte especial, IV. Delitos contra la constitución, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 410 y pp. 717 y ss.
- QUESADA ALCALÁ, Carmen, La labor del tribunal europeo de derechos humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española, *REEI*, 30, 2015, pp. 4-5.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018, *RDP*, 100, 2017, pp. 128-146
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Samuel, El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015, *RDPCrim*, 12, 2014, pp. 166-186.

- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Samuel, Hacia una interpretación restrictiva de la nueva regulación penal de la incitación al odio: en: Miró Llinares, F. (Dir.), **Cometer delitos en 140 caracteres**. El Derecho penal ante el odio y la radicalización, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 151-171.
- ROLLNERT LIERN, Göran, El discurso del odio, los límites de la libertad de expresión. De la “tonalidad intermedia” a los estándares internacionales: en: Miró Llinares, F. (Dir.), **Cometer delitos en 140 caracteres**. El Derecho penal ante el odio y la radicalización, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 256- 271.
- SUMMER, L.W., **Incitement and the regulation of Hate Speech** in Canada: A philosophical Analysis: en: Hare, I./ Weinstein, J., (eds.) *Extreme Speech and Democracy*, Oxford Scholarship, 2009, pp. 207-208.
- TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, Capítulo IV de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas: en: Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentarios a la partes especial del Derecho penal*, Madrid, Aranzadi, 2016, pp. 1973-1987.
- TEDH, Hate Speech, Factsheets- Hate Speech, 2018, pp. 1-17
- WALDROM, Jeremy, *The Harm in Hate Speech*, Cambridge (EE.UU), Harvard University Press, 2012.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

CORTE SUPREMA ESTADOS UNIDOS

- Terminiello v. Chicago , 337 US 4, 16 de mayo 1949
- Brandenburg v. Ohio 395 US 444 (más), 9 de junio 1969
- Snyder v. Phelps 562 US 443, 2 de marzo 2011

TRIBUNAL EUROPEO DERECHOS HUMANOS

- STEDH Handyside c. Reino Unido (no. 5493/72), de 7 de diciembre de 1976.
- STEDH Lehideux c. Francia (no.24662/94), 27 de septiembre de 1998.
- STEDH Garaudy c. Francia (no. 65831/01), 24 de junio de 2003.
- STEDH Gündüz c. Turquía (no. 35071/97), de 14 de junio de 2004.
- STEDH Erbakan c. Turquía, de 6 de julio de 2006.

- STEDH Féret c. Bélgica (no.15615/07), 16 de julio de 2009.
- STEDH Dink c. Turquía (no. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 and 7124/09), de 14 de septiembre de 2010.
- STEDH Vejdeland y otros c. Suecia (no.1813/07), de 5 de septiembre de 2012.
- STEDH M'Bala c.Francia (no.25239/15), 20 de octubre de 2015.

TRIBUNALES NACIONALES

- STC 214/1991, 11-11
- STC 176/1995, de 11-12
- STC 136/1999, de 20-7.
- STC 13/2001, de 29-1
- STC 200/2001, de 4-4
- STC 37/2004, de 11-3
- STC 11/2006, de 16-1.
- STC 154/2006, de 22-5
- STC 235/2007, de 7-11.
- STC 177/2015, de 22-7.
- STC 112/2016, de 19-6.
- STS 224/2010, de 3-3.
- STS 259/2011, de 12-4.
- STS 299/2011, de 25-4.
- STS 106/2015, de 19-2.
- STS 820/2016, de 2-11.
- STS 4/2017, de 18-1.
- SAN 2/2017, de 26-1.
- SAP Madrid, 79/2009 de 16-7.
- SJP Barcelona nº26 366/2015, de 5-10.
- Sentencia Juzgado de Instrucción de Cerdanyola de Vallès 25/2017, de 15-3.

ANEXO

ART.22.4° CP

Son circunstancias agravantes:

Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

ART.170.1° CP

Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior.

ART.174 CP

Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a 12 años.

ART.197.5° CP

Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial

o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

ART.314 CP

Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses

ART.510 CP

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

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

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

sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

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

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

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

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su

origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.

3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas.

4. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

5. En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

6. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.

En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.

ART.511 CP

1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años.

4. En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre uno y tres años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

ART.512 CP

Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en

el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años.

ART.515.4° CP

Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o 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 discapacidad.

ART.522 CP

Incurrirán en la pena de multa de cuatro a diez meses:

1.º Los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos.

2.º Los que por iguales medios fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen.

ART.523 CP

El que con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, si el hecho se ha cometido en lugar destinado al culto, y con la de multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar

ART.524 CP

El que en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses.

ART.525 CP

1. Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican.

2. En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna.

ART.526 CP

El que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere, alterare o dañare las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

ART.578 CP

1. El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57.

2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o

por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información.

3. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

4. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación se acordará la retirada de los contenidos.

Si los hechos se hubieran cometido a través de servicios o contenidos accesibles a través de internet o de servicios de comunicaciones electrónicas, el juez o tribunal podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos. Subsidiariamente, podrá ordenar a los prestadores de servicios de alojamiento que retiren los contenidos ilícitos, a los motores de búsqueda que supriman los enlaces que apunten a ellos y a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que impidan el acceso a los contenidos o servicios ilícitos siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando la medida resulte proporcionada a la gravedad de los hechos y a la relevancia de la información y necesaria para evitar su difusión.

b) Cuando se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a los que se refieren los apartados anteriores.

5. Las medidas previstas en el apartado anterior podrán también ser acordadas por el juez instructor con carácter cautelar durante la instrucción de la causa.

ART.607 CP

1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1.º Con la pena de prisión permanente revisable, si mataran a alguno de sus miembros.

2.º Con la pena de prisión permanente revisable, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.

3.º Con la pena de prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150.

4.º Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.

5.º Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los numerales 2.º y 3.º de este apartado.

2. En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

ART.607.BIS CP

1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1.º Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

2.º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:

1.º Con la pena de prisión permanente revisable si causaran la muerte de alguna persona.

2.º Con la pena de prisión de 12 a 15 años si cometieran una violación, y de cuatro a seis años de prisión si el hecho consistiera en cualquier otra agresión sexual.

3.º Con la pena de prisión de 12 a 15 años si produjeran alguna de las lesiones del artículo 149, y con la de ocho a 12 años de prisión si sometieran a las personas a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud o cuando les produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 150. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las lesiones del artículo 147.

4.º Con la pena de prisión de ocho a 12 años si deportaran o trasladaran por la fuerza, sin motivos autorizados por el derecho internacional, a una o más personas a otro Estado o lugar, mediante la expulsión u otros actos de coacción.

5.º Con la pena de prisión de seis a ocho años si forzaran el embarazo de alguna mujer con intención de modificar la composición étnica de la población, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos.

6.º Con la pena de prisión de doce a quince años la desaparición forzada de personas. Se entenderá por desaparición forzada la aprehensión, detención o el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola de la protección de la ley.

7.º Con la pena de prisión de ocho a 12 años si detuvieran a otro, privándolo de su libertad, con infracción de las normas internacionales sobre la detención.

Se impondrá la pena inferior en grado cuando la detención dure menos de quince días.

8.º Con la pena de cuatro a ocho años de prisión si cometieran tortura grave sobre personas que tuvieran bajo su custodia o control, y con la de prisión de dos a seis años si fuera menos grave.

A los efectos de este artículo, se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos.

La pena prevista en este número se impondrá sin perjuicio de las penas que correspondieran, en su caso, por los atentados contra otros derechos de la víctima.

9.º Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las conductas relativas a la prostitución recogidas en el artículo 187.1, y con la de seis a ocho años en los casos previstos en el artículo 188.1.

Se impondrá la pena de seis a ocho años a quienes trasladen a personas de un lugar a otro, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.

Cuando las conductas previstas en el párrafo anterior y en el artículo 188.1 se cometan sobre menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, se impondrán las penas superiores en grado.

10.º Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si sometieran a alguna persona a esclavitud o la mantuvieran en ella. Esta pena se aplicará sin perjuicio de las que, en su caso, correspondan por los concretos atentados cometidos contra los derechos de las personas.

Por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque.

3. En todos los casos previstos en el apartado anterior se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente,

deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

ART. 611.6° CP

Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado:

6.º Realice, ordene realizar o mantenga, respecto de cualquier persona protegida, prácticas de segregación racial y demás prácticas inhumanas y degradantes basadas en otras distinciones de carácter desfavorable, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal.

ART. 5: RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DE LA DM 2008/913/JAI

1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica pueda ser considerada responsable de las conductas contempladas en los artículos 1 y 2 realizadas en su provecho por cualquier persona, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, basado en:

- a) un poder de representación de dicha persona jurídica, o
- b) la autoridad para adoptar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o
- c) la autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica.

2. Además de los casos previstos en el apartado 1 del presente artículo, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica pueda ser considerada responsable cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 del presente artículo haya hecho posible que realice alguna de las conductas contempladas en los artículos 1 y 2, en provecho de una persona jurídica, una persona sometida a la autoridad de esta última.

3. La responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los apartados 1 y 2 del presente artículo se entenderá sin perjuicio de las acciones penales entabladas contra las personas físicas que sean autores o cómplices de las conductas contempladas en los artículos 1 y 2.

4. Se entenderá por «persona jurídica» toda entidad que tenga dicha condición con arreglo al Derecho nacional aplicable, excepto los Estados u otros organismos públicos que ejerzan la autoridad estatal y las organizaciones internacionales públicas.

ART. 6: SANCIONES IMPUESTAS A LAS PERSONAS JURÍDICAS DE LA DM 2008/913/JAI

1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que a la persona jurídica considerada responsable en virtud de lo dispuesto en el artículo 5, apartado 1, le sean impuestas sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o no penal y podrán incluir otras sanciones, tales como:

- a) exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas;
- b) prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales;
- c) vigilancia judicial;
- d) medida judicial de disolución.

2. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que a la persona jurídica considerada responsable en virtud de lo dispuesto en el artículo 5, apartado 2, le sean impuestas sanciones o medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias.