

Hechos, más que palabras: la delimitación del delito de discurso de odio en el ordenamiento jurídico español¹

Des faits, plus que des mots : la délimitation du crime de discours de haine dans le système juridique espagnol

Facts, more than words: The delimitation of the crime of hate speech in Spanish Legal System

Gertakariak, hitzak baino: gorroto-diskurtsoa delituaren mugaketa espainiar Ordenamendu Juridikoan

Mónica F. ARMESTO*

Universidade de Santiago de Compostela

Clio & Crimen, n.º 19 (2022), pp. 183-206

Resumen: *En el presente artículo se analiza críticamente la introducción e implicaciones del delito de discurso de odio o incitación al odio en el ordenamiento jurídico español. El estudio arranca desde una perspectiva histórica para avanzar en el análisis doctrinal del discurso de odio, contrastando jurisprudencia europea con jurisprudencia española, a fin de concluir con un análisis de los puntos de conflicto que presenta el nuevo delito con Derechos Fundamentales como la libertad de expresión y proponer una solución más allá de los instrumentos interpretativos de que a nivel nacional —Circular 7/2019, Guía de la Abogacía— e internacional —Recomendación de la ECRI— se dispone.*

Palabras clave: *Libertad de expresión. Decisión Marco 2008/913/JAI. Constitución española. Delitos de opinión. Grupos diana. Afectación de principios de Derecho Penal.*

Resumée: *Cet article analyse de manière critique l'introduction et les implications du crime de discours de haine ou de discours de haine dans le système juridique espagnol. L'étude part d'une perspective historique pour avancer dans l'analyse doctrinale du discours de haine, en opposant la jurisprudence européenne à la jurisprudence espagnole, afin de conclure par une analyse des points de conflit que le nouveau crime présente avec les droits fondamentaux tels que la liberté d'expression. et proposer une solution au-delà des instruments interprétatifs disponibles au niveau national —Circulaire 7/2019, Guide des avocats— et —Recommandation ECRI— internationale.*

Mots clés: *Liberté d'expression. DM 2008/913/JAI. Constitution espagnole. Crimes d'opinion. Groupes cibles. Affectation de principes de droit pénal.*

¹ Investigación realizada en el seno del proyecto coordinado LA CIUDAD EN ACCIÓN: RESISTENCIAS, (RE)SIGNIFICACIONES DEL ORDEN Y CULTURA POLÍTICA EN LA MONARQUÍA HISPÁNICA, subproyecto «Ciudades y villas del Noroeste Ibérico: gobernanza y resistencias en la Edad Moderna», referencia PID2021-124823NB-C21 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER. Una manera de hacer Europa y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional de la Comisión Europea (FEDER); and this project has received funding from the European Union's Horizon 2020 research and innovation programme under the Marie Skłodowska-Curie Grant Agreement No. 778076.

* **Correspondencia a / Corresponding author:** Mónica F. Armesto. Universidade de Santiago de Compostela (USC). Departamento de Historia I. Área de Historia Moderna. Facultade de Xeografía e Historia. Praza da Universidade, s/n (15703 Santiago de Compostela). – monica.fernandez@usc.es – https://orcid.org/0000-0003-4675-5575

Cómo citar / How to cite: Armesto, Mónica F. (2022). «Hechos, más que palabras: la delimitación del delito de discurso de odio en el ordenamiento jurídico español», *Clio & Crimen*, 19, 183-206. (https://doi.org/10.1387/clio-crimen.24056).

Recibido/Received: 2022-11-01; Aceptado/Accepted: 2022-11-15.

ISSN 1698-4374 / eISSN 2792-8497 / © 2022 Clio & Crimen (UPV/EHU)



Abstract: *This article critically analyzes the introduction and implications of the crime of hate speech in the Spanish legal system. The study starts from a historical perspective to advance in the doctrinal analysis of hate speech, contrasting European jurisprudence with Spanish jurisprudence, in order to conclude with an analysis of the points of conflict that the new crime presents with Fundamental Rights such as freedom of expression. and propose a solution beyond the interpretive instruments that are available at the national level —Circular 7/2019, Lawyers Guide— and international —ECRI Recommendation—.*

Keywords: *Freedom of expression. DM 2008/913/JAI. Spanish Constitution. Crimes of opinion. Target groups. Affectation of principles of Criminal Law.*

Laburpena: *Artikulu honetan espainiar Ordenamendu Juridikoan gorroto-diskurtsoaren delituak edo gorrotoa bultzatzekoak duen tokia eta bere inplikazioak kritikoki aztertzen dira. Ikerlana ikuspegi historiko batetik abiatzen da, gorroto-diskurtsoaren analisi doktrinal batean murgiltzeko, europar jurisprudentzia eta espainiarra alderatuz. Horrekin, delitu berriak adierazpen-askatasuna bezalako Oinarrizko Eskubideekiko aurkezten dituen gatazka puntuak aztertzen dira, eta maila nazionalen —7/2019 Zirkularra, Guía de la Abogacía— nabiz internazionalen —ECRIren Gomendioa— dauden tresna interpretatiboetatik baratago doan konponbide bat proposatzen da.*

Giltza-hitzak: *Adierazpen askatasuna. 2008/913/JAI Esparru Erabakia. Espainiako konstituzioa. Iritzi delituak. Xede-taldeak. Zuzenbide penaleko printzipioen eragina.*

1. Introducción

Con motivo de la reforma del Código Penal de 2015, proliferaron multitud de artículos cuyo cometido era el de analizar el nuevo delito, popularmente, llamado «de odio». Sin embargo, esta no deja de resultar una denominación coloquial e incorrecta ya que, para empezar, el odio es un sentimiento —ergo «odiar» no es delito— y porque la figura delictiva se llama, en realidad, «discurso de odio» o «incitación al odio». Lo que comenzó emulando un instrumento de lucha contra el racismo en los Estados Unidos acabó extendiéndose a los ordenamientos jurídicos de países europeos, con vocación antirracista al principio, pero derivando en una supuesta protección de grupos considerados vulnerables que, en ulterior instancia, acaba actuando más como un mecanismo de censura que como protección efectiva a dichos grupos y colectivos. Por eso, no deja de sorprender el entusiasmo con que parte de la doctrina acogió la recién inserta figura delictiva, a sabiendas de los conflictos que presenta con principios fundamentales del Derecho Penal —última ratio, mínima intervención, carácter subsidiario y exclusiva protección de los bienes jurídicos— y contra los propios derechos fundamentales. El problemático encaje del delito de discurso de odio en el ordenamiento jurídico español, en que ni se permite el derecho penal de autor ni se admite el modelo de democracia militante, hubo de ser salvado mediante alguna sentencia del Tribunal Constitucional en que se corrigen anteriores pronunciamientos favorables a la libertad de expresión. Así, frente a la STC 30/1982 y STC 174/2006, ambas acerca de la protección de la libertad de expresión de los ciudadanos con independencia de que las opiniones puedan desagradar profundamente a otros, en la STC 235/2007 el Tribunal Constitucional opta por encuadrar la nueva figura delictiva del discurso de odio a costa de la salvaguarda plena de la libertad de expresión.

Como no podría ser de otro modo, dicha restricción a la libertad de expresión se debe a Europa, a las interpretaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y a la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de diciembre, relativa a la lucha contra determinadas formas de racismo y xenofobia, en que se sientan las bases para la sanción de aquellas palabras o conductas irrespetuosas con grupos varriopintos considerados objeto de una similar discriminación. Por respeto a la libertad de expresión, España optó por cerrar en el art. 510 CP una lista de grupos con problemas diferentes y de dispar tratamiento, a fin de impedir a cualquier ciudadano aprovecharse de la norma, lo que consiguió con éxito escaso. Primero, porque la norma apenas indica qué es lo que conlleva exactamente la «provocación al odio», dejando un amplio margen interpretativo. Y, segundo, porque son múltiples los individuos de grupos y colectivos sin ningún tipo de vinculación al art. 510 CP que intentan colarse por esta vía para satisfacción de agravios, merced a la interpretación todavía más laxa que hace la Fiscalía del alcance del «discurso de odio» que, adelante se verá, sancionaría incluso las críticas a grupos neonazis. A nivel internacional, las recomendaciones contra el racismo —Convención de Naciones Unidas para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948), el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el artículo 4 del Con-

venio Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1955), el Protocolo N.º 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o *Memorandum* de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia— tratan de poner algo de orden en el caos que supone cuadrar la sanción a la opinión con el derecho a la libertad de expresión. En España, la Abogacía del Estado, a su vez, publicó un documento acerca del proceder en este tipo de procesos que, no sin razón, decaen en los tribunales. De ahí que la última tendencia legislativa sea intentar introducir este tipo de ilícitos por la vía administrativa, en que las garantías procesales son menores.

Todas y cada una de estas cuestiones serán tratadas a lo largo del presente artículo, desde la perspectiva de la legislación y jurisprudencia española, aunque sin por ello obviar los antecedentes e influencias internacionales. A tal fin, se profundizará en la noción jurídica del «odio» y la evolución de su naturaleza a partir, principalmente, de la argumentación del Consejo de Europa para entender cómo el «discurso o incitación al odio» se fue introduciendo en el ordenamiento jurídico español, donde el llamado derecho penal de autor y el modelo de democracia militante no tienen cabida. A este respecto, el *corpus* extenso del artículo versará sobre la afectación de los principios arriba señalados de Derecho Penal y de los propios derechos fundamentales (arts. 16.1, 20 y 20.1 CE) por la nueva figura delictiva, así como de los consecuentes problemas de delimitación o, más bien, injerencias contra la libertad de expresión que se han ido justificando —a través de las anteriormente mencionadas— sentencias del Tribunal Constitucional y también alguna del Supremo. Mientras que en los apartados finales, se dará paso a los instrumentos de ayuda —Recomendación de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), Circular 7/2019 y Guía práctica para la abogacía— destinados al efecto de interpretar de manera menos lesiva posible las consecuencias del discurso de odio sobre la libertad de expresión, al tiempo de graduar las conductas agravadas (art. 510.2 CP) con el ulterior objetivo de identificar —a través de las siguientes páginas— los puntos de colisión en tan problemática cuestión y efectuar un balance del impacto de la introducción del delito en el Código Penal, allende posibles soluciones.

2. La noción de delito de odio

La noción «crimen de odio» o «delito de odio», traducción literal de *hate speech*, se ha popularizado en los últimos tiempos importada de ordenamientos de *Common Law*, eminentemente, de EE.UU.² Sin embargo, el concepto ya no es joven, rastreándose sus orígenes, según algunos autores, en la época posterior a la Guerra Civil estadounidense. Bien es cierto que el sentido actual del «odio» demoraría en fraguarse hasta los años 60 del siglo xx con la eclosión de los movimientos antidis-

² Juan Alberto Díaz López, *Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio* (Madrid: Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado, 2016), 15.

criminatorios y por la igualdad de derechos —de nuevo, al otro lado del Atlántico—, cuyo máximo exponente era, precisamente, la comisión de crímenes contra individuos por determinadas características³. A este respecto, el inicio de los llamados «crímenes de odio» con el sentido actual podría ubicarse en los linchamientos practicados, con base en meros prejuicios, contra individuos de raza negra desde la segunda mitad del siglo xx en EE.UU.⁴. En Europa, el término «delito de odio» tardaría un poco más en adentrarse y lo haría a través de las islas británicas, aunque sin duda fue el trauma nazi lo que más caló en su configuración⁵. Con todo, la expresión «discurso de odio» no cobró fuerza, al efecto de imbuir los ordenamientos jurídicos, hasta los años 90. Al menos en el Reino Unido, el término «delito de odio» empieza a ser empleado de forma reiterada en los medios tras el asesinato de un joven negro, Stephen Lawrence, en 1993 y se popularizó tras los atentados «yihadistas» del metro de Londres —el 7 de julio de 2005—, a raíz de las represalias de algunos sujetos contra individuos de fe islámica⁶.

En cualquier caso, el término «odio» —vinculado a delito, vinculado a crimen o vinculado a discurso— hace referencia a un conjunto de manifestaciones con sentido discriminador y ofensivo dirigidas contra determinadas personas o colectivos de personas que, por sus particulares condiciones, no se encuentran —a juicio del legislador— debidamente protegidas por los ordenamientos constitucionales⁷. En este escenario, diferentes instituciones europeas se hicieron eco de semejantes reivindicaciones al interpretar las manifestaciones del «odio» como un problema genérico del que ocuparse. Por consiguiente, se implementa una clara voluntad de legislar a nivel europeo con objeto de crear un marco jurídico común que obligue a los estados. El Comité de Ministros del Consejo de Europeo fue pionero en la recomendación n.º 7 (97) 20, de 30 de octubre de 1997, a los Estados miembros que incluía como discurso de odio «todas las formas de expresión que difunden, incitan, promueven o justifican el odio racial y de intolerancia, incluyendo la intolerancia expresada a través de un nacionalismo agresivo y etnocéntrico, la discriminación y la hostilidad contra minorías, los inmigrantes y personas de origen inmigrante» (Consejo Europeo, 1997)⁸. También es de destacar la labor de la OSCE, aunque meramente orientativa —no preceptiva, como lo será la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos— que comenzó a emplear asiduamente el término a raíz de una reunión de su Consejo ministerial en diciembre de 2003 y de-

³ Manuel Cancio Meliá y Juan Alberto Díaz López, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiones y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal* (Pamplona: Aranzadi, 2019): 53-54.

⁴ Manuel Cancio Meliá y Juan Alberto Díaz López, *¿Discurso odio y/o discurso terrorista?*, 57.

⁵ Jon-Mirena Landa Rostiza, «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2001) del art. 510 CP y propuesta de lege data (A la vez un comentario a la STS 259/2001 —librería Kalki— y a la STC 235/2007)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 7 (enero de 2012): 298.

⁶ Manuel Cancio Meliá y Juan Alberto Díaz López, *¿Discurso odio y/o discurso terrorista?*, 54.

⁷ Begoña Pérez Calle, María Gómez y Patiño y Ángel Esteban Navarro, «Estrategias europeas contra el discurso de odio», *Ciudadanías digitales. Perspectivas desde los medios, el periodismo y la educomunicación*, ed. por Miguel Ezequiel Badillo Mendoza, Camila Pérez Lagos, Narcisa Jessenia e Isabel Cortés Cortés, en *Ciudadanías digitales. Perspectivas desde los medios, el periodismo y la educomunicación* (Bogotá: Politécnico Colombiano, 2019), 158.

⁸ Begoña Pérez Calle, María Gómez y Patiño y Ángel Esteban Navarro, «Estrategias europeas», 158.

finió, por su parte, el «discurso de odio» como «toda infracción penal, incluidas las cometidas contra las personas o la propiedad, donde el bien jurídico protegido se elige por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo. Este grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su “raza”, real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, u otro factor similar» (Decisión n.º 4/03 de la OSCE)⁹. De modo que el «odio» habría de relacionarse, a juicio del Consejo de Ministros, con infracciones tipificadas en los códigos penales que se caracterizarían por ciertas razones discriminatorias que mueven al delincuente a actuar basándose en prejuicios sobre las características de la persona o grupo de personas contra las que se comete el delito¹⁰.

No obstante, la propia OSCE asumió tratarse de un concepto vago, que no requería necesariamente de tipificación específica. Señalaba que los Estados podían hacer frente con sus legislaciones penales vigentes a ese tipo de conductas, destacando precisamente el artículo 22.4 CP en el caso de España. Esta organización inició una importante investigación estadística a nivel europeo sobre «crímenes de odio». A tal fin, se propuso un concepto «reglado» de lo que debía entenderse por crimen de odio a emplear por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estados Miembros —en el marco de un proyecto piloto desarrollado a partir de 2004 en Hungría y España—¹¹. Dicho concepto, el «crimen de odio», que asume la relevancia de los motivos del autor, fue igualmente asimilado por el Consejo de Europa. Entretanto, en una sentencia del año 2003, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) reconoció como discurso de odio «todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia —incluida la intolerancia religiosa—»¹². Si bien esto colisionaba con derechos fundamentales reconocidos por los ordenamientos constitucionales —como es la libertad de expresión—, el TEDH proponía la fijación de límites al anterior para la salvaguarda de otros derechos —véase, la dignidad humana— que, a juicio del Tribunal, eran igualmente merecedores de protección, pues sin dicha salvaguarda del bien jurídico amenazado no se conseguiría una protección efectiva y, de entre todas las medidas para resguardarlo, aboga el TEDH por la restricción ponderada de derechos fundamentales como la menos lesiva¹³.

Lejos de concluir aquí las delimitaciones conceptuales sobre el «odio», 12 años más tarde, la *Recomendación General n. 15 sobre líneas de actuación para combatir el dis-*

⁹ Juana del Carpio Delgado y María Holgado González (dirs.), *Entre la libertad de expresión y el delito. Cuestiones de la parte especial de los delitos de opinión* (Cizur Menor: Aranzadi, 2021), 57.

¹⁰ Marta Rodríguez Ramos, «Discurso de odio, delitos de odio y la agravante de discriminación del artículo 22.4 CP. Especial referencia a la circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 CP», en *Entre la libertad de expresión y el delito. Cuestiones de la parte especial de los delitos de opinión*, ed. por Juana del Carpio Delgado y María Holgado Delgado (Pamplona: Aranzadi, 2021), 84.

¹¹ Juan Alberto Díaz López, *Informe de delimitación*, 73.

¹² Begoña Pérez Calle, María Patiño y Ángel Esteban Navarro, «Estrategias europeas», 158.

¹³ Andrés Gascón Cuenca, *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección* (Pamplona: Aranzadi, 2016), 106.

curso de odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, de 8 de diciembre de 2015, añadió a la definición de «discurso de odio»: «el uso de una o más formas de expresión específicas, por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respeto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones, basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico, al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, “género” y orientación sexual» (2015)¹⁴. Se observa cómo, de la raza, el ámbito de enjuiciamiento por «discurso de odio» se amplía a toda una serie de características de las personas que en España entra a partir de la modificación del art. 510 del Código Penal. En ese año de 2015, el legislador opera una nueva regulación de las conductas conocidas como «discurso de odio» en el ordenamiento jurídico español. La nueva regulación se hace eco de múltiples exigencias que tanto expertos en la materia como el Tribunal Constitucional en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, habían realizado respecto de los criticados arts. 510 y 607.2 CP que adolecen, en palabras de Andrés Gascón Cuenca, de una «cuestionable técnica jurídica»¹⁵.

La reforma tuvo en cuenta la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre, como ámbito de regulación de las conductas que deben ser castigadas penalmente. *Lato sensu*, las modificaciones operadas consisten en la eliminación de la palabra «provocación» del articulado, en una adecuación a la proporcionalidad de las penas y en la unificación de las conductas que hasta entonces habían sido reguladas por los arts. 510 y 607.2 CP. La nueva redacción del tipo castiga el favorecimiento o incitación al odio, a la discriminación o a la violencia, allende la hostilidad por motivaciones racistas o discriminatorias. A mayores, penaliza la posesión o composición de materiales idóneos para llevar a cabo las conductas descritas y tipifica la negación, trivialización grave o enaltecimiento de delitos cometidos contra la comunidad internacional, a excepción del derecho de gentes. Lo mismo, prevé específicamente nuevas vías para llevar a cabo hipotéticas conductas infractoras —véase Internet—, además de la inhabilitación especial susceptible de imponer a los culpables de estos delitos para ejercer determinadas profesiones u oficios que podrían ser utilizados para imbuir ideas discriminatorias o racistas en menores de edad. Asimismo, se redacta un art. 510 *bis* destinado a la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas en este tipo delictivo¹⁶. La reforma, que ha sido acogida con optimismo por buena parte de la doctrina penalista, sin embargo, no deja de generar colisiones a nivel jurisprudencial con derechos fundamentales de la ciudadanía y, más aún, cuando a efectos de proteger la dignidad y el honor de las personas, el Código Penal ya contempla la injuria y la calumnia.

¹⁴ Begoña Pérez Calle, María Gómez y Patiño y Ángel Esteban Navarro, «Estrategias europeas», 158.

¹⁵ Andrés Gascón Cuenca, *El discurso del odio*, 109.

¹⁶ Andrés Gascón Cuenca, «La nueva regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: la modificación del artículo 510 CP», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 32 (2015): 73.

3. La regulación del «discurso de odio» en España

El «delito de odio» como tal no existe en España. Existen una serie de delitos antidiscriminatorios que se recogen en los artículos 170.1 CP —amenazas contra grupo étnico, cultural o religioso, colectivo social o profesional o grupo de personas comprendido en este artículo—, 314 CP —delitos contra la discriminación en el ámbito laboral—, 511 y 512 —delitos de denegación discriminatoria de prestaciones o servicios y de prestaciones o servicios en el ámbito empresarial—, 515.4 —delito de asociación ilícita para cometer delitos contenido en el artículo—, 522 a 525 —delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos—, 607 y 607 *bis* —delitos de genocidio y lesa humanidad—, aparte de la agravante genérica del art. 22 en sus reglas 4.^a —modificada por DM 2008/913/JAI¹⁷— y 8.^a¹⁸. De modo que el popularmente denominado «delito de odio» es, en realidad, el delito de «incitación al odio» o «discurso de odio» contenido en el art. 510.1. del CP, que dice en su letra a) que serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

«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 aquel por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad».

Los precedentes del delito de discurso de odio en España se rastrean a partir de la anterior modificación del CP mediante LO 10/1995. Entre las modificaciones operadas se encuentra el objeto de estudio del presente trabajo, pues ya en su Exposición de Motivos se establece la modificación de la regulación de las conductas de incitación al odio y a la violencia por una doble causa. En primer lugar, porque la STC 235/2007, de 7 de noviembre, impone una intermediación del delito de negación del genocidio que limite su aplicación a los supuestos en que dicha conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías. Por otro lado, porque hacia el futuro, la antigua redacción de los artículos debería regularse conjuntamente y de un modo ajustado a la Decisión Marco 2008/913/JAI. Así, el cambio de ubicación que, finalmente, fue impuesto al art. 607 halló justificación

¹⁷ Art. 22.4 CP: 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, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta.

¹⁸ Ser reincidente. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves. Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español.

en el hecho que de el TC hubiera interpretado que la negación del genocidio solamente podría ser delictiva como forma de incitación al odio o a la hostilidad. De igual forma, la DM impuso la tipificación de la negación del genocidio en la medida en que se tratase de una forma de incitación al odio contra minorías¹⁹.

En cualquier caso, la DM 2008/913/JAI del Consejo, del 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia, tiene por objeto establecer un consenso en los Estados miembros para reprimir las conductas motivadas por el odio. A este respecto, en España se modificó el contenido de los arts. 510 ss del CP, así como el de la agravante del art. 22.4 CP, a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo, en cumplimiento de la normativa internacional. Comenzando con el análisis de la exposición de motivos de la DM 2008/913/JAI (2008), desde una perspectiva penal, se destaca el motivo número 5, el cual indica que las sanciones penales deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias con la finalidad de eludir a las personas físicas o jurídicas a que cometen estos delitos. También cabe resaltar, en el motivo número 10 de la exposición de motivos de la DM 2008/913/JAI (2008), la posibilidad de ampliación de los delitos de extrema gravedad, como el genocidio o los crímenes contra la humanidad, a otros grupos de personas por parte de los Estados miembros. Y, para finalizar, alude en su motivo número 13 a la justificación de acoger un nivel mínimo de sanciones a nivel internacional, dada la incapacidad de los países miembros en establecerlas de forma individual²⁰.

El artículo 510.1.a) cumple lo referido primero, apartado 1, letra a), y lo expande, ya que mientras la DM 2008/913/JAI (2008) contiene la incitación pública, a la violencia o al odio, el Código Penal recoge las conductas de «fomentar, promover o incitar, directa o indirectamente, al odio, hostilidad, discriminación y violencia». En consecuencia, el legislador español, al no distinguir entre una provocación a la discriminación directa o indirecta, ha establecido requisitos menos estrictos que los configurados para cualquier acto preparatorio de otro delito, en el que se exige que sea directa. Del mismo modo, la amplitud del tipo es contraria a la exposición de motivos número 5 de dicha DM 2008/913/JAI (2008), donde se establece que las sanciones penales deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias. Además, el Código Penal no solo aumenta el número de acciones típicas —fomentar, promover o incitar—, sino también el objeto sobre el que la incitación al odio ha de recaer —odio, hostilidad, discriminación o violencia—²¹.

Sin embargo, dicho artículo no acaba ahí. En su apartado b) impone la sanción a la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales de los actos referidos a la letra a), y el CP —a mayores de las conductas descritas—, añade las de «pro-

¹⁹ Cristina García Arroyo, «La solución del CP de 2015 a la inconstitucionalidad del delito de negacionismo (del artículo 607.2 al 510 CP)», en *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, dir. por Fernando Pérez Álvarez (Salamanca: Ediciones Universidad, 2016), 301-308.

²⁰ Isabel García Domínguez, «El tratamiento penal de los delitos de odio en España con la adopción de una perspectiva comparada», ANIDIP 8 (2020): 7.

²¹ Isabel García Domínguez, «El tratamiento penal», 7.

ducir, elaborar y poseer con la finalidad de distribuir, facilitar el acceso, difundir o vender escritos o cualquier otro material de soporte» si su contenido es idóneo para fomentar las conductas descritas en el apartado a) respecto a las letras c) y d) de la DM 2008/913/JAI (2003). Estas prevén la penalización de la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio contra la humanidad, los crímenes de guerra y los definidos en el art. 6 del Estatuto del Tribunal Penal Militar. Con relación a la negación de estos delitos en España, existió una problemática debido a que cuando se incluyó en el art. 607.2 CP la negación del Holocausto el Tribunal Constitucional (Sala de lo Penal, STC 235/2007) estimó parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad promovida a razón de la sentencia contra el director de la Librería Europa al declarar inconstitucional y nula la expresión «nieguen o» en el primer inciso del artículo 607.2 CP, pese a subrayar que no es inconstitucional el primer inciso del artículo 607.2 CP, que castiga la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio, interpretado en los términos del FJ 9.º de la propia sentencia. Es decir, se permite que el legislador castigue, excepcionalmente y sin quebranto constitucional, la justificación pública del genocidio siempre y cuando tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión²².

Centrando la atención en el discurso de odio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado que es preciso sancionar y prevenir las formas de expresión que inciten, propaguen o, incluso, justifiquen el odio basado en la intolerancia a lo largo de diferencias sentencias. No obstante, el TEDH también ha expuesto el deber de diligencia, advirtiendo que el discurso de odio debe encontrar un equilibrio con la libertad de expresión, por lo que, según su interpretación, se excluiría del ámbito de protección de la norma penal la realización de conductas de implicación indirecta. Tal advertencia describe inmejorablemente la posición de Estrasburgo sobre el tema: en el ámbito de la incitación al odio o la discriminación hacia grupos o minorías sociales, la libertad de expresión —ya sea sobre asuntos políticos, ya esté siendo ejercida por representantes políticos— cederá a favor de valores como el honor o la dignidad de los miembros de tales grupos. En efecto, en el conflicto entre libertad de expresión y dignidad, el Tribunal Europeo —a diferencia de la tradición estadounidense— ubica estos dos valores en un mismo plano, debiendo operar una difícil ponderación entre ambos y, en casos extremos, excluir de la protección del art. 10 ciertas manifestaciones del discurso extremista. En su apartado 2.º establece que el ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas en la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática²³.

Ello genera una contradicción insalvable dentro de los propios presupuestos que definen, según Estrasburgo, la sociedad democrática. Si presupuesto de lo mismo es tanto el pluralismo y la tolerancia hacia voces discordantes y, con ello, un am-

²² Isabel García Domínguez, «El tratamiento penal», 8.

²³ Rafael Alcacer Guirao, *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías* (Madrid: Marcial Pons, 2020), 81-82.

plio margen de ejercicio de la libertad de expresión, el respeto por la igual dignidad de todos los seres humanos constituye el fundamento de una sociedad democrática y pluralista, lo que justifica que se pueda «juzgar necesario, en las sociedades democráticas, juzgar o prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen un odio basado en la intolerancia». Por tal motivo, y siendo «plenamente consciente de la importancia de combatir la discriminación racial bajo todas sus formas y manifestaciones, el Tribunal no ha albergado duda de que expresiones concretas que constituyen un discurso del odio y [...] que pueden ser insultantes para personas o grupos, no se benefician de la protección del art. 10 del Convenio»²⁴.

Expresión indudable de ese dilema es el pronunciamiento mayoritario de la sentencia dictada en el asunto *Féret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009 en que, por cuatro votos contra tres, el TEDH no consideró contraria a la libertad de expresión la condena por delito de incitación a la discriminación y al odio impuesto al presidente del partido político de extrema derecha, Frente Nacional, por la divulgación de diferentes pasquines en los que se propugnaba la expulsión de los inmigrantes irregulares de Bélgica; pese a que, según el razonamiento del mismo Tribunal, «resulta necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia». Recuérdese que, en el conflicto entre libertad de expresión y dignidad, el Tribunal Europeo sitúa ambos valores en el mismo plano, debiendo operar una difícil presión, de forma que se ha llegado a aplicar a muchos supuestos de discursos hostiles la cláusula de abuso de derecho prevista en el art. 17 Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Esto ha dado lugar a una posición muy beligerante contra el discurso del odio, especialmente contra el negacionismo y revisionismo del Holocausto —al que se ha excluido tajantemente del ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión—, pero también frente al discurso discriminatorio dirigido contra minorías raciales o religiosas, y al discurso netamente político cuando pueda entenderse presidido por tal finalidad discriminatoria o vejatoria²⁵.

4. La afectación a principios de Derecho Penal y Derechos Fundamentales

De la interpretación hecha por el Tribunal Constitucional en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, parece desplegarse —según acaba de verse— que la libertad de expresión no es un derecho absoluto. Sin embargo, el mismo Tribunal Constitucional, décadas antes y de un modo hasta cierto punto paradójico, defendió en STC 30/1982, de 1 de junio, que el derecho a la libertad de expresión pro-

²⁴ Alcacer, *La libertad del odio*, 44.

²⁵ Cfr. Alcacer, *La libertad del odio*... 45; con STC 235/2007, de 7 de noviembre. Consultable en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2007-21161

tege a los ciudadanos «frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la Ley, e incluso frente a la propia Ley en cuanto este intente fijar otros límites que los que la propia Constitución (arts. 20.5 y 53.1) admite»²⁶. Claramente, ninguna regulación legal podría ir en contra del contenido esencial marcado por la constitución al actuar este cuerpo legal como «un límite de límites» susceptibles de desarrollar legalmente. No en vano, reconoce el mismo Tribunal en sentencia de 2006,

«la libertad de expresión como pilar fundamental del estado democrático, en tanto que cauce del principio democrático participativo, posibilita la expresión de opiniones que pueden desagradar profundamente a otros, que difieren de esa manera de ser o pensar, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (STC 174/2006)²⁷.

En cambio, el discurso de odio carece de una definición unificada según la doctrina. Como punto de partida, podría definirse como «aquel lenguaje que estigmatiza a su objetivo adscribiéndole un conjunto de cualidades constitutivas que son vistas de forma extendida como altamente indeseables». Al ser estas cualidades fuertemente desaprobadas, sus poseedores serían despreciados, degradados e, incluso, demonizados. En este sentido, el discurso de odio se configura como un mensaje que daña la dignidad de una persona o que ataca a colectivos catalogados de vulnerables²⁸. Sin embargo, no deja de tratarse de una definición débil en que la consideración subjetiva de lo que puede calificarse como «odioso» —lo denigrante de la palabra o expresión puede, incluso, depender del colectivo o persona a quien vaya dirigida— no compensa el ataque a principios del Derecho Penal ni a derechos fundamentales que, a la fuerza, se produce al pretender la aplicación de dicho delito de incitación al odio o discurso de odio. Allende los derechos fundamentales, principios afectados del Derecho Penal son el de última ratio, mínima intervención y protección de los bienes jurídicos y carácter subsidiario. Acorde al principio de última ratio, no es posible el castigo por los meros pensamientos, deseos, aversiones o antipatías. El pensamiento no le interesa al Derecho Penal —o, al menos, no debería— cuando no se trasluce en hechos o supone una quiebra o puesta en peligro de algún bien jurídico protegido. El pensamiento, la ideología y la simple forma de ser de un sujeto no pueden ser objeto de sanción penal. En consecuencia, no hay lugar a la criminalización de la opinión en un Estado social, democrático y de Derecho. El Derecho Penal moderno, inspirado en el principio de mínima intervención y exclusiva protección de los bienes jurídicos, no puede vencer —a través del «odio»— un pilar de la democracia como es la libertad de expresión. El Derecho Penal no debe influir en el sistema democrático de valores al fin de sustituir otras vías menos gravosas para la instauración de tales valores vul-

²⁶ STC 6/1981, de 16 de marzo. BOE, núm. 89, de 14 de abril de 1981. Puede consultarse en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6>

²⁷ Jaime Grau Álvarez, «La libertad de expresión y discurso del odio. Estudio comparado de la jurisprudencia de EE.UU. y Europa», *Icade: Revista de la Facultad de Derecho* 111-113 (en.-jun. 2021): 3.

²⁸ Jaime Grau Álvarez, «La libertad de expresión», 3.

nerando, como podría suceder con la aplicación del «odio», el principio de carácter subsidiario²⁹.

En cuanto a los derechos fundamentales, opera como pretexto para poner en solfa principios del Derecho Penal una pretendida salvaguarda de bienes jurídicos como como son la dignidad, el honor y la igualdad y no discriminación. Así bien, la invocación de la dignidad en cuanto bien jurídico oponible al ejercicio abusivo de la libertad de expresión se enfrenta a no pocos problemas. Ya de entrada, como bien jurídico, la dignidad es difusa y, por ende, podría comportar el inicio de una tendencia antiliberal argüir la dignidad de ciertos grupos o individuos como límite al ejercicio de ciertos derechos, libertades o prácticas. El honor, por su parte, ha resultado igualmente invocado por la jurisprudencia y alguna doctrina como un bien jurídico-penal de suficiente envergadura como para limitar la libertad de expresión. No obstante, a este respecto el Tribunal Constitucional impone el deber de realizar un juicio ponderativo para establecer, previamente, si el ejercicio de la libertad de expresión habría supuesto, acaso, lesión del derecho al honor y, en caso afirmativo, si esa lesión vendría o no justificada por el valor prevalente de tal libertad (STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4.º). De modo que el derecho a la igualdad y no discriminación se presentaría como una de las opciones más sólidas a la hora de defender la legitimidad de la restricción penal del discurso de odio, integrando a este como delito dentro del *corpus* de antidiscriminatorio del CP³⁰.

Tal vez sea una opción sólida, pero no suficiente. Esgrimir una supuesta protección del bien jurídico igualdad mediante la aplicación del discurso de odio afecta, además, el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE), la libertad de expresión (art. 20.1 CE) y, decantado de esta, la prohibición de censura (art. 20.2 CE)³¹. Constituye la novedad de los últimos tiempos, dar la vuelta a la libertad religiosa —en que se incluyen el ateísmo y el agnosticismo— y hablar de «sentimiento religioso». Aún así, la llamada «protección de los sentimientos religiosos» tampoco justifica siempre una limitación de la libertad de expresión pues, a decir de la doctrina, se exigirá que la manifestación del ataque a estos sentimientos sobrepase el límite de la diferencia entre la crítica y la sátira legítimas del menosprecio vejatorio. Para justificar la restricción de la libertad de expresión habrá de llevarse a cabo un juicio de proporcionalidad, mediante el cual deberá ponderarse la suficiencia y la necesidad de la medida limitadora, así como el modo de expresión de las críticas, sátiras o valoraciones proferidas contra los «sentimientos religiosos». Según Moreno Mozos, existe un supuesto claro en que la garantía de los sentimientos religiosos deberá prevalecer frente a la libertad de expresión. Esto es, cuando la conducta pueda ser considerada, propiamente, como discurso de odio. La Asamblea Parlamentaria y el Comité de Ministros del Consejo

²⁹ Sergio Cámara Arroyo, «El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión», *ADPCP* 70 (2017): 148-149.

³⁰ Luis De Pablo Serrano y Patricia Tapia Ballesteros, «Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal», *La Ley*, n.º 625 (2017): 2-10.

³¹ Sergio Cámara Arroyo, «El concepto de delitos de odio», 149.

de Europa se han pronunciado acerca de la prevención y la lucha contra el discurso de odio ofreciendo, en primer lugar, una definición del mismo como «toda forma de expresión que difunde, incita, promueve o justifica el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, ya que socavan la democracia, la cohesión cultural y el pluralismo». Y recomendando a los gobiernos, en segundo lugar, la concreción de un marco legislativo que permita armonizar la garantía de la libertad de expresión con el respeto a la dignidad y a los derechos de terceros asegurándose, en el caso de existir restricciones al derecho a la libertad de expresión, que se apliquen de forma lícita y no arbitraria, siendo objeto de un control judicial independiente³².

En relación a esto último, el TC ha sido meridianamente claro. Cualquier limitación del derecho a la libertad de expresión o al de información requerirá del juicio de ponderación en el caso concreto y de los requisitos que este incluye, con el objetivo de determinar si su restricción es adecuada o no. Las limitaciones siempre deberán estar establecidas por la ley, su propósito debe ser la garantía de un fin legítimo y habrá de existir una relación de proporcionalidad entre la medida adoptada y la penalidad que sufre el derecho que cede frente al que se protege. Por esto, se requiere una visión integral de todos los requisitos que se establecen, tanto para la libertad de expresar opiniones como para la libertad de información, y ponderar los intereses en juego. Así pues, la limitación legal de la libertad de expresión —caso de estar justificada— deberá respetar la configuración constitucional que se establece sobre este derecho. Esta comprende tanto la interpretación que haga el TC sobre el propio art. 20 CE como las mismas autolimitaciones que este se fija en su apartado 4. Estas son, el respeto a los derechos reconocidos en el Título 1.º, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. De la redacción podría deducirse erróneamente la posición preferente del derecho al honor frente a la libertad de expresión o de información, pero entre los derechos que cuentan el rango de constitucionales no existe una relación de jerarquía, sino que parten de un plano de igualdad. En idéntico orden de cosas, las limitaciones impuestas por este artículo son externas al propio derecho a la libertad de expresión y, en ningún caso, podrán conculcar el contenido constitucionalmente declarado.

5. El alcance del «discurso de odio»

5.1. Problemas en la delimitación

Según se viene señalando, la tendencia actual de los tribunales es proclive a acotar la libertad de expresión. Véase la conocida sentencia de 16 de julio de 2009, *Féret vs Bélgica*, en que el TEDH establece que «el odio no requiere un determinado

³² José María Martí Sánchez y María del Mar Moreno Mozos, *Derecho de difusión de mensajes y libertad religiosa* (Madrid: Dykinson, 2020), 141-142.

acto de violencia o acto criminal, sino que es susceptible de cometerse a través del lenguaje», lo que a nivel español apoyó el TC que, en STC 235/2007, de 7 de noviembre, dictamina que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y, en STS 72/2018, de 9 de febrero, define el alcance del elemento nuclear del hecho delictivo contemplado en el art. 510 CP como la «expresión de epítetos, calificativos o expresiones que contienen un mensaje de odio que se transmite de manera genérica, bastando para su realización la generación de un peligro que se concreta en el mensaje de un contenido propio del “discurso de odio”»³³. Completando esta definición del Tribunal Supremo, Patricia Tapia Ballesteros se refiere al delito de «discurso de odio» como un «delito de peligro hipotético» en que no se exige la efectiva lesión del bien jurídico. De este modo, no resultaría necesario acreditar que el mensaje haya llegado a sus destinatarios, ni mucho menos, que estos decidiesen realizar actos delictivos³⁴. En este sentido, encajar el delito de incitación al odio o discurso de odio en el ordenamiento jurídico español resulta problemático en tanto supone entrar en el denominado derecho penal de autor que, como es sabido, propugna el abandono del derecho penal del hecho —responsabilidad por un hecho o hechos concretos demostrados— y su sustitución por un derecho penal de actitud interna, mucho menos garantista y no basado en hechos objetivos, sino en el talante o disposición de ánimo del autor³⁵.

En aras de clarificar o reconducir confusiones, la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado se ampara, entre otras sentencias, en la mencionada STS 72/2018, de 9 de febrero, para ir un paso más allá y calificar al discurso de odio de un delito de peligro abstracto, a excepción de la infracción de resultado tipificada en el primer inciso del art. 510.2.c) CP. En los delitos de peligro abstracto se anticipa la barrera punitiva, bastando para su realización la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del «discurso de odio», el cual llevaría implícito el peligro al que refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad. Estos refieren la antijuridicidad del discurso de odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que, por sí mismo, podría resultar contrario a la convivencia y, por eso, se consideraría lesivo (FJ único de la STS 72/2018). En este marco se sitúa también la STS 79/2018, de 15 de febrero, con cita de la STC 112/2016³⁶.

³³ STS 6/1981, de 9 de febrero de 2018. CENDOJ. Centro de Documentación Judicial. Puede consultarse en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6c9b9b325578e688/20180219>

³⁴ Patricia Tapia Ballesteros, «El discurso de odio del art. 510. 1. a) del Código Penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias de discriminación», *Política Criminal* 31 (jun. 2021): 288-289.

³⁵ *Ibid.*, Sergio Cámara Arroyo, «El concepto de delitos de odio», 205.

³⁶ *Cfr.* Concepción Molina Blázquez, «Valoración crítica de la Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado sobre las pautas para interpretar los delitos de odio del art. 510 del Código Penal», dir. por Gorjón Barranco, María Concepción, *Políticas Públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*, Aquilafuente (Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2020), 1069; María Elósegui Itxaso, «Las recomendaciones de la ECRI sobre el discurso de odio y la adecuación del ordenamiento jurídico español a las mismas», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* 44 (2017): 17.

Al margen de que se le defina como delito de peligro o delito de peligro abstracto, por su propia naturaleza, el discurso de odio presenta graves problemas de seguridad jurídica. A fin de paliar los efectos de dichos problemas, en el art. 510.1.a) se recoge un *numerus clausus* de «grupos diana». Recuérdese, al tiempo que la Circular 7/2019 corrobora la inamovilidad de dichos «grupos diana», también interpreta que no es necesario demostrar la vulnerabilidad del «grupo diana» lo que, en última instancia, implica que el valor ético de tal «grupo diana» sea indiferente. Según dicha interpretación laxa, los nazis también podrían ser «grupo diana»³⁷. De hecho, «ofensas» contra cazadores y guardias civiles intentaron llevarse a cabo —improductivamente— por esta vía. Por todo lo anterior, la interpretación laxa de Fiscalía ha levantado una acerva crítica contra la Circular entre los defensores de los derechos humanos, puesto que resulta fácil y tentador ideologizar el contenido del art. 510 CP, lo cual no debe hacerse nunca³⁸.

5.2. Directrices aclaratorias en instrumentos internacionales

En la Recomendación de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, n.º 15, *on combating Hate Speech*, de 8 de diciembre de 2015, se define el discurso de odio como «fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de raza, color, ascendencia, origen nacional, étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales»³⁹. Esta definición proporciona los elementos que hacen de una conducta expresiva un delito de odio. Es decir, o bien debe darse la promoción o incitación con ánimo de denigrar a una persona o grupo de personas, o bien el acoso o insulto con la intención de estigmatizarla. La razón para criminalizar en el derecho internacional ciertas formas de discurso de odio fue la de proteger a miembros de grupos vulnerables e individuos que podían ser atacados de un modo desproporcionado. Insiste en que las regulaciones deben ser respetuosas con la libertad de expresión. Se aconseja tomar medidas de índole administrativa y civil, con compensaciones económicas y sanciones cuando existan responsabilidades ad-

³⁷ Cfr. Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificado en el artículo 510 del Código Penal. BOE, núm. 124, viernes 24 de mayo de 2019; con Patricia Tapia Ballesteros, «El discurso de odio del artículo 510.1.a) del Código Penal», 304; y Patricia Tapia Ballesteros, «Discurso de odio: España ante el TEDH», dir. por Gorjón Barranco, María Concepción, *Políticas Públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género* (Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2020), 1087-1097.

³⁸ Concepción Molina Blázquez, «Valoración crítica de la Circular 7/2019», 1062-1074.

³⁹ Llama la atención la inclusión del «género» en el *Memorandum*, cuando el Convenio de Estambul —ratificado por España— define al «género» como «los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres». Art. 3.c) del Convenio de Estambul.

ministrativas, de forma que el derecho penal sea el último instrumento a utilizar⁴⁰. No obstante, esto conllevaría el problema señalado al inicio acerca de las menores garantías que presenta el derecho administrativo, cuya vía sí pondría en riesgo extremo el amparo de la libertad de expresión.

La Recomendación de Política General n.º 15, publicada en marzo de 2016, en el contexto de la anterior Recomendación n.º 7, contribuye a aportar un marco jurídico al debate legal y académico. Estas recomendaciones están hechas en el contexto del respeto a la normativa del Consejo de Europa y de la jurisprudencia del TEDH, así como de la ONU y de la UE. Aunque no son prescriptivas y, por lo tanto, no son normas jurídicas vinculantes para los Estados parte del CDHLP, sus consejos marcan un norte a dichos estados. Sigue resultando criticable, la ampliación del contenido cuando se indica que quedan incluidas dentro del concepto de discurso de odio todas aquellas conductas que cabe esperar, razonablemente, que produzcan el efecto de incitar a otras personas a cometer actos de violencia, hostilidad o discriminación por motivos de intolerancia. Aclarando esta cuestión, en los puntos 14 y 15 del *Memorandum* explicativo de la Recomendación, se indica que el elemento de incitación significa que o bien existe una intención clara de cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, o bien existe un riesgo de inminente de que tales hechos ocurran como consecuencia de haber utilizado el discurso de odio. Se puede considerar que existe intención de incitar cuando la persona que utiliza el discurso de odio, de forma inequívoca, haga un llamamiento a los demás para que cometan las actos pertinentes o se pueda deducir con base en la contundencia del lenguaje utilizado y otras circunstancias destacables como la conducta previa del orador⁴¹.

6. La ponderación del delito: tipo subjetivo y criterios de valoración sobre la existencia del odio

Sigue resultando criticable la extensión de contenido en el sentido de incluirse dentro del concepto de «discurso de odio» todas aquellas conductas susceptibles de incitar a otras personas a cometer actos de violencia, hostilidad o discriminación por motivos de intolerancia, debido al riesgo que entraña de caer en el derecho penal de autor o de impulsar el camino de España hacia una democracia militante, lo que nunca ha sido ni tampoco tiene razón de ser⁴². En los puntos 14 y 15 del *Memoran-*

⁴⁰ Cfr. María Elósegui Itxaso, «Las recomendaciones de la ECRI», 10-11; con *Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI). Consejo de Europa. Recomendación de Política General N.º 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y su Memorandum Explicativo. Adoptada el 8 de diciembre de 2015. Estrasburgo, 21 de marzo de 2016* (Madrid: Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2017).

⁴¹ María Elósegui Itxaso, «Las recomendaciones de la ECRI», 7.

⁴² Jaime Grau Álvarez, «La libertad de expresión y discurso del odio. Estudio comparado de la jurisprudencia de Estados Unidos y Europa», *Icade. Revista de la Facultad de Derecho* 111 (en.-jun. 2021): 13.

dum explicativo de la Recomendación, se indica que el elemento de incitación significa bien la existencia de una intención clara de cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, o bien la existencia de riesgo inminente de que tales hechos ocurran como consecuencia de haberse pronunciado un discurso de odio. Según dicho *Memorandum*, podría considerarse de forma inequívoca la intención de incitar al odio cuando el orador hace un llamamiento a la comisión de actos pertinentes o, si acaso, pueda deducirse esta intención con base en la contundencia del lenguaje empleado, allende otras circunstancias previas como su propia conducta⁴³.

Ahora bien, a nivel penal, los llamados «delitos de odio» en el Código Penal español se englobarían dentro de los tipos delictivos dolosos. A estos no les es exigible un ánimo específico, bastando el dolo genérico consistente en conocer los elementos del tipo penal y actuar conforme a dicha comprensión. El tipo básico se contiene en el art. 510.1.a), b) y c) CP. La acción exige publicidad —no conductas en el ámbito privado o semiprivado, ya que estas pierden potencialidad incitadora— lo que, en principio, no comprende el uso de medios de comunicación social, Internet o tecnologías de la información. «En principio» no comprende medios de comunicación social porque, según indica de nuevo Tapia Ballesteros, se plantean dudas acerca de si las manifestaciones en redes sociales cerradas —estilo grupo privado de Facebook o WhatsApp— podrían considerarse realizadas con publicidad y, de ser así, si satisfarían el desvalor de la modalidad agravada. Dice Tapia Ballesteros que, en el caso de los grupos de Facebook, no cabría duda de que las manifestaciones vertidas se realizan con publicidad. Si acaso, cuando se trata de grupos restringidos no se contemplaría la modalidad agravada. Se entiende que la realización de manifestaciones en estos grupos se asemeja a una realización en la calle, ante una multitud. Y arguye la autora que la potencialidad de que el mensaje sea accesible a un elevado número de personas no es la misma que si se tratase de una publicación de Facebook abierta. En cambio, respecto a los grupos de WhatsApp, dice no haberse encontrado una pauta jurisprudencial. Aún así, distingue entre los grupos con número limitado de integrantes —por lo tanto, calificables de espacios privados— frente a los grupos con elevado número de participantes y aceptación de nuevas incorporaciones que —a juicio de la autora— deberían considerarse igual que los grupos de Facebook⁴⁴. Ahora bien, además de publicidad, la acción punible exige distintas modalidades de ejecución en virtud de la sustitución del verbo «provocar» (art. 18.1 CP) por «fomentar, promover o incitar». Previa la reforma de 2015, se entendía que la provocación debía ser directa, justificándose en la citada STC 235/2007, de 7 de noviembre, que declara la inconstitucionalidad del art. 607 CP, favorable a la impunidad de la negación del genocidio o justificación del mismo, que cumpliría con los estándares constitucionales en la

⁴³ María Elósegui Itxaso, «Las recomendaciones de la ECRI», 7-10.

⁴⁴ Patricia Tapia Ballesteros, «El discurso de odio del art. 510.1.a)», 301.

medida en que esto se interprete como incitación indirecta a la realización de un delito de genocidio⁴⁵. Recuérdese:

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 aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos 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, aporofobia, 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 aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos 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, aporofobia, enfermedad o discapacidad.
 - c) Quienes públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos, 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, aporofobia, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

En el mismo artículo, apartados 3 y 4, se contienen las modalidades agravadas «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», lo que determinaría la aplicación de la pena en su mitad superior. A mayores, el apartado 4 prevé la imposición de la pena en su mitad superior, con posibilidad de ele-

⁴⁵ Patricia Tapia Ballesteros, «El discurso de odio del art. 510.1.a)», 307-308.

vase hasta la superior en grado, «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 ante los integrantes de un grupo»⁴⁶. No obstante, el problema continua estribando en torno a la actividad probatoria del delito de odio, puesto que esta debe acreditarse de la motivación discriminatoria del hecho punible, pues solo de este modo podría aplicarse la agravante del art. 22.4 CP al tipo básico. La STEDH 20/2015, de 20 de octubre, dictada en el marco del caso *Balzacs vs Hungría*, aboga por la obligación de las autoridades de los Estados en adoptar todas las medidas razonables a fin de descubrir cualquier motivación racista y determinar si la motivación racista, el odio o los motivos étnicos intervienen o no en actos violentos. A tal fin, en dicha sentencia se contemplan tres grandes grupos de «indicadores de polarización» que, a título orientativo, recoge la Abogacía española⁴⁷:

- El testimonio de la víctima: criterio, todo hay que decirlo, muy poco objetivo, aunque siguiendo las recomendaciones de la ECRI, la sola percepción de la víctima de delitos por motivos discriminatorios debe llevar a las autoridades a emprender una investigación para confirmar o descartar la naturaleza discriminatoria del delito. Esta percepción no conlleva la automática consideración de los hechos como constitutivos de un delito de odio, pero sí compele a las autoridades a realizar las diligencias indagatorias necesarias para averiguar el posible móvil discriminatorio del hecho punible. Para calificar o no los hechos de «delito de odio» ha de tenerse en cuenta, aparte del testimonio, la pertenencia de la víctima a alguno de los grupos y colectivos del art. 510.1.a) CP o a asociaciones de apoyo, así como la posible existencia de relaciones personales, familiares, laborales o de amistad con personas relacionadas con dichos colectivos⁴⁸.
- La intencionalidad de la autoría del hecho: si hay o no antecedentes por conductas semejantes; sus comunicaciones en redes sociales antes y después de los hechos; el número de seguidores, frases o gestos que hubiera podido expresar en el momento de comisión de estos; su posible integración en grupos caracterizados por su odio, promoción del mismo y violencia contra colectivos o ideas, allende su posición de relevancia pública o liderazgo entre los mismos; o si portaba instrumentos asociados a alguno de estos grupos —ropa, símbolos, etc.—⁴⁹.
- El contexto de desarrollo de la acción: una aparente irracionalidad; la falta de justificación o gravedad de los hechos; una ausencia de relación de enemistad manifiesta o historia entre los colectivos específicos del art. 510 CP; o que la fecha o lugar de los hechos sea simbólica para algún colectivo⁵⁰.

Como puede verse, se trata de criterios muy subjetivos, sobre todo, en lo que atañe a las relaciones personales con individuos pertenecientes a los colectivos in-

⁴⁶ Patricia Tapia Ballesteros, «El discurso de odio del art. 510.1.a)», 311.

⁴⁷ *Delitos de odio. Guía práctica para la abogacía* (Madrid: Fundación Abogacía Española, 2018), 48-50.

⁴⁸ *Delitos de odio. Guía práctica*, 49.

⁴⁹ *Delitos de odio. Guía práctica*, 49.

⁵⁰ *Delitos de odio. Guía práctica*, 50.

cludidos en el art. 510 CP. Para más, si en las recomendaciones internacionales se reconoce, por ejemplo, la existencia de una «raza real» y de una «raza sentida», el delito de discurso de odio podría utilizarse para perseguir cuestiones que no tienen nada que ver con la realidad. Definitivamente, el derecho penal ha de basarse en hechos ciertos.

7. Conclusiones

Preguntarse acerca de la definición del delito de discurso de odio conduce, inexorablemente, al comienzo de este análisis. A este respecto, María Elósegui Itxaso rescataba lo recogido por la Recomendación de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, n.º 15, *on combating Hate Speech*, de 8 de diciembre de 2015, acorde a la «promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza [...] a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de raza, color, ascendencia, origen nacional, étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales»⁵¹. A lo largo del artículo se muestra cómo de la vocación antirracista el discurso de odio pasa a cubrir, en la última década, a todo un listado de grupos y colectivos variables cuya vulnerabilidad, en algunos casos, es discutible. España no iba a constituir la excepción a dicha tendencia legislativa internacional y se introduce, en el año 2015, la motivación del «odio» en la agravante genérica 4.ª del art. 22 CP. Esto no deja de resultar sorprendente en cuanto en el Código Penal ya se preveían figuras delictivas al objeto de proteger el honor —injurias y calumnias— y la integridad física y moral de las personas —amenazas, lesiones, etc.— y, lo más importante, reconociendo como es reconocida por el Tribunal Constitucional la libertad de expresión como piedra angular de la democracia, pese a las rectificaciones hechas *a posteriori*.

Pero, si problemáticas penales relativas al honor y a la dignidad se encontraban ya cubiertas por el Código Penal antes de 2015, cabe cuestionarse acerca del sentido de la introducción del «discurso de odio». No en vano, lleva años activo el debate entre doctrina partidaria a la introducción de este delito en el Código Penal —véase, Gorjón Barranco— y doctrina detractora —Alcacer Guirao, Landa Gorostiza, entre otros—. En un intento de conjugar la existencia de un delito de opinión con la libertad de expresión, la Circular de Fiscalía se apoya en una supuesta salvaguarda de la convivencia democrática (STS 72/2018, de 9 de febrero, FJ único). No obstante, habría que preguntarse, en primer lugar, si tal convivencia, en efecto, se hallaría en peligro. Aun con las lagunas que se indican en los informes del Ministerio de Interior, en buena medida debidas a la dificultad de establecer pautas para tan variados grupos del art. 510.1.a) CP, lo cierto es que el grueso de los da-

⁵¹ María Elósegui Itxaso, «Las recomendaciones de la ECRI», 10.

tos arroja una práctica inexistencia del «odio» como motor delictivo en España. Tanto es así que la restricción de derechos fundamentales —que, por sí, debe atender siempre a razones tasadas y previstas en la Ley— pierde toda justificación, al margen de las emulaciones de una tendencia legislativa internacional que, en todo caso, merece reflexión. A diferencia de otros países como Alemania, España ni siquiera cuenta con una historia reciente de persecución a grupos étnicos o religiosos que —con extrema cautela— permitiera poner bajo lupa determinados tipos de discurso. De cualquier modo, el Derecho Penal habrá de castigar hechos, no inmiscuirse en pensamientos, pues lo contrario no es propio de estados democráticos. La democracia, si ha de llamarse así, exige el concurso público de todas las opiniones, independientemente del mejor o peor gusto de cada una, con la convicción de que serán las mejores aquellas que cuenten con mejores argumentos. En modo alguno, el delito de opinión tiene cabida en un sistema democrático, que es tan fuerte —rescatando las palabras del propio Tribunal Constitucional—, cuanto más resista la piedra angular del mismo. Esto es, es la libertad de expresión.

8. Bibliografía

- ALCACER GUIRAO, Rafael. *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías* Madrid: Marcial Pons, 2020.
- CÁMARA ARROYO, Sergio. «El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 70 (2017): 139-225.
- CANCIO MELIÁ, Manuel y DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto. *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal*. Pamplona: Aranzadi, 2019.
- CARPIO DELGADO, Juana del y HOLGADO GONZÁLEZ, María (dirs). *Entre la libertad de expresión y el delito. Cuestiones de la parte especial de los delitos de opinión*. Cizur Menor: Aranzadi, 2021.
- CIRCULAR 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal.
- COMISIÓN EUROPEA CONTRA EL RACISMO Y LA INTOLERANCIA (ECRI). *Consejo de Europa. Recomendación de Política General N.º 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y su Memorandum Explicativo. Adoptada el 8 de diciembre de 2015. Estrasburgo, 21 de marzo de 2016*. Madrid: Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2017.
- CONVENCIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA, Estambul, 11 de mayo de 2011.
- DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto. *Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio*. Madrid: Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado, 2016.

- DELITOS DE ODIOS. *Guía práctica para la abogacía*. Madrid: Fundación Abogacía Española, 2018.
- ELÓSEGUI ITXASO, María. «Las recomendaciones de la ECRI sobre el discurso de odio y la adecuación del ordenamiento jurídico español a las mismas». *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* 44 (2017): 1-61.
- GARCÍA ARROYO, Cristina. «La solución del CP de 2015 a la inconstitucionalidad del delito de negacionismo (del artículo 607.2 al 510 CP)». En *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, dirigido por Fernando Pérez Álvarez, 301-308. Salamanca: Ediciones Universidad, 2016.
- GARCÍA DOMÍNGUEZ, Isabel. «El tratamiento penal de los delitos de odio en España con la adopción de una perspectiva comparada». *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal* 8 (2020): 1-27.
- GASCÓN CUENCA, Andrés. *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*. Pamplona: Aranzadi, 2016.
- GASCÓN CUENCA, Andrés. «La nueva regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: la modificación del artículo 510 CP». *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 32 (2015): 73-92.
- GOMÉZ, Begoña; PATIÑO, María y ESTEBAN NAVARRO, Ángel. «Estrategias europeas contra el discurso de odio». En *Ciudadanías digitales. Perspectivas desde los medios, el periodismo y la educomunicación*, dirigido por Miguel Ezequiel Badillo Mendoza, Camila Pérez Lagos, Narcisa Jessenia e Isabel Cortés Cortés, 155-172. Bogotá: Politécnico Colombiano, 2019.
- GRAU ÁLVAREZ, Jaime. «La libertad de expresión y discurso del odio. Estudio comparado de la jurisprudencia de EE.UU. y Europa». *Icade: Revista de la Facultad de Derecho* 111-113 (en.-jun. 2021), 1-33.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2001) del art. 510 CP y propuesta de *lege data* (a la vez un comentario a la STS 259/2001 —librería Kalki— y a la STC 235/2007)». *Revista de Derecho Penal y Criminología* 7 (2012), 297-346.
- MARTÍ SÁNCHEZ, José María y MORENO MOZOS, María del Mar. *Derecho de difusión de mensajes y libertad religiosa*. Madrid: Dykinson, 2020.
- MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. «Valoración crítica de la Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado sobre las pautas para interpretar los delitos de odio del art. 510 del Código Penal». En *Políticas Públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*, dirigido por María Concepción Gorjón Barranco, 1061-1074. Salamanca: Ediciones de la Universidad, 2020.
- PABLO SERRANO, Luis de y TAPIA BALLESTEROS, Patricia. «Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal». *La Ley* 625 (2017): 1-10.
- TAPIA BALLESTEROS, Patricia. «El discurso de odio del art. 510. 1. a) del Código Penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias de discriminación». *Política Criminal* 31 (jun. 2021): 284-320.

TAPIA BALLESTEROS, Patricia. «Discurso de odio: España ante el TEDH». En *Políticas Públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*, dirigido por María Concepción Gorjón Barranco, 1087-1097. Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2020.

RODRÍGUEZ RAMOS, Marta. «Discurso de odio, delitos de odio y la agravante de discriminación del artículo 22.4 CP. Especial referencia a la circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 CP». En *Entre la libertad de expresión y el delito. Cuestiones de la parte especial de los delitos de opinión*, dirigido por Juana del Carpio Delgado y María Holgado Delgado, 146-162. Pamplona: Aranzadi, 2021.