

La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?

Jorge Correcher Mira
Universitat de València

Sumario

-
¿Tiene sentido hablar de discurso del odio contra un neonazi? Esta es la pregunta que motiva este trabajo, considerando lo dispuesto por la Circular 7/2019 (Fiscalía General del Estado) sobre pautas para interpretar los delitos de incitación al odio tipificados en el art. 510 Código penal, donde se afirma la posibilidad de reconocer como sujeto pasivo de dicho delito a personas de esta ideología. Para ello, partiendo del proceso de discusión constante en que se encuentra la libertad de expresión en tiempos de guerras culturales y la hiperexposición propia de las redes sociales de uso masivo, se analizará el elusivo concepto de discurso del odio, así como su plasmación normativa en el ordenamiento jurídico español. Sobre esta cuestión, se incidirá especialmente en la pérdida de la posición de preeminencia ocupada por el carácter vulnerable de los colectivos protegidos por el discurso del odio, con la consiguiente deconstrucción de su significado y los riesgos que su aplicación extensiva por los tribunales presenta respecto del ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas.

Abstract

-
Does it make sense to talk about hate speech against a neo-Nazi? This is the question that inspires this paper, taking into account the content of the Circular note 7/2019 (General Public Prosecution) about interpretation criteria regarding hate speech introduced in art. 510 Criminal Code, where it is established the possibility of recognising as a protected group concerning this offence to people who follow this ideology. With this purpose, describing as a starting point the discussion about free speech in a context of cultural wars and permanent exposition through massive social network, the elusive concept of hate speech will be analysed, describing its legal framework in Spanish legal system. About this issue, it is important to pay attention to the progressive loss of importance with regard to the vulnerable position of the protected groups by hate speech regulation, with the consequent deconstruction of its meaning and the risks to free speech derived from its extensive interpretation by case law.

Abstrakt

-
Hat es ein Sinn, über Hassreden gegen einen Neonazi zu sprechen? Diese ist die Frage, die dieser Arbeit zugrundeliegt. Denn es gilt nach dem Rundschreiben 7/2019 der (spanischen) Generalstaatsanwaltschaft über die Richtlinien für die Auslegung der Straftaten der Anstiftung zum Hass (Art. 510 CP) Menschen dieser Ideologie als passive Subjekte dieser Straftaten anzuerkennen. Ausgehend von der andauernden Diskussion um die Meinungsfreiheit in Zeiten von Kulturkriegen und der dem massiv genutzten Sozialnetzwerken eigenen Überbelichtung werden der schwer zu fassende Hassrededebegriff sowie dessen Ausdruck in der spanischen Rechtsordnung. Dabei wird insbesondere der Verlust der Vorrangstellung der Verletzlichkeit der durch Hassreden geschützten Gruppen erörtert, mit der daraus resultierenden Dekonstruktion ihrer Bedeutung und der Risiken, die ihre extensive Anwendung durch die Gerichte in Bezug auf die Ausübung des Rechts zur freien Meinungsäußerung in sich birgt.

Title: *The trivialisation of hate speech: an expansion of vulnerable? groups*

Titel: *Die Trivialisierung von Hassreden: eine Erweiterung vulnerable Gruppen?*

-

Palabras clave: discurso del odio, colectivo vulnerable, libertad de expresión, efecto desaliento

Keywords: *hate speech, vulnerable group, free speech, chilling effect*

Stichwörter: *Hassrede, verletzte Gruppe, Meinungsfreiheit, Entmutigungseffekt*

-

DOI: 10.31009/InDret.2021.i2.04

2.2021

Recepción
09/09/2020

-

Aceptación
09/12/2020

-

Índice

-

1. Planteamiento

2. ¿En defensa de la intolerancia?

- 2.1. El derecho a la libre expresión de ideas en clima de *guerra cultural*
- 2.2. ¿Merecen protección institucional los grupos neonazis?: dos casos de paradoja de la tolerancia

3. El discurso del odio: entre un concepto elusivo y un tratamiento penal extensivo

- 3.1. Conceptualización a partir de estándares internacionales
- 3.2. Referencia al case law del TEDH sobre el hate speech: entre el modelo de intolerancia de la cláusula de abuso de derecho del art. 17 CEDH y el juicio de proporcionalidad del art. 10 CEDH
 - a. El análisis de la incitación al odio a partir del art. 10 CEDH: el test de Estrasburgo
 - b. El efecto guillotina del art. 17 CEDH: su aplicación en casos de negacionismo y revisionismo histórico
- 3.3. El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: el delito de incitación pública al odio, hostilidad, discriminación o violencia del art. 510 CP
 - a. Cuestiones preliminares: la aprobación por la LO 10/1995 y la reforma motivada por la STC 235/2007 y la Decisión Marco 2008/913/JAI
 - b. La nueva regulación del discurso del odio *ex art.* 510 CP: problemas de técnica legislativa y anticipación delictiva
 - c. La conexión entre el sujeto pasivo del delito y el bien jurídico protegido: especial referencia al carácter vulnerable del colectivo

4. La desnaturalización de los colectivos vulnerables como criterio interpretativo

- 4.1. De la vulnerabilidad a la protección de los sentimientos mayoritarios
- 4.2. Sobre el efecto desaliento respecto del ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas: aplicación al art. 510 CP
- 4.3. Supuestos paradigmáticos de banalización del discurso del odio
 - a. Odio nacional, étnico e ideológico: sobre los casos *Germanwings* y el movimiento Boicot, Desinversiones y Sanciones (BDS)
 - b. Protección institucional: ¿los cuerpos policiales como colectivo vulnerable?
 - c. COVID-19

5. Consideraciones finales

6. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Planteamiento*

La referencia al discurso del odio se ha convertido en un recurrente *leitmotiv* dentro del amplio debate que el auge de las redes sociales ha producido en relación con los límites a la libertad de expresión. A esta expansión del uso abusivo del concepto ha favorecido su carácter elusivo, pero también las dudas sobre su delimitación, sembradas por parte de las instituciones públicas.

En primer lugar, desde el propio poder legislativo, mediante la reforma del art. 510 CP operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal (BOE nº 77, 31.03.2015), la cual presenta una técnica legislativa deficiente en la fijación del tenor literal del tipo, al tiempo que establece una serie de parámetros que contribuyen a la anticipación de la barrera delictiva en el plano del *iter criminis*. En segundo lugar, los propios órganos jurisdiccionales han contribuido al proceso de indefinición en que se encuentra el discurso del odio en el ordenamiento jurídico español. Dentro de este ámbito, puede destacarse el contenido de la Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado (FGE) sobre pautas para interpretar los delitos de incitación al odio tipificados en el art. 510 CP, donde se establece una extensión de los sujetos pasivos del delito, abandonando la referencia a la noción de vulnerabilidad que integra la interpretación del tipo, para considerar cualquier grupo o colectivo susceptible de ser protegido por el precepto, con la consiguiente restricción de la libertad de expresión que ello supone. Esta tendencia ha sido asumida por los tribunales, abrazando una interpretación extensiva del art. 510 CP, desvirtuando su significado y banalizando la posición que ocupa dentro de la normativa penal antidiscriminatoria.

Partiendo de la situación descrita, y con el objeto de abordar este cambio de tendencia, el presente estudio desarrolla una panorámica en relación con el tratamiento penal del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español, considerando como marco de referencia el clima de redefinición en que se encuentra el propio derecho a la libre expresión de ideas. En este sentido, cabría destacar la modificación en las pautas comunicativas fruto de la revolución digital, así como la fecundidad de este nuevo espacio de conversación pública en cuanto a conflictos culturales se refiere. Afirmada esta realidad, cobrará especial importancia la delimitación conceptual del discurso del odio, así como la conexión del bien jurídico protegido por el art. 510 CP en relación con la defensa de colectivos vulnerables o estructuralmente desfavorecidos. Sobre esta cuestión, se analizarán una serie de supuestos recientes, donde la jurisprudencia española parece apartarse de esta noción de vulnerabilidad, para desarrollar más bien una protección de lo que podría considerarse como sentimientos mayoritarios, mostrando así una gestión de los conflictos derivados del derecho a la libre expresión de ideas en clave restrictiva.

A partir de estos factores, se pretende mostrar la banalización del discurso del odio a la que se hace referencia en este trabajo, dinámica resultante, no sólo de la interpretación extensiva

* Autor de contacto: Jorge Correcher Mira, jorge.correcher@uv.es. El presente trabajo se enmarca en los proyectos de investigación DER 2017-86336-R, financiado por FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades – Agencia Estatal de Investigación (IP: Lucía Martínez Garay) y RTI 2018-095424-B-I00, financiado por FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades – Agencia Estatal de Investigación (IP: Ricardo Juan Sánchez).

realizada por los tribunales, sino también de la utilización indiscriminada de la referencia al discurso del odio en *delitos de opinión* distintos del art. 510 CP (enaltecimiento del terrorismo, injurias a la Corona, ultrajes a España...), así como en relación con la propia dificultad de realizar una delimitación conceptual del discurso del odio. De igual modo, esta problemática jurídica se ve agravada por el contexto de redefinición en que se encuentra la libertad de expresión, presupuesto que será analizado con carácter previo en el siguiente apartado para asentar el marco de referencia de este estudio.

2. ¿En defensa de la intolerancia?

2.1. El derecho a la libre expresión de ideas en clima de *guerra cultural*

Existe en la actualidad una discusión constante sobre la libertad de expresión, sus límites y su adaptación a una conversación pública de masas que ha supuesto la redefinición de las prácticas culturales asociadas al derecho a la libre expresión de ideas en el medio social. De hecho, este debate ha ocasionado el surgimiento de un lenguaje propio, donde se entrecruzan de forma líquida conceptos como *poscensura*, *linchamiento*, *cancelación*, *ofendidito*, *políticamente (in)correcto*, etc.,¹ todos ellos proyectados de forma imparable por el potencial comunicativo de las redes sociales de uso masivo. Así, en este contexto, la libertad de expresión permite una hiper-exposición —habitualmente pasajera— de opiniones sobre cualquier polémica o problemática que pueda afectar a los grupos significados con el objeto de la discusión, o simplemente a las personas que deseen expresar su parecer sobre una cuestión concreta en el marco de la denominada *guerra cultural*.

El concepto de *guerra cultural* muestra la disputa por la hegemonía² a partir de distintos aspectos de la vida social que, mediante su consolidación como prácticas dominantes, pretenden un cambio en la representación pública de una cuestión concreta, con la consiguiente traducción en términos políticos que ello conlleva. Si bien las guerras culturales siempre han estado presentes, los nuevos usos comunicativos derivados del auge de las redes sociales han llevado a su sobreexposición. Una muestra clara de esta dinámica puede observarse en la influencia de la denominada *Alt-Right* (derecha alternativa) en las prácticas discursivas que llevaron a la victoria de Trump en las elecciones presidenciales norteamericanas de 2016,³ así como en la retórica belicista del

¹ A modo de análisis socio-cultural sobre estas cuestiones, véase entre otros, GERCHUNOFF, *Ironía On. Una defensa de la conversación pública de masas*, 2019; LIJTMAER, *Ofendiditos. Sobre la criminalización de la protesta*, 2019; RENDUELES, *Sociofobia. El cambio político en la era de la utopía digital*, 2013; SOTO IVARS, *Arden las redes. La poscensura y el nuevo mundo virtual*, 2017. Más centrados, aunque no exclusivamente, en el ámbito del control social en las redes, lo que se ha denominado como *panóptico digital*, puede destacarse a CIGÜELA SOLA, *Exclosos i transparentats. Del panòptic a la pantalla digital*, 2017; HAN, *La sociedad de la transparencia*, 2013; HARCOURT, *Exposed. Desire and disobedience in the digital age*, 2015; MARX, *Windows into the soul. Surveillance and society in an age of high technology*, 2016.

² Sintéticamente sobre la idea de hegemonía, RENDUELES, en una revisión de las tesis de GRAMSCI como parte de su introducción a una reciente recopilación de sus escritos: “la idea de hegemonía hace referencia al modo en que una clase social es capaz de convertirse en un grupo dirigente mediante una combinación de liderazgo ideológico, coerción y movilización de intereses compartidos que da lugar al consentimiento de los subordinados”. Cfr. RENDUELES, «Introducción», en GRAMSCI, *Escritos (Antología)*, 2017, p. 25.

³ Sobre esta cuestión, véase, NAGLE, *Muerte a los normies. Las guerras culturales en internet que han dado lugar al ascenso de Trump y la Alt-Right*, 2017. En términos más amplios, sobre la incidencia de la *Alt-Right*

trumpismo, impulsada por grupos como *QAnon* o *Proud Boys*, que terminó con el asalto al Capitolio el día de la proclamación de los resultados que otorgaban al demócrata Joe Biden la presidencia de los Estados Unidos en las elecciones presidenciales de 2020. El uso por los grupos más conservadores de Internet como campo de batalla política, asumiendo un lenguaje transgresor, más propio tradicionalmente de posturas transformadoras, supuso un punto de inflexión en la posición *antiestablishment* asumida por Trump, entendiendo como *establishment* no tanto los grandes poderes económicos, de los que él mismo forma parte, sino todo aquello que consideran incluido dentro de la *corrección política*: la igualdad de género, la tolerancia racial, la protección social a colectivos en riesgo de exclusión,⁴ etc. En todo caso, esta es una dinámica global, apreciable en muchos de los debates públicos sucedidos en nuestro país en los últimos años. Piénsese en discusiones sobre feminismo, apropiación cultural, identidades sexuales, límites del humor, así como otras con una mayor relevancia jurídica, como la regulación de la prostitución, la memoria histórica o, recientemente, cualquier medida en el ámbito de la crisis sanitaria de la COVID-19.

La situación descrita respecto de la libertad de expresión no hace más que reforzar la encrucijada que representa la represión penal del discurso de odio en el ámbito de un Estado democrático, en tanto que, si bien requiere de una reacción contra aquellas posiciones que niegan sus presupuestos estructurales, una excesiva restricción de la libertad de expresión limitaría la necesaria discusión pública inherente a la confrontación dialéctica de ideas que sostiene una sociedad pluralista. En este punto, puede recordarse la conocida como *paradoja de la tolerancia* presentada por POPPER, la cual sintetiza acertadamente la tensión expuesta: “Si extendemos la tolerancia ilimitada aún a aquellos que son intolerantes; si no nos hallamos preparados para defender una sociedad tolerante contra las tropelías de los intolerantes, el resultado será la destrucción de los tolerantes y, junto con ellos, de la tolerancia”.⁵ Obviamente, la forma de armonizar esta confrontación no tendrá sólo un alcance autorreferencial, sino que las propuestas de (des)regulación relativas al discurso intolerante muestran rasgos inherentes a la forma de entender cuestiones más amplias al propio ejercicio y límites de la libertad de expresión, como la caracterización de los derechos fundamentales, o del propio sistema democrático en una vertiente más holística.

En última instancia, el grado de tolerancia con el discurso intolerante, así como la propia valoración institucional realizada respecto de esta problemática muestra el grado de estabilidad y seguridad del propio sistema. Así, RAWLS considera que el respeto recíproco a una Constitución justa, y el orden que de ésta se deriva, permite ampliar los espacios de libertad para los colectivos

en la vida política estadounidense, por todos, BATTISTA/SANDE, *Critical Theory and the Humanities in the Age of the Alt-Right*, 2019; BLOCK, *Post-Truth and Political Discourse*, 2019; LEEB, «Laughing at the Other: Toward an Understanding of the Alt-Right with Adorno», en KHANDIZAJI, *Reading Adorno. The endless Road*, 2019; SHAFFER, *Data versus Democracy How Big Data Algorithms Shape Opinions and Alter the Course of History*, 2019; KALANTZIS-COPE, *The Work and Play of the Mind in the Information Age*, 2018.

⁴ Si bien desconectado de la *Alt-Right*, resulta interesante para entender el caldo de cultivo sociológico que dio lugar al ascenso de Trump lo expuesto por GOAD, *Manifiesto Redneck*, 2017.

⁵ *La sociedad abierta y sus enemigos*, 2010, p. 585. Contrario a esta posición, BOLLINGER, *The Tolerant Society. Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, 1986, a partir de un entendimiento en clave moral de la dicotomía tolerancia vs. intolerancia (p. 242) Considera al citado autor norteamericano que un enfoque renovador de la libertad de expresión requiere capacidad empática respecto de los intolerantes, para que así, mediante una tolerancia de las condiciones que determinan dicha posición, sea posible construir una sociedad más tolerante.

intolerantes.⁶ En consecuencia, del mismo modo que una política antiterrorista punitivista denota la fragilidad democrática de un Estado,⁷ una excesiva sobrecriminalización de los delitos de opinión⁸ muestra la falta de solidez en que se asientan ciertas convicciones generales a nivel cultural, utilizándose así la penalidad como una errónea manera de confirmar una pretendida estabilidad del sistema político. Piénsese, por poner un ejemplo, en el delito de ultrajes a España recogido en el art. 543 CP.⁹ Que un sentir patriótico requiera para su construcción y asentamiento en el *sentido común* colectivo la penalización de conductas o expresiones que atentan contra ese sentimiento, como ocurre con la quema de banderas, evidencia las carencias político-sociales sobre las que se asienta un proceso de construcción nacional.

Lo que no puede negarse es la importancia que, en el contexto de un Estado democrático, tiene la promoción de un proceso abierto de deliberación público que permita a la ciudadanía asentar y defender sus propias convicciones ideológicas de forma libre.¹⁰ Esta dialéctica se plasma en lo que HABERMAS denomina como “espacio público-político”,¹¹ marco de referencia donde se produce la continua interrelación entre sociedad civil y sistema político, mediante la articulación de las demandas de ésta a partir de la función mediata desarrollada por la opinión pública.¹² Para posibilitar la efectividad de este espacio, resulta necesaria la implicación de los poderes públicos para impedir inferencias y garantizar que efectivamente pueda apreciarse en el medio social el proceso de intercambio de ideas descrito.¹³ En este sentido, resulta deseable para potenciar este proceso que la restricción a la libertad de expresión resulte la mínima deseable para evitar lo que se ha denominado como efecto desaliento¹⁴ (*chilling effect*) en el

⁶ Cfr. RAWLS, *Teoría de la justicia*, 1995, pp. 207 ss.

⁷ Opinión sostenida por VIVES ANTÓN en parte de los distintos trabajos compilados por CUERDA ARNAU en *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia*, 2020. A modo de ejemplo, véase VIVES ANTÓN, «Garantías constitucionales y terrorismo», *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia*, 2020, pp. 657-663.

⁸ El desarrollo de esta dinámica en la última reforma penal es presentado en: CORRECHER MIRA, «¿Los delitos de opinión como alteración del orden público? La sobrecriminalización de la libertad de expresión en pro de la seguridad», en ALONSO RIMO (dir.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, 2019. De igual modo, véase, entre otros, MIRÓ LLINARES, (dir.) *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, 2017; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, 2012; TAMARIT SUMALLA, «Los delitos de odio en las redes sociales», *IDP*, (27), 2018.

⁹ Sobre este precepto, por todos, LLABRÉS FUSTER, «De los ultrajes a España», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal*, 2015, pp. 381-402.

¹⁰ Véase, FISS, «Las dos caras del Estado», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2008.

¹¹ Véase HABERMAS, *Facticidad y validez*, 1998, p. 439.

¹² Siguiendo la propuesta de HABERMAS, el concepto de opinión pública representa una red “para la comunicación de contenidos y tomas de postura, es decir, de *opiniones*, y en él los flujos de comunicación quedan filtrados y sintetizados de tal suerte que se condensan en opiniones públicas agavilladas en torno a temas específicos”. Cfr. HABERMAS, *Facticidad y validez*, 1998, p. 440.

¹³ Véase, TERUEL LOZANO, «Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», *REDC*, (114), 2018, p. 18.

¹⁴ Sobre el efecto desaliento, véase, entre otros: ALCÁCER GUIRAO, «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», *RECPC*, (14-02), 2012, pp. 18-19; COLOMER BEA, «La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *CEFD*, (41), 2019; CUERDA ARNAU, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del

ejercicio de la libertad de expresión, aunque esto tampoco puede llevar a permitir una expansión de los discursos de odio contra minorías, los cuales, a su vez, puedan suponer un efecto silenciador¹⁵ (*silencing effect*) en el ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas por parte de aquéllos colectivos vulnerables que históricamente puedan haber sufrido una situación de discriminación estructural.

El denominado *efecto silenciador* es una propuesta desarrollada por la doctrina norteamericana, centrada en la crítica al discurso del odio desde la perspectiva del daño que éste causa en la participación en la esfera pública de las minorías. En la síntesis de esta posición presentada por ALCÁCER GUIRAO, “se afirma que la propagación de estereotipos negativos genera una minusvaloración del estatus social de sus miembros, lo que les impide intervenir con plenitud en el debate público dada la pérdida de su *reputación comunicativa*”.¹⁶ Sobre esta cuestión, cabe recordar la posición de preeminencia ocupada por el sistema de libertad de expresión desarrollado a partir de la Primera Enmienda a la Constitución estadounidense, donde se configura un marco especialmente proteccionista respecto a la libertad de expresión.¹⁷ Así, la doctrina del *efecto silenciador* supone considerar que el discurso del odio dificulta precisamente que determinados colectivos disfruten del derecho a la libre expresión de ideas reconocido por la Primera Enmienda, en tanto que el hecho de ser destinatarios de mensajes de odio viene a reducir su capacidad de participación en la vida pública, minusvalorando su posición en el medio social. Como FISS sostiene “las expresiones de odio tienden a disminuir el sentimiento de dignidad de las personas, impidiendo así su plena participación en muchas actividades de la sociedad civil, incluyendo el debate público. Aún cuando estas víctimas se expresen, sus palabras carecen de autoridad; es como si nada dijeran”.¹⁸ Por lo tanto, para FISS, las eventuales restricciones a la libertad de expresión que

efecto de desaliento», *RGDP*, (8), 2007; DOMINGO PÉREZ, «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado ‘chilling effect’ o ‘efecto desaliento’», *REP*, (122), 2003; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Todo a la vez: la limitación de la expresión y la desprotección del honor», *RJUAM*, (36), 2017-II, pp. 126 s.; MIRÓ LLINARES/GÓMEZ BELLVIS «Freedom of expression in social media and criminalization of hate speech in Spain: Evolution, impact and empirical analysis of normative compliance and self-censorship», *Spanish Journal of Legislative Studies*, (1), 2020, pudiendo destacarse el carácter empírico de su estudio en relación con el *chilling effect*, así como la inclusión de otras variables como la autocensura de las personas usuarias de redes sociales, en relación con la expresión de opiniones discrepantes con el pensamiento dominante (lo que denominan *chilling effect 2.0*, *vid.*, p. 21); RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, 2012, pp. 60-65. En la doctrina anglosajona, por todos, CANES-WRONE/DORF, «Measuring the Chilling Effect», *N. Y. Univ. Law Rev*, (90), 2015; SCHAUER, «Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect», *Boston Law Review*, (58), 1978. La incidencia del efecto desaliento sobre la libertad de expresión será desarrollada *infra*. 4.2.

¹⁵ En relación con el efecto silenciador, por todos, FISS, *La ironía de la libertad de expresión*, 1999; EL MISMO, «El efecto silenciador de la libertad de expresión», *Isonomía*, (4), 1996.

¹⁶ Véase, ALCÁCER GUIRAO, «Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática», *CPyP*, (18), 2019, p. 25.

¹⁷ En relación con el estudio doctrinal de la Primera Enmienda, véase, por todos: HARE/WEINSTEIN (eds.) *Extreme Speech and Democracy*, 2009; 2007; DWORKIN, *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*, 1996; EMERSON, *Toward a General Theory of the First Amendment*, 1966; WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, 2014; EL MISMO, «Free Speech and the Menace of Hysteria», *New York Review of Books*, 2008. En la doctrina española, véase, PRESNO LINERA/TERUEL LOZANO, *La libertad de expresión en América y Europa*, 2017, pp. 17-72; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, 2012, pp. 107-206; GASCÓN CUENCA, «La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista», *ACFS* (47), 2013.

¹⁸ Véase, FISS, *La ironía de la libertad de expresión*, 1999, p. 28.

supondrían la penalización del discurso de odio estarían precisamente justificadas para garantizar la protección de la Primera Enmienda.¹⁹ En España, parece acoger esta doctrina REY MARTÍNEZ, cuando expone que “el discurso discriminador no sólo atenta contra la dignidad personal de las víctimas (...) sino que también atenta contra la sociedad, pues el daño se produce mediante actos que estigmatizan a todos los miembros de un grupo, fracturando la cohesión social, y atenta, por último, contra el mismo principio democrático porque devalúa la participación de los grupos, convirtiéndolos en minorías aisladas y sin voz en el proceso político”.²⁰

Así las cosas, si bien se ha afirmado la importancia de promover la libertad de expresión como herramienta necesaria para favorecer la deliberación política, esto no puede suponer que el Estado, al crear las condiciones que permiten el derecho a la libre expresión de ideas, termine favoreciendo el surgimiento de discursos que promuevan la discriminación, el odio o la violencia respecto de distintos colectivos. Como sostiene ALCÁCER GUIRAO, “un Estado democrático comprometido con los valores de la libertad y la igualdad no debe mostrarse neutral —tolerante— frente al discurso contrario a esos valores, siendo legítimo, por tanto, introducir regulaciones basadas en el contenido del discurso”.²¹ Así las cosas, si algo resulta evidente respecto del discurso de odio es su adecuación para captar el “tono general de un sistema”,²² a efectos de analizar las convicciones que sirven como referencia para identificar los criterios orientadores de la libertad de expresión en un contexto concreto. En consecuencia, la forma de entender el discurso de odio tiene mucho que ver con el *Zeitgeist*, así como del contexto político-cultural derivado de éste.

En este sentido, lo que puede afirmarse es la existencia cada vez más agudizada de una mayor tolerancia institucional hacia discursos de signo extremista, como puede observarse si se analiza la aplicación de la normativa administrativa y penal antidiscriminatoria. Como se verá en los dos ejemplos presentados en el apartado siguiente, la casuística muestra una equiparación como grupos merecedores de protección legal tanto a los pertenecientes a colectivos vulnerables de distinta índole (en función de la raza, etnia, género, orientación sexual, etc.), como a otros que encuentran su razón de ser en ideologías que incitan al odio y a la discriminación (específicamente, grupos neonazis). Así, se produce una legitimación en el plano discursivo de estos últimos, en tanto que se ofrece idéntica protección que la dispensada, por ejemplo, a efectos de evitar la propagación del racismo o la xenofobia. De acuerdo con lo expuesto, la existencia de casos donde se aplica legislación emanada para garantizar la protección de colectivos vulnerables, o para evitar la existencia de discursos racistas y/o xenófobos, a grupos pertenecientes a ideologías que son por sí mismas cepas generadoras de

¹⁹ Véase, FISS, *Isonomía*, (4), 1996, pp. 24-27. Otras posturas, especialmente enraizadas en movimientos feministas, consideran que la penalización del discurso de odio, cuando éste se produce como consecuencia de la difusión de pornografía violenta, produce un *efecto silenciador* que encuentra su fundamentación en la Decimocuarta Enmienda, relativa a la protección de la igualdad. Sobre esta posición véase, por todos, MCKINNON, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, 1997; LA MISMA, *Only Words*, 1993; DWORKIN/MCKINNON, *Pornography and Civil Rights: A New Day for Women's Equality*, 1988.

²⁰ Véase, REY MARTÍNEZ «Discurso del odio y racismo líquido», en REVENGA SÁNCHEZ (dir.) *Libertad de expresión y discursos del odio*, 2015, p. 67.

²¹ Véase, ALCÁCER GUIRAO, «Discurso intolerante y esfera pública», *RAE-IC*, 2018, p. 41. En sentido similar, LASCURAIN SÁNCHEZ, *RJUAM*, (36), 2017-II, p. 124.

²² Expresión utilizada por REVENGA SÁNCHEZ, «Los discursos del odio y la democracia *adjetivada*: tolerante, intransigente, ¿militante?», en EL MISMO, *Libertad de expresión y discursos del odio*, 2015, pp. 17-18.

discriminación de distinta índole muestra de qué manera la confusión alrededor de lo que se entiende como discurso de odio representa de forma clara el actual contexto de redefinición en materia de libertad de expresión y comunicación pública.

2.2. **¿Merecen protección institucional los grupos neonazis?: dos casos de *paradoja de la tolerancia***

El ejemplo más reciente, y quizás paradigmático, de lo que aquí se pretende exponer ocurrió el pasado 15 de diciembre de 2019 cuando el Albacete visitaba el estadio del Rayo Vallecano en partido correspondiente a la jornada 20 de la Liga de Segunda División. Entre los jugadores del Albacete se encontraba Roman Zozulya que, en el pasado, había mostrado su apoyo público a ciertos grupos de ideología fascista²³ ubicados en el espectro del ultranacionalismo ucraniano²⁴ y que, cuando saltó al terreno de juego, recibió por parte de un sector de la grada del Rayo Vallecano, reiterados gritos de “nazi” y “puto nazi” en el caso de los aficionados más beligerantes.

Estos hechos, unidos a las protestas de jugadores y personal técnico del Albacete llevaron al árbitro, en una decisión sin precedentes, a la suspensión del partido, amparándose en las disposiciones (art. 15.3)²⁵ de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte (BOE nº 166, 12.07.2007). Posteriormente, se le impuso al Rayo Vallecano una multa administrativa de 18.000 euros, así como el cierre parcial

²³ Concretamente, se relaciona a Zozulya con la Organización Nacional de Ucrania (como simpatizante de ésta), partido liderado por Stepán Bandera, así como con el batallón Azov, comando paramilitar neonazi ucraniano, por la existencia en su perfil de Twitter de distintas publicaciones donde muestra su apoyo a estos grupos. De igual modo, por lo que respecta a su adscripción ideológica dentro del difuso ámbito del movimiento neonazi, puede destacarse otra imagen de su perfil de Twitter, donde aparece sonriente en una cancha de baloncesto, vistiendo una camiseta con el dorsal 18, señalando un marcador que refleja las cifras 14 y 88. Esto no tendría mayor relevancia si los movimientos neonazis, especialmente los vinculados a grupos deportivos, no acostumbraran a utilizar cifras para emitir consignas que serían sancionadas jurídica o socialmente de comunicarse verbalmente o mediante gestos. En relación con las cifras citadas, puede acudir al manual de simbología elaborado por la Comisión Estatal contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte (<https://www.csd.gob.es/es/csd/organos-colegiados/comision-estatal-contra-la-violencia-el-racismo-la-xenofobia-y-la-intolerancia-en-el-deporte>, última consulta 2.07.2020). Así, el número 18 se corresponde con las letras “A” y “H” del abecedario, en referencia a “Adolf Hitler”, así como el 88 corresponde por duplicado con la letra “H”, lo que se traduce como “Heil Hitler”. Asimismo, la combinación 14/88 hace referencia a las llamadas *14 palabras* acuñadas por el líder supremacista blanco David Lane, “We must secure the existence of our people and a future for white children”, en relación con los conocidos como *88 preceptos* para los guerreros blancos.

²⁴ Este delantero ucraniano vivió en 2017 un frustrado traspaso, precisamente, al Rayo Vallecano cuando militaba en el Betis, como consecuencia de las acusaciones y posterior boicot al fichaje que una parte significativa de la hinchada rayista organizó por su simpatía con grupos de ideología fascista. Ello ocasionó la convocatoria de varias concentraciones de protesta por parte de los aficionados del Rayo Vallecano, así como la pegada de carteles con el lema “Not welcome, la franja no se mancha de racismo”, en relación con la franja roja que cruza la camiseta blanca del equipo de Vallecás.

²⁵ “El árbitro o juez deportivo, podrá suspender definitivamente el encuentro o prueba en función de las circunstancias concurrentes, tras recabar el parecer del Coordinador de Seguridad, todo ello, sin perjuicio de las facultades que les corresponden a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.

del estadio durante dos partidos. Como dato que pone de manifiesto la excepcionalidad de la decisión, deviene imprescindible destacar que este ha sido el primer evento deportivo en España suspendido por los insultos proferidos por un sector de la grada a los deportistas que protagonizaban el partido.²⁶

Volviendo a lo dispuesto por la Ley 19/2007, ésta persigue unificar en su articulado una regulación efectiva contra los movimientos discriminatorios, racistas o xenófobos en el ámbito deportivo,²⁷ con la finalidad de limitar este tipo de conductas, las cuales, además de constituir prácticas discriminatorias, pueden suponer una eventual vulneración del orden público en los espectáculos deportivos.²⁸ Así, si bien la Ley busca ser una herramienta para prevenir todo tipo de manifestación violenta en el ámbito deportivo,²⁹ la lectura de sus preceptos constata que incide especialmente en la prevención de actitudes que puedan considerarse discriminatorias,³⁰

²⁶ El fútbol ha sido el deporte donde más claramente ha podido observarse la emisión de cánticos insultantes, discriminatorios o ensalzadores de la violencia por parte de determinados sectores de aficionados. Entre otros, ocupan un lugar destacado los siguientes mensajes: “Rubén Castro no fue tu culpa”, creado por aficionados del Betis para exculpar al jugador Rubén Castro de la investigación judicial abierta contra él por violencia de género; “Aitor Zabaleta era de la ETA”, donde se cita al aficionado de la Real Sociedad asesinado por el neonazi Ricardo Guerra, vinculado al grupo Bastión del Frente Atlético (https://www.eldiario.es/sociedad/Aitor-Zabaleta-asesinado-campo-rival_0_730727220.html, última consulta 3.07.2020); insultos racistas como “Negro, basura, tu piel no tiene cura”, o la más reciente práctica consistente en emitir sonidos propios de primates cuando jugadores de raza negra tienen incidencia en el juego (sobre este aspecto, cabe mencionar la reciente querrela interpuesta por la Fiscalía Provincial de Barcelona, por un delito de incitación al odio, como consecuencia de los insultos proferidos a Iñaki Williams, jugador del Athletic de Bilbao, por seguidores del Espanyol, en partido disputado el pasado 25 de enero en el RCDE Stadium); “Dónde están, no se ven, los amigos de Guillem”, cántico recurrente del grupo ultra Yomus del Valencia C.F., el cual hace referencia al asesinato de un militante de colectivos antifascistas valencianos a manos de Pedro Cuevas, vinculado a grupos neonazis. Por lo que respecta a posibles incidentes de alcance racista o xenófobos protagonizados por futbolistas en el propio terreno de juego, véase, RÍOS CORBACHO, «Incitación al odio, derecho penal y deporte», *RECPC*, (16-15), 2014; EL MISMO, «Los nuevos nazis del fútbol», *Diario Palabra de fútbol*, 19.04.2013, <http://palabradefutbol.com/los-nuevos-nazis-del-futbol/>, última consulta 6.07.2020.

²⁷ Como dispone el preámbulo, es objeto de la Ley 19/2007 “regular en un solo texto legal todas las medidas de lucha contra la violencia, el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia o cualquier otra manifestación inaceptable de discriminación de las personas, partiendo de la experiencia en la lucha contra la violencia en el deporte”.

²⁸ De acuerdo con los objetivos de la ley, puede hacerse referencia al art. 1 b): “Mantener la seguridad ciudadana y el orden público en los espectáculos deportivos con ocasión de la celebración de competiciones y espectáculos deportivos”.

²⁹ En relación con el estudio empírico sobre la efectividad de la Ley 19/2007 para conseguir los objetivos propuestos, véase, RODRÍGUEZ MONTSERRAT, «La eficacia normativa de la ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte», *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte* (3-2), 2015, pp. 45 ss. A partir de los datos extraídos de las memorias del Consejo Superior de Deportes, el mencionado autor considera (p. 49) la ineficacia de la Ley para la prevención de la violencia generada por los espectadores a los eventos deportivos.

³⁰ El art. 2.2 a) de la Ley 19/2007 establece como actos racistas, xenófobos o intolerantes en el deporte: «La realización de actos en que, públicamente o con intención de amplia difusión, y con ocasión del desarrollo de una prueba, competición o espectáculo deportivo, o próxima su celebración, una persona física o jurídica emita declaraciones o transmita informaciones en cuya virtud una persona o grupo de ellas sea

racistas y/o xenófobas.³¹ Dicho esto, cabe hacer referencia a la preeminencia que los movimientos neonazis han tenido entre grupos ultras de distintos equipos de fútbol españoles,³² siendo precisamente estos grupos los que más han hecho por fomentar la discriminación, el racismo y la xenofobia en los estadios, sea mediante cánticos como los citados anteriormente, o portando simbología filonazi que sirve como soporte ideológico a estas actitudes.

Así las cosas, resulta sorprendente que la primera ocasión en que se suspende un evento deportivo en España por insultar a uno de los jugadores presentes en el terreno de juego haya sido en una situación tan contradictoria como la expuesta en el caso *Zozulya*, donde simplemente se ha puesto de manifiesto la supuesta adscripción ideológica del jugador del Albacete con movimientos ultranacionalistas, fascistas o neonazis en su país natal. El hecho de catalogar como insultos susceptibles de suspender un evento deportivo los gritos que identifican como “nazi” a una persona que, sin entrar en precisiones, simpatiza con movimientos próximos a esta ideología, no puede considerarse más que como una realidad incómoda, sin obviar en este sentido el punto de agresividad verbal que supone añadirle el apelativo “puto”. No obstante, y pese a la amplitud de los términos con que está redactada la Ley 19/2007³³, difícilmente puede considerarse la existencia de una infracción en este caso por el mero hecho de utilizar el término “puto” acompañando las convicciones ideológicas de una persona, más si cabe teniendo en cuenta la laxitud con que han sido tratadas otras expresiones de mayor contenido aflictivo para las personas destinatarias. En este sentido, lo más peligroso de la decisión adoptada en el caso *Zozulya* no es la suspensión del partido o la sanción en sí,

amenazada, insultada o vejada por razón del origen racial, étnico, geográfico o social, así como por la religión, las convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual». Ahora bien, la redacción del precepto, como sostiene CUEVA FERNÁNDEZ no se refiere sólo a expresiones discriminatorias, sino que la referencia abstracta a *grupos*, no así a colectivos vulnerables, así como la apertura de la cláusula recogida en el mencionado precepto, permite identificar conductas que no tiene por qué contener expresamente un contenido de alcance discriminatorio. Cfr. RODRÍGUEZ MONTSERRAT, *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, (3-1), 2015, p. 19.

³¹ Así, considerando el objetivo recogido en el art. 1 e): “Eliminar el racismo, la discriminación racial, así como garantizar el principio de igualdad de trato en el deporte. A estos efectos se entiende por racismo y discriminación racial directa e indirecta, toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”. De igual modo, puede considerarse lo dispuesto por el art. 20, donde se desarrollan las funciones de la Comisión Estatal contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte, entre las cuales se observa una clara preeminencia por la erradicación del racismo, la xenofobia y la discriminación en el deporte.

³² Por ejemplo, el Frente Atlético en el Atlético de Madrid, Boixos Nois en el F.C. Barcelona, Ultra Sur en el Real Madrid o Yomus en el Valencia C.F.

³³ Así, el art. 2.2 en su apartado c), considera como actos racistas, xenófobos o intolerantes en el deporte: “Las declaraciones, gestos o insultos proferidos en los recintos deportivos con motivo de la celebración de actos deportivos, en sus alrededores o en los medios de transporte públicos en los que se puedan desplazar a los mismos, que supongan un trato manifiestamente vejatorio para cualquier persona por razón de su origen racial, étnico, geográfico o social, así como por la religión, las convicciones, la discapacidad, edad, sexo u orientación sexual así como los que inciten al odio entre personas y grupos o que atenten gravemente contra los derechos, libertades y valores proclamados en la Constitución”.

sino el mensaje que ésta envía al conjunto de la sociedad, en tanto que al aplicar normativa antidiscriminatoria en este supuesto parece equiparar en el plano discursivo una opción ideológica precisamente generadora de odio y discriminación como lo es el nazismo, con la finalidad proteccionista de la Ley 19/2007 en relación con la erradicación de la discriminación, el racismo y la xenofobia. En este punto, el punto de conflicto, la propia paradoja de la tolerancia a la que se hace referencia, estriba en la necesidad, por un lado, de defender el carácter tolerante de una sociedad abierta, al tiempo que, por otro, se impugnan en el plano narrativo aquellos discursos contrarios a los valores democráticos propios de una esfera pública donde el racismo y la xenofobia no pueden ser tolerados.

Esta misma dinámica puede apreciarse en los términos utilizados por la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) en su Circular 7/2019 (BOE nº 124, 24.05.2019), sobre pautas para interpretar los delitos de incitación al odio tipificados en el art. 510 CP. Si bien se entrará más adelante en el estudio de este precepto,³⁴ así como en su concreta relación con la protección de colectivos vulnerables,³⁵ no puede cerrarse este apartado sin hacer referencia a lo que dispone este documento en su apartado 2.4, relativo al “sujeto pasivo de los delitos de odio”.³⁶

“El origen del delito de odio está relacionado con la protección a los colectivos desfavorecidos, pero la vulnerabilidad del colectivo no es un elemento del tipo delictivo que requiera ser acreditado, sino que el legislador, haciendo ese juicio de valor previo, al incluirlo en el tipo penal, ha partido de esa vulnerabilidad intrínseca o situación de vulnerabilidad en el entorno social. Tampoco lo es el valor ético que pueda tener el sujeto pasivo. **Así una agresión a una persona de ideología nazi, o la incitación al odio hacia tal colectivo, puede ser incluida en este tipo de delitos**”.

Como puede verse en la parte resaltada de la Circular 7/2019, la FGE considera que, pese a la conexión del art. 510 CP con la protección de colectivos desfavorecidos, no es necesario acreditar la vulnerabilidad del grupo como elemento constitutivo del tipo.³⁷ Después de esta matización, continúa afirmando que tampoco se considerarán valoraciones de tipo ético, pasando a sostener, como desafortunado ejemplo, la posibilidad de proteger mediante el art. 510 CP a los grupos nazis cuando puedan ser sujetos pasivos de discursos de odio. Así, esta Circular muestra otra forma de tolerancia institucional hacia el discurso xenófobo, en tanto que la protección ofrecida a estos colectivos, además de desvirtuar la esencia del art. 510 CP, supone *blanquear* la ideología que da cabida a estos colectivos.³⁸

³⁴ Véase, *infra* 3.3.

³⁵ Véase, *infra* 3.3. c) y 4.1.

³⁶ Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP, p. 23, negrita añadida.

³⁷ Por la propia estructura de este trabajo, se reservará para el apartado 4.3 la presentación de una serie de supuestos paradigmáticos donde se muestra esta dinámica. Se ha adoptado esta opción metodológica, en tanto que se considera necesario realizar previamente una delimitación conceptual de la locución discurso del odio, así como una aproximación al marco legal ofrecido por el art. 510 CP.

³⁸ Un caso reciente muestra la aplicación real de lo dispuesto por la Circular en relación con los grupos de ideología nazi. El pasado 12 de octubre de 2020, una manifestación convocada por el partido de extrema derecha España 2000 en el barrio de Benimaclet (València), generó una respuesta vecinal articulada en la convocatoria de protesta “Benimaclet libre de odio. 12-O, nada que celebrar”. En los momentos previos a

El contenido de la Circular es una manifestación de neutralidad que muestra, sea de forma voluntaria o involuntaria, un posicionamiento ideológico claro, esto es, la consideración de grupos extremistas como un colectivo digno de protección, con la consiguiente legitimización de sus postulados.³⁹ Asimismo, cabe considerar el daño que este proceso de *blanqueamiento* institucional podría suponer a los colectivos susceptibles de ser atacados por los grupos de ideología nazi. Como sostiene SANDEL, en su caso, respecto a la cobertura ofrecida por la Primera Enmienda en relación con el discurso racista y/o xenófobo, la posibilidad de proteger a los nazis o a los racistas en nombre de la neutralidad institucional supone una desprotección respecto de las personas atacadas como miembros de las comunidades a las que pertenecen, pues de su estatus como miembros de éstas dependerá su propia autoestima.⁴⁰ Muy críticos, DELGADO y STEFANCIC consideran que la protección dispensada por la Primera Enmienda a expresiones que pueden ser constitutivas de discursos de odio, más que a una defensa de la libertad de expresión, obedecen a la funcionalidad desplegada por el *hate speech* como forma de perpetuar el *statu quo*,⁴¹ llegando a considerar que la funcionalidad desplegada por los discursos de odio contra colectivos afroamericanos despliega el mismo poder simbólico que la esclavitud. Obviamente, hablamos de situaciones distintas, pues la crítica de la doctrina norteamericana toma como punto de partida la cobertura dispensada por la Primera Enmienda al discurso de odio emitido por grupos nazis, mientras que la contenida en estas páginas parte de la inclusión explícita de estos colectivos como sujeto pasivo del art. 510 CP, con la consiguiente banalización que ello supone para los colectivos vulnerables protegidos.

3. El discurso del odio: entre un concepto elusivo y un tratamiento penal extensivo

3.1. Conceptualización a partir de estándares internacionales

No resulta precipitado afirmar que la utilización generalizada del concepto discurso de odio ha sido uno de los principales factores que ha motivado su desnaturalización. Como se ha dicho, el *uso y abuso*⁴² de la locución, así como la simplificación de limitar los márgenes de la libertad de expresión en los supuestos que los tribunales consideran incluidos en su difuso contorno,⁴³

esta concentración, tres personas fueron detenidas tras un altercado con los militantes de España 2000, constando en el atestado la acusación por delitos de odio contra los manifestantes, adscritos a la ideología extremista que reconoce la FGE en su Circular.

³⁹ Respecto de la neutralidad como posicionamiento ideológico en su más pura extensión, véase, ZIZEK, *Primero como tragedia, después como farsa*, 2013, p. 31.

⁴⁰ Véase, SANDEL, *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy*, 1996, p. 89.

⁴¹ Véase, DELGADO/STEFANCIC, *Must We Defend Nazis? Hate Speech, Pornography, and the New First Amendment*, 1997, p. 161.

⁴² Véase, ALCÁ CER GUIRAO, «Diversidad cultural, intolerancia y Derecho penal», *RECPC*, (18-11), 2016, p. 3.

⁴³ Sobre esta cuestión, resulta significativa la remisión al discurso de odio utilizada por los tribunales para justificar el castigo de conductas distintas a la recogida por el art. 510 CP, como sucede con el enaltecimiento del terrorismo previsto en el art. 578 CP. Esta dinámica puede apreciarse en la STS nº 4/2017, de 18 de enero, (MP: Manuel Marchena) donde se condena al cantante César Strawberry como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo por el contenido de unos tuits, encontrándose la decisión del TS determinada por la identificación de la conducta apologética con el discurso del odio, cuando en realidad se trata de cuestiones distintas. En relación con este caso, véase CORRECHER MIRA, «¿Fin de la broma? El caso Strawberry y el canon constitucional sobre libertad de expresión aplicado al enaltecimiento del terrorismo», *Diario La Ley*, (9600), 2020, pp. 5-8. Ampliamente, en relación con la distinción conceptual entre discurso de odio y discurso terrorista, véase CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ,

muestran los riesgos de delimitar el derecho a la libre expresión de ideas a partir de un concepto tan difícil de concretar en el ámbito normativo.

Partiendo de la descomposición de los dos términos que componen la expresión *discurso de odio*, VIVES identifica, por un lado, la propia noción de *discurso* como forma de intercambio de razones, definiéndolo como el lugar propio de la reflexión y la comunicación interpersonal,⁴⁴ a partir de los parámetros de la propia ética del discurso desarrollada por HABERMAS.⁴⁵ Por eso, entiende VIVES la posible incongruencia en que se incurre cuando se cataloga cualquier clase de *discurso extremo* como *discurso de odio*, pues la propia consideración como *extrema* de una forma comunicativa hace que la calificación de *discurso* termine resultando inadecuada.⁴⁶ Por su parte, ALCÁCER GUIRAO propone una definición que enfatiza la vulnerabilidad de los colectivos a los que va dirigido el *discurso del odio*, el cual conceptualiza como “todo mensaje público de rechazo o menosprecio dirigido contra grupos sociales caracterizados por su situación actual o potencial de marginación social, o por haber sido tradicionalmente objeto de discriminación”.⁴⁷ En este sentido, el concepto de *odio* viene determinado por la producción de efectos discriminatorios en los colectivos a los cuales va destinado el *discurso*, razón por la que LASCURAÍN SÁNCHEZ estima pertinente denominar los delitos producidos como consecuencia del discurso de odio, no como “delitos de odio”, sino con la expresión “delitos de discriminación”.⁴⁸ Si bien mantiene la denominación “delitos de odio”, LAURENZO COPELLO también sitúa los efectos discriminatorios como elemento nuclear del *discurso del odio*, en tanto que lo vincula con “actos de discriminación que encuentran su razón de ser en estereotipos y prejuicios fuertemente enraizados en la comunidad respecto a determinados grupos percibidos por la mayoría como indeseables o incluso peligrosos para la estabilidad y la cohesión social”⁴⁹. En gran medida, el carácter elusivo del *discurso del odio* encuentra su razón de ser en la propia indeterminación que representa la plasmación del *odio* como concepto normativo. Sobre esta cuestión, resulta de interés la excelente contribución de FUENTES OSORIO,⁵⁰ quien delimita en tres categorías las distintas manifestaciones delictivas en que puede concretarse el *odio*: odio como aversión agravante, odio como amenaza de daño futuro y odio como lesión.

Así las cosas, la difícil concreción normativa del concepto discurso de odio lleva a su delimitación siguiendo estándares internacionales⁵¹. En este punto, cabe hacer referencia en primera instancia a lo dispuesto por la Convención internacional sobre la eliminación de todas

¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código penal, 2019.

⁴⁴ Véase, VIVES ANTÓN, «Sobre la apología del terrorismo como discurso de odio», en REVENGA SÁNCHEZ (dir.) *Libertad de expresión y discursos del odio*, 2015, pp. 34-37.

⁴⁵ Véase, HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, 1981.

⁴⁶ Véase, VIVES ANTÓN, en REVENGA SÁNCHEZ (dir.) *Libertad de expresión y discursos del odio*, p. 45.

⁴⁷ Véase, ALCÁCER GUIRAO, *CPyP*, 2019, p. 20.

⁴⁸ Véase, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación?», en GARCÍA GARCÍA/DOCAL GIL, *Grupos de odio y violencias sociales*, 2012, pp. 23-25.

⁴⁹ Véase, LAURENZO COPELLO, «La manipulación de los delitos de odio», en PORTILLA CONTRERAS/VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Un juez para la democracia, LH Perfecto Andrés Ibáñez*, 2019, p. 461.

⁵⁰ Véase, FUENTES OSORIO, «El odio como delito», *RECPC*, (19-27), 2017; EL MISMO, «Concepto de odio y sus consecuencias penales», en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017.

⁵¹ Para un análisis exhaustivo de esta técnica véase, por todos, GASCÓN CUENCA, *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, 2016, pp. 23-75.

las formas de discriminación racial (en adelante, CEDR), de 21 de diciembre de 1965.⁵² Si bien no contiene una mención expresa respecto de la definición del discurso del odio, sí que resulta destacable hacer referencia a la previsión contenida en su art. 4, donde, además de condenar los mensajes que incidan en la discriminación racial, establece una serie de obligaciones positivas respecto de los Estados firmantes, dirigidas a incluir en sus ordenamientos jurídicos tipologías penales que, entre otras cuestiones, castiguen la difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial:⁵³

“Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación...”.

Lo dispuesto en el art. 4 de la CEDR establece la base para el desarrollo de la protección contra el discurso del odio en la normativa internacional, siendo precedente de textos específicamente centrados en esta cuestión elaborados por las instituciones europeas. Así, cabe hacer referencia a la profusa normativa elaborada desde el Consejo de Europa, destacando lo dispuesto en la Recomendación (97) 20 del Consejo de Europa sobre el discurso del odio de 30 de octubre de 1997, de la cual puede obtenerse una definición del concepto:

“todas las formas de expresión que difundan, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio racial y de intolerancia, incluida la intolerancia expresada a través de un nacionalismo agresivo y etnocéntrico, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante”.

En esta línea, también puede hacerse referencia a la más reciente Recomendación de Política General nº 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), adoptada el 8 de diciembre de 2015.⁵⁴ Este texto define el discurso del odio como:

⁵² Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx> (última consulta 21.07.2020). La obligación positiva recogida por el art. 4 CEDR tiene su reflejo en el art. 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966: “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> (última consulta 21.07.2020).

⁵³ Véase, GASCÓN CUENCA, *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español*, 2016, pp. 36 ss.

⁵⁴ Recomendación de Política General nº 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), adoptada el 8 de diciembre de 2015 (trad. Ministerio de Justicia, Asuntos Exteriores y Cooperación) y Memorandum Explicativo (trad. AIM Asociación de Intérpretes de Madrid), Estrasburgo, 21 de marzo de 2016, p. 17. Disponible en: <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904> (última consulta: 15.07.2020). De igual modo, puede considerarse lo dispuesto en los llamados “Principios de Camden sobre la libertad de expresión y la igualdad”, preparados por ARTICLE 19 (Global Campaign for Free Expression) en base a discusiones en las cuales participó un grupo de oficiales de alto nivel de la ONU y de otras organizaciones, así como expertos académicos y de la sociedad civil en derecho internacional de los derechos humanos sobre asuntos de libertad de expresión e igualdad, en

“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 respecto 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, identidad de género y orientación sexual”.

Siguiendo con la Recomendación de Política General nº 15 (ECRI), cabe resaltar la importancia de lo que se ha denominado *test de severidad*,⁵⁵ consistente en la realización de un análisis contextual previo a la consideración de una conducta como constitutiva de discurso del odio.

Finalmente, si bien no contiene una definición expresa en relación con el discurso del odio, resulta pertinente mencionar la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.⁵⁶ Esto es así, en tanto que el contenido de la DM sirve de

reuniones que se llevaron a cabo en Londres el 11 de diciembre de 2008 y el 23 al 24 de febrero de 2009. En su Principio 12, basado en el art. 20 (2) del PIDCP recoge que “Todos los Estados deberán aprobar legislación que prohíba cualquier promoción del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (expresiones de odio)”. Disponible en: <https://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/los-principios-de-camden-sobre-la-libertad-de-expresion-y-la-igualdad.pdf> (última consulta: 15.07.2020).

⁵⁵ Denominación utilizada por LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, p. 71. También por GÓMEZ MARTÍN, «Odio en la red. Una revisión crítica de la reciente jurisprudencia sobre Ciberterrorismo y Ciberodio», *RDPC*, 3ª época, (20), 2018, p. 445. Este *test de severidad* contenido en la Recomendación de Política General nº 15 (ECRI), p. 19, parte de lo dispuesto por el “Plan de Acción de Rabat”, sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, agrupa las conclusiones y recomendaciones de varios talleres de expertos de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, adoptado el 5 de octubre de 2012. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/SeminarRabat/Rabat_draft_outcome.pdf (última consulta: 15.07.2020). Como acertadamente apunta GÓMEZ MARTÍN, *RDPC*, 2018, p. 446, cit. 96, los parámetros del Plan de Rabat, a su vez trasladados a la Recomendación de Política General nº 15 (ECRI), tiene como antecedente histórico claro el conocido como “Clear and Present Danger Test”. Esta doctrina es concebida por el juez Oliver Wendell Homes en el caso *Schenk v. United States*, 249 U.S. 47, 52. Para el supuesto de una persona acusada de insubordinación por el reparto de panfletos que contenían mensajes contrarios al alistamiento obligatorio, la aplicación del “Clear and Present Danger Test”, supone reconocer que la limitación a la libre expresión de ideas debe realizarse a partir de un análisis contextual de las expresiones, de forma que pueda valorarse si existe un peligro claro y cierto de que se produzcan los daños. La doctrina del “Clear and Present Danger Test” es desarrollada en el celebre caso *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), motivo por el que también recibe la denominación de “Test de Brandenburg”. Sobre la doctrina del “Clear and Present Danger”, véase, por todos, ARIAS CASTAÑO, *Clear and Present Danger Test. La libertad de expresión en los límites de la democracia*, 2018; DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Desconciertos de Brandemburgo», *Juezas y Jueces para la Democracia. Boletín Libertad de Expresión*, 2018, pp. 15-17; TERUEL LOZANO, *REDC*, 2018, p. 35 (cit. 61); RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, 2012, pp. 159 ss.

⁵⁶Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133178> (última consulta: 15.07.2020). Para un análisis del contenido de la DM, véase por todos, RODRÍGUEZ YAGÜE, «La política criminal europea contra la discriminación racial: ¿Es la Decisión Marco 2008/913/JAI un verdadero avance?», en NIETO MARTÍN (dir.) *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, 2010;

referencia para la reforma de los artículos 510 CP y 607.2 CP practicada por el legislador penal en 2015.⁵⁷

Si bien las definiciones y parámetros establecidos por los estándares internacionales citados sirven como esbozo de una delimitación conceptual del discurso del odio, lo cierto es que su eminente carácter casuístico lleva a una continua discusión sobre sus límites. En este sentido, siguiendo en el ámbito internacional, se ofrecerá en el apartado siguiente una referencia al desarrollo jurisprudencial de su tratamiento en el *case law* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sobre esta cuestión, puede avanzarse la tensión existente entre la valoración del denominado *hate speech* dentro de los parámetros propios del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁸ (en adelante, CEDH), relativo a la libertad de expresión, y la aplicación de la cláusula de abuso de derecho del art. 17 CEDH, la cual supone considerar que el discurso del odio, por su propio contenido aflictivo, no puede ser estudiado a partir del prisma de la libertad de expresión, por no considerarse ejercicio de ésta.

3.2. Referencia al *case law* del TEDH sobre el *hate speech*: entre el modelo de intolerancia de la cláusula de abuso de derecho del art. 17 CEDH y el juicio de proporcionalidad del art. 10 CEDH

El estudio del significado de la expresión discurso del odio es desarrollada por el TEDH en el marco de la consideración del convenio como un *instrumento vivo* (“living instrument”),⁵⁹ en la medida en que permite un estudio de la aplicación de sus preceptos de acuerdo con las condiciones político-sociales contemporáneas al momento del análisis de la cuestión (“present-day conditions”).⁶⁰ En este sentido, resulta pertinente resaltar de qué manera, en la práctica interpretativa llevada a cabo por el *case law* del TEDH, la mencionada adaptación de las disposiciones del CEDH en el marco de su papel como *instrumento vivo* ha supuesto la creación de los denominados conceptos autónomos. Lo que permite esta técnica exegética es, además de afianzar la doctrina del “living instrument”, elaborar un marco metodológico en el que pueda

SANTANA VEGA, «Protección penal de la discriminación y la libertad de expresión: la difícil convergencia europea», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, 2012, pp. 126-137.

⁵⁷ Cuestión apuntada en el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (BOE nº 77, 31.03.2015) de reforma del Código penal, y por la FGE en la Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP (p. 2).

⁵⁸ Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf (última consulta: 21.07.20209).

⁵⁹ Doctrina desarrollada en la STEDH *Tyrer c. Reino Unido*, de 25 de abril de 1978, para. 31. Posteriormente, por todos: STEDH *Selmouni c. Francia*, de 28 de julio de 1999, para. 101, respecto de la vulneración del art. 3 CEDH, relativo a la prohibición de torturas; STEDH *Christine Goodwin c. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002, para. 85, relativo a la vulneración del art. 8 CEDH, sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar. Sobre la doctrina del *instrumento vivo* como criterio hermenéutico a seguir por el Tribunal de Estrasburgo, véase, entre otros, JACOBS/WHITE/OVEY, *The European Convention on Human Rights*, 2014, p. 65; ASHWORTH/EMMERSON, *Human Rights and Criminal Justice*, 2012, p. 88; HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2009, pp. 5-6.

⁶⁰ STEDH *Tyrer c. Reino Unido*, de 25 de abril de 1978, para. 31.

paliarse la falta de concreción por parte de los ordenamientos jurídicos estatales respecto de distintas nociones que deben ser estudiadas por el Tribunal de Estrasburgo.⁶¹

Así las cosas, este es el marco de referencia donde el TEDH desarrolla el significado del discurso del odio (“hate speech”). Sobre esta cuestión, puede avanzarse cómo el *case law* de Estrasburgo muestra la existencia de un doble juego entre el análisis del *hate speech* partiendo de los criterios interpretativos elaborados para delimitar el alcance de la libertad de expresión reconocida en el art. 10.1 CEDH⁶² y la doctrina del abuso de derecho recogida en el art. 17 CEDH,⁶³ la cual descarta la consideración del discurso del odio como ejercicio de la libertad de expresión. Esta segunda posibilidad muestra la configuración del Convenio como un modelo de *democracia militante*, pues se concibe el art. 17 como un instrumento para evitar que los derechos recogidos en las disposiciones del CEDH puedan ser utilizados para destruir el propio sistema democrático, en este caso supranacional, en el cual se insertan.⁶⁴

a. *El análisis de la incitación al odio a partir del art. 10 CEDH: el test de Estrasburgo*

Por lo que respecta a la delimitación del discurso del odio en relación con el art. 10.1 CEDH debe partirse de la importancia conferida a la libertad de expresión como uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática y una de las condiciones primordiales para su progreso.⁶⁵ A partir del reconocimiento de un marco compartido de pluralismo político, los *leading cases* del TEDH en materia de libertad de expresión consideran la necesidad, en relación

⁶¹ Sobre la doctrina de los conceptos autónomos, véase, CORRECHER MIRA, *Principio de legalidad penal: ley formal vs. law in action*, 2018, pp. 556-557; BURGORGUE-LARSEN, «La Corte Europea de los Derechos Humanos y el Derecho penal», *Anuario español de Derecho Internacional*, 2005, pp. 322-323.

⁶² Art. 10.1 CEDH: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa”.

⁶³ Art. 17 CEDH: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”.

⁶⁴ Véase, ALCÁCER GUIRAO, *RECPC*, 2012, p. 8; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, pp. 237-238. Ampliamente, sobre el art. 17 CEDH, véase por todos, LAZKANO BROTONS, «Prohibición del abuso de derecho», en LASAGABASTER HERRARTE, (dir.) *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 2015, pp. 825-842; GARCÍA ROCA, «Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia», en EL MISMO/SANTOLAYA, (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., 2009, pp. 797-829.

⁶⁵ Véase, por todas, STEDH *Handyside c. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976, para. 49. De forma amplia, el art. 10.1 CEDH reconoce un amplio abanico de posibilidades para el ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas, cuestión que ha llevado a BUSTOS GISBERT a utilizar la denominación “libertad en la comunicación pública”, término que no sólo incluiría dentro de la libertad de expresión su vertiente más clásica, ligada a la libertad de opinión y la libertad de transmitir o recibir información, sino que también tendría en cuenta la expresión comercial, la libre expresión profesional, la libre creación de medios de comunicación, la libre expresión artística o el secreto profesional de los periodistas. Cfr. BUSTOS GISBERT, «Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática», en GARCÍA ROCA/SANTOLAYA (COORDS.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., 2009, p. 595

con su posición fundamental en un Estado democrático, de proteger la libertad de expresión, no sólo en el ámbito de las informaciones o expresiones acogidas de forma favorable, sino también en relación con las que puedan inquietar u ofender al Estado o a un sector importante de la población,⁶⁶ sea por su propio contenido, o por el recurso a cierto carácter provocador en la forma de transmitir las opiniones.⁶⁷ Así, se parte de un modelo de tolerancia que pretende potenciar el pluralismo mencionado, así como el espíritu de apertura propio de una sociedad democrática.⁶⁸

Lo expuesto no significa que la libertad de expresión no esté sujeta a limitaciones en el marco del sistema de protección de derechos fundamentales propio del Convenio Europeo. En este sentido, lo dispuesto por el art. 10.2 CEDH⁶⁹ supone el establecimiento de una serie de directrices a partir de las cuales se realiza la *ponderación* entre el derecho a la libre expresión de ideas y los efectos nocivos que puedan derivarse de una manifestación de opiniones encuadrada en el llamado *hate speech*. Así, los criterios del art. 10.2 CEDH justifican, atendiendo a un juicio previo de proporcionalidad, las posibles limitaciones a la libertad de expresión, partiendo en todo caso de la consideración de estas medidas como “necesarias en una sociedad democrática”, como parámetro último que legitime la restricción de la libertad de expresión.⁷⁰

No obstante, cabe remarcar que lo dispuesto por el art. 10 CEDH implica, sobre todo, obligaciones negativas para los Estados y no, a priori, deberes positivos de defensa de la libertad de expresión. Sobre este particular, señala BUSTOS GISBERT cómo esta posibilidad supondría una carga desproporcionada o imposible para las autoridades nacionales, limitando este carácter positivo a supuestos donde se impide totalmente la libertad de expresión, o en los que se lesiona lo esencial del propio derecho, o cuando la gravedad del ataque sea de tanta entidad que requiera una efectiva protección por parte de las autoridades nacionales.⁷¹ En relación con el desarrollo de la doctrina de

⁶⁶ Véase, LAZKANO BROTONS, «Libertad de expresión», en LASAGABASTER HERRARTE, (dir.) *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 3ª ed., 2015, p. 513.

⁶⁷ Véase, STEDH *Alcalde de Seclin c. Francia*, 16 de julio de 2009, para. 33.

⁶⁸ Véase, entre otras resoluciones, STEDH *Fuentes Bobo c. España*, 29 de febrero de 2000, para. 43; STEDH *De Haes y Gijssels c. Bélgica*, 24 de febrero de 1997, para. 49; STEDH *Lehideux e Isorni c. Francia*, 23 de septiembre de 1998, para. 55; STEDH *Jersild c. Dinamarca*, 23 de septiembre de 1994, para. 31; STEDH *Castells c. España*, 23 de abril de 1992, para. 42; STEDH *Sunday Times c. Reino Unido*, 26 de abril de 1979, para. 65; STEDH *Handyside c. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976, para. 49.

⁶⁹ Art. 10.2 CEDH: “El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

⁷⁰ Sobre esta cuestión, véase, ALCÁCER GUIRAO, «Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH», *REDC*, (97), 2013, p. 316, con referencias al acervo jurisprudencial del TEDH, donde se identifica este criterio específico de la necesidad como una “necesidad social imperiosa” para restringir el derecho a la libre expresión (STEDH *Soulas y otros c. Francia*, 10 de julio de 2008, para. 32; STEDH *Süreç c. Turquía*, 8 de julio de 1999, para. 58).

⁷¹ Véase, BUSTOS GISBERT, en GARCÍA ROCA/SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los Derechos*, 2009, pp. 595-596. En este sentido, cita las SSTEDH *Appleby c. Reino Unido*, 6 de mayo de 2003 y *Ozgur Gundem c. Turquía*, 16 de marzo de 2003. En relación con el desarrollo de los deberes positivos del Estado en el *case law* del TEDH, véase el exhaustivo trabajo de TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Deberes positivos del Estado y

las obligaciones positivas por parte del TEDH, puede hacerse referencia a la reciente STEDH *Beizaras & Levickas c. Lituania*, 14 de enero de 2020, donde los demandantes, víctimas de un linchamiento homófobo en redes sociales después de publicar una fotografía besándose, consideran que la ausencia de una investigación por parte de las autoridades públicas en relación con estas conductas supone una vulneración de los artículos 8 y 14 del CEDH, relativos al respeto a la vida privada y la prohibición de discriminación, respectivamente. Sobre esta cuestión, la STEDH *Beizaras & Levickas c. Lituania* estima que, efectivamente, la renuncia por parte de los poderes públicos a investigar de forma efectiva lo sucedido supone un abandono de sus deberes positivos como Estado, la cual ha supuesto, además de la mencionada violación del art. 8 CEDH, una diferencia de trato discriminatoria por razón de la orientación sexual de los demandantes.⁷²

Para articular este proceso de *ponderación*, el *case law* del TEDH ha desarrollado el llamado *test de Estrasburgo*, esto es, un método de interpretación basado en tres criterios que, previamente verificados, permiten la injerencia en la libertad de expresión que supone su limitación en los supuestos de discursos del odio. Estas exigencias contenidas en el *test*, derivadas del art. 10.2 CEDH, son: a) la previsión legal de la medida limitadora; b) los fines legítimos de la injerencia; c) la medida restrictiva del derecho a la libre expresión debe ser necesaria para una sociedad democrática, siendo este el criterio donde se integraría de forma estricta el juicio de proporcionalidad.⁷³

Entrando en el análisis de los dos primeros parámetros del *test* de Estrasburgo, puede realizarse una precisión respecto del primer criterio, relativo a la necesaria previsión legal de la limitación al derecho a la libre expresión de ideas. En este punto, debe partirse de la concepción material o sustantiva sostenida por el TEDH, en relación con el concepto “ley”. La interpretación desarrollada respecto de los términos “law” y “droit” utilizados en la versión original inglesa y francesa del Convenio siguen una postura sustancial del concepto de ley, entendiendo ésta no únicamente como enunciado normativo formalmente reconocido por un texto legal de los Estados parte, sino también desde una concepción material que asume como ley el resultado de la interpretación jurisprudencial.⁷⁴ Así las cosas, esta interpretación del concepto “ley”, coherente con la doctrina de los conceptos autónomos mencionada, permite englobar dentro de las disposiciones del Convenio, incluyendo aquí lo dispuesto por el art. 10.2 CEDH, a los Estados pertenecientes al ámbito jurídico del *common law*.⁷⁵ Asimismo, la previsión legal que

Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *InDret*, (3), 2016. En relación con la doctrina de la “acción positiva” en la jurisprudencia constitucional, concretamente, en la STC 59/2008, de 14 de mayo, (MP: Pascual Sala Sánchez) véase CANCIO MELIA/DÍAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista?*, 2019, pp. 48-50.

⁷² STEDH *Beizaras & Levickas c. Lituania*, 14 de enero de 2020, para. 129.

⁷³ Lo que TERUEL LOZANO denomina “núcleo gordiano del enjuiciamiento”, poniendo así de manifiesto la preeminencia de este primer criterio. Cfr. TERUEL LOZANO, «El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo», *ReDCE*, (27), 2017, p. 12.

⁷⁴ Sobre esta cuestión, véase, CORRECHER MIRA, *Principio de legalidad penal*, 2018, pp. 557-562. Como *leading cases* en relación con esta concepción, véase, entre otras, STEDH *Sunday Times c. Reino Unido*, 26 de abril de 1979, para. 47; STEDH *Kafkaris c. Chipre*, 12 de febrero de 2009, para. 139.

⁷⁵ Véase, CORRECHER MIRA, *Principio de legalidad penal*, 2018, p. 558; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal», en EL MISMO/PÉREZ MANZANO, (dir.), *La tutela multinivel del principio de legalidad*, 2016, p. 141; LAZKANO BROTONS, en LASAGABASTER HERRARTE, (dir.) *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2015, p. 576; MANES, «Art. 7», en EL MISMO/ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, 2011, p. 274.

habilita para justificar la limitación a la libre expresión debe encontrarse formulada en términos accesibles y previsibles para la ciudadanía. Sobre estos criterios, el TEDH los considera como requisitos cualitativos, que deben poder apreciarse para garantizar que el concepto material de ley no suponga una vulneración de lo dispuesto en el art. 7 CEDH, relativo al principio de legalidad penal.⁷⁶ Por lo que respecta al segundo parámetro, los fines legítimos de la inferencia vienen recogidos taxativamente en el amplio catálogo del art. 10.2 CEDH, siendo éstas las únicas razones que permitirían una restricción del derecho a la libre expresión de ideas, cuestión que implica la imposibilidad de realizar una interpretación extensiva de su clausulado.⁷⁷

Pasando al estudio de la proporcionalidad de la medida en relación con su necesidad para una sociedad democrática, no puede afirmarse la existencia de un criterio uniforme por parte del Tribunal de Estrasburgo. Esta situación responde a la propia naturaleza del Convenio como “instrumento vivo”, razón que impone la necesidad de desarrollar una lógica casuística que responda a las distintas constelaciones de supuestos existentes, en lugar de desarrollar un parámetro generalizador, motivo por el que no puede identificarse una definición concreta de discurso del odio elaborada por el TEDH.⁷⁸ En este sentido, resulta de especial importancia analizar la expresión de opiniones en relación con el contexto en que éstas son comunicadas, así como el efecto dañino que puedan desplegar respecto de los bienes jurídicos protegidos. A partir de esta interpretación, si se considera que las expresiones son susceptibles de incitar al odio, violencia o discriminación respecto del colectivo al que se dirige dicho discurso, la intervención penal restrictiva de la libre expresión de ideas estaría legitimada.⁷⁹

El enfoque casuístico al que se ha hecho referencia permite identificar distintos grupos de casos donde puede apreciarse discurso de odio. Así, pueden mencionarse asuntos relacionados con la incitación al odio racial, al odio étnico y al odio nacional o con la difusión de mensajes homófobos, enjuiciados por el Tribunal a partir de un análisis de su *ponderación* en relación con

⁷⁶ En relación con el estudio de estos requisitos, véase, entre otras resoluciones, STEDH *Camilleri c. Malta*, 22 de enero de 2013, para. 38; STEDH *Kafkaris c. Chipre*, 12 de febrero de 2009, para. 141; STEDH *Pessino c. Francia*, 10 de octubre de 2006, para. 35; STEDH *Cantoni c. Francia*, 11 de noviembre de 2006, para. 31-32; STEDH *Sunday Times c. Reino Unido*, 22 de noviembre de 1995, para. 36. Por lo que respecta a su análisis, véase, CORRECHER MIRA, *Principio de legalidad penal*, 2018, pp. 563-574; LASCURAÍN SÁNCHEZ, en EL MISMO/PÉREZ MANZANO, (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad*, 2016, p. 144; HUERTA TOCILDO, «El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal», en GARCÍA ROCA, /SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los Derechos*, Madrid, 2009, p. 405; LANDA GOROSTIZA/GARRO CARRERA, «No hay pena sin ley», en LASAGABASTER HERRARTE, (dir.) *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2015, p. 275.

⁷⁷ Véase, LAZKANO BROTONS, en LASAGABASTER HERRARTE, (dir.) *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2015, p. 577.

⁷⁸ Véase, LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, pp. 32-33.

⁷⁹ Véase, LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, p. 32. Este análisis contextual es puesto de manifiesto en la notoria STEDH *Féret c. Bélgica*, 16 de julio de 2009 (para. 75 ss.). En este caso, el Tribunal de Estrasburgo considera que, pese la posición de preeminencia otorgada a la libertad de expresión en una sociedad democrática, esta no tiene un carácter absoluto, debiendo estar sometida a ciertas cautelas, especialmente sensibles en el contexto electoral, sin que la posición de parlamentario ocupada por Féret pudiera servir para eximir su comportamiento. En este sentido, considera que la representación política requiere de un mayor ejercicio de responsabilidad en relación con la protección del propio sistema democrático.

el art. 10 CEDH.⁸⁰ No obstante, como se verá en el siguiente apartado, no todos los supuestos siguen esta vía de enjuiciamiento, sino que, en determinados casos, especialmente relacionados con el negacionismo y el revisionismo histórico, se opta por aplicar la doctrina del abuso de derecho del art. 17 CEDH, lo que se ha denominado como *efecto guillotina*.

b. *El efecto guillotina del art. 17 CEDH: su aplicación en casos de negacionismo y revisionismo histórico*

Como se ha expuesto, la doctrina del abuso de derecho recogida en el art. 17 CEDH muestra de qué manera el sistema de protección de derechos emanado del Convenio Europeo se configura como un marco de *democracia militante*. En este sentido, la aplicación de esta cláusula permite al TEDH excluir determinados discursos de la *ponderación* realizada en base al art. 10 CEDH, pues permite afirmar que una expresión de opiniones que incite a la violencia o al odio puede ser excluida de la protección del Convenio,⁸¹ de forma que se realiza una *delimitación negativa* del derecho a la libre expresión de ideas.⁸²

De acuerdo con GARCÍA ROCA, la plasmación de la doctrina del abuso de derecho en el art. 17 CEDH supone la confluencia de la “tradición *iusprivatista* propia del S. XIX, ligada a la corrección de los excesos en el ejercicio de un derecho de propiedad que no tenía entonces función social ni apenas limitaciones; y, de otro, la defensa de la democracia (*wehrhafte Demokratie*) frente a los totalitarismos, huyendo de las traumáticas experiencias anteriores a la Segunda Guerra Mundial”.⁸³ Parece ser esta vertiente ligada a la protección activa del orden constitucional frente a los totalitarismos la que inspira este precepto del CEDH, del mismo modo que, paralelamente, han sido incorporadas cláusulas de naturaleza similar en normas internacionales y constitucionales. Así, el art. 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948,⁸⁴ el art. 18 de la Ley

⁸⁰ Véase, TERUEL LOZANO, *ReDCE*, 2017, pp. 11-12. Respecto de las categorías de odio mencionadas, destacan los casos siguientes: en relación con odio racial, la mencionada STEDH *Féret c. Bélgica*, 16 de julio de 2009; STEDH *Jersild c. Dinamarca*, 23 de septiembre de 1994; respecto del odio étnico, STEDH *Balsytė-Lideikienė c. Lituania*, 4 de noviembre de 2008; como odio nacional, si así puede entenderse el mensaje que incita a la destrucción del imperialismo norteamericano, STEDH *Leroy c. Francia*, 2 de octubre de 2008; relativa al odio homofóbico, STEDH *Vejdeland c. Suecia*, 9 de febrero de 2012.

⁸¹ Véase, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, 2012, p. 239.

⁸² Véase, ALCÁCER GUIRAO, *REDC*, 2013, p. 315.

⁸³ Véase, GARCÍA ROCA, en EL MISMO/SANTOLAYA, (coords.), *La Europa de los Derechos*, 2009, pp. 798-799.

⁸⁴ “Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”. Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf (última consulta: 20.07.2020).

Fundamental de Bonn de 1949⁸⁵ o el art. 5.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.⁸⁶

Esta *delimitación negativa* es la que lleva a considerar el denominado *efecto guillotina*⁸⁷ derivado de la aplicación del art. 17 CEDH. Como se ha visto en el apartado precedente, mientras que determinados discursos apologéticos del odio, la violencia o la discriminación pueden ser ponderados de acuerdo con el juicio de proporcionalidad relativo al art. 10 CEDH, el Tribunal de Estrasburgo se ha decantado por la aplicación de la doctrina del abuso de derecho en determinados supuestos de *hate speech*, especialmente en lo relativo a los discursos negacionistas o próximos al revisionismo histórico del Holocausto. Lo que parece indicar esta opción es la propia realidad político-cultural en que se aprueba el CEDH. Efectivamente, el hecho de ser un texto aprobado pocos años después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial permite entender la aplicación de cierto modelo de *intolerancia* respecto del ensalzamiento de los actos genocidas cometidos durante el Holocausto, del mismo modo que se pretende abortar cualquier rebrote ideológico vinculado o inspirado por el nazismo.

Así las cosas, en relación con la aplicación de la doctrina del abuso de derecho en los supuestos de negacionismo y revisionismo histórico, puede considerarse lo dispuesto por la STEDH *Lehideux e Isorni c. Francia*, 23 de septiembre de 1998. En este supuesto, los demandantes fueron condenados por apología de crímenes de guerra por su ensalzamiento público en el diario *Le Monde* del mariscal Pétain, a quien calificaron como “extremadamente hábil” en un anuncio publicitario, a la par que valoraban positivamente el régimen colaboracionista de Vichy. En este caso, el TEDH no considera aplicable el art. 17, pues no se hace referencia directa a un revisionismo propio del régimen nazi, sino de la contribución prestada a éste por el mandatario colaboracionista francés.⁸⁸ Ahora bien, lo que resulta interesante de esta resolución es la referencia expresa a la exclusión del negacionismo o el revisionismo histórico del marco de protección del art. 10 CEDH, haciendo mención expresa a la posible aplicación del art. 17 CEDH en este abanico de supuestos.⁸⁹ Esta postura es confirmada por la STEDH *Garaudy c. Francia*, 24 de junio de 2003, concerniente a las manifestaciones negacionistas del Holocausto y el genocidio judío por parte de un filósofo islamista. En este caso, el Tribunal de Estrasburgo inadmite la demanda, haciendo suyos los argumentos esgrimidos en *Lehideux e Isorni c. Francia*

⁸⁵ “Quien, para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia, abuse de la libertad de expresión de opinión, particularmente de la libertad de prensa (artículo 5, apartado 1), de la libertad de enseñanza (artículo 5, apartado 3), de reunión (artículo 8), de asociación (artículo 9), del secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (artículo 10), así como del derecho de propiedad (artículo 14) y del de asilo (artículo 16a) pierde estos derechos fundamentales. La privación y su alcance serán declarados por la Corte Constitucional Federal”. Disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf> (última consulta: 20.07.2020).

⁸⁶ “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él”. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> (última consulta: 20.07.2020).

⁸⁷ Véase, entre otros que utilizan este término, ALCÁCER GUIRAO, *REDC*, 2013, p. 321; TERUEL LOZANO, *ReDCE*, 2017, p. 9; EL MISMO, *InDret*, 2015, p. 13.

⁸⁸ Véase, LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, p. 29.

⁸⁹ STEDH *Lehideux e Isorni c. Francia*, 23 de septiembre de 1998, para. 47, 53.

en relación con la negación de hechos establecidos. Así, considera que el negacionismo del Holocausto debe ser removido de la protección del art. 10 por el art. 17. Idéntica adopción del art. 17 se produce en la STEDH *Witzsch c. Alemania*, 13 de diciembre de 2005, si bien en este caso no se produce de forma efectiva una negación del Holocausto, sino que lo que niega el demandante es la responsabilidad de Hitler y el Partido Nacional Socialista de los Trabajadores Alemanes en estos hechos.

Las resoluciones citadas muestran cómo el modelo seguido por el TEDH entiende que allí donde se emite un mensaje negacionista no hay tutela de la libertad de expresión, pues lo que puede apreciarse es un abuso de los derechos para acabar con el sistema democrático, de modo que no cabe test de proporcionalidad alguno.⁹⁰ En estos supuestos, los criterios seguidos por el Tribunal de Estrasburgo parecen llevar a una aplicación directa del llamado *efecto guillotina* del art. 17 CEDH en los supuestos de manifestaciones de tipo negacionista o revisionista del Holocausto, desatendiendo cualquier análisis contextual en relación con estas expresiones.⁹¹ Esta posición viene determinada por la asunción de una postura proteccionista respecto de los derechos y libertades contenidos en el Convenio, la cual lleva al art. 17 a erigirse en una suerte de dique de contención contra actos *liberticidas*,⁹² opción que desoye cualquier referencia al juicio de proporcionalidad, como sí ocurría con el *test de Estrasburgo* en relación con el art. 10.1 CEDH. En este sentido, puede apreciarse una posición de privilegio en relación con la protección contra el discurso negacionista o el revisionismo histórico relativos al Holocausto⁹³, en tanto que no se ofrece el mismo régimen a supuestos de revisionismo histórico referido a hechos de la Segunda Guerra Mundial distintos del Holocausto, como se ha visto en *Lehideux e Isorni c. Francia*, o en discursos negacionistas relativos a otros genocidios o crímenes de guerra.⁹⁴

Sobre esta cuestión, puede resultar criticable la concepción extensiva del art. 17 CEDH, pudiendo ser más acorde con el carácter de *ultima ratio*⁹⁵ de éste la aplicación, en todo caso, del juicio de proporcionalidad propio del *test de Estrasburgo*.⁹⁶ Si bien se ha hecho referencia al contexto de *democracia militante* que motiva la inclusión del art. 17, resultando coherente con

⁹⁰ Véase, BUSTOS GIBERT, «Libertad de expresión y discurso negacionista», en REVENGA SÁNCHEZ (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, 2015, p. 143.

⁹¹ Véase, LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, p. 30.

⁹² Véase, LAZKANO BROTONS, en LASAGABASTER HERRARTE, (dir.) *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2015, p. 828.

⁹³ Cabe, no obstante, hacer referencia a supuestos desvinculados del Holocausto donde el Tribunal de Estrasburgo ha aplicado la cláusula del art. 17 CEDH. Véase, DTEDH *Ivanov c. Rusia*, 20 de febrero de 2007, en relación con el discurso antisemita, y DTEDH *Norwood c. Reino Unido*, 16 de noviembre de 2004, caso donde el demandante difundió un cartel con una fotografía de las torres gemelas en llamas, junto con un rótulo que promovía la Islamofobia.

⁹⁴ Como ocurre en la STEDH *Perinçek c. Suiza*, 17 de diciembre de 2013, respecto del genocidio armenio, o la STEDH *Orban y otros c. Francia*, 15 de enero de 2009, relativa al relato en primera persona de las actividades de los servicios secretos franceses en Argelia durante el período 1955-1957, donde se califica de legítima e inevitable la práctica de la tortura, En los dos casos citados, no sólo no se aplico el art. 17 CEDH, sino que en ambos casos se consideró vulnerado el art. 10 CEDH.

⁹⁵ Véase, ALCÁ CER GUIRAO, *REDC*, 2013, p. 327.

⁹⁶ Véase, TERUEL LOZANO, *ReDCE*, 2017, p. 18.

el momento histórico en que el Convenio fue aprobado, no es menos cierto que la falta de unos criterios claros para asumir qué discursos quedan enmarcados en la doctrina del abuso de derecho, más allá de su vinculación al negacionismo y/o revisionismo histórico, y cuáles entran dentro del *test* propio del art. 10 CEDH, pueda terminar redundando en un sistema de responsabilidad estricta por el contenido comunicativo del mensaje, sin referencia alguna al contexto en que éste es realizado.

3.3. El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: el delito de incitación pública al odio, hostilidad, discriminación o violencia del art. 510 CP

a. Cuestiones preliminares: la aprobación por la LO 10/1995 y la reforma motivada por la STC 235/2007 y la Decisión Marco 2008/913/JAI

El discurso del odio se incorpora por primera vez al ordenamiento jurídico español en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal (BOE nº281, 24.11.1995), concretamente en el art. 510 CP, ubicado dentro del Título XXI “Delitos contra la Constitución”, Capítulo IV, Sección 1ª “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución”. En este sentido, su inclusión en el CP refleja la voluntad del legislador por desarrollar dentro del Código un cuerpo normativo antidiscriminatorio, siguiendo así los estándares internacionales relativos al *hate speech* mencionados previamente. Asimismo, cabe considerar que la regulación del discurso del odio no supone la única referencia a la normativa antidiscriminatoria desarrollada por la LO 10/1995.⁹⁷ Así, puede hacerse referencia a la tipificación en el art. 22.4 CP de la circunstancia agravante por motivos discriminatorios,⁹⁸ o la incriminación de conductas de denegación discriminatoria de prestaciones en el servicio público o en el ejercicio de actividades profesionales (art. 511 y 512 CP),⁹⁹ además de otras figuras penales.¹⁰⁰

Lo dispuesto por el art. 510.1 CP, en su redacción de la LO 10/1995,¹⁰¹ viene determinado por la obligación positiva recogida en el art. 4 CEDR, destinada a imponer la tipificación penal de

⁹⁷ En relación con el análisis y valoración de la normativa antidiscriminatoria introducida por el legislador penal de 1995, véase, por todos, BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación en el derecho penal*, 1998; BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, 1999; LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al delito de provocación del artículo 510 del Código penal*, 1999; EL MISMO, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal* (A la vez una propuesta interpretativa de la normativa antidiscriminatoria del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente Jurisprudencia), 2001; LAURENZO COPELLO, «La discriminación en el Código penal de 1995», *EPC*, (19), 1996.

⁹⁸ Sobre esta cuestión, véase por todos, DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22. 4ª CP*, 2013.

⁹⁹ Para un análisis de estos preceptos, por todos, RODRÍGUEZ YAGÜE, *La tutela penal del derecho a no ser discriminado: (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código penal)*, 2007.

¹⁰⁰ Véase, LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, p. 22.

¹⁰¹ Art. 510.1 CP: “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”.

aquellas conductas susceptibles de promover el odio o la discriminación racial.¹⁰² Sin entrar aquí en un análisis del modificado art. 510,¹⁰³ puede simplemente ponerse de manifiesto la existencia de una serie de debates alrededor del tratamiento penal dado por este precepto al discurso del odio. En este sentido, cabe hacer referencia a la problemática que representaba su análisis típico, considerando aquí distintas cuestiones asociadas a las dudas que planteaban aspectos relativos a la interpretación del precepto, a saber: la ausencia expresa de una referencia al carácter público de la provocación recogida en el art. 510 CP, la cual fue inferida, *mutatis mutandi*, de los propios requisitos típicos de la provocación del art. 18.1 CP;¹⁰⁴ el uso de términos valorativos con un marcado carácter vago, como por ejemplo la referencia al odio, dada la dificultad de concretar de forma cierta su significado, con la consecuente falta de taxatividad que ello representa;¹⁰⁵ o las dudas surgidas respecto del uso del término “provocación” como verbo típico, atendiendo a los problemas que su delimitación plantea en relación con el acto preparatorio punible previsto en el art. 18.1 CP.¹⁰⁶

Estas críticas son recogidas por el Grupo de Estudios de Política Criminal,¹⁰⁷ considerando, por un lado, la falta de seguridad jurídica que implica la configuración de las figuras de provocación al odio y a la discriminación, atendiendo al carácter difuso que se deriva de estas expresiones. Por otro, en lo relativo a la interpretación de la “provocación” del art. 510 CP, y su posible

Art. 510.2 CP: “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”.

¹⁰² Véase, *supra* 3.1.

¹⁰³ Sobre esta cuestión, resulta fundamental la obra de LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia*, 1999, pp. 215 ss.; EL MISMO, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, 2001, pp. 117 ss. Para un análisis del art. 510 CP en la redacción dada por la LO 10/1995, puede considerarse, entre otros: BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental*, 1999; CANCIO MELIÁ, «Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizados por la Constitución», *Comentarios al Código penal*, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), 1997; CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, «Artículo 510», en EL MISMO (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. II, 1996; GÓMEZ MARTÍN, «Discurso del odio y principio del hecho», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, 2012; EL MISMO, «¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad? A propósito de los delitos de odio y la discriminación en el Código penal español», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Constitución y sistema penal*, 2012; LAURENZO COPELLO, EPC, 1996, pp. 249-265; TAMARIT SUMALLA, «Artículo 510», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 1996.

¹⁰⁴ Véase, TERUEL LOZANO, *InDret*, 2015, p. 25.

¹⁰⁵ En relación con la utilización de cláusulas generales, así como la discusión que supone en la práctica legislativa, véase, CORRECHER MIRA, *Principio de legalidad penal*, 2018, p. 477. Sobre el concepto de «cláusula general», véase por todos, NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1973.

¹⁰⁶ Véase, LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia*, 1999, pp. 223 ss.

¹⁰⁷ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación*, p. 34. Disponible en: <http://www.politicacriminal.es/images/pdf/Alternativas%20al%20tratamiento%20jur%C3%ADdico%20de%20la%20discriminaci%C3%B3n%20y%20de%20la%20extranjer%C3%ADa.pdf> (última consulta: 22.07.2020).

concordancia con el art. 18.1 CP, se planteaba la posible vulneración del principio de proporcionalidad, que supondría aplicar la pena del art. 510 CP cuando lo dispuesto para los actos preparatorios punibles es la reducción de la pena en uno o dos grados, de modo que podría ser más alta la pena imponible por la realización del art. 510 CP, delito de peligro abstracto,¹⁰⁸ que, por la provocación para la comisión de un delito de resultado, por ejemplo, el delito de lesiones del art. 147.1 CP.¹⁰⁹

La LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal, realiza una modificación estructural respecto de la regulación del discurso de odio contenida en el art. 510 CP.¹¹⁰ Sobre la necesidad de esta reforma, el preámbulo de la LO 1/2015 aduce una doble razón,¹¹¹ amparándose, en primer lugar, en la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007,¹¹² (MP: Eugeni

¹⁰⁸ Véase, entre otros, GASCÓN CUENCA, *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español*, 2016, p. 111; LANDA GOROSTIZA, «Racismo, xenofobia y Estado democrático», *Eguzkilore*, (18), 2004, p. 70; LAURENZO COPELLO, *EPC*, 1996, p. 250. En esa orientación, STS n.º 72/2018, de 9 de febrero (MP: Andrés Martínez Arrieta) (FJ único), así como la Circular 7/2019, p. 20.

¹⁰⁹ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación*, p. 34. En relación con este debate, si bien se trata de una cuestión propia del análisis típico del art. 510 CP, puede avanzarse la pertinencia de la opción presentada por GÓMEZ MARTÍN, al considerar el delito de provocación a la discriminación como *delictum sui generis*, dotado de un contenido de injusto propio, afirmando así su sustantividad. Cfr. Véase, GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Protección penal de la libertad de expresión e información*, 2012, pp. 115 ss., donde, además, el mencionado autor considera la adecuación de sustituir el verbo típico “provocar” por “incitar”.

¹¹⁰ Para un análisis de las conductas castigadas en el art. 510 CP en la redacción dada por la LO 1/2015, véase: ALASTUEY DOBÓN, «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código penal de 2015», *RECPC*, (18-14), 2016; CUERDA ARNAU, «Delitos contra la Constitución», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., 2019; GÓMEZ MARTÍN, *Delitos de discriminación y discurso de odio punible: nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, Juruá, Porto, 2019, EL MISMO, «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017; LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018; LAURENZO COPELLO, en PORTILLA CONTRERAS/VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Un juez para la democracia 2019*; PORTILLA CONTRERAS, «El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas», en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017; EL MISMO, «La represión penal del discurso del odio», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho penal. Parte Especial. Delitos contra la Constitución*, Tomo IV, 2016, pp. 379-412; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, «Hacia una interpretación restrictiva de la nueva regulación penal de la incitación al odio», en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017; EL MISMO, «El ámbito de aplicación del actual art. 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015», *RDPC*, (12), 2014; ROIG TORRES, «Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma penal del Código penal de 2015*, 2015; TAMARIT SUMALLA, «Artículo 510», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal Español*, 2016; TERUEL LOZANO, *InDret*, (4), 2015; VALLS PRIETO, «Delitos contra la Constitución», en MORILLAS CUEVAS (dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, 2016.

¹¹¹ Apartado XXVI: “Se modifica la regulación de las conductas de incitación al odio y a la violencia por un doble motivo: de una parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre, impone una interpretación del delito de negación del genocidio que limite su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías; y de otra, se trata de conductas que deben ser objeto de una nueva regulación ajustada a la Decisión Marco 2008/913/JAI, que debe ser traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico”.

¹¹² Para un análisis doctrinal del contenido de la sentencia, véase, entre otros: CATALA I BAS/PÉREZ I SEGUI, «La negación del Holocausto. A propósito de la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007», *REDF*, (10)

Gay Montalvo) relativa a la inconstitucionalidad del derogado art. 607.2 CP,¹¹³ concerniente a la negación del genocidio.

Sobre esta cuestión, asumir el contenido de la STC 235/2007 supone, entre otras cosas, derogar el art. 607.2 CP. En esta resolución, el TC declara la inconstitucionalidad de la negación del genocidio prevista en el art. 607.2 CP, aduciendo que “la mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteorización de un juicio positivo, resulta en principio inane (...) ni tan siquiera tendencialmente puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad (...) la constitucionalidad, *a priori*, del precepto se estaría sustentando en la exigencia de otro elemento adicional no expreso del delito del art. 607.2 CP; a saber, que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado” (FJ 8º).

En segundo lugar, defiende la LO 1/2015 la necesidad de ajustar el contenido del art. 510 CP a lo dispuesto por la Decisión Marco 2008/913/JAI.¹¹⁴ En este sentido, recuérdese la mención realizada sobre la influencia del art. 1.1 DM en la LO 1/2015,¹¹⁵ donde se establecen deberes positivos a los Estados firmantes, en relación con la obligación de castigar una serie de conductas.¹¹⁶ De este modo, la nueva redacción del art. 510 CP ha adoptado una estructura

2007; IÑIGO CORROZA, «Caso Librería Europa», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2011; LANDA GOROSTIZA, «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de *lege lata* (A la vez un comentario a la STS 259/2011 -librería Kalki- y a la STC 235/2007», *RDPC*, (7), 2012; LASCURAIN SÁNCHEZ, «La libertad de expresión tenía un precio (Sobre la STC 235/2007, de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio)», *Rev. Aranzadi doctrin*, (6), 2010; RAMOS VÁZQUEZ, «La declaración de inconstitucionalidad del delito de negacionismo (art. 607.2 del Código penal)», *RP*, (23), 2009; ROLLNERT LIERN, «Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional: los límites de la libertad de expresión (a propósito de la STC 235/2007)», *RDPolítico*, (73), 2008.

¹¹³ Art. 607.2 CP: “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”.

¹¹⁴ Véase, RODRÍGUEZ YAGÜE, en NIETO MARTÍN (dir.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, 2010; SANTANA VEGA, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Protección penal de la libertad de expresión e información*, 2012.

¹¹⁵ Véase, *supra* 3.1.

¹¹⁶ Art. 1.1 DM: a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico; b) la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales; c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo; d) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación

claramente deudora de lo establecido en el art. 1.1 DM, si bien puede criticarse que la nueva configuración del art. 510 CP va mucho más allá de lo dispuesto por la DM, con la consecuente ampliación del tenor típico del precepto.¹¹⁷

En este sentido, PORTILLA CONTRERAS expone de forma certera la extralimitación del legislador penal en la interpretación de las provisiones contenidas en la DM,¹¹⁸ cuando, por ejemplo, incluye dentro del tipo penal la *incitación indirecta*, cuestión no mencionada en la normativa comunitaria, expresión que abre la puerta a una aplicación extensiva respecto de supuestos de participación intentada, actos preparatorios de actos preparatorios,¹¹⁹ etc. Lo mismo podría decirse de la referencia a la creación de un “clima de hostilidad”, no exigido por la Decisión Marco, pues sólo recoge la incitación respecto del odio y la violencia.¹²⁰ De igual modo, la LO 1/2015 prevé una nueva modalidad de discurso del odio, a la que no se realiza mención alguna en la DM, prevista en el art. 510.2 b), relativo al enaltecimiento o justificación de delitos discriminatorio.

Así las cosas, se pasará en el apartado siguiente a realizar un análisis de la configuración dada por la LO 1/2015 al art. 510 CP,¹²¹ considerando en este punto la disfuncionalidad del precepto en relación con el derecho a la libre expresión de ideas, principal perjudicado de la inconsistente reforma emprendida por el legislador en relación con el discurso del odio. En este sentido, se expondrá en el apartado siguiente lo dispuesto en el art. 510.1 CP, en relación con las tres modalidades en las que puede apreciarse el discurso del odio, considerando asimismo los dos tipos cualificados presentes en los apartados 3 y 4 del art. 510 CP, pues se ha

con la raza, el color, la religión la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo.

¹¹⁷ Riesgo avanzado acertadamente por ALASTUEY DOBÓN, «La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones y críticas», *Diario La Ley*, (8245), 2014, p. 10. También críticos con los derroteros de una ulterior reforma sobre el art. 510, GARROCHO SALCEDO/PORTILLA CONTRERAS, «Delitos de incitación al odio, hostilidad, la discriminación o la violencia», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal*, 2012. Ya con la reforma realizada, VALLS PRIETO crítica la tendencia a implementar el Derecho europeo en material penal como “un paquete completo que se mete con calzador en el Código penal, cuando realmente, lo que se trata es de un mínimo normativo e interpretativo donde el legislador tiene bastante margen de maniobra”. Cfr., en MORILLAS CUEVAS (dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado*, 2016, p. 867.

¹¹⁸ Véase, PORTILLA CONTRERAS, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres, passim*; EL MISMO, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho penal. Parte Especial. Delitos contra la Constitución*, Tomo IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, *passim*. En sentido similar, CUERDA ARNAU, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., 2019, p. 753.

¹¹⁹ En relación con el desborde de tipos penales que constituyen figuras penales de preparación delictiva, con la consecuente incoherencia de la impunidad genérica de los actos preparatorios, véase el exhaustivo trabajo de ALONSO RIMO, «¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación», *InDret*, (4), 2017.

¹²⁰ Véase, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, *RDPC*, 2017, p. 156.

¹²¹ Por razones metodológicas, no se realizará en este punto un análisis exegético de todas las conductas castigadas en el nuevo art. 510 CP. Esto no obsta para que se realicen en este punto determinadas consideraciones sobre la redacción típica del art. 510.1 CP, si bien se remite para un estudio pormenorizado a las referencias recogidas en la nota 110, todas ellas relativas a la nueva regulación del art. 510 CP con posterioridad a la reforma emprendida por la LO 1/2015.

considerado que son una buena muestra del clima de *sobrecriminalización* de los *delitos de opinión* imperante en las recientes reformas penales.

b. *La nueva regulación del discurso del odio ex art. 510 CP: problemas de técnica legislativa y anticipación delictiva*

El tipo básico del apartado 1 del art. 510 CP recoge tres modalidades delictivas distintas, compartiendo entre sí la imposición de penas de prisión de uno a cuatro años o multa de seis a doce meses. La primera de las conductas, prevista en la letra a),¹²² castiga la incitación¹²³ directa, o indirecta, al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra el sujeto pasivo común del delito. Esta primera figura típica de incitación constituye el referente de todo el art. 510 CP, en tanto que de la lectura del resto de conductas puede inferirse la relación con este primer comportamiento como conducta básica.¹²⁴

En relación con las modificaciones operadas por la LO 1/2015, puede destacarse la sustitución del verbo típico “provocación” por “incitación”. Sobre esta cuestión, si bien puede considerarse que este cambio en el tenor literal resulta beneficioso para evitar la confusión conceptual entre el art. 510 CP y la provocación como acto preparatorio punible del art. 18.1 CP,¹²⁵ lo cierto es que la nueva interpretación también plantea dudas sustanciales en relación con el principio de legalidad penal. Así, hacer referencia a conductas de incitación directa e indirecta parece situar el comportamiento en un estado predelictual difícilmente armonizable con cuestiones básicas relacionadas con el *iter criminis*, como son la extensión de la conducta típica a hechos previos a la propia incitación, o, cuando se hace referencia a la incitación indirecta, fácilmente pueden incriminarse comportamientos cercanos a la participación en el delito intentado.¹²⁶ Siguiendo este hilo argumental, la utilización del verbo típico “provocar”, pese a la problemática respecto de su delimitación en relación con el art. 18.1 CP,¹²⁷ restringía de forma más clara el espectro de comportamientos sancionables, quedando el ámbito de lo punible mucho más abierto con la

¹²² Art. 510.1 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”.

¹²³ En todo caso, esta incitación debe ser realizada con publicidad, cuestión que no se encontraba prevista de forma específica en la figura introducida por la LO 10/1995.

¹²⁴ Véase, LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, p. 72, refiriéndose a esta primera figura como modalidad grave.

¹²⁵ De este parecer, véase, entre otros, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 161; ROIG TORRES, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma penal del Código penal*, 2015, p. 1253.

¹²⁶ Véase, PORTILLA CONTRERAS, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 94.

¹²⁷ De alguna manera, este cambio en la nomenclatura sirve para, como apuntaba GÓMEZ MARTÍN, dotar al art. 510 CP de sustantividad propia respecto de la provocación prevista en el art. 18.1 CP, de manera que puede afirmarse el carácter *sui generis* de esta incitación. Cfr. GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, (dir.), *Protección penal de la libertad de expresión e información*, 2012, pp. 115 ss. En la misma orientación, LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, p. 67.

nueva redacción típica,¹²⁸ siendo la muestra más palpable de su carácter extensivo la referencia a la incitación indirecta. De este modo, si bien se gana en coherencia sistemática por el deslinde entre la conducta del art. 510 CP respecto de los actos preparatorios punibles, el nuevo verbo típico favorece la realización de interpretaciones extensivas.

Asimismo, la vaguedad de la nueva redacción típica se pone de manifiesto al incluir la “hostilidad”,¹²⁹ junto con las ya consabidas referencias a la “discriminación”, “odio” y “violencia”, como uno de los estados o climas que pueden ser creados por la incitación mediante la expresión de opiniones.

En este sentido, conviene destacar lo dicho por TERUEL LOZANO, quien considera que los actos de “violencia” o “discriminación” pueden interpretarse restrictivamente como actos delictivos, sin que pueda decirse lo mismo de la referencia al “odio” o, con la reforma, la “hostilidad”, pues tienen un alcance difuso que no necesariamente coincidirá con la realización de actos delictivos, pudiendo en consecuencia censurarse el hecho de castigar penalmente “por incitar a actos cuya realización no es en sí misma delictiva”.¹³⁰ Así las cosas, si a la inclusión de la incitación indirecta como parte del tenor típico, se le une la posibilidad de responder penalmente por la “hostilidad” u “odio” que pudiera generar la expresión de opiniones, puede compartirse la reflexión de PORTILLA CONTRERAS, cuando afirma que “se castigan participaciones intentadas, actos preparatorios de actos preparatorios a la discriminación, odio, hostilidad o violencia y actos preparatorios de la discriminación, odio, hostilidad y violencia. En definitiva, se convierte en un delito autónomo lo que no son más que actos preparatorios de delitos, actos preparatorios de sentimientos y otros actos de complicidad en delitos y sentimientos sin inicio de la tentativa que no llegan a la categoría de actos preparatorios”.¹³¹

La segunda modalidad prevista en el art. 510.1 b),¹³² supone una extensión del castigo a una amplia gama de comportamientos, donde se reafirma la punición de lo que ni siquiera podría entenderse como actos preparatorios de actos preparatorios. De acuerdo con el *test* de constitucionalidad aportado por la STC 235/2007, hablaríamos de conductas situadas en una fase anterior a la que la decisión sobre la inconstitucionalidad del art. 607.2 CP estableció para

¹²⁸ Véase, ALASTUEY DOBÓN, *RECPC*, 2016, p. 16; CUERDA ARNAU, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., 2019, p. 754.

¹²⁹ En este sentido, puede que una de las motivaciones para la inclusión de la “hostilidad” fuese lo dispuesto por el art. 20.2 PIDCP (véase *supra* n. 52). Sobre este particular, ROIG TORRES, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma penal del Código penal*, 2015, p. 1262.

¹³⁰ Véase, TERUEL LOZANO, *InDret*, 2015, p. 32. En sentido similar, ALASTUEY DOBÓN, *RECPC*, 2016, p. 26.

¹³¹ Véase, PORTILLA CONTRERAS, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 93. Las cursivas son añadidas.

¹³² Art. 510.1 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”.

que el castigo del discurso del odio fuera asumible¹³³. En este sentido, la confusión generada por la literalidad del precepto permitiría la realización de este tipo de interpretaciones extensivas que fundamentaría una suerte de *incriminación en cadena*.

Nótese que la letra b) considera punibles un amplísimo abanico de verbos típicos (“producir”, “elaborar”, “poseer con finalidad de distribuir”, “facilitar a otras personas el acceso”, “distribuir”, “difundir”, “vender”), destinados a la puesta en conocimiento público de cualquier tipo de material que por su contenido pueda resultar idóneo para realizar la conducta de incitación directa o indirecta al odio, hostilidad, discriminación o violencia, prevista en la letra a). En este sentido, cabe destacar que la enumeración de verbos típicos del art. 510.1.b) excede lo dispuesto por el art. 1.1 b) de la DM 2008, pues ésta sólo hace referencia a la “difusión o reparto de escritos”, sin que se haga referencia alguna a la incriminación de las personas que “producen” o “elaboran” esos materiales, como ocurre en la letra b).¹³⁴ Esta extensión de las conductas punibles supone una ampliación de la responsabilidad criminal, en tanto que la inclusión de dichos comportamientos abriría la puerta a que se produzca la incriminación en cadena a la que se ha hecho referencia. Asimismo, la redacción típica del precepto puede ser catalogada de todo menos clara, motivo que dificulta la realización de una interpretación restrictiva para delimitar su alcance. En este sentido, destaca el esfuerzo de LANDA GOROSTIZA, apreciando la posibilidad de aplicar este precepto sólo cuando se pruebe la existencia de una “cadena de difusión del odio incitador”, siendo aquí necesario que el contenido tendencial de lo que denomina como “productos de odio” sea de tal intensidad que constate con claridad que “la hostilidad, el odio, la violencia o la discriminación se desplegarán como medios eficaces para promover, fomentar o incitar su repetición”.¹³⁵ Pese a la validez de esta interpretación, la indeterminación del precepto parece ser un campo abonado para limitar el derecho a la libre expresión de ideas, como sostiene PORTILLA CONTRERAS al afirmar que “es un emblema de la censura, no sólo criticable por la inseguridad de sus fundamentos, su imprecisa delimitación y la utilización de demasiados conceptos indeterminados que sancionan participaciones no delictivas sino por representar uno de los mayores ataques a la libertad de expresión que se conocen”.¹³⁶

Finalmente, cabe resaltar que la conducta prevista en este apartado representa un estadio de mayor adelantamiento respecto de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, en relación con la modalidad de incitación grave prevista en la letra a). En este sentido, lo que resulta del todo incomprensible es que, atendiendo al menor contenido aflictivo de este comportamiento, se imponga la misma pena que la prevista en el supuesto anterior.¹³⁷ Así las cosas, se castigará con la misma pena a quien realiza de forma directa, o indirecta, la incitación contenida en el art. 510.1.a), y a las personas que expresen, letra b), de forma efectiva e idónea opiniones incitadoras que pudieran ser castigadas por ese mismo apartado, siendo aquí palpable la incoherencia sistemática que supone castigar con idéntica pena a quien simplemente transmite el mensaje de quien emite el discurso del odio.

¹³³ Véase, ROIG TORRES, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma penal del Código penal*, 2015, p. 1265.

¹³⁴ Véase, ALASTUEY DOBÓN, *RECPC*, 2016, p. 23.

¹³⁵ Véase, LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, pp. 73-76.

¹³⁶ Véase, PORTILLA CONTRERAS, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 99.

¹³⁷ Véase, por todos, LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, p. 73; PORTILLA CONTRERAS, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, pp. 97-98; ROIG TORRES, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma penal del Código penal*, 2015, p. 1257; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 163.

En relación con la modalidad prevista por el art. 510.1.c),¹³⁸ se ha hecho referencia previamente a la influencia que sobre su inclusión en este precepto tiene el contenido de la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007,¹³⁹ así como lo dispuesto por el art. 1.1 c) y d) de la DM 2008/913/JAI.¹⁴⁰ En este sentido, la figura típica prevista en este apartado viene a recoger lo que disponía el derogado art. 607.2 CP, incluyendo la doctrina constitucional de la STC 235/2007, así como las disposiciones de la DM, de forma que se integra dentro del art. 510 CP una modalidad de discurso del odio, lo que podría denominarse como *delito de negacionismo*,¹⁴¹ que no se encontraba sistemáticamente ubicado en este precepto en la redacción dada por la LO 10/1995.

Entrando en la redacción típica del art. 510.1 c), se castigan las conductas consistentes en “negar”, “trivializar gravemente” y “enaltecer” los delitos recogidos en los Capítulos II, II bis y III del Título XXIV (“Delitos contra la Comunidad Internacional”), pudiendo aquí recogerse los delitos de genocidio (art. 607 CP), de lesa humanidad (art. 607 bis CP) o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (arts. 608 a 614 bis). La conducta de enaltecimiento también se refiere, en segunda instancia, a los autores del delito, entendidos aquí en un sentido amplio como intervinientes en la realización del hecho típico, pudiendo así incluirse a los partícipes.¹⁴² De los verbos típicos, cabe destacar la referencia al “enaltecimiento”, cuando el mandato de la DM hace referencia a la apología de los comportamientos reseñados. De este modo, si bien esta expresión tiene sentido si se hace referencia a la exaltación de los autores de los delitos, no puede decirse lo mismo en relación con los propios hechos en sí, pudiendo ser más acertado mantener la referencia a la apología o, para evitar problemas interpretativos en relación con el inciso 2º del art. 18.1 CP,¹⁴³ utilizar el término justificación.¹⁴⁴

Asimismo, resulta de especial importancia hacer referencia al último inciso del art. 510.1.c) CP. A diferencia de la letra a), donde consta expresamente la incitación directa o indirecta al odio, hostilidad, discriminación o violencia, la presente modalidad únicamente hace referencia a lo que podría considerarse como un estadio previo en el *iter* de la incitación como se puede inferir del tenor literal del tipo, pues habla de “cuando de ese modo se promueva o favorezca un *clima* de violencia, hostilidad, odio, o discriminación”.¹⁴⁵ El carácter abierto de esta referencia a la

¹³⁸ Art. 510.1 c) CP: “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”.

¹³⁹ Véase, *supra* 3.3. a).

¹⁴⁰ Véase, *supra* 3.3. a).

¹⁴¹ Véase, TERUEL LOZANO, *InDret*, 2015, p. 34.

¹⁴² Véase, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 164.

¹⁴³ Véase, ALASTUEY DOBÓN, *RECPC*, 2016, p. 30.

¹⁴⁴ Véase, PORTILLA CONTRERAS, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 100.

¹⁴⁵ Cursiva añadida.

creación del “clima” como elemento típico obligaría, para así favorecer una interpretación restrictiva, a limitarlo a los supuestos que sean propicios para provocar actos reales de discriminación.¹⁴⁶

Por lo que respecta a las modalidades agravadas recogidas en los apartados 3¹⁴⁷ y 4¹⁴⁸ del art. 510 CP, son una muestra clara del rigor punitivo con que son tratados los *delitos de opinión* en la reforma penal de 2015, aspecto que también ha sido puesto de manifiesto respecto de la propia penalización básica del discurso del odio en la redacción típica del art. 510.1 CP. Así, el art. 510.3 CP contempla la posibilidad de aplicar la pena en su mitad superior cuando la expresión de opiniones haya sido realizada mediante el uso de medios de comunicación social, incluyéndose expresamente los que puedan estar disponibles en Internet, como lo serían las redes sociales de uso masivo. Sin duda estas aplicaciones han supuesto una redefinición de las prácticas comunicativas en el medio social, cuestión que, como se ha apuntado, está siendo especialmente significativa en lo relativo al derecho a la libre expresión de ideas, así como en la delimitación de ésta respecto de los supuestos de comunicación violenta y discurso del odio mediante el uso de las redes sociales.¹⁴⁹ Así, afirmada la posición hegemónica de las redes sociales en las prácticas culturales y comunicativas en el medio social, y siendo las normas jurídicas una respuesta a los conflictos que puedan generarse en esta realidad, resulta discutible la agravación de la conducta por su realización utilizando este tipo de medios de comunicación social. Esto es así, en tanto que se está imponiendo una mayor penalidad por la realización de las conductas del art. 510 CP utilizando los medios de expresión de opiniones que podrían ser considerados mayoritarios para gran parte de la sociedad.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Véase, ROIG TORRES, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma penal del Código penal*, 2015, p. 1258. En este sentido, puede destacarse la identificación realizada por JAKOBS respecto de los delitos de apología del odio y la violencia recogidos en los arts. 130 y 131 StGB como normas sancionadoras de un *clima* donde pueda apreciarse una perturbación de la paz pública en relación con determinados grupos. Véase JAKOBS, «Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico» (traducción al castellano por Enrique Peñaranda Ramos), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 314 ss.

¹⁴⁷ Art. 510.3 CP: “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”.

¹⁴⁸ Art. 510.4 CP: “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”.

¹⁴⁹ Sobre esta cuestión, véase MIRÓ LLINARES, «Taxonomía de la comunicación violenta y el discurso del odio en Internet», *IDP* (22), 2016.

¹⁵⁰ Así, como sostiene CUERDA ARNAU, “lo dispuesto en el párrafo 3 de este precepto convierte en regla general la agravación allí contenida, puesto que lo habitual es que este tipo de conductas se produzcan en medios de comunicación social. Cfr. CUERDA ARNAU, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., 2019, p. 756. Esta dinámica puede apreciarse respecto de otros *delitos de opinión*, como ocurre en el art. 578.2 CP, relativo a la agravación de los delitos de enaltecimiento del terrorismo, o el delito de difusión pública de consignas incitadoras a la comisión de desórdenes públicos agravados (art. 559 CP en relación con art. 557 bis CP). Véase, CORRECHER MIRA, en ALONSO RIMO (dir.), *Derecho penal preventivo*, 2019, *passim*.

Pasando al art. 510.4 CP, encontramos una agravación mayor para los supuestos donde la incitación al odio pueda suponer la alteración de la paz pública o la creación de un clima de inseguridad. Este precepto, introducido *ex novo* por la LO 1/2015, incide en el régimen de excepcionalidad que el legislador penal parece configurar en lo relativo a los delitos de opinión. El recurso a conceptos como “paz pública”, “sentimiento de inseguridad” o “temor entre los integrantes del grupo” no hace más que confirmar el contenido simbólico de este precepto, en tanto que su aplicación por los tribunales resulta difícil si se quiere ser coherente con las máximas de certeza y seguridad jurídica derivadas del principio de legalidad penal.¹⁵¹

c. *La conexión entre el sujeto pasivo del delito y el bien jurídico protegido: especial referencia al carácter vulnerable del colectivo*

La reforma operada por la LO 1/2015 en el art. 510.1 CP permite identificar un sujeto pasivo común¹⁵² de las conductas de incitación, las cuales deben ir dirigidas “contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél”. Así, lo dispuesto por la reforma supone una modificación respecto de la redacción típica dada al art. 510.1 CP por la LO 10/1995, pues en esta versión se limitaba a hablar de la provocación al odio, discriminación o violencia “contra grupos o asociaciones”.

No resultaba pacífica la interpretación de esta referencia a los “grupos o asociaciones” como sujeto pasivo del art. 510 CP, pues del tenor literal no parecía quedar claro hasta qué punto la provocación contra miembros individuales del grupo o asociación integraba el tipo. Sobre esta cuestión, LANDA GOROSTIZA se pronunciaba a favor de considerar estos grupos o asociaciones como sujeto pasivo en sentido estricto del antiguo delito de provocación al odio, a partir de una interpretación teleológica del objeto de protección del precepto. Así, estima el citado autor que el art. 510 CP “se dirigía a proteger a colectivos especialmente vulnerables frente a actos de provocación que pueden desencadenar procesos de agresión **contra todo el grupo**.”¹⁵³ No se trata tanto de una provocación en el sentido de acto preparatorio, adelantado, respecto de un delito individual futuro, sino de un auténtico tipo autónomo de peligro que se dirige a la prevención de actuaciones que afecten a una minoría o colectivo vulnerable en su conjunto”.¹⁵⁴ Sin embargo, otro sector de la doctrina considera que la mención expresa de los grupos o asociaciones no debe

¹⁵¹ Atendiendo a las dificultades exegéticas que este apartado genera, LANDA GOROSTIZA defiende una interpretación restrictiva, considerando que, para apreciarse este precepto la situación creada debe ser “de tal gravedad que el colectivo, sus miembros, puedan razonablemente dar por pérdida de forma radical la confianza en que las instituciones democráticas les pueden brindar el mínimo de seguridad para poder ejercer sus derechos fundamentales. Es una situación por tanto próxima a la explosión o enfrentamiento colectivo: enfrentamiento real, material, no puramente ideal o potencial”. Cfr., *Los delitos de odio*, 2018, pp. 87-88. Por su parte, GÓMEZ MARTÍN parece identificar la realización del tipo contenido en el art. 510.4 CP en aquella conducta “adecuada para provocar alteración de la paz o sentimiento de inseguridad, sin que se precise, en cambio, la producción de un resultado efectivo de lesión de tales intereses. Cfr. GÓMEZ MARTÍN, en MIRÓ LLINARES (dir.) *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 193.

¹⁵² Véase, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 160.

¹⁵³ Negritas del autor.

¹⁵⁴ Véase, LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal contra la xenofobia*, 1999, p. 222; EL MISMO, *La política criminal contra la xenofobia*, 2001, p. 125. También favorables a la consideración del grupo o asociación como sujeto pasivo del delito, entre otros, CANCIO MELIÁ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios*, 1997 pp. 1275-1276; PORTILLA CONTRERAS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal*, 1997, pp. 686-687.

limitar la protección a los miembros del grupo. Así, LAURENZO COPELLO estima que la literalidad del precepto debe entenderse como un “modo de intensificación de la tutela penal”,¹⁵⁵ de forma que la protección conferida por el art. 510 CP se adelanta doblemente.¹⁵⁶

Así, con la reforma queda expresado de forma clara que las personas individualmente consideradas también pueden ser sujetos pasivos del delito de incitación del art. 510.1 CP, siempre que sea la adscripción al grupo o colectivo la que determine la expresión de opiniones incardinadas en el discurso del odio.¹⁵⁷ De igual modo, respecto de la descripción del elemento subjetivo en que se basa el art. 510.1 CP, la LO 1/2015 mantiene la enumeración de motivos recogida en la regulación anterior, incluyendo aquí como móviles la pertenencia del sujeto pasivo a una “nación”, junto a una etnia o raza, así como la “identidad sexual”, sustituyendo asimismo en cumplimiento de la normativa vigente¹⁵⁸ el término “minusvalía” por “discapacidad”.¹⁵⁹

Descritos estos aspectos sobre la configuración típica del art. 510.1 CP, cabe volver a la figura del sujeto pasivo del delito, por la estrecha vinculación que esta cuestión presenta con la progresiva desnaturalización del discurso del odio. Así, se hará referencia nuevamente a la Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP. En este punto, conviene recordar lo establecido en su apartado 2.4, relativo a los “sujetos pasivos de los delitos de odio”:

“El origen del delito de odio está relacionado con la protección a los colectivos desfavorecidos, pero la vulnerabilidad del colectivo no es un elemento del tipo delictivo que requiera ser acreditado, sino que el legislador, haciendo ese juicio de valor previo, al incluirlo en el tipo penal, ha partido de esa vulnerabilidad intrínseca o situación de vulnerabilidad en el entorno social. Tampoco lo es el valor ético que pueda tener el sujeto pasivo. Así una agresión a una persona de ideología nazi, o la incitación al odio hacia tal colectivo, puede ser incluida en este tipo de delitos”.

Como puede apreciarse, la interpretación realizada por la Circular no niega el carácter vulnerable de los colectivos protegidos por el art. 510 CP, sino que entiende la vulnerabilidad como un elemento intrínseco de los motivos discriminatorios, aduciendo que el legislador, en la redacción del precepto, ha tenido en cuenta esta vulnerabilidad mediante un juicio de valor previo. Esto viene a decir que, dentro del amplio catálogo de motivos o móviles estipulados en el art. 510 CP, el legislador estima que cualquier agrupación de personas reunidas en torno a uno de los motivos discriminatorios expuestos en la norma podría ser considerado como un colectivo vulnerable. Esto, sin duda, supone una interpretación sumamente extensiva del

¹⁵⁵ Véase, LAURENZO COPELLO, *EPC*, 1996, p. 252.

¹⁵⁶ También se muestran favorables a considerar individualmente a los miembros del grupo como sujetos pasivos del delito, entre otros, BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación en el derecho penal*, 1998, pp. 83-84; CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, en EL MISMO (coord.), *Comentarios*, 1996, p. 2003; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 1996, p. 707.

¹⁵⁷ Véase, ROIG TORRES, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal*, 2015, p. 1263.

¹⁵⁸ Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (BOE nº 299, 15.12.2006).

¹⁵⁹ Véase, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres 2017*, pp. 160-161; VALLS PRIETO, en MORILLAS CUEVAS (dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado*, 2016, pp. 867-868.

precepto, hasta el punto de desnaturalizar su significado, y la eficacia práctica que pudiera tener la penalización del discurso del odio.

El art. 510 CP contempla entre los motivos discriminatorios cuestiones como la ideología, raza, la situación familiar o la orientación sexual. Si no se ha errado en la interpretación de la Circular, lo que su apartado 2.4 aduce es que estos móviles, *per se*, reflejan una situación de vulnerabilidad, sin entrar en las distintas opciones que estas categorías encierran. Esto es, si la orientación sexual representa en sí misma una categoría vulnerable, lo que sostendría una interpretación estricta de la Circular es que se puede castigar cualquier tipo de expresión de opiniones contrarias, por ejemplo, a una opción tan convencional, y tan lejos de la vulnerabilidad, como la heterosexualidad. Lo mismo podría decirse en relación con la situación familiar, si entendiéramos que mensajes contra la institución del matrimonio podrían ser considerados como discurso de odio. O, por cerrar esta enumeración, si se estima que la categoría raza tiene atribuida de forma directa la etiqueta de vulnerabilidad, de forma que pueda castigarse cualquier comunicación pública contraria a las personas de raza blanca.¹⁶⁰

De igual modo, la interpretación mantenida por la FGE puede resultar contradictoria si se contrapone con el bien jurídico protegido por el art. 510 CP. Sobre este particular, la nueva regulación típica del precepto, la cual reconoce como sujeto pasivo común del delito tanto a los grupos y asociaciones como a sus miembros individualmente considerados, permite atisbar la existencia de un “bien jurídico mixto individual-colectivo”.¹⁶¹ Esto es así, en tanto que el objeto de protección derivado del tenor literal del art. 510 CP parte de la adscripción de la persona a un grupo concreto, considerando que, si bien se pretende salvaguardar la posición de este colectivo en el medio social, amenazado por el contenido del discurso del odio, lo mismo podría decirse de los miembros que forman parte de éste. En consecuencia, la incitación al odio, violencia, discriminación u hostilidad contenida en el tipo penal, en caso de concretarse contra un colectivo específico, afectaría de igual manera a las personas individualmente consideradas que lo componen. Partiendo de estos presupuestos, el bien jurídico protegido por el art. 510 CP podría concretarse a partir del reconocimiento en el art. 14 de la Constitución Española del derecho fundamental a la igualdad, con la consecuente prohibición de discriminación que se deriva de su entendimiento en una vertiente material. Así, si bien este precepto rige para el conjunto de la ciudadanía, su posición como fundamento del bien jurídico protegido por el art. 510 CP supone una especial consideración respecto de los colectivos o minorías en posición de vulnerabilidad, en tanto que son estos grupos, por la existencia de una situación de desigualdad estructural, los que pueden verse afectados por la expresión de opiniones incitadoras al odio, violencia, discriminación u hostilidad.

¹⁶⁰ En sentido similar al aquí defendido, LANDA GOROSTIZA estima de qué manera “el tenor literal de los tipos no excluye necesariamente la protección de mayorías sociales (...) pero una interpretación que supere la mera aproximación literal parece subrayar criterios de identificación de los ataques penalmente relevantes como aquéllos que afectan a colectivos que arrastran un cierto estigma en términos de marginación, vulnerabilidad, discriminación u hostilidad empírica e históricamente constatada en términos de realidad social”. Cfr. LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, p. 46.

¹⁶¹ Siguiendo la propuesta de GÓMEZ MARTÍN, *RDPC*, 2018, p. 448, EL MISMO, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, p. 187.

Esta postura supondría asumir, respecto de la penalización del discurso del odio, que el reconocimiento de la igualdad en términos formales, recogido en el art. 14 CE, requiere de una tutela reforzada respecto de determinados grupos o colectivos situados en una posición de desigualdad estructural. Esto no querría decir que la igualdad se viese afectada solamente en el caso de minorías vulnerables, aunque sí que podrían considerarse más fácilmente susceptibles de verse afectados por el potencial lesivo que representa el discurso del odio. De este modo, resulta necesario considerar la tutela ofrecida por el principio de igualdad desde una perspectiva material, con la finalidad de remover los obstáculos a los que se enfrentan determinados grupos situados en una posición de vulnerabilidad para disfrutar de unas condiciones materiales de vida libres de intromisiones de alcance discriminatorio, obstáculos que puedan generarse por los mensajes de odio difundidos por otros miembros de la comunidad, y perpetuados por la inacción institucional en supuestos de esta naturaleza. En esta línea, no solamente se estaría haciendo referencia a la igualdad material como participación multinivel en la esfera pública, sino que incluso podría verse afectada la propia seguridad del grupo y de los miembros que lo integran. Así las cosas, sólo cuando se apreciaran estos potenciales efectos como consecuencia del discurso del odio cabría recurrir a la norma penal que representa el art. 510 CP.

En el debate sobre el bien jurídico protegido por el art. 510 CP resulta fundamental considerar la posición de LANDA GOROSTIZA, quien sostiene como objeto de protección lo que denomina como “tutela de las condiciones de seguridad existencial de grupos o colectivos especialmente vulnerables”.¹⁶² En general, las distintas posturas doctrinales giran alrededor de la construcción del bien jurídico protegido a partir de la dignidad humana, haciendo un mayor o menor énfasis en la protección de la igualdad o la no discriminación. En relación con esta posibilidad, puede destacarse su desarrollo por LAURENZO COPELLO, partiendo de cómo un “comportamiento concreto coloca al afectado en una situación de desventaja -de marginación- precisamente porque reúne alguna de aquellas características personales o sociales que la ley expresamente enumera”.¹⁶⁵ Otra posibilidad, aunque minoritaria en la doctrina española, consiste en la identificación de la paz pública como bien jurídico protegido,¹⁶⁴ opción en cambio mayoritaria en la interpretación realizada por la doctrina alemana del § 130 StGB.¹⁶⁵ Para PORTILLA CONTRERAS, el bien jurídico protegido varía en función de las distintas conductas contenidas en el art. 510 CP. Si bien estima que puede considerarse la seguridad cuando se produce una incitación a la violencia, o el derecho a la igualdad si se hace referencia a conductas discriminatorias, sostiene que en la incitación al odio no puede apreciarse bien jurídico alguno, siendo su tipificación una “mera excusa para

¹⁶² Propuesta desarrollada en LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia*, 1999, pp. 341 ss.; EL MISMO, *Los delitos de odio*, 2018, pp. 57 ss., si bien en esta revisión de su formulación con motivo de la reforma del art. 510 CP por la LO 1/2015, pese a incluir los grupos vulnerables como referente originario del tipo penal, afirma que este no es un requisito indispensable para observar la lesión del bien jurídico (p. 58).

¹⁶⁵ Véase, LAURENZO COPELLO, *EPC*, 1996, p. 237.

¹⁶⁴ Véase, FUENTES OSORIO, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, p. 141; TERUEL LOZANO, *InDret*, 2015, p. 27, si bien hace referencia al “sentimiento de tranquilidad de los distintos grupos sociales”.

¹⁶⁵ Sobre esta cuestión, véase el certero análisis sobre el precepto y el estado actual de la cuestión en la doctrina alemana presentado por GARRO CARRERA, «Los discursos del odio en el ordenamiento jurídico alemán: el laberinto dogmático del tipo de incitación a la población del § 130 StGB», en LANDA GOROSTIZA/LA MISMA (dir.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, 2018, pp. 27-78.

reprimir la libertad de expresión”.¹⁶⁶ Finalmente, resulta sugerente la propuesta de MIRÓ LLINARES, consistente en reconducir el estudio de la criminalización de los *delitos de opinión* al modelo de daño/ofensa derivado del desarrollo evolutivo del *harm principle* por la doctrina anglosajona, a partir de su variante conocida como *offense principle*, opción que lleva a prescindir metodológicamente del concepto de bien jurídico protegido.¹⁶⁷

De acuerdo con lo expuesto, la posición mantenida por la Circular 7/2019 no resultaría coherente con una consideración de la igualdad material como bien jurídico protegido por el art. 510 CP. Esto sería así, en tanto que la equiparación realizada respecto del sujeto pasivo común del delito sitúa en una posición de igualdad formal a las distintas sensibilidades que pudieran integrarse dentro de cada una de las categorías que integran los móviles o motivos discriminatorios, cuando la posición de poder que éstas ocupan en el medio social puede ser diametralmente opuestas. De este modo, se abandona cualquier referencia a la vulnerabilidad del colectivo, o a la posición de desigualdad sistémica ocupada por éste en el medio social, perdiéndose así el alcance antidiscriminatorio que se le supone al art. 510 CP respecto de la protección penal contra el discurso del odio.

4. La desnaturalización de los colectivos vulnerables como criterio interpretativo

4.1. De la vulnerabilidad a la protección de los sentimientos mayoritarios

Previamente se ha hecho referencia al proceso de reformulación en que se encuentra el discurso del odio. En este sentido, la posición mantenida por la FGE en la Circular 7/2019, con la consiguiente extensión del sujeto pasivo común a cualquier sensibilidad que se enmarque dentro de las categorías nombradas como motivos discriminatorios, supone un cambio tanto cualitativo como cuantitativo respecto del tratamiento penal del discurso del odio: cualitativo, por la pérdida de conexión con el bien jurídico protegido que representa excluir la noción de vulnerabilidad de la interpretación típica de los móviles descritos en el art. 510 CP; cuantitativo, porque como se verá más adelante,¹⁶⁸ la pérdida del carácter vulnerable del grupo como requisito del tipo supone ampliar el ámbito de aplicación judicial del precepto, con la consiguiente restricción del derecho a la libre expresión que ello supone, sea de forma directa

¹⁶⁶ Véase, PORTILLA CONTRERAS, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho penal*, 2016, pp. 385 ss.

¹⁶⁷ Véase, MIRÓ LLINARES, en EL MISMO (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 50. En relación con la cuestión de las conductas ofensivas en Derecho penal, a partir de una revisión del *harm principle*, véase su trabajo, «La criminalización de conductas ofensivas. A propósito del debate anglosajón sobre los límites morales del Derecho penal», *RECPC*, (17-23), 2015. Esta propuesta parte de la obra de Joel FEINBERG (especialmente, *Offense to others. The moral limits of the Criminal Law*, vol. 2, 1986), consistente en el mencionado esquema daño/ofensa, reconociéndose el primero como correlativo al entendimiento tradicional del *harm principle*, mientras que la ofensa (*offense principle*), no entraría tanto en el daño a terceros, sino en la ofensa a sentimientos colectivos. Esta diferenciación, aplicada al tratamiento de los *delitos de expresión*, lleva a MIRÓ LLINARES, entre otras cuestiones, a considerar que sólo los supuestos de expresiones causantes de un daño pueden ser penalizadas con pena privativa de libertad, mientras que las ofensas, siempre que merezcan un castigo, sólo pueden ser sancionadas mediante la pena de multa. Cfr. *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 30.

¹⁶⁸ Véase, *infra* 4.3.

por la sobrecriminalización de este *delito de expresión*, o de manera indirecta por el efecto desaliento generado respecto del ejercicio de la libertad de expresión.

Así las cosas, puede partirse de la necesidad de restringir al máximo la injerencia en la libertad de expresión que representa la punición del discurso del odio. Sobre esta cuestión, serán las características del colectivo las que determinarán la importancia de la expresión de opiniones, a efectos de su consideración como discurso de odio. En este sentido, no se incide tanto en el significado literal del mensaje, tampoco en la actitud interna del sujeto, sino más bien en los efectos discriminatorios que la práctica discursiva pueda suponer respecto del colectivo, siendo aquí la vulnerabilidad, en relación con la quiebra del principio de igualdad material, el aspecto determinante para castigar el discurso del odio.

En relación con la noción de vulnerabilidad, resulta imprescindible hacer referencia a lo dispuesto por PRESNO LINERA. Según el citado autor, este concepto viene referido a “grupos de población particularmente desfavorecida y vulnerable que necesita una protección especial”.¹⁶⁹ En este sentido, a partir de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cita colectivos como la minoría étnica gitana,¹⁷⁰ las personas con problemas de salud mental,¹⁷¹ los enfermos de V.I.H.,¹⁷² o los demandantes de asilo.¹⁷³ Por lo que respecta al reconocimiento del grupo vulnerable, PRESNO LINERA identifica el carácter relacional del mismo, en tanto que depende de factores históricos, sociales e institucionales, haciendo aquí referencia al sentido particular del concepto, pues la vulnerabilidad puede ser distinta en función de la posición ocupada por el colectivo, implicando en todo caso una situación de “inferioridad, exclusión o estigmatización”.¹⁷⁴ En este sentido, conviene hacer referencia a la importancia de las transformaciones sociales, políticas, económicas y jurídicas en el reconocimiento de las causas de la vulnerabilidad, las cuales, por su carácter fluctuante, permiten que la noción de vulnerabilidad no sea determinista, sino que pueda variar en función de cómo estas causas se proyecten sobre un sujeto concreto miembro del grupo.¹⁷⁵

De acuerdo con lo expuesto, el carácter vulnerable del colectivo determina el efecto dañino del discurso del odio, en tanto que la mayor permeabilidad del grupo para sufrir las consecuencias discriminatorias derivadas del mensaje sería la razón que justificaría la limitación a la libertad de expresión que supone su incriminación. En este punto, estas consecuencias podrían generar una quiebra en el entendimiento de la igualdad desde una perspectiva material, manifestándose en un peligro potencial respecto de los miembros del grupo, con el pertinente riesgo a su seguridad que ello supone. Por lo tanto, puede identificarse de qué manera el acto discriminatorio en que se concreta el discurso del odio tendrá una mayor significación social si se produce en un contexto de tensión respecto de un grupo concreto. Como certeramente

¹⁶⁹ Véase, PRESNO LINERA, «Estado de alarma por Coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (monográfico, «Coronavirus»), (86-87), 2020, p. 54.

¹⁷⁰ Véase, STEDH *Orsus y otros c. Croacia*, 16 de marzo de 2010; *D.H. c. República Checa*, 13 de noviembre de 2007; *Chapman c. Reino Unido*, 18 de enero de 2007.

¹⁷¹ Véase, STEDH *Plesó c. Hungría*, 2 de septiembre de 2012.

¹⁷² Véase, STEDH *Kyutin c. Rusia*, 21 de marzo de 2011.

¹⁷³ Véase, STEDH *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, 21 de enero de 2011.

¹⁷⁴ Véase, PRESNO LINERA, *El Cronista*, 2020, p. 55.

¹⁷⁵ Véase, PRESNO LINERA, *El Cronista*, 2020, p. 55.

señala LANDA GOROSTIZA, “la fuerza expresiva o evocadora que del acto discriminator -el mensaje añadido que éste puede transmitir- depende directamente de la situación social e histórica del colectivo receptor del mismo”¹⁷⁶.

Respecto a la ofensa al colectivo que pueden causar las expresiones de odio, en este caso, en el plano concreto de la *identidad cultural*,¹⁷⁷ AÑÓN ROIG considera que “una identidad infravalorada o no reconocida causa un daño al individuo, en tanto que su identidad se forja en un contexto, en una relación dialéctica con una lengua y una cultura y eso forma parte de las fuentes de su yo”.¹⁷⁸ En este punto, cabe recordar lo dicho sobre el *efecto silenciador*,¹⁷⁹ esto es, la posibilidad de que el daño producido por el discurso del odio en los miembros del colectivo reduzca de forma sustancial la participación de éstos en la vida pública, con la pertinente limitación que ello supone respecto del derecho a la libre expresión de ideas. Así, LAURENZO COPELLO, respecto de los efectos añadidos que la posición social reglada o marginal que ocupa el grupo atacado supone en relación con el discurso del odio: “en primera línea aparece el atentado a la dignidad personal que entraña cualquier ataque motivado únicamente por el menosprecio de las señas de identidad de la víctima, el rechazo al *otro* a partir de una posición de superioridad asumida y refrendada por la propia agresión (...) pero, además, no se puede perder de vista el efecto intimidatorio que producen los actos de racismo y xenofobia sobre el colectivo en su conjunto y sobre cada uno de sus integrantes, lo que disminuye sus expectativas de seguridad y la posibilidad de ejercicio pleno de sus derechos fundamentales”.¹⁸⁰ En sentido similar, DOMINGO PÉREZ, “el discurso del odio puede generar un clima de temor entre los miembros de los colectivos afectados por el mensaje. Ello podría provocar una situación de desigualdad con relación al resto de ciudadanos que afecte a su autonomía personal y a su iniciativa para participar en debates inherentes al funcionamiento de la democracia”.¹⁸¹

En este sentido, puede inferirse la dimensión colectiva del tratamiento penal del discurso del odio, en tanto que incide sobre la existencia de una posición de desigualdad estructural de un grupo en el medio social, siendo ésta la razón que justifica, en la posición mantenida en este trabajo, la limitación al derecho a la libre expresión que supone su tipificación en el art. 510 CP. No obstante, esto no puede llevar a considerar que la incriminación de este tipo de expresión de opiniones, en ocasiones fuertemente enraizadas en el medio social, pueda ser la medida más efectiva para erradicar la existencia de la situación de discriminación que genera la posición de vulnerabilidad ocupada por el colectivo. Todo lo contrario, además de potenciar el efecto simbólico del Derecho penal, podría llevar a una aplicación extensiva del precepto, como de hecho se aprecia en la práctica, cuestión a su vez contraria al entendimiento como *ultima ratio* del Derecho penal.

Así, REY MARTÍNEZ hace referencia al concepto de *racismo líquido*, al considerar que “cualquier estrategia contra los delitos de odio debe poner el foco no sólo sobre la conducta individual del

¹⁷⁶ Cfr. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia*, 1999, p. 251.

¹⁷⁷ En relación con la gestión del pluralismo cultural desde el prisma del Derecho penal, véase la excelente monografía de CISNEROS ÁVILA, *Derecho penal y diversidad cultural*, 2018.

¹⁷⁸ Véase, AÑÓN ROIG, «La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos», en DE LUCAS (dir.) *La multiculturalidad*, 2001, pp. 227-228.

¹⁷⁹ Véase, *supra* 2.1.

¹⁸⁰ Véase, LAURENZO COPELLO, en PORTILLA CONTRERAS/VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Un juez para la democracia*, 2019, p. 462.

¹⁸¹ Véase, DOMINGO PÉREZ, en MIRÓ LLINARES (dir.) *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 278.

autor, sino también en la relación entre su conducta y la comunidad social en la que se desarrolla”.¹⁸² Respecto de la utilización simbólica del discurso del odio como forma de legitimación de situaciones de discriminación institucional, concretamente para el caso de las personas migrantes, puede considerarse la acertada observación de LANDA GOROSTIZA: “la política criminal despliega, contra la apariencia de una preocupación real por el problema racista y xenófobo y de una actuación diligente en consecuencia, una función de cobertura y legitimación del discurso oficial que impregna las políticas restrictivas frente al inmigrante. En primer lugar, da la apariencia de que efectivamente se combate el racismo y la xenofobia, oscureciendo la percepción de la actuación de extranjería sometida a las lógicas de exclusión (...) en segundo lugar, contribuye a consolidar la identificación del racismo y la xenofobia con sus manifestaciones más extremas y simbólicas”.¹⁸³

Pese a lo expuesto respecto de la posición de preeminencia ocupada por la noción de vulnerabilidad para garantizar la aplicación restrictiva del art. 510 CP, la práctica jurisprudencial muestra un progresivo abandono de esta propuesta, pasando a considerar el discurso del odio un *cajón de sastre* para la incriminación de comportamientos consistentes en la manifestación pública de rechazo o animadversión hacia un grupo concreto. En este sentido, lo que se castiga es una comprensión del *odio* conectada con la protección de los sentimientos, escindida de la conceptualización dada al discurso del odio por los estándares internacionales, y contraria a la protección de los grupos vulnerables.

Respecto de la posibilidad de identificar los sentimientos como objeto de tutela penal, CARBONELL MATEU sostiene que “los sentimientos son, casi siempre, legítimos; pero eso no es suficiente para que se convierten en bienes jurídicos dignos de tutela penal. Por el contrario, sólo si el tipo tutela *algo más* que los puros sentimientos podrá, siempre que ese *algo más* pertenezca al sistema de valores constitucional y sea expresión del libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos, justificarse”.¹⁸⁴ En este punto, resulta pertinente el matiz introducido por HÖRNLE, pues diferencia entre protección de sentimientos asociados a derechos de un tercero (caso de los delitos contra el honor), donde resulta más fácilmente aceptable la referencia a los sentimientos, en contraposición con los delitos centrados de forma exclusiva en la protección de sentimientos (como ocurre con el § 166 StGB, relativo a los sentimientos religiosos).¹⁸⁵ Centrándose en la protección de sentimientos asociados a la identidad cultural de la persona, ALCÁCER GUIRAO se muestra contrario a su incriminación, considerando que “tal vinculación sentimental con símbolos culturales no ha de ser objeto de protección del Derecho penal, pues ni existe un derecho a que tales símbolos sean respetados ni tales sentimientos menoscaban la autonomía personal o afecta a intereses relevantes para la participación equitativa en la vida política. Por muy arraigada que pueda estar socialmente dicha identificación cultural, la afectación a los sentimientos morales se debe a un vínculo emocional de carácter netamente *subjetivo*, que no es constitutivo de la dignidad personal ni encarna el ejercicio de un derecho fundamental”.¹⁸⁶

¹⁸² Véase, REY MARTÍNEZ, en REVENGA SÁNCHEZ (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, 2015, p. 80.

¹⁸³ Véase, LANDA GOROSTIZA, *La política criminal contra la xenofobia*, 2001, p. 251.

¹⁸⁴ Véase, CARBONELL MATEU, «Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria», en ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018.

¹⁸⁵ Véase, HÖRNLE, «La protección de sentimientos en el StGB», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 2007, p. 396.

¹⁸⁶ Véase, ALCÁCER GUIRAO, *RECPC*, 2016, p. 41.

Así las cosas, la situación presentada parece presentar el inicio de un proceso de cambio en el tratamiento jurídico-penal del discurso del odio, pasando de la protección de los colectivos vulnerables a una “versión puramente subjetivista”¹⁸⁷, sustentada en la incriminación de aquellas expresiones de opiniones que puedan ser consideradas contrarias al pensamiento dominante o hegemónico, lo que puede denominarse como “sentimientos morales mayoritarios”¹⁸⁸. A partir de esta configuración, la tipificación del discurso del odio ex art. 510 CP pierde toda funcionalidad, considerando el carácter desnaturalizado que supone la exención de toda referencia a la noción de vulnerabilidad para apreciar el tipo, así como la expansión que representa la punición de toda conducta que pueda ser contraria al sentir social dominante:

Como formula acertadamente FUENTES OSORIO, “se decide que la simple manifestación aversiva es socialmente insoportable: se debe sancionar porque la comunidad desaprueba, rechaza ese comportamiento. El delito de odio se convierte, desde este enfoque, en una forma de protección del acervo cultural común, de la buena educación y el buen gusto, en una forma moderna de la blasfemia cuya sanción explicita que la sociedad odia al que se ha manifestado de ese modo, que es visto como un enemigo”.¹⁸⁹ En términos similares, incidiendo en la represión penal de la disidencia que este entendimiento del discurso del odio supone, LAURENZO COPELLO estima que “una versión omnicomprendensiva que pretenda abarcar en el concepto de delitos de odio todo acto o manifestación pública de rechazo o animadversión hacia un grupo cualquiera de personas o incluso hacia instituciones fuertemente arraigadas en la estructura social (...) desdibuja totalmente el concepto y hace imposible dotarlo de algún fundamento razonable (...) de esta manera, los delitos de odio, pensados para proteger las libertades de colectivos a los que se priva de voz propia por su estigmatización social, se desnaturalizan por completo, convirtiéndose en un poderoso instrumento de represión del discurso político crítico con el poder”.¹⁹⁰

Así las cosas, del proceso presentado pueden extraerse una serie de conclusiones. En primer lugar, la pérdida de la noción de vulnerabilidad como concepto de referencia para la identificación de los colectivos protegidos supone, por un lado, una desnaturalización del tratamiento penal del discurso del odio por el art. 510 CP, por otro, cierta banalización de la situación de discriminación sufrida por estos colectivos, por conferirle la misma igualdad (formal) a todos los grupos que puedan formar parte de las categorías que integran los motivos discriminatorios. En segundo lugar, la expansión de la incriminación de conductas consideradas como discurso de odio por su crítica a los sentimientos morales mayoritarios supone una lesión innecesaria de la libertad de expresión, la cual también puede manifestarse de manera indirecta respecto del efecto desaliento producido en el derecho a la libre expresión de ideas, por la criminalización que esta configuración del discurso del odio supone respecto de las posiciones de disenso con el pensamiento político y cultural hegemónico.

¹⁸⁷ Véase, LAURENZO COPELLO, en PORTILLA CONTRERAS/VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Un juez para la democracia*, 2019, p. 459.

¹⁸⁸ Véase, FUENTES OSORIO, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 149.

¹⁸⁹ Véase, FUENTES OSORIO, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 150.

¹⁹⁰ Véase, LAURENZO COPELLO, en PORTILLA CONTRERAS/VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Un juez para la democracia*, 2017, p. 456.

4.2. Sobre el efecto desaliento respecto del ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas: aplicación al art. 510 CP

En relación con el efecto desaliento en el ejercicio de la libertad de expresión, puede partirse de la imposibilidad de que el Estado, como garante del fomento de los derechos y libertades públicas, desarrolle procesos de *sobrecriminalización* a partir de una aplicación extensiva de la regulación legal, o como consecuencia de la redacción vaga de sus términos, pueda disuadir o desalentar el ejercicio de un derecho fundamental,¹⁹¹ como lo es el derecho a la libre expresión de ideas.¹⁹²

Así, puede remarcarse la función institucional desarrollada por la libertad de expresión en un Estado democrático, en tanto que no puede ser solo entendida como un derecho subjetivo, sino que debe contribuir a la formación de una opinión pública libre. Como recuerda la reciente STC 35/2020, de 25 de febrero de 2020,¹⁹³ (MP: Juan Antonio Xiol Ríos), relativa al caso del cantante Cesar Strawberry:¹⁹⁴ “la libertad de expresión representa una posición de garantía para la formación y existencia de una opinión pública libre y democrática”. En este sentido, destaca la resolución “la necesidad de que dicha libertad goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones, que ha de ser lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura” (FJ 4º).

De este modo, el efecto desaliento podría identificarse como una vulneración de la obligación positiva recogida en el art. 9.2 CE, puesto que, si corresponde a los poderes públicos remover aquellos obstáculos que impidan o dificulten a la ciudadanía el ejercicio de los derechos fundamentales, la posibilidad de desincentivar mediante la legislación penal el ejercicio de estos derechos sería contrario al art. 9.2 CE.¹⁹⁵ En consecuencia, el efecto desaliento representa un *test de constitucionalidad* respecto de las normas penales que puedan incidir en el ejercicio de los derechos fundamentales, proyectándose principalmente respecto de la proporcionalidad de la disposición normativa, pero también en relación con la tipicidad como manifestación del principio de legalidad penal.¹⁹⁶

¹⁹¹ Véase, ALCÁCER GUIRAO, *RECPC*, 2012, p. 18.

¹⁹² Si bien la libertad de expresión resulta un ámbito especialmente fecundo para la detección del efecto desaliento, éste puede predicarse sobre otros derechos fundamentales. Así, COLOMER BEA, *CEFD*, 2019, pp. 106 ss., identifica esta posibilidad en relación con el derecho de reunión y manifestación, a partir de la interpretación del término “tumultuariamente” por el art. 544 CP, relativo al delito de sedición. De igual modo, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *RJUAM*, 2017-II, p. 126, sobre cuestiones relativas a la libertad sindical.

¹⁹³ Esta resolución hace referencia a lo previamente dispuesto por las SSTC nº 112/2016, de 20 de junio (MP: Juan Antonio Xiol Ríos) y nº 177/2015, de 22 de julio (MP: Juan Antonio Xiol Ríos)

¹⁹⁴ Véase, sobre el recorrido judicial del caso, así como el análisis de la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional, CORRECHER MIRA, *Diario La Ley*, 2020.

¹⁹⁵ Véase, COLOMER BEA, *CEFD*, 2019, p. 102.

¹⁹⁶ Si bien existen en la doctrina propuestas que entienden el efecto desaliento como un problema relacionado exclusivamente con el principio de legalidad, se sigue en este trabajo la postura de CUERDA ARNAU, quien, reconociendo la incidencia del efecto desaliento respecto de los procesos de tipificación, así como en relación con la aplicación de los tipos penales por los tribunales, parte de la proporcionalidad para desarrollar lo que denomina como *función dogmática del efecto de desaliento*, tomando como referencia el ejercicio de la libertad de expresión. Véase, CUERDA ARNAU, *RGDP*, 2007, *passim*.

Por lo que respecta a la vinculación del efecto desaliento con el principio de proporcionalidad, esta posibilidad es incorporada efectivamente¹⁹⁷ a la doctrina constitucional por la STC 136/1999, de 20 de julio (MP: Carles Viver Pi-Sunyer). En esta resolución, el Tribunal Constitucional integra el efecto desaliento en lo que podría considerarse como estructura argumental del principio de proporcionalidad,¹⁹⁸ a partir de las consecuencias que una sanción desproporcionada respecto de una conducta limítrofe con el ejercicio de un derecho fundamental -en este caso, el derecho a la libertad de expresión- puede generar, considerando especialmente el efecto disuasorio provocado.¹⁹⁹

Así, la STC 136/1999 (FJ 20) dispone que “el hecho de que se expresen ideas, se comunique información o se participe en una campaña electoral de forma ilícita y, por consiguiente, sin la protección de los respectivos derechos constitucionales, no significa que quienes realizan esas actividades no estén materialmente expresando ideas, comunicando información y participando en los asuntos públicos. Precisamente por ello, **una reacción penal excesiva frente a este ejercicio ilícito de esas actividades puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos** ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada”.²⁰⁰ Sobre esta función disuasoria, LASCURAÍN SÁNCHEZ considera que “la dureza de la pena y su incertidumbre lo que conseguirán es el desproporcionado e inconstitucional efecto de disuadir del ejercicio de los derechos fundamentales”.²⁰¹

Así las cosas, la doctrina del efecto desaliento proscribía la sanción desproporcionada cuando la conducta enjuiciada se encuentre en los límites del ámbito protegido por el ejercicio de los derechos fundamentales. Esta afirmación implica que tanto legislador como órganos jurisdiccionales perfilen de forma clara la “frontera que separa lo lícito de lo ilícito”, especialmente difusa en el ámbito del derecho a la libre expresión de ideas.²⁰² En este sentido, plantearía ciertas dudas someter la regulación del art. 510 CP en relación con el *test de proporcionalidad* que representa el efecto desaliento. Sin entrar en aspectos relacionados con el tenor literal del precepto, la reforma operada por la LO 1/2015 ha introducido una serie de modificaciones en el tratamiento penal del discurso del odio donde la agravación de la pena parecer ser la norma. De entrada, la pena prevista para el tipo básico del art. 510.1 CP ha aumentado su límite máximo, el cual ha pasado a ser de 4 años, cuando en la regulación previa la pena prevista alcanzaba un máximo de 3 años. De igual modo, destaca la agravación contenida en el art. 510.3 CP, pues, como se ha analizado previamente,²⁰³ el hecho de castigar con la mitad superior la expresión de opiniones realizada a través redes sociales, forma de

¹⁹⁷ Se hace referencia a su incorporación efectiva por la importancia de esta resolución, si bien en pronunciamientos constitucionales previos se había hecho mención al efecto desaliento. Véase, SSTC n° 37/1998, de 17 de febrero (MP: Carles Viver Pi-Sunyer); n° 190/1996, de 25 de noviembre (MP: Carles Viver Pi-Sunyer); n° 159/1986, de 16 de diciembre (MP: Gloria Begué Cantón).

¹⁹⁸ Véase, CUERDA ARNAU, *RGDP*, 2007, p. 18.

¹⁹⁹ Véase, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, pp. 62-63.

²⁰⁰ Negrita añadida.

²⁰¹ Véase, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *RJUAM*, 2017-II, p. 127.

²⁰² Véase, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *RJUAM*, 2017-II, p. 127.

²⁰³ Véase, *supra* 3.3. b).

comunicación dominante en la actualidad, supone una agravación innecesaria considerando las tendencias comunicativas, pero también la posibilidad de que la aplicación de la pena en su mitad superior pueda suponer la entrada en prisión de personas sin antecedentes penales. Esta desproporción en la sanción penal experimenta una agravación todavía mayor en el apartado 4 del art. 510 CP, cuando dispone la posibilidad de aplicar la pena superior en un grado en supuestos donde la expresión de opiniones pueda, entre otras cuestiones, attentar contra la “paz pública”. Con todo, el rigor punitivo de la reforma muestra la desproporción con que afronta el legislador el tratamiento penal del discurso del odio, cuestión que permite afirmar la extensión del efecto intimidatorio del castigo a conductas que, en función del supuesto, pueden quedar amparadas por el derecho a la libre expresión de ideas.²⁰⁴

El efecto desaliento también puede predicarse en relación con la tipicidad como manifestación del principio de legalidad penal. Como es sabido, el mandato de determinación impone la redacción de los tipos penales en unos términos que permitan la existencia de un “espacio de predeterminación normativa”²⁰⁵ para la ciudadanía, esto es, que pueda preverse de forma cierta las consecuencias jurídicas derivadas de la conducta. Sobre esta cuestión, la función disuasoria del *chilling effect* puede verse reflejada en la redacción de tipos penales donde se utilicen cláusulas generales de contenido vago.²⁰⁶ En este sentido, del análisis realizado sobre la regulación del delito de incitación al odio posterior a la LO 1/2015²⁰⁷ pueden extraerse algunas conclusiones relativas a la vaguedad de las conductas típicas,²⁰⁸ cuestión que puede resultar desalentadora para el ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas. Así, piénsese en la referencia expresa a la “incitación indirecta” recogida en el art. 510.1 CP, o a la inclusión de la “hostilidad” como uno de los *estados* a los que puede ir dirigida la conducta incitadora, acompañando a los originarios, *ex* LO 10/1995, “odio”, “discriminación” y “violencia”. De igual modo, en el art. 510.2 CP, el castigo de la “posesión de material” que por su contenido sea idóneo para la realización de la incitación recogida en el apartado 1º. Otro ejemplo podría reconocerse en la modalidad agravada del art. 510.4 CP, donde se castiga la conducta del art. 510.1 con la pena superior en grado cuando la incitación pueda suponer la alteración de la “paz

²⁰⁴ Como sostiene CUERDA ARNAU, “conviene subrayar que la apelación al efecto de desaliento no persigue -sería absurdo- privar a las normas penales de su eficacia intimidatoria. Lo que prohíbe es que dicha eficacia intimidatoria se extienda a conductas que son limítrofes con el legítimo ejercicio de la libertad de expresión o que sancione éstas con desproporción manifiesta”. Véase, *RGDP*, 2007, p. 22

²⁰⁵ Expresión utilizada por la STC 42/1987, de 7 de abril, (MP: Angel Latorre Segura), FJ 2º, cuando hace referencia a la “imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes”. Asimismo, véase, STC 61/1990, de 29 de marzo, (MP: Carlos de la Vega Benayas) FJ 4º, donde se reconoce la “especial trascendencia del principio de seguridad jurídica (...) supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex praevia*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuando a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción”.

²⁰⁶ Sobre esta técnica legislativa, y la problemática que plantean en relación con el principio de legalidad penal, vid. *supra* n. 105.

²⁰⁷ Véase, *supra* 3.3.b).

²⁰⁸ En relación con la indeterminación con que se formula la nueva regulación del art. 510 CP, LASCURAÍN SÁNCHEZ utiliza el término “legislación líquida”, para poner de manifiesto su vaguedad. Cfr. «Todo a la vez: la limitación de la expresión y la desprotección del honor», *RJUAM*, 2017-II, p. 127.

pública”, la “creación de un grave sentimiento de inseguridad” o la sensación de “temor entre los integrantes del grupo”. En este sentido, lo que puede concluirse respecto de esta enumeración es la existencia de una mejorable técnica legislativa respecto del delito contenido en el art. 510 CP, siendo la vaguedad de los términos utilizados, o su carácter extensivo, posibles vías para limitar de forma indirecta el ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas mediante el efecto desaliento.

Asimismo, la incidencia del principio de legalidad penal respecto de esta función disuasoria también se manifiesta en la aplicación de los tipos penales por los tribunales. Sobre esta cuestión, la falta de seguridad jurídica derivada del tenor literal de los tipos se ve reforzada por la desnaturalización expuesta respecto del discurso del odio, derivada de la pérdida de importancia de la noción de vulnerabilidad para identificar a los colectivos protegidos por el tipo. En consecuencia, la posibilidad de aplicar de forma extensiva el precepto por los tribunales, pudiendo considerarse incitación directa o indirecta cualquier afección a los sentimientos de un grupo, con la consiguiente subjetivación del discurso del odio, también puede producir un efecto desaliento respecto del ejercicio de la libertad de expresión, debido, en este caso, a la aplicación desnaturalizada de este precepto por los tribunales. En el siguiente y último apartado de este trabajo se mostrarán una serie de ejemplos, judicializados o en proceso de serlo, donde puede observarse este carácter expansivo en relación con el tratamiento judicial del discurso del odio. El elemento común de estos supuestos se encuentra en la discusión sobre el sujeto pasivo, y la dificultad de apreciar en los grupos objeto de protección el rasgo de vulnerabilidad al que se hace referencia en este trabajo.²⁰⁹

4.3. Supuestos paradigmáticos de banalización del discurso del odio

a. *Odio nacional, étnico e ideológico: sobre los casos Germanwings y el movimiento Boicot, Desinversiones y Sanciones (BDS)*

En este primer apartado se expondrán dos casos judicializados, donde los motivos que incitan el supuesto discurso del odio no son del todo nítidos, pues en la expresión de opiniones se entrecruzan de forma transversal cuestiones ideológicas, étnicas y/o nacionales, siendo en todo caso complicado determinar la existencia de un grupo vulnerable como destinatario de los mensajes de odio.

En primer lugar, se hará referencia a la condena, dictada por acuerdo de conformidad, contenida en la Sentencia 25/2017, de 15 de marzo, del Juzgado de Instrucción nº 8 de Cerdanyola del Vallés (Barcelona). Los hechos parten del accidente sufrido por un vuelo de la compañía *Germanwings* en su trayecto de Barcelona a Düsseldorf, en el que murieron los 144

²⁰⁹ En todo caso, debe remarcar que esta enumeración no tiene una vocación exhaustiva, sino que pretende servir como muestra de la tendencia expansiva a la que se ha hecho referencia, siendo necesario un espacio temporal más amplio para poder apreciar el carácter permanente de esta línea político-criminal. De igual modo, se ha prescindido de otros tipos penales, por ejemplo, del delito de enaltecimiento del terrorismo recogido en el art. 578 CP, dado que el análisis de la voluminosa jurisprudencia sobre esta modalidad delictiva habría requerido de un estudio previo del tipo que habría superado las limitaciones formales de este trabajo.

pasajeros a bordo, además de miembros de la tripulación y dos pilotos. Entre los pasajeros se contaban muchas personas catalanas, siendo esta cuestión puesta de manifiesto en el mensaje escrito en Twitter por el condenado quién, reaccionando al accidente, afirmaba: “Poca mierda veo en Twitter para haberse estrellado un avión lleno de catalanes”. Así, la sentencia dictada por acuerdo de conformidad establece una condena por el art. 510 CP, en la versión previa a la LO 1/2015, de 8 meses de prisión, sustituible por un curso de formación en Derechos Humanos. Por lo que interesa a este estudio, la resolución judicial no realiza argumentación jurídica alguna para justificar la aplicación del art. 510 CP, por lo que resulta dudoso discernir si la aplicación del tipo se encuentra fundamentada en un móvil ideológico, la catalanidad como una opción ideológica *per se*, o cuestiones ligadas a motivos identitarios propios de la cultura o lengua catalana. En todo caso, sea una u otra posibilidad, resulta discutible la aplicación del art. 510 CP en este supuesto, pues no podría estimarse que la mera pertenencia a Cataluña suponga asumir de manera inherente una posición de vulnerabilidad, de la misma manera que resulta controvertido considerar que dicha pertenencia a un territorio pueda ser considerado, como tal, un móvil ideológico. Asimismo, sería necesario considerar el contexto de uso de redes sociales en que se produce el comentario, sobre todo atendiendo a la poca capacidad de influencia, derivada de la escasa visibilidad del condenado en redes, cuestión que permite apreciar la inexistencia de un verdadero potencial lesivo en sus mensajes. En consecuencia, resulta discutible la viabilidad de la condena, más considerando que resulta incluso complicado apreciar en los comentarios una incitación siquiera indirecta al odio.²¹⁰

Pasando al segundo supuesto, éste se detiene en los hechos acaecidos en julio de 2015 a raíz de la campaña de protesta organizada por el grupo local de València del movimiento Boicot, Desinversiones y Sanciones (BDS), con motivo de la actuación del cantante judío Matisyahu en el festival de reggae Rototom Sunsplash, celebrado en Benicàssim. El BDS es un movimiento internacionalista creado en 2005 con la finalidad de apoyar la defensa de los Derechos Humanos del pueblo palestino, mediante la organización de movilizaciones de tipo pacífico, entre las que se cuenta el boicot, contra intereses del Estado israelí.²¹¹ Por lo que respecta a Matisyahu, se trata de un cantante hebreo, defensor público de la intervención armada israelí en Palestina, así como de la extensión de los territorios ocupados. Ante la actuación del artista en el festival, el grupo local del BDS en la ciudad de València organizó en los días precedentes al concierto una serie de acciones de protesta, las cuales se encontraban dirigidas a conseguir la cancelación por parte del Rototom Sunsplash de la actuación de Matisyahu en dicho festival. Esta disputa provocó, además de una acalorada batalla cultural en redes, la protesta de colectivos de diversa índole y otros artistas programados por el festival, cuestión que no fue óbice para que Matisyahu actuara finalmente en el festival.

Los hechos descritos supusieron la presentación de una querrela por el Comité Legal contra el Antisemitismo y la Discriminación, admitida a trámite por el Juzgado de Instrucción nº 19 de València, donde se acusaba a ocho militantes del BDS de un delito de incitación al odio, así como de un delito de coacciones, sin que pueda todavía hablarse de la apertura de juicio oral en estos momentos. En relación con la acusación mantenida por el art. 510 CP, cabe reseñar que

²¹⁰ En relación con este caso, véase el análisis realizado por LANDA GOROSTIZA, en aplicación del test de relevancia de Rabat (Recomendación de Política General nº 15, ECRI), cfr. *Los delitos de odio*, 2018, pp. 114-116.

²¹¹ Véase, <https://bdsmovement.net/what-is-bds> (última consulta 27.08.2020).

los miembros del BDS efectivamente llevaron a cabo acciones de protesta contra la actuación de Matisyahu, pero que en éstas en ningún momento se llamó a la realización de actos violentos. De igual modo, la protesta no se encontraba determinada por la identidad judía del cantante, sino por su identificación con el pensamiento sionista, tendente a justificar los actos armados del ejército israelí en la franja de Gaza. En este punto, cabría dudar de que, en los términos en que se produce esta protesta, pudiera hablarse de un caso de discurso del odio. Esto sería así, no sólo por la posibilidad de observar un ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión de ideas, con la consiguiente criminalización de la protesta que supone, sino que difícilmente podría apreciarse que los actos del BDS pudieran incardinarse en un supuesto de incitación al odio contra un colectivo vulnerable. Como se ha expuesto, no se trata de una difusión de mensajes contrarios al judaísmo considerado en su conjunto, sino contra determinadas actuaciones llevadas a cabo por el gobierno israelí, que son a las que Matisyahu supuestamente ofrecía cobertura con sus declaraciones. En este caso, y sin entrar en el propio conflicto dentro del ejercicio de la libertad de expresión que supone el boicot organizado por el BDS respecto de la actuación de Matisyahu, no cabría apreciar discurso del odio, sino ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión de ideas.

En estos mismos términos se ha manifestado recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Baldassi y otros c. Francia*²¹², respecto de un supuesto de activistas del BDS organizadores de un boicot contra un supermercado con el objetivo de retirar la venta de productos israelíes. En este caso concreto, estima el TEDH la vulneración del art. 10 del Convenio, apreciando que la medida restrictiva de la libertad de expresión en que consistía la condena por los tribunales franceses no era necesaria en una sociedad democrática,²¹³ incidiendo para realizar esta apreciación en la inexistencia dentro del boicot de cualquier llamada al odio o la violencia contra la identidad judía.²¹⁴ Asimismo, también puede traerse a colación el sobreseimiento y archivo por parte de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Cádiz (27 de mayo de 2020), de la causa por delito de incitación al odio contra el BDS y el Ayuntamiento de Cádiz, por la cancelación del ciclo de cine israelí organizado en el municipio. El motivo esgrimido para la cancelación fue la firma por parte del consistorio del acuerdo de adhesión a la campaña “Espacio libre de Apartheid-israelí”, razón por la cual la asociación “Acción y Comunicación sobre Oriente Medio” presentó la pertinente querrela por discurso del odio.

b. Protección institucional: ¿los cuerpos policiales como colectivo vulnerable?

Una de las manifestaciones más notorias de la pérdida de la noción de vulnerabilidad como criterio orientador del objeto de tutela propio del art. 510 CP son los supuestos donde este precepto se utiliza para sancionar la expresión de ideas que pueda ser considerada como discurso del odio contra grupos revestidos de autoridad, lo que tiende a denominarse como protección institucional.²¹⁵ Esta posibilidad, además de ser obviamente contradictoria con la aplicación restrictiva del discurso del odio para proteger a colectivos históricamente desfavorecidos o en situación de vulnerabilidad, entraña también riesgos en relación con la

²¹² STEDH *Baldassi y otros c. Francia*, de 11 de junio de 2020.

²¹³ STEDH *Baldassi y otros c. Francia*, de 11 de junio de 2020, para. 77.

²¹⁴ STEDH *Baldassi y otros c. Francia*, de 11 de junio de 2020, para. 71.

²¹⁵ Véase, por todos, LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, pp. 100-103; ANDERREZ BELATEGI, «La protección institucional a través del discurso de odio: Problemática general con especial referencia al caso Savva Terentyev c. Rusia», en ALONSO RIMO (dir.), *Derecho penal preventivo*, 2019, p. 511 ss.

posible criminalización de la protesta que supondría catalogar como discurso del odio la manifestación de opiniones encaminadas a mostrar una posición de disenso con las autoridades públicas, o que pudiera denunciar los excesos de éstas.

En este sentido, la posibilidad de considerar a los cuerpos policiales como colectivos protegidos por el art. 510 CP se ha puesto de manifiesto en relación con las investigaciones iniciadas a instancias de la Fiscalía General del Estado respecto de las protestas convocadas por entidades independentistas y políticos catalanes en los hoteles donde se encontraban alojados miembros de la policía nacional o la guardia civil, como parte del dispositivo extraordinario previsto por el Ministerio del Interior los días previos y posteriores a la celebración del referéndum del 1 de octubre en Cataluña. En relación con estos hechos, podría hacerse mención del Auto nº 72, 28 de junio de 2018, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC), respecto de la querrela interpuesta por el Ministerio Fiscal contra un político catalán que había publicado una serie de tuits el día 3 de octubre, con la finalidad de convocar protestas frente a dichos hoteles.

Sobre esta cuestión, el TSJC estima pertinente el archivo de la causa promovida por Fiscalía, considerando, por una parte, la inadecuación de la referencia al móvil ideológico que esgrime el Ministerio Fiscal como motivo para la aplicación del art. 510 CP. Esto es así, en tanto que dicha protesta se encuentra dirigida de manera colectiva contra la policía nacional y la guardia civil, sin que pueda afirmarse que estos grupos ostenten una posición ideológica concreta, dado que su carácter institucional lo impide. Por otra, el TSJC incide en la idea sostenida en este trabajo, referida a la necesaria observancia de la vulnerabilidad del grupo, al afirmar cómo “no cualquier colectivo o grupo social de personas puede ser víctima del art. 510 CP, que por su propia definición típica solo puede referirse a aquellos que puedan considerarse vulnerables y se identifiquen como tales por razón de alguna condición personal o social”.²¹⁶

Otro supuesto al que se puede hacer una breve referencia es la imputación de tres humoristas de la televisión pública catalana por sus comentarios donde comparaban a los Mossos d'Esquadra con perros.²¹⁷ En relación con este caso, competencia del Juzgado de Instrucción nº 7 de Sant Feliu de Llobregat (Barcelona), resulta pertinente considerar que la acusación no se encuentra fundamentada en el art. 510 CP, sino que el Ministerio Fiscal interpuso una denuncia por un delito contra las Instituciones del Estado, concretamente el delito de injurias contra las fuerzas de seguridad recogido en el art. 504.2 CP.²¹⁸

En relación con la posibilidad de considerar como discurso del odio la expresión de opiniones contrarias a un cuerpo policial, resulta pertinente hacer referencia a lo dispuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Savva Terentyev c. Rusia*.²¹⁹ En este caso, el demandante publicó en un blog unos comentarios donde comparaba a los policías con cerdos,

²¹⁶ Auto nº 72, 28 de junio de 2018, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC), diligencias indeterminadas (4/2018).

²¹⁷ Véase, <https://www.lavanguardia.com/politica/20200303/473955768074/tv3-toni-soler-imputado-gag-mossos-perros-esta-passant.html> (última consulta 28.08.2020).

²¹⁸ Art. 504.2 CP: “Los que injuriaren o amenazaren gravemente a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, serán castigados con la pena de multa de doce a dieciocho meses”.

²¹⁹ STEDH *Savva Terentyev c. Rusia*, de 4 de febrero de 2019. Sobre este caso, ampliamente, ANDEREZ BELATEGI en ALONSO RIMO (dir.), *Derecho penal preventivo*, 2019, pp. 520 ss.

además de sugerir la posibilidad de quemarlos en un horno “como en Auschwitz”. Estos comentarios fueron motivo de una condena en Rusia, alegando Terentyev ante el TEDH la vulneración del art. 10 CEDH, relativo a la libertad de expresión. En su análisis de los hechos, el Tribunal considera, a partir de la utilización del *test de proporcionalidad* expuesto previamente,²²⁰ que la restricción de libertad en que consistía la condena no era necesaria en una sociedad democrática, de forma que no se veía colmado el tercer elemento del referido test. Sobre esta cuestión, entiende el Tribunal de Estrasburgo que la inexistencia por parte del demandante de un ataque personal a un miembro de la policía individualmente considerado, sino a la institución en sí, justifica el amparo de los comentarios en relación con la libertad de expresión. Este argumento es acompañado por la consideración de que la institucionalidad de estos cuerpos requiere de una mayor tolerancia por su parte respecto de las críticas expresadas por la ciudadanía,²²¹ del mismo modo que sólo ante la existencia de un riesgo real para la integridad física de los agentes cabría considerar la punición del discurso ofensivo.²²² Finalmente, la STEDH *Savva Terentyev c. Rusia* considera que los cuerpos policiales no presentan el requisito de vulnerabilidad inherente para la apreciación del castigo del discurso del odio, ofreciendo de igual modo una definición de lo que puede considerarse como colectivo vulnerable:²²³

“El Tribunal considera que la policía, una fuerza pública encargada de garantizar el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico, difícilmente puede ser descrita como **un grupo o minoría desprotegida con un historial de opresión o desigualdad, o que se enfrente a prejuicios estructurales, a la hostilidad o la discriminación, o que sea vulnerable por cualquier otra razón, y que requiera, como consecuencia, una protección reforzada** respecto de los ataques cometidos mediante insultos, injurias o bromas”.²²⁴

c. COVID-19

Como cierre de esta enumeración, las circunstancias presentes obligan a hacer referencia a una serie de supuestos de muy diversa índole, sucedidos durante la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. Esta aproximación será superficial, pues en el mejor de los casos sólo consta el archivo de la causa, la voluntad de la Fiscalía de llevar a cabo la apertura de diligencias de investigación o noticias aparecidas en medios de comunicación. No obstante, pese a encontrarse en un prematuro proceso de judicialización, se ha considerado pertinente incluir una mínima mención, con el fin de ejemplificar la banalización del discurso del odio a la que se ha hecho referencia en este trabajo. En efecto, el cambio del objeto de protección de los colectivos vulnerable a los sentimientos mayoritarios se aprecia en estos casos, quedando patente la instrumentalización del discurso del odio por medios e instituciones como herramienta para proteger o reforzar lo que podría considerarse como la moral pública, o el sentimiento de pertenencia a la comunidad, durante los momentos más duros de la crisis multinivel vivida estos meses.

²²⁰ Véase, *supra* 3.2. a).

²²¹ STEDH *Savva Terentyev c. Rusia*, de 4 de febrero de 2019, para. 75.

²²² STEDH *Savva Terentyev c. Rusia*, de 4 de febrero de 2019, para. 77.

²²³ STEDH *Savva Terentyev c. Rusia*, de 4 de febrero de 2019, para. 76.

²²⁴ Negrita añadida para remarcar la definición de colectivo vulnerable.

Dentro de este grupo de casos, podría hacerse referencia al supuesto de la difusión de un vídeo en YouTube por parte de un hombre de 61 años que aseguraba ser de Madrid, estar infectado por la COVID-19 y afirmaba haber viajado con otros miles de personas más a Torreveja para pasar las semanas de confinamiento y contagiar a los vecinos de la localidad. En él, además de decir que había “arrasado” los productos de un supermercado, termina la grabación dedicando insultos contra la población de Torreveja, tales como “que les den por culo” y “que se jodan”. El vídeo tardó poco tiempo en viralizarse, motivo por el cual se procedió a la detención de su autor, haciendo constar la Guardia Civil en sus RRSS que realmente se trataba de un residente de Torreveja.²²⁵

A la detención practicada por parte de la Guardia Civil le siguen la apertura de diligencias previas por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Torreveja, a partir del atestado realizado por ésta,²²⁶ donde se le acusa de un delito de incitación al odio del art. 510 CP. En el Auto de diligencias previas, se considera que el autor del vídeo “incita claramente al odio hacia la población de Torreveja al desearles en reiteradas ocasiones que *se jodan* o que *les den por culo* deseando que se produzca un contagio masivo de la enfermedad”. En relación con esta afirmación, resulta del todo discutible que la referencia al municipio de Torreveja en sí mismo considerado, o a los torrevejenses en su conjunto, pueda enmarcarse en cualquiera de los supuestos contenidos en el art. 510 CP. De igual modo, no existe justificación alguna para que puedan considerarse como un colectivo vulnerable en los términos descritos en este trabajo. No obstante, más que en relación con estas cuestiones, la razón que dio lugar a la apertura de las diligencias preliminares parece guardar relación con la alteración de la paz pública que conllevó la publicación del vídeo, pues, como afirma el Auto, su viralización “ha generado suficiente alteración motivando decenas de llamadas de ciudadanos al puesto de la guardia civil demandando algún tipo de actuación, por la situación de inseguridad creada, a la vista del absoluto menosprecio mostrado no sólo hacia la población de Torreveja en sí, sino a las personas enfermas de covid-19 o familiares, o incluso familiares de fallecidos por el virus letal”. Como puede apreciarse, esta última aseveración entronca con la crítica mantenida en este trabajo, donde se hace constar el cambio de paradigma en el tratamiento penal del discurso del odio, pasando de la protección de los colectivos vulnerables a los sentimientos mayoritarios, siendo en este caso la aplicación del art. 510 CP una forma de promover el respeto hacia las víctimas de la enfermedad, en un momento especialmente grave en la contención de la crisis sanitaria. El supuesto de hecho presentado, tal y como podía preverse a partir de la inconsistencia de lo dispuesto en el Auto, ha sido finalmente archivado.

Otro grupo de casos derivados de la crisis sanitaria donde resulta discutible la aplicación del art. 510 CP son aquéllos donde distintos colectivos sanitarios que han estado especialmente en contacto con grupos de riesgo a lo largo de la crisis han sufrido mensajes por parte de personas del mismo vecindario señalándoles como foco de contagio. Lo mismo podría decirse respecto de otros colectivos laborales que no han cesado su actividad durante la cuarentena, como lo serían las personas empleadas en supermercados. En estos casos, pese a que el insulto o los acosos a los que

²²⁵Véase, https://twitter.com/guardiacivil/status/1248270667818119170?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1248270667818119170%7Ctwgr%5Eshare_3&ref_url=https%3A%2F%2Fwww.elconfidencial.com%2Fespana%2F2020-08-25%2Fdelito-odio-aseguro-torreveja-expandir-coronavirus_2724695%2F (última consulta, 26.08.2020).

²²⁶ Auto del Juzgado de Instrucción nº 1 de Torreveja (Diligencias Previas nº 551/2020).

se han visto sometidos estos grupos resultan del todo deleznable, tampoco cabría considerarles como colectivos vulnerables en los términos en que se ha expuesto respecto del discurso del odio,²²⁷ pese a que pueda existir cierta indefensión derivada de su exposición en los momentos más complicados del confinamiento, aspecto que no colmaría el significado normativo de la vulnerabilidad requerido por el tipo.

De igual modo, tampoco resultaría acertado considerar como una conducta incardinada en el art. 510 CP los hechos sucedidos el pasado 6 de julio en el metro de la ciudad de València, donde unos agentes de seguridad redujeron de forma desproporcionada a una persona de raza negra por no llevar correctamente la mascarilla, medida de seguridad preceptiva en el transporte público de la ciudad. Pese a la inmediata identificación de esta conducta por parte de los medios con la sugerente etiqueta de *delito de odio*, no cabría considerar que el comportamiento de los guardias de seguridad se ajustara al tenor literal del tipo, como sí parece apreciar indiciariamente en los medios de comunicación la Fiscalía delegada de delitos de odio en València.²²⁸ Por mucho que en este supuesto pudiera estimarse que la conducta de los vigilantes de seguridad estuviera motivada por sesgos raciales, ello no podría conducir de forma automática a identificar la reducción del joven como una incitación al odio a todo un colectivo, pues dicho comportamiento no se ajustaría a los requisitos del tipo.

5. Consideraciones finales

El uso de la expresión *discurso del odio*, o *delito de odio* en una acepción más amplia, resulta un socorrido lugar común en los debates propios de la conversación pública de masas, especialmente en aquéllos supuestos significadamente conflictivos dentro de lo que se ha denominado *guerra cultural*. En este sentido, catalogar como discurso del odio cualquier expresión de opiniones que pueda mostrar una posición de disenso o crítica a lo que podría considerarse como pensamiento hegemónico o dominante representa una opción atractiva para deslegitimar o criminalizar una opinión determinada, con el riesgo que ello representa para el ejercicio de un derecho fundamental como es la libertad de expresión.

De igual modo, el uso extensivo de la locución discurso del odio representa una clara banalización de su significado. Resulta claro que la limitación al derecho a la libre expresión de ideas que representa el art. 510 CP debe ser la mínima posible para garantizar la participación efectiva de la ciudadanía en la vida social, razón por la cual catalogar una expresión como discurso del odio debe reservarse a los supuestos más graves de incitación al odio o la violencia contra colectivos desfavorecidos. Sólo en estos supuestos, en los que el potencial lesivo del mensaje podría desplegar su eficacia discriminatoria, tendría sentido la restricción de libertad que representa dicho precepto, precisamente para salvaguardar la integridad de los miembros de dicho grupo, así como para garantizar de forma efectiva su posición de igualdad material en el medio social. De este modo, no debe entenderse el principio de igualdad en unas coordenadas estrictamente formales, sino que la vertiente material descrita vendría a

²²⁷ De la misma opinión, LLABRÉS FUSTER, en su contribución a la pieza informativa referenciada: <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20200416/aplausos-balcon-coacciones-portal-7930381> (última consulta 26.08.2020).

²²⁸ Véase, https://www.eldiario.es/comunitat-valenciana/valencia/fiscalia-aprecia-delito-odio-actuacion-vigilantes-metro-valencia-redujeron-joven-negro_1_6109366.html (última consulta 26.08.2020).

promocionar la posición de desigualdad estructural ocupada por determinados colectivos, posición que se vería reforzada por la emisión de mensajes de odio contra estos grupos, los cuales afectarían tanto a la posición de sus miembros en la esfera pública, como a su propia seguridad si se comprobara el potencial lesivo del discurso del odio en el caso concreto.

Por ello, apartarse de la noción de vulnerabilidad y abrir la aplicación del art. 510 CP a cualquier grupo o colectivo que se identifique con los motivos discriminatorios descritos en el tipo, no sólo limita la libertad de expresión, sino que supone una desnaturalización del impacto antidiscriminatorio que se le presupone a este tipo penal. Obviamente, esto no obsta para considerar que se haría un flaco favor a estos colectivos si se considerara que sólo mediante el recurso al castigo penal se puede erradicar la discriminación en el medio social. Todo lo contrario, como se ha expuesto en estas líneas, la consideración del Derecho penal como *ultima ratio* impone que el Estado despliegue las políticas públicas necesarias para limitar la propia vulnerabilidad de estos grupos, reservándose la sanción penal que representa el art. 510 CP para los casos más extremos, para así garantizar la propia promoción de lo dispuesto por el art. 14 CE, pero también para salvaguardar el respeto a la libertad de expresión recogida en el art. 20 CE.

Asimismo, por lo que respecta a la posición del Estado en la gestión de los conflictos derivados del ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas, resulta del todo incoherente la instrucción contenida en la Circular de la FGE, donde se considera que los grupos de ideología nazi, incluyendo aquí cualquier tipo de ideología fundada en la intolerancia y la negación de los valores democráticos, pueden ser considerados sujetos pasivos del art. 510 CP. El daño que produce esta Circular no se inserta sólo en la mera interpretación dogmática del tipo, sino que supone una afirmación dudosa desde la perspectiva de un Estado democrático respetuoso con los Derechos Humanos, esto es, la equiparación en el plano discursivo de la ideología nazi con cualquier otra opción política, del mismo modo que considera que una persona defensora de esta tendencia requiere de la misma protección que, por ejemplo, un migrante en situación irregular empleado en los invernaderos de la provincia de Almería. Esta posibilidad, además de ignorar lo dispuesto por los estándares internacionales en materia de interpretación del discurso del odio —la reciente jurisprudencia del TEDH es una buena muestra de ello— supone *de facto* una legitimación institucional del pensamiento intolerante. Con esto no quiere decirse que estos grupos no tengan derecho a expresar libremente sus opiniones en el marco de un Estado democrático, cuestión del todo saludable desde la perspectiva de la libertad de expresión, sino que lo que se discute es la protección institucional que la literalidad de la Circular ofrece a la ideología nazi pues, al considerarla objeto de protección, la equipara a cualquier otro motivo discriminatorio (raza, género, identidad sexual, etc.) recogido por el art. 510 CP. En su defensa extrema de la (in)tolerancia, la Circular viene a sesgar la posibilidad de, en el plano discursivo, mostrar el necesario rechazo que cualquier Estado democrático, también su ciudadanía, debería manifestar ante una posición ideológica que, precisamente, persigue la supresión de las políticas antidiscriminatorias que terminan dando abrigo a su intolerancia.

6. Bibliografía

ALASTUEY DOBÓN (2016), «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código penal de 2015», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18-14), pp. 1-38.

————— (2014), «La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones y críticas», *Diario La Ley*, (8245), pp. 1-22.

ALCÁCER GUIRAO (2019), «Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática», *Revista Crítica Penal y Poder*, (18), pp. 19 ss.

————— (2018), «Discurso intolerante y esfera pública», *Revista de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación*, (5-10), pp. 39 ss.

————— (2016), «Diversidad cultural, intolerancia y Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18-11), pp. 1-55.

————— (2013) «Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2013, pp. 309 ss.

————— (2012), «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (14-02), 2012, pp. 1-32.

ALONSO RIMO (2017), «¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación», *InDret*, (4), pp. 1-79.

ANDERER BELATEGUI (2019), «La protección institucional a través del discurso de odio: Problemática general con especial referencia al caso Savva Terentyev c. Rusia», en ALONSO RIMO (dir.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, pp. 511 ss.

AÑÓN ROIG (2001), «La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos», DE LUCAS (dir.), *La multiculturalidad, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, pp. 217 ss.

ARIAS CASTAÑO (2018), *Clear and Present Danger Test. La libertad de expresión en los límites de la democracia*, Marcial Pons, Madrid.

ASHWORTH/EMMERSON (2012), *Human Rights and Criminal Justice*, 3ª ed., Sweet and Maxwell, Londres.

BATTISTA/SANDE (2019), *Critical Theory and the Humanities in the Age of the Alt-Right*, Palgrave Macmillan.

BERNAL DEL CASTILLO (1998), *La discriminación en el derecho penal*, Comares, Granada.

BLOCK (2019), *Post-Truth and Political Discourse*, Springer International Publishing, Cham.

BOLLINGER (1986), *The Tolerant Society. Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, Oxford University Press, New York.

BORJA JIMÉNEZ (1999), *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Comares, Granada.

BURGORGUE-LARSEN (2005), «La Corte Europea de los Derechos Humanos y el Derecho penal», *Anuario español de Derecho Internacional*, (21), pp. 317 ss.

BUSTOS GISBERT (2009), «Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática», en GARCÍA ROCA/SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, pp. 591 ss.

CANCIO MELIÁ (1997), «Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizados por la Constitución», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid. pp. 1279 ss.

CANCIO MELIÁ/DÍAZ (2019), *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código penal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona.

CARBONELL MATEU (2018), «Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas más allá de la provocación y la injuria», en ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 331 ss.

CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN (1996), «Artículo 510», en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia.

CATALÀ I BAS/PÉREZ I SEGUÍ (2007), «La negación del Holocausto. A propósito de la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, (10), pp. 181 ss.

CIGÜELA SOLA (2017), *Exclosos i transparentats. Del panòptic a la pantalla digital*, Alfons el Magnànim, Diputació de València.

CISNEROS ÁVILA (2018), *Derecho penal y diversidad cultural*, Tirant lo Blanch, Valencia.

COLOMER BEA (2019), «La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (41), pp. 1-20.

CORRECHER MIRA, (2020), «¿Fin de la broma? El caso Strawberry y el canon constitucional sobre libertad de expresión aplicado al enaltecimiento del terrorismo», *Diario La Ley*, (9600), Sección Doctrina, pp. 1-12.

————— (2019) «¿Los delitos de opinión como alteración del orden público? La sobrecriminalización de la libertad de expresión en pro de la seguridad», en ALONSO RIMO (dir.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, pp. 481 ss.

————— (2018), *Principio de legalidad penal: ley formal vs. law in action*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CUERDA ARNAU (2019), «Delitos contra la Constitución», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 739 ss.

————— (2007), «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento», *Revista General de Derecho Penal*, (8), pp. 1-43.

CUEVA FERNÁNDEZ (2015), «Deporte, lenguaje y violencia: el ejemplo de las competiciones futbolísticas», *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, (3-1), pp. 1 ss.

DELGADO/STEFANCIC (1997), *Must We Defend Nazis? Hate Speech, Pornography, and the New First Amendment*, New York University Press, New York.

DÍAZ LÓPEZ (2013), *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22. 4ª CP*, Civitas, Madrid.

DOMINGO PÉREZ (2017), «La lucha contra el discurso del odio desde el respeto a los derechos fundamentales», en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometes delitos en 140 caracteres*, Marcial Pons, Madrid, pp. 275 ss.

————— (2003), «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado ‘chilling effect’ o ‘efecto desaliento’», *Revista de Estudios Políticos*, (122), pp. 141 ss.

DOPICO GÓMEZ-ALLER (2018), «Desconciertos de Brandemburgo», *Juezas y Jueces para la Democracia. Boletín Libertad de Expresión*, pp. 15 ss.

DWORKIN (1996), *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Oxford.

DWORKIN/MCKINNON (1988), *Pornography and Civil Rights: A New Day for Women's Equality*, Organizing Against Pornography, Minneapolis.

EMERSON (1970), *The system of Freedom of Expression*, Random House, New York.

————— (1966), *Toward a General Theory of the First Amendment*, Random House, New York.

FISS (2009), «Las dos caras del Estado», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, (1) pp. 211 ss.

————— (1999), *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona.

————— (1996) «El efecto silenciador de la libertad de expresión», *Isonomía*, (4), pp. 17 ss.

FUENTES OSORIO (2017), «Concepto de odio y sus consecuencias penales», en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, Marcial Pons, Madrid, pp. 131 ss.

————— (2017), «El odio como delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19-27), pp. 1-52.

GARCÍA ROCA (2009), «Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia», en EL MISMO/SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, pp. 797 ss.

GARRO CARRERA (2018) «Los discursos del odio en el ordenamiento jurídico alemán: el laberinto dogmático del tipo de incitación a la población del § 130 StGB», en LANDA GOROSTIZA/LA MISMA (dir.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp.27 ss.

GARROCHO SALCEDO/PORTILLA CONTRERAS (2012), «Delitos de incitación al odio, hostilidad, la discriminación o la violencia», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 931 ss.

GASCÓN CUENCA (2016), *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona.

————— (2015), «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, pp. 1-21.

————— (2013), «La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (47), 2013, pp. 163 ss.

GERCHUNOFF (2019), *Ironía On. Una defensa de la conversación pública de masas*, Anagrama, Madrid.

GOAD (2017), *Manifiesto Redneck*, Dirty Works, Barcelona.

GÓMEZ MARTÍN (2019), *Delitos de discriminación y discurso de odio punible: nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, Juruá, Porto.

————— (2018), «Odio en la red. Una revisión crítica de la reciente jurisprudencia sobre Ciberterrorismo y Ciberodio», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, (20), pp. 411 ss.

————— (2017), «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, Marcial Pons, Madrid, pp. 177 ss.

————— (2012), «Discurso del odio y principio del hecho», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 89 ss.

————— (2012), «¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad? A propósito de los delitos de odio y la discriminación en el Código penal español», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 175 ss.

HABERMAS (1998), *Facticidad y validez*, Trotta.

————— (1981), *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Madrid.

HAFER (2019), *Data versus Democracy How Big Data Algorithms Shape Opinions and Alter the Course of History*, Apress, Berkeley.

HAN (2013), *La sociedad de la transparencia*, Herder, Barcelona.

HARCOURT (2015), *Exposed. Desire and disobedience in the digital age*, Harvard University Press, Cambridge.

HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK (2009), *Law of the European Convention on Human Rights*, 2ª ed., Oxford University Press.

HÖRNLE (2007), «La protección de sentimientos en el StGB», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, pp. 383 ss.

HUERTA TOCILDO (2009). «El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal», en GARCÍA ROCA/SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, pp. 511 ss.

IÑIGO CORROZA (2010), «Caso Librería Europa», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, Madrid, pp. 613 ss.

JACOBS/WHITE/OVEY (2014), *The European Convention on Human Rights*, 6ª ed., Oxford University Press.

JAKOBS, (1997) «Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico» (traducción al castellano por Enrique Peñaranda Ramos), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, pp. 293 ss.

KALANTZIS-COPE (2018), *The Work and Play of the Mind in the Information Age*, Springer International Publishing, Nueva York.

LANDA GOROSTIZA (2018), *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch, Valencia.

————— (2012), «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP Y propuesta de lege lata (A la vez un comentario a la STS 259/2011 -librería Kalki- y a la STC 235/2007)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (7), pp. 297 ss.

————— (2004), «Racismo, xenofobia y Estado democrático», *Eguzkilore*, (18), pp. 59 ss.

————— (2001) *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal (A la vez una propuesta interpretativa de la normativa antidiscriminatoria del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente Jurisprudencia)*, Comares, Granada.

————— (1999), *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al delito de provocación del artículo 510 del Código penal*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1999

LASCURAÍN SÁNCHEZ (2017), «Todo a la vez: la limitación de la expresión y la desprotección del honor», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (36), pp. 119 ss.

————— (2015), «La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal», en EL MISMO/PÉREZ MANZANO (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad*, Marcial Pons, Madrid, pp. 119 ss.

————— (2012), «¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación?», en GARCÍA GARCÍA/DOCAL GIL (eds.), *Grupos de odio y violencias sociales*, Rasche, Madrid, pp. 23 ss.

————— (2010), «La libertad de expresión tenía un precio (Sobre la STC 235/2007, de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio)» *Revista Aranzadi Doctrinal*, (6), pp. 1-9

LAURENZO COPELLO (2019), «La manipulación de los delitos de odio», en PORTILLA CONTRERAS/VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (coord.), *Un juez para la democracia, LH Perfecto Andrés Ibáñez*, Dykinson, Madrid, pp. 453 ss.

————— (2018), «Un ejemplo de Derecho penal expansivo: los delitos de odio en la realidad judicial española», *Revista de Derecho Penal*, (26), 2018, pp. 243 ss.

————— (1996). «La discriminación en el Código penal de 1995», *Estudios penales y criminológicos*, (19), pp. 219 ss.

LAZKANO BROTONS (2015), «Libertad de expresión», en LASAGABASTER HERRARTE (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 3ª ed., Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, pp. 510 ss.

————— (2015), «Prohibición del abuso de derecho», en LASAGABASTER HERRARTE (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 3ª ed., Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, pp. 825 ss.

LEEB (2019), «Laughing at the Other: Toward an Understanding of the Alt-Right with Adorno», en KHANDIZAJI (ed.), *Reading Adorno. The endless Road*, Springer International Publishing, Berlín.

LIJTMAR (2019), *Ofendidos. Sobre la criminalización de la protesta*, Anagrama, Madrid.

LLABRÉS FUSTER (2015), «De los ultrajes a España», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, pp. 381 ss.

MANES (2011), «Art. 7», en EL MISMO/ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè Editore, Milán.

MARX, Gary T. (2016), *Windows into the soul. Surveillance and society in an age of high technology*, University of Chicago Press, Chicago.

MCKINNON (1997), *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge.

MIRÓ LLINARES/GÓMEZ BELLVIS (2020), «Freedom of expression in social media and criminalization of hate speech in Spain: Evolution, impact and empirical analysis of normative compliance and self-censorship», *Spanish Journal of Legislative Studies*, (1), pp. 1-42.

————— (2017), «Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión», en EL MISMO (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, Marcial Pons, Madrid, pp. 21 ss.

————— (2016), «Taxonomía de la comunicación violenta y el discurso del odio en Internet», *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 22, pp. 93 ss.

————— (2015), «La criminalización de conductas ofensivas. A propósito del debate anglosajón sobre los límites morales del Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, (17-23), pp. 1-65

NAGLE (2017), *Muerte a los normies. Las guerras culturales en internet que han dado lugar al ascenso de Trump y la Alt-Right*, Orciny Press, Tarragona.

NAUCKE (1973), *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tubinga.

POPPER (2010), *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Barcelona.

PORTILLA CONTRERAS (2017), «El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas», en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, Marcial Pons, Madrid, pp. 87 ss.

————— (2016), «La represión penal del discurso del odio», en ÁLVAREZ GARCÍA, (dir.) *Tratado de Derecho penal. Parte Especial. Delitos contra la Constitución*, t. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 379 ss.

PRESNO LINERA (2020), «Estado de alarma por Coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (número monográfico, "Coronavirus"), (86-87), pp. 54 ss.

PRESNO LINERA/TERUEL LOZANO (2017), *La libertad de expresión en América y Europa*, Juruá, Curitiba.

RAMOS VÁZQUEZ (2009), «La declaración de inconstitucionalidad del delito de negacionismo (art. 607.2 del Código penal)», *Revista penal*, (23), pp. 120 ss.

RENDUELES (2017), «Introducción», en GRAMSCI, *Escritos (Antología)*, Alianza Editorial, Madrid.

————— (2013), *Sociofobia. El cambio político en la era de la utopía digital*, Capitán Swing, Madrid.

REVENGA SÁNCHEZ (2015), «Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?», en EL MISMO (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá-Defensor del pueblo, pp. 15 ss.

REY MARTÍNEZ (2015), «Discurso del odio y racismo líquido», en REVENGA SÁNCHEZ (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá-Defensor del pueblo, pp. 51 ss.

RÍOS CORBACHO (2014) «Incitación al odio, derecho penal y deporte», *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, (16-15), pp. 1-27.

RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ (2017), «Hacia una interpretación restrictiva de la nueva regulación penal de la incitación al odio», en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, Marcial Pons, Madrid, pp. 155 ss.

————— (2014), «El ámbito de aplicación del actual art. 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015», *RDPC*, (12), pp. 165 ss.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (2012), *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.

RODRÍGUEZ MONTSERRAT (2015), «La eficacia normativa de la ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte», *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, (3-2), pp. 45 ss.

RODRÍGUEZ YAGÜE (2010), «La política criminal europea contra la discriminación racial: ¿Es la Decisión Marco 2008/913/JAI un verdadero avance?», en NIETO MARTÍN (dir.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Thomson Reuters-Civitas, pp. 331 ss.

————— (2007), *La tutela penal del derecho a no ser discriminado: (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código penal)*, Bomarzo, Albacete.

ROIG TORRES (2015), «Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma penal del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1249 ss.

ROLLNERT LIERN (2008), «Revisiónismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional: los límites de la libertad de expresión (a propósito de la STC 235/2007)», *Revista de Derecho Político*, (73), pp. 103 ss.

SANDEL (1996), *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge.

SANTANA VEGA (2012), «Protección penal de la discriminación y la libertad de expresión: la difícil convergencia europea», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 121 ss.

SOTO IVARS (2017), *Arden las redes. La poscensura y el nuevo mundo virtual*, Debate, Madrid.

TAMARIT SUMALLA (2018), «Los delitos de odio en las redes sociales», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, (27), pp. 17-29

————— (2016), «Artículo 510», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español*, Vol. 2, Thomson-Aranzadi, Pamplona, pp. 1589 ss.

————— (1996), «Artículo 510», QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, Aranzadi, Pamplona.

TERUEL LOZANO (2018), «Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (114), pp. 13 ss.

————— (2017), «El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo», *ReDCE*, (27), 2017, pp. 1-26.

————— (2015), «La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal», *InDret*, (4), pp. 1-51.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA (2016), «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *InDret*, (3), 2016, pp. 1-73.

VALLS PRIETO (2016), «Delitos contra la Constitución», en MORILLAS CUEVAS (dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 861 ss.

VIVES ANTÓN (2019), *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia.

————— (2015) «Sobre la apología del terrorismo como discurso de odio», en REVENGA SÁNCHEZ (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá-Defensor del pueblo, pp. 33 ss.

WALDRON (2014), *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, Cambridge.

ZIZEK (2013), *Primero como tragedia, después como farsa*, AKAL, Madrid.