



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2020/2021

ODIAR NO ES DELITO.

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 510 DEL CODIGO PENAL

HATING IS NOT A CRIME.

**ANALYSIS OF THE 510TH ARTICLE OF THE PENAL
CODE**

AUTORA: Laura Pérez Martínez

DIRECTOR: José Luis López del Moral Echeverría

When to say is to do,

FRANÇOISE TULKENS

RESUMEN

Los delitos de odio han adquirido un importante protagonismo en la vida social, mediática, política, y, por ende, en la vida jurídica; debido al exponencial incremento de la intolerancia, hacia grupos con una fuerte tendencia a la discriminación y exclusión social. Sin embargo, no es baladí su existencia, la cual ha dividido a la doctrina penal, construyendo, por un lado, un sector que defiende férreamente la libertad de expresión, y en contraposición, el sector que observa la necesaria y verdadera defensa de los colectivos diana, frente a todo discurso público hiriente, interpretando a este como discurso del odio. Es por lo que instituciones tanto europeas como extracomunitarias, reconocen este problema social y pautan sus líneas generales interpretativas. Nuestro legislador dotó al criticado artículo 510 de un amplio abanico de conductas discriminatorias, por ello, no son una cuestión inane en nuestro ordenamiento jurídico, en la gran mayoría de casos se coarta el derecho a la libertad de expresión. A través del presente trabajo se exponen las cuestiones penales más relevantes del discurso del odio y su regulación en el artículo 510 del Código Penal.

PALABRAS CLAVE

Delito de odio, discurso del odio, discriminación, libertad de expresión, colectivos vulnerables.

ABSTRACT

Hate crimes have acquired an important role in social, media and political life, as well as, in legal life, due to the exponential increase in intolerance against groups with a strong tendency towards discrimination and social exclusion. However, its existence is not trivial, which has divided criminal doctrine, creating on the one hand, a sector that fiercely defends freedom of speech, and on the other hand, the sector that supports the necessary and true defence of target groups against all hurtful public discourse, interpreting this as hate speech. This is why both European and non-EU institutions recognise this social problem and set out their general interpretative guidelines. Although, our legislator endowed the criticised article 510 with a wide range of discriminatory conducts, it is not a simple issue for our legal system. In the vast majority of cases the right to freedom of speech is restricted. This paper sets out the most relevant criminal issues of hate speech and its regulation in article 510 of the Criminal Code.

KEY WORDS

Hate Crime, Hate speech, Discrimination, Freedom of speech, vulnerable groups.

SUMARIO

PÁG.

1. INTRODUCCIÓN	8
2. DELITOS DE ODIO, CUESTIONES PREVIAS Y NUEVO ESCENARIO TRAS LA LEY ORGÁNICA 1/2015	9
2.1. DELITOS DEL ODIO Y DISCURSO DEL ODIO.....	9
2.1.1. De la libertad de expresión al discurso de odio	13
2.2. TRATAMIENTO JURÍDICO DEL DELITO DE ODIO Y DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y NACIONALES	16
2.2.1. Instrumentos Internacionales y Europeos e interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	16
2.2.2. Normativa y toma de postura española.....	19
2.3. PRESUPUESTOS POLÍTICO-CRIMINALES Y REFORMA TRAS LA LEY ORGÁNICA 1/2015	21
3. REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE ODIO EN EL ARTÍCULO 510 DEL CÓDIGO PENAL.....	25
3.1. INTRODUCCIÓN Y CARACTERÍSTICAS COMUNES	25
3.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	27
3.3. SUJETO PASIVO DE LOS DELITOS DE ODIO.....	29
3.3.1. Por razón de raza, etnia o nacionalidad	31
3.3.2. Por razón de orientación o identidad sexuales (Colectivo LGTB).....	32
3.3.3. Por razón de género	33
3.3.4. Por razón de su religión o creencias	36
3.3.5. Por razón de su ideología.....	36
3.3.7. Por razón de enfermedad o discapacidad	37
3.4. CONDUCTAS TÍPICAS	38
3.4.1. Tipos básicos: Artículo 510.1 CP	38
3.4.2. Tipo privilegiado: Artículo 510.2 CP	44
3.4.3. Tipos agravados.....	47

3.4.3.1.	Agravación: fenómeno del Ciberodio	47
3.4.3.2.	Agravación con motivo de alterar la Paz Pública	48
3.4.4.	Apartados restantes del art. 510 CP	49
4.	CONCLUSIÓN	51
5.	BIBLIOGRAFIA.....	53
6.	ANEXOS.....	56
6.1.	ANEXO DE TEXTOS NORMATIVOS Y LEGISLACIÓN.....	56
6.2.	ANEXO DE JURISPRUDENCIA.....	58
6.3.	ANEXO DE RECURSOS EN LÍNEA	59

ABREVIATURAS

Art.: Artículo

Arts.: Artículos

CE: Constitución Española

Cfr.: Confróntese

Cit.: Obra Citada

CP: Código Penal

Dir.: Director

DM: Decisión Marco

F.J.: Fundamento jurídico

LGBT: Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, y Transexuales

LO: Ley Orgánica

Núm.: Número

Núms.: Números

OMS: Organización Mundial de la Salud

ONU: Organización de las Naciones Unidas

OSCE: Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa

p.: Página

Pág.: Página

Págs.: Páginas

RAE: Real Academia Española

RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología

SIDA.: síndrome de inmunodeficiencia adquirida

ss.: Siguietes

STC: Sentencia Tribunal Constitucional

STS: Sentencia Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TEDH.: Tribunal Europeo de los Derechos Humanos

TICs: Tecnologías de la Información y la Comunicación

V.gr.: verbi gratia

Vid: véase

VIH.: Virus de la inmunodeficiencia humana

VOL.: Volumen

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tratará sobre los «delitos de odio», ya que es uno de los límites más importantes a la libertad de expresión. Los delitos de odio nacen en el momento en el que se emiten o difunden juicios e ideas, las cuales conllevan una ejecución de conductas expresivas lesivas de derechos e intereses de terceros.

Este concepto de delito ha sido un gran desconocido desde hace poco más de una década; su nacimiento y evolución han estado determinadas por varios factores¹: la presencia de una aversión discriminatoria, las necesidades preventivas sobre colectivos vulnerables y la defensa de los valores presentes en nuestro Estado de Derecho. Además, el delito de odio no es una categoría homogénea, aunque se puede precisar que el artículo 510 del Código Penal se erige como el arquetipo del discurso de odio y sobre el que va a pivotar el presente trabajo.

Estas circunstancias han modificado progresivamente el concepto de odio a efectos penales y dado lugar a subgrupos de delitos de odio. Hoy en día podemos afirmarnos en torno a su actualidad, no sólo por el mayor conocimiento en torno a su propia existencia, justificación y regulación sino también porque nos encontramos ante un claro ascenso en cuanto a su comisión y su posterior reconocimiento y enjuiciamiento. La fuerza de su extensión merece de un análisis exhaustivo, porque en el seno de este tipo penal, se plantean serios problemas en relación con la mera difusión de opiniones, de tal forma que parece que no hay un espacio *stricto sensu* entre lo que es actuar amparado en el marco de protección de los derechos y lo que es una acción típica delictiva, así acabamos aplicando categorías penales a hechos que responden a los derechos como libertad de información o expresión. En el mismo orden de ideas, el auge de nuevas tecnologías y redes sociales en muchos casos se han convertido en el medio de propaganda y difusión preferido para esta categoría penal y para su perpetración; debido en muchos casos a la inmediatez, anonimato e impunidad.

En este panorama, es donde encajamos los delitos y el discurso del odio, precisamente cuando el derecho a la libertad de expresión se desvirtúa de su verdadera finalidad. La problemática que deriva de estos ilícitos, son las vulneraciones a los derechos fundamentales y que ocupan un espacio importante de este trabajo. Derechos

¹ LÓPEZ ORTEGA, A.I., “Análisis y evolución de los Delitos de Odio en España (2011-2015)”, en Arxius de de Ciències Socials, Núm. 35, 2016, pp. 139-140.

fundamentales tales como, la libertad de expresión o de información pueden verse lesionados por una extralimitación del legislador o de los tribunales; y, por el contrario, son derechos como la igualdad o la no discriminación los que se sitúan al otro lado de la balanza.

Es necesario hacerse diversas preguntas, ¿Se tiene que elegir la expresión que resulta menos dañina en la transmisión de un mensaje?, ¿Se han elevado a categorías penales acciones que se amparan en el derecho a la libertad de expresión?, ¿Se está protegiendo verdaderamente a los colectivos vulnerables?, ¿Y qué ocurre en el caso de difusión de un contenido hostil en páginas web o redes sociales? Todas estas cuestiones se abordarán en el presente trabajo. El objetivo final es, desde luego, delimitar e interpretar el artículo 510 en su redacción tras la reforma operada en el año 2015. Abordando la cuestión a través de un análisis jurídico razonado con una metodología basada en la descripción clara de los conceptos y del tipo penal, estudiando la normativa internacional y europea, para así, poder adentrarnos en el legislador español, doctrina y jurisprudencia de nuestro país.

2. DELITOS DE ODIOS, CUESTIONES PREVIAS Y NUEVO ESCENARIO TRAS LA LEY ORGÁNICA 1/2015

2.1. DELITOS DEL ODIOS Y DISCURSO DEL ODIOS

El punto de partida para entender el devenir de la legislación del odio se sitúa fuera de nuestras fronteras en relación con la finalización de la segunda guerra mundial, junto con el holocausto y crímenes de guerra, contra la paz y dignidad humana, así en este clima se fraguó el nacimiento del moderno derecho internacional de los derechos humanos y situó a estos en el centro del entramado jurídico de orden internacional y de la ONU.

Por consiguiente, la rúbrica del Capítulo IV del Título XXI del Libro II del Código Penal, «De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», engloba diversos delitos que tienen en común el que su realización se produce por la utilización abusiva de algunos de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en

nuestra Constitución². Siendo a su vez su cometido la protección de derechos y libertades de personas, como la igualdad o no discriminación.

El odio es un concepto muy popular en el ámbito criminológico³, dentro de sus primeras definiciones se halla la aprobada, por el Consejo Ministerial de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), celebrado en Maastricht en 2003, como: «toda infracción penal, incluidas las cometidas contra las personas o la propiedad, donde el bien jurídico protegido, se elige por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo. Este grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su “raza”, real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, u otro factor similar»⁴.

Conforme a ello, un delito de odio comprende una serie de opiniones preconcebidas negativas e ideas estereotipadas que convergen en la intolerancia o el odio que se dirige a un determinado grupo que comparte una característica común, como raza, origen étnico, idioma, religión, nacionalidad, orientación sexual, género o cualquier otra.

Como no podía ser menos la doctrina también ha creado definiciones para un delito de odio y es que CÁMARA ARROYO en un análisis pormenorizado de numerosas definiciones sintetiza en las siguientes nociones el delito de odio: Es un concepto complejo y para nada homogéneo, motivado por la intolerancia hacia el diferente preseleccionado entorno al cual surgen ideas estereotipadas, el ataque a la dignidad humana como denominador común y la gran reprochabilidad social que emana de todas estas acciones tipificadas.⁵

Cuando se habla de delitos de odio, supone hablar de importantes proyecciones en diferentes campos como política, jurídico, sociológico o victimológico entre otros. Pero la idea general es que el odio radica en una intolerancia hacia el diferente. En tal sentido, se ha pronunciado FUENTES OSORIO, indicando que el término «odio» supera una simple descripción de una clase de delito, convirtiéndose en un criterio autorreferencial

² Vid. MUÑOZ CONDE, F. “CAPÍTULO XXXV: B) Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, 2019, pp. 739 a 740.

³ Léase, FUENTES OSORIO, J.L. “El odio como delito”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 19-27 (2017), pág. 2. Disponible en línea en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-27.pdf>.

⁴ Decision N.º 4/03 OSCE Tolerance and Non-Discrimination.

⁵ Cfr. CÁMARA ARROYO, S., “El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, VOL. LXX (2017), pp. 180 a 181.

«odio como delito»⁶. Semejante resulta a este parecer la aseveración de LANDA GOROSTIZA al referirse al odio como «especie»⁷.

El término “delito de odio” para aclararlo más aun no se puede identificar como si fuera una institución jurídica concreta, sino un conjunto de figuras delictivas⁸.

El término acuñado a nivel internacional y que aparecerá a lo largo del trabajo es “*Hate Crime*”, dicho concepto fue acuñado en la Recomendación N.º R (97) 20 del Comité de ministros del Consejo de Europa⁹, y en este sentido es de importancia remarcar que no siempre todo el discurso de odio “*Hate Speech*” va a ser un delito de odio “*Hate Crime*”; pudiendo decaer en una confusión de los términos¹⁰. Estos seudónimos se materializan en la reforma del año 2015 que más adelante analizaremos, la cual se caracteriza por un contexto de alto voltaje político¹¹.

Corresponde ahora fijar que es el discurso de odio, a este respecto se pronunció la Recomendación núm. R (97) 20, sobre el “discurso del odio”¹². En la misma se indica que el discurso del odio abarca “todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia (...)”. Debe clarificarse, que la referencia aquí no es a los delitos de odio, sino a un fenómeno distinto, más amplio y, muchas veces previo a los delitos de odio propiamente dichos¹³. En definitiva, el discurso de odio es aquel lenguaje que se transmite de forma oral, escrita, en soporte visual, audio..., a través de diversos medios de distribución que constituyan conductas atentatorias a la dignidad e igualdad de

⁶ Véase, FUENTES OSORIO, J.L., “El Odio como Delito”, cit., pp. 2. Entre otros muchos autores que tratan ampliamente esta precisión, como LANDA GOROSTIZA, J.M., en *Los delitos de odio*, ed. Tirant lo blanch, Valencia, pág. 24.

⁷ En contraposición al discurso de odio, que resultaría ser el género. Así lo explicita LANDA GOROSTIZA, J.M., en *Los delitos de odio*, cit., pág. 24.

⁸ ACHUTEGUI OTAOLARRUCHI. P., “Victimización de los delitos de odio. Aproximación a sus consecuencias y a las respuestas institucional y social”, en *Revista de Victimología*, N.º. 5/2017, pp. 6.

⁹ Recommendation No. R (97) 20 of the committee of ministers to member states on "hate speech" (Adopted by the Committee of Ministers on 30 October 1997 at the 607th meeting of the Ministers' Deputies) Disponible en línea: <https://rm.coe.int/1680505d5b>

¹⁰ ELÓSEGUI ITXASO, M., “Las recomendaciones de la ECRI sobre Discurso del Odio y la adecuación del Ordenamiento Jurídico español a las mismas”, en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 44 (2017), pág. 3.

¹¹ V. LANDA GOROSTIZA, J.M., “Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2020, núm. 22-19, pág. 2. <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc22-19.pdf>.

¹² Vid. Recomendación núm. R (97) 20, sobre el “discurso del odio”, elaborada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa y aprobada el 30 de octubre de 1997.

¹³ Como afirma, LANDA GOROSTIZA, J.M., *Los delitos de odio*, cit., pp. 24.

agentes sociales en riesgo. Además, el discurso de odio es una forma de comisión del delito de odio¹⁴.

Por parte de la doctrina también se ha querido dotar al concepto de una definición, así en varios artículos doctrinales se hace alusión a la definición dada por SUMNER, quien identifica al discurso del odio como «cualquier forma de expresión cuyo propósito principal sea el de insultar o denigrar a los miembros de un grupo social identificado por características tales como su raza, etnia, religión u orientación sexual, o para despertar enemistad u hostilidad contra él»¹⁵.

Desde estas primeras líneas es importante destacar lo elusivo o contradictorio que pueden llegar a resultar los criterios para apreciar un delito de este tipo, precisamente porque uno de los mayores problemas que se plantean al tratar el tema de los delitos de odio es el concepto mismo del término¹⁶. Así, el delito de odio no es un delito de sentimiento¹⁷, de tal forma que una persona puede cometer un “delito común” como un asesinato y sentir odio hacia la víctima, pero no por ello es un delito de odio, al igual que es evidente que en el elemento subjetivo del tipo del delito de odio aparecen rasgos ideológicos y de aversión hacia otro pero caracterizado porque en esa repulsión hacia la víctima se dirige igualmente un mensaje hacia el colectivo protegido al que pertenece esta¹⁸. En último lugar y no en vano, la inconcreción de los presupuestos objetivos que giran en torno al concepto del discurso del odio conduce en muchas ocasiones a que la jurisprudencia acuda al término erróneamente¹⁹ para justificar sentencias condenatorias que escasa relación guardan con el art. 510 del CP²⁰.

TERUEL LOZANO a la vista de la inseguridad en la definición jurídica del discurso del odio propone precisarlo entorno a los siguientes presupuestos: 1º) Expresiones dirigidas

¹⁴ FUENTES OSORIO, J.L., “El odio como delito”, cit., pág. 44.

¹⁵ Apud. SUMNER, L.W., “Incitement and the Regulation of Hate Speech in Canada: A Philosophical Analysis”, en 2009, HARE, I. y WEINSTEIN, J., *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, New York, pp. 207-208.

¹⁶ Es interesante el extenso análisis sobre el artículo 510 del CP que realiza VICENTE MARTÍNEZ, R., *El discurso de odio*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2018, pág. 31.

¹⁷ IBARRA BLANCO, E., “Hacia una Ley Integral contra los Delitos de Odio”, en *Revista 123 de los delitos de odio*, de Tiempo de Paz, invierno 2016, pp 7 a 8. Disponible en línea en: <http://revistatiempodepaz.org/revista-123/>.

¹⁸ *Ibidem.*, pág. 8.

¹⁹ GÓMEZ MARTÍN, V., *Delitos de Discriminación y Discurso de Odio Punible: nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, 2019, pág. 114.

²⁰ V. gr. La paradigmática STC 177/2015, donde se condenaba en un supuesto de quema de fotos del Rey en una manifestación antimonárquica y la posterior STEDH del año 2018, que condenó a España por vulneración de la libertad de expresión porque ni concurría incitación a la violencia ni era expresión del discurso del odio.

contra grupos diana (raza, etnia, condición sexual, etc.), 2º) Elemento ofensivo de las expresiones, 3º) Intencionalidad directa y también una motivación concreta al actuar por razón de esa intolerancia²¹.

Habría que decir también que los delitos de odio en su sentido amplio integran, en consecuencia, al menos delitos basados en el discurso del odio, por una parte, y, por otra parte, delitos de actos de odio interpretando estos de forma estricta. Estos últimos trasladan el mensaje de odio por la fuerza de los hechos, por ejemplo, unas lesiones o un asesinato que al dirigirse contra una persona por su pertenencia a un determinado grupo manda un mensaje contra el colectivo de referencia²².

La importancia de estos delitos se fundamenta, por tanto, en una doble vertiente: por un lado, en que las víctimas de estos delitos son intencionalmente seleccionadas por motivos de discriminación y, por otro lado, y de ahí su trascendencia, se intimida a todo el colectivo al que pertenecen, lo que genera sentimientos de temor e inseguridad y atenta de forma indirecta a la paz del resto de la comunidad compuesta por los ciudadanos. En conclusión, un delito de odio puede suponer una amenaza para la paz pública.

2.1.1. De la libertad de expresión al discurso de odio

La persecución del discurso del odio ha generado un gran debate motivado por su posible conflicto con el derecho a la libertad de expresión, esto se debe a posiciones antagónicas que, por un lado, observan la intervención penal del legislador como necesaria por cuanto castiga conductas discriminatorias y, por otro lado, quienes entienden injustificada la intervención penal en este ámbito. Así, para identificar un delito de odio, es vital conocer con carácter previo la correlación y refuerzo mutuo entre los derechos a la libertad de expresión y a la igualdad.

La libertad de expresión es reconocida como derecho fundamental, que en su sentido amplio comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda clase, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento. Por tanto, son variadas las distintas libertades que aglutina abarcando pensamientos, ideas, opiniones o juicios, dotados de subjetividad. No cabe dudas de que con carácter general la libertad de expresión responde

²¹ Vid. TERUEL LOZANO, G. M., “Expresiones intolerantes, delitos de odio y libertad de expresión: un difícil equilibrio”, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, (36) 2018, pág. 4.

²² LANDA GOROSTIZA, J.M., *Los delitos de odio*, cit., pág. 25.

al acontecer social y, por ende, cada territorio, cada cultura y cada tiempo crean diferentes conceptos de la libertad de expresión²³. Se debe agregar que el desarrollo de la tecnología, ampliación de la escolaridad, las redes sociales y el acceso a todo aquel material han hecho más cómoda la vida cotidiana, de ahí que sean elementos positivos en lo que a la libertad de expresión se refiere.

Me parece interesante el voto particular emitido por el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos²⁴ en el Caso Roura Capellera y Stern Taulats²⁵, donde recalca que los derechos a la libertad de expresión e información están íntimamente ligados a la democracia y suponen un medidor de la calidad de esta misma. Además de que el discurso del odio entre sus manifestaciones incluye el lenguaje simbólico. Dicho de otra manera, por el TC, la libertad de expresión comprende la libertad de crítica aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requiere la tolerancia y una sociedad plural²⁶. Por ello considero que incluso atacando al sistema democrático tienen cabida las opiniones que se emitan, con la dispensa del discurso político que seguidamente se comenta.

En este mismo sentido, estimo pertinente recalcar de acuerdo con DOPICO GÓMEZ-ALLER que las manifestaciones o proclamas difíciles de asumir para una gran mayoría o aquellas que llegan a ofender o escandalizar a parte de la ciudadanía son precisamente las que conforman los casos complejos de libertad de expresión²⁷. Todo esto confirma que la libertad de expresión es la inmunidad jurídica de ciertas expresiones, tanto cuando sean aceptadas por la mayor parte de la ciudadanía como cuando las mismas resulten dañinas u ofensivas socialmente. Del mismo modo que se reconoce este derecho tampoco implica que sea una libertad absoluta. Tal es así que los distintos textos y cartas de derechos fundamentales reconocen expresamente su limitación y la justificación de esta misma en ponderación con otros derechos y libertades de misma protección.

Ahora bien, en particular cuando se habla de libertad de expresión en el discurso político, crítica a instituciones o a personas públicas. Hablamos de una protección mayor y en

²³ CARBONELL SANCHEZ, M., *Derecho Penal y Libertad*, Ed. Tirant Lo Blanch, México, 2015, pág. 11.

²⁴ Un magistrado que a mi juicio se ha mostrado muy crítico con respecto a la doctrina del TC en materia de presunción de inocencia o libertad de expresión formulando votos particulares.

²⁵ STC 177/2015, de 22 de julio.

²⁶ STC 174/2006, de 5 de junio.

²⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "El segundo "caso Pablo Hasél"", en *Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 20, (2021). doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6084> pág. 20.

consecuencia una restricción al *ius puniendi* del Estado, siendo más amplio el discurso aquí visto²⁸. Defender este espacio tiene sentido en un Estado de Derecho, donde deben de tener lugar las críticas, aunque pueda llegar a parecer inmoral. En otras palabras, la libertad de expresión necesita su espacio para respirar²⁹.

No se debe de olvidar que odiar no deja de ser un sentimiento, desear un mal a otro y como tal no puede ser objeto de sanción penal, incluso cuando se incite a otros a ese odio. Defiendo así la difusión de ideas por muy odiosas que sean³⁰, con base en que la opinión o ideología *per se* no son objeto de sanción para el ámbito penal³¹, supondrían una motivación al hecho delictivo y en su caso, cuando se transmita un mensaje especialmente reprochable aumentaría la antijuridicidad material del delito, pero en ningún caso va a ser lo que conforma y define el hecho delictivo.

Tal y como sienta el TEDH para calificar un acto comunicativo como discurso del odio debe suponer en principio³², una incitación directa a la violencia y dirigirse contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas, creencias o actitudes particulares.

Para concluir este punto, ni la libertad ideológica (art. 16 CE) ni la libertad de expresión (art. 20.1 CE) comprenden un derecho a efectuar expresiones racistas o sexistas entre otras, puesto que, como todos los derechos, no hay ninguno ilimitado³³, aunque solo el principio del daño justificará la limitación a los derechos citados. Lo dicho hasta aquí supone que un discurso meramente ofensivo, impopular o políticamente incorrecto estaría amparado por el derecho fundamental a la libertad de expresión, no sucediendo lo mismo cuando se va más allá³⁴. En la definición vista, por tanto, es la óptica de la libertad de expresión y la de sus eventuales límites la que pone de manifiesto la discusión de hasta dónde puede llegar el ámbito del discurso libre y como tratarlo para proteger a minorías, grupos vulnerables, etc.³⁵.

²⁸ Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “El segundo “caso Pablo Hasél””, cit., p. 20.

²⁹ Así lo dijo el Tribunal Supremo Norteamericano en la sentencia *New York Times Co. contra Sullivan* (1964): “*breathing space*”.

³⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2003/81 de 4 de diciembre (caso *günduz*).

³¹ CÁMARA ARROYO, S., “El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión”, cit., pág. 11.

³² Digo en principio, porque más adelante se analizan con detenimiento las discrepancias doctrinales al respecto. Pero al menos este es el mínimo exigible y determinado por el TEDH.

³³ STC 176/1995, de 11 de diciembre.

³⁴ Vid. GÓMEZ MARTÍN, V., *Delitos de Discriminación y Discurso de Odio Punible: nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, cit., pp. 99-100.

³⁵ Cfr. LANDA GOROSTIZA, J.M., *Los delitos de odio*, cit., p. 24.

2.2. TRATAMIENTO JURÍDICO DEL DELITO DE ODIOS Y DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y NACIONALES

2.2.1. Instrumentos Internacionales y Europeos e interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

A nivel internacional, no se duda del reconocimiento del derecho a la no discriminación y a la igualdad como pilares básicos de la comunidad internacional. Al igual que tampoco se duda del valor y entidad del derecho a la libertad de expresión, de pensamiento, de creencias y de la información. Como se señalaba en el apartado inmediatamente anterior, estos derechos llegan a colisionar en el acontecer de la vida. Es por ello, por lo que al igual que se instauran las libertades se establezcan pautas y límites a las mismas. Ni siquiera surge disyuntiva alguna en el uso del término «delito del odio» ya que lo adoptan de forma habitual las organizaciones e instituciones internacionales más importantes.

A continuación, por sólo ceñirnos a algunos estándares universales claves en la materia, se enunciarán los derechos y límites ya citados, para así revelar hasta qué punto se debe extender el manto de protección a la libertad de expresión cuando ésta puede ser utilizada para destruir los derechos de otras personas y la democracia misma.

En primer lugar, La declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, fue el primer texto donde se reconoció el derecho a la no discriminación, disponiendo que *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”*³⁶.

En segundo lugar, tras el drama vivido por la Alemania nazi y el fascismo italiano surge el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950³⁷, en base a este se consagró el TEDH, que como se verá más adelante ha sido un gran encargado en la elaboración de la línea jurisprudencial del delito del odio y su pugna con la libertad de expresión. El CEDH reconoce en su art. 10 el

³⁶ Vid. La Declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada por la tercera Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948 en París. En la que ninguno de los 56 miembros de las Naciones Unidas votó en contra del texto. Supone el estándar común para ser alcanzado por todos los pueblos.

³⁷ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente.

derecho a la libertad de expresión al igual que lo somete a restricciones en los supuestos en los que se ejerza esa libertad de modo abusivo.

Por consiguiente, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965³⁸, establece el castigo de toda propaganda inspirada en la superioridad de una raza o la justificación, motivación del odio cualquiera que sea su forma.

Encontramos otra importante precisión en el Pacto internacional de Derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966³⁹, acerca de la no discriminación por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole y la protección de la igualdad. Al mismo tiempo que determina el derecho a la libertad de pensamiento o de expresión, detalla que el respeto a los demás derechos, la seguridad o el orden público serán límites intrínsecos de aquellas. Con mayor exactitud, se refiere el art. 20.2 del texto articulado al criterio de la incitación al delito más que a la mera provocación al odio, al sancionar: *“Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”*.

Ulteriormente, la Recomendación de Política General núm. 7, de la Comisión Europea Contra el Racismo y la Intolerancia sobre la legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial, de 13 de diciembre de 2002⁴⁰, declaraba la necesidad de sancionar exclusivamente la incitación pública a la violencia, al odio o a la discriminación, las injurias o las amenazas contra una persona o un conjunto de personas, a causa de su raza, su color, su lengua, su religión, su nacionalidad o su origen nacional.

Sin olvidar, que el Apéndice a la Recomendación No R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre discurso del odio⁴¹, integra la definición del término «discurso de odio».

³⁸ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.

³⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

⁴⁰ Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia, Recomendación núm. 7 de política general de la ECRI, sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial, aprobada el 13 de diciembre de 2002 y enmendada el 7 de diciembre de 2017.

⁴¹ Recommendation No. R (97) 20 of the committee of ministers to member states on "hate speech" (Adopted by the Committee of Ministers on 30 October 1997 at the 607th meeting of the Ministers' Deputies) Disponible en línea: <https://rm.coe.int/1680505d5b>

En último lugar, por mencionar otro texto de referencia la Recomendación General N. ° 15 relativa a la lucha contra el discurso del odio, de la ECRI de 2015⁴², dispone que el discurso del odio debe entenderse como una o más formas específicas de instigación al odio, o menosprecio de una o varias personas, además de su descredito o estigmatización y la justificación de esas manifestaciones. Se establece que no se trata de una lista *numerus clausus*, sino que hay libertad para los estados⁴³ refiriéndose a raza, color, idioma, religión, etc. Igualmente se prevé sustancialmente que la sanción penal se deja para casos limitados caracterizados por el riesgo potencial que plantea de vulnerar la libertad de expresión.

Si se analiza con detenimiento, la tendencia en el Derecho internacional es la penalización de la incitación directa a la discriminación y a la violencia, no la de otras conductas que indirectamente puedan desembocar en actos discriminatorios.

En un análisis más finado procede la postura del TEDH, no cuestiona la existencia y definición de los delitos de odio y discurso del odio, es más, ha afirmado que el discurso del odio está incluido entre aquellos fines legítimos que pueden justificar la injerencia estatal en la libertad de expresión⁴⁴. Pero en su recorrido dictando sentencias donde se ponen de manifiesto estos problemas, tampoco se muestra uniforme. Conviene subrayar que de algunas sentencias parece desprenderse el uso del principio de proporcionalidad, sin embargo, en la práctica se someten los casos a examen sin adecuación a ese principio⁴⁵. Así DÍEZ BUESO dispensa la respuesta a esta incógnita: el denominado *Test de Estrasburgo*⁴⁶, mediante el cual el TEDH evalúa y cuando considera que se debe de restringir el discurso de odio, aplica unos parámetros *ad hoc* para definitivamente observar si procede la limitación⁴⁷. Estos criterios se resumen en el contenido del mensaje,

⁴² Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa, Recomendación general n° 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y memorandum explicativo adoptada el 8 de diciembre de 2015.

⁴³ De hecho, en la realidad está ocurriendo esto. Por ejemplo, en España omitimos referencias al color y a la ascendencia mientras que otros países las tienen en cuenta y viceversa.

⁴⁴ Véase, CÁMARA ARROYO, S., “El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión”, cit., pág. 52.

⁴⁵ Así lo creen autores como PORTILLA CONTRERAS, G., “La represión penal del “discurso del odio”” en ALVAREZ GARCIA, F.J., *Tratado de derecho Penal español, parte especial, IV. Delitos contra la constitución*, pág. 366 o DÍEZ BUESO, L., “Discurso del odio en las redes sociales: la libertad de expresión en la encrucijada”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, 61, (2020), pág.8.

⁴⁶ Este Test también reconocido en ALONSO SANZ, L. /VAZQUEZ ALONSO, V.J., *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Ed. Athenaica Ediciones Universitarias, 2017, pp. 21 y 22.

⁴⁷ DÍEZ BUESO, L., “Discurso del odio en las redes sociales: la libertad de expresión en la encrucijada”, cit., pág. 8.

el tipo de emisor y su intención, el destinatario y el colectivo al que pertenece, el medio de propagación del mensaje, la sanción prevista y el contexto⁴⁸.

La problemática aparece en la identificación de esta jurisprudencia, pues diferencia entre incitación directa a la violencia o la discriminación e incitación indirecta sea a delitos o a otros referentes, y digo problemática porque hay autores como PORTILLA CONTRERAS⁴⁹ que abogan por la primera de las ideas mientras que otros autores como LANDA GOROSTIZA⁵⁰ se refieren a la última. Otra de las dificultades añadidas por razón del contexto de la actualidad, es que poco se sabe acerca de si se va a poder aplicar *mutatis mutandis* los criterios dados por el TEDH a opiniones vertidas en redes sociales⁵¹.

Como corolario, queda claro que el discurso del odio es un límite perfectamente asumido por el TEDH, posibilitando ser una intromisión legítima a la libertad de expresión ante cierta propaganda hostil hacia grupos vulnerables.

2.2.2. Normativa y toma de postura española

Nuestra Constitución, consagra en su artículo 1º como valor superior de nuestro Estado Social Democrático y de Derecho, la igualdad; y en su artículo 9º dispone que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, así como el rechazo a cualquier forma de discriminación encuadrado en el artículo 14.

Simultáneamente la libertad de expresión protege un interés individual, al mismo tiempo que garantiza una institución política fundamental⁵², siendo un pilar básico del Estado democrático, regulada en el artículo 20 de la Constitución Española. Así dispone que “*Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de*

⁴⁸ Tulkens (2012) considera que los criterios esenciales son la intención y el contexto, observados ambos conjuntamente pues así es como se proyecta la fuerza pragmática del discurso, pudiendo así llegar a conocer el poder para convencer o incitar a terceros. En este punto, manifiesto mi discrepancia puesto que considero que la lectura debe ser conjunta, dejando al margen el que existan parámetros esenciales o no.

⁴⁹ PORTILLA CONTRERAS, G., “La represión penal del “discurso del odio””, cit., pp. 390 y ss.

⁵⁰ LANDA GOROSTIZA, J.M., *Los delitos de odio*, cit., pág. 34.

⁵¹ DÍEZ BUESO, L., “Discurso del odio en las redes sociales: la libertad de expresión en la encrucijada”, cit., pág. 3.

⁵² SSTC 6/1981, de 16 de marzo, y, 12/1982, de 31 de marzo.

difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.”.

Nuestra constitución clasifica simplemente por un lado los pensamientos, ideas u opiniones que pertenecen a la libertad de expresión y por el otro lado, informaciones, noticias y datos que conforman la libertad de información. De esta clasificación se deriva la exigencia de la prueba, veracidad e interés público para el caso de libertad de información⁵³.

Sin embargo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto. Está limitado por el respeto a los derechos reconocidos en el Título Primero de la CE. En caso de conflicto deberá hacerse una adecuada ponderación de los bienes jurídicos en conflicto. John Stuart Mill fue uno de los mayores pensadores y consagró una de sus mayores aportaciones como es el “principio de daño”, cuya idea se basa en que deberíamos poder hacer sin interferencias todo aquello que no dañe a otros. Por ello, la única parte de la conducta de cada uno por la que se es responsable ante la sociedad es la que afecta a los demás. En lo que sigue ni la libertad ideológica (art. 16 CE) ni la libertad de expresión (art. 20.1 CE) comprenden el derecho a efectuar manifestaciones discriminatorias, puesto que, como vengo reiterando no existen derechos ilimitados. Es bien sabido por todos los juristas la máxima de que no existen los derechos de carácter absoluto y que incluso aquellos derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, encuentran sus límites en otros que son merecedores de igual protección. Es precisamente, el artículo 20 en su apartado cuarto donde se plasman los límites. De lo expuesto, resulta inexcusable la pertinente ponderación de valores y derechos.

Habiendo mencionado los artículos ejes que se contienen en la Constitución Española, resulta indispensable relacionarlo con lo ya expuesto sobre la normativa internacional y europea porque el artículo objeto de análisis ulterior bebe de todos los estándares internacionales.

Por otro lado, el Derecho Penal como medio de control social y en aras de proteger determinados bienes jurídicos puede llegar a limitar individualmente nuestros derechos fundamentales.

⁵³ STC 41/2011, de 11 de abril.

Dada la materia que aborda este trabajo de fin de grado y más en concreto, en lo relativo a este apartado, conviene reseñar dos sentencias ya históricas como son Stern Taulats y Roura Capellera c. España⁵⁴ y Otegui Mondragón c. España⁵⁵, las cuales sitúan la libertad de expresión como uno de los fundamentos esenciales en una sociedad democrática, indispensable para crecer y progresar como tal. Esto abarca tanto las opiniones favorables como aquellas que pueden ser ofensivas, porque una sociedad democrática y plural se nutre de la diversidad de opiniones, siempre por supuesto con límites en la tolerancia y el respeto hacia los demás seres humanos⁵⁶. Esto último, justifica que los Estados en el uso del *ius puniendi* creen tipos penales que tengan por objeto sancionar formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio.

Es evidente la clara tendencia en la que nos hallamos hacia una vía en expansión tanto del plano normativo como del plano interpretativo en sede judicial respecto de los preceptos penales⁵⁷. Esto se traduce en una expansión legislativa donde se van a poder subsumir muchos más hechos y acciones en un tipo penal.

2.3. PRESUPUESTOS POLÍTICO-CRIMINALES Y REFORMA TRAS LA LEY ORGÁNICA 1/2015

El Código Penal de 1995⁵⁸ ha sido objeto de reforma en innumerables ocasiones, la que ahora interesa es la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015⁵⁹ que modifica más de una tercera parte del texto articulado. Sin más dilaciones, según expresaba la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma, los delitos por motivos de racismo y

⁵⁴ Sentencia del TEDH de 13 de Marzo de 2018, asunto Stern Taulats y Roura Capellera. c. España (Demandas nº 51168/15 y 51186/15). Párrafos 27, 30, 33.

⁵⁵ Sentencia del TEDH de 15.03.2011, Otegi Mondragón C. España, 2034/07.

⁵⁶ STC 214/1991, de 11 de noviembre.

⁵⁷ Grupo de Estudios de Política Criminal/ Universidad de Valencia/ Universidad de Cádiz/ Jueces y Juezas para la Democracia. “Una Propuesta Alternativa de Regulación de los Delitos de Expresión” Distribuye: Tirant lo blanch de 6 de octubre de 2019.

⁵⁸ Vid. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁵⁹ Vid. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

discriminación fueron objeto de modificación con motivo de la STC 235/2007⁶⁰, de 7 de noviembre y de la Decisión Marco 2008/913/JAI⁶¹.

Ahora trataremos de analizar las causas que dieron lugar a la modificación:

En primer lugar, corresponde examinar la STC 235/2007, ya que es una de las primeras sentencias dictadas en nuestro país dentro de la jurisdicción penal sobre el conflicto surgido con ocasión del ejercicio de Derechos fundamentales y Libertades públicas garantizados por la Constitución. Versaba sobre el enjuiciamiento de un propietario de una librería en la que se vendían publicaciones que trataban sobre los acontecimientos de la Alemania nazi y la Segunda Guerra Mundial, especializada en autores que negaban o justificaban la existencia del Holocausto. Se estimó parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad con las siguientes precisiones destacables: Por un lado, declaró inconstitucional la inclusión de la expresión negar, ya que castigarlo sería vulnerar el derecho a la libertad de expresión. Por el contrario, declaró constitucional el castigo de la difusión de ideas tendentes a justificar un delito de genocidio condicionado a unos parámetros interpretativos. Sin duda alguna esta Sentencia fue totalmente revolucionaria ya que introdujo una gran novedad en los delitos sobre el genocidio.

En segundo lugar, trataremos de analizar lo mejor posible la decisión Marco de 2008 llevada a cabo por el Consejo de la Unión Europea, cuyo propósito fue la necesidad de proteger los derechos de las personas, los grupos y de la sociedad en general castigando declaraciones importantes de racismo y xenofobia con sanciones efectivas⁶². Todo ello se debe al aumento de este tipo de delitos en Europa⁶³. Entonces, exhorta que cada país adopte las decisiones necesarias para asegurarse de que se penalicen acciones como la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, y la incitación pública a la violencia

⁶⁰ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre, BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007. Dicha sentencia se dictó en respuesta a una cuestión de inconstitucionalidad sobre el anterior art. 607.2, el cual castigaba la negación o justificación en relación con el genocidio. Así el TC declaró inconstitucional y nula la primera conducta, porque con ello se criminalizaba la mera difusión de ideas. Deja la puerta abierta a la constitucionalidad del precepto para aquellas conductas que nieguen el genocidio y donde se pudiera deducir una incitación directa a la violencia o menosprecio a las víctimas de delitos de genocidio.

⁶¹ Vid. Decisión Marco 2008/913/JAI, DOUE núm. 328, de 6 de diciembre de 2008.

⁶² ROIG TORRES, M., “El enaltecimiento de los delitos previstos en el art. 510 CP a la luz de la última jurisprudencia constitucional”, en *Estudios Penales Y Criminológicos*, 41, (2021), pág. 16.

⁶³ LÓPEZ ORTEGA, A.I., “Análisis y evolución de los Delitos de Odio en España (2011-2015)”, cit., pp. 145, 146.

o el odio dirigida contra una persona o grupo de personas que tengan en común la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico.

Así, el trámite legislativo de los delitos de odio caminaba en terreno fértil para la aprobación mediante la nueva ley: La LO 1/2015, que introdujo una profunda reforma en cuanto al ámbito de conductas típicas previstas en el apartado 510 del Código Penal Español. Según TAMARIT SUMALLA, esta expansión responde a un principio de política criminal basada en la democracia militante, pues se requiere del Estado un mayor empeño en la lucha contra delitos de discriminación y de odio⁶⁴.

La modificación del precepto a estudiar no supuso el único de los cambios dentro de los delitos contra la discriminación, pero sí se puede afirmar que es el más importante por ser fundamental y clave y por la decisiva transformación que experimenta. Una de las novedades es la incorporación al catálogo de motivos discriminatorios las “razones de género”⁶⁵. El nuevo precepto, además se divide ahora en un mayor número de apartados que más adelante profundizaremos. En suma, el anterior artículo 607.2 del CP desaparece y se integra transformado en el artículo 510, agrupando así en un mismo artículo todas las formas de favorecimiento o incitación al odio, discriminación o violencia⁶⁶ y, por otra parte, la producción o distribución de los materiales que por su contenido se consideren idóneos para incitar al odio o a la violencia, con la desaparición del término “provocación”. Asimismo, vemos como se incluyen medidas para la destrucción de los documentos, archivos o materiales por medio de los cuales se cometieron el delito. Otra de las consecuencias más importantes es el aumento del marco penológico previsto para dichos delitos, pasando de uno a tres años a uno a cuatro años de prisión.

Con todo, es cierto que en este ámbito hay un creciente fenómeno de casos⁶⁷, por lo que en principio se responde con una decisión legislativa de adelantar la intervención penal,

⁶⁴ Cfr. TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) *Comentarios al Código Penal Español*, Ed. Aranzadi, 7ª edición, 2016, pág. 5.

⁶⁵ GÓMEZ MARTÍN, V., “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-20, (2016), pág. 2.

⁶⁶ Vid. ROIG TORRES, M., “Los delitos de Racismo y Discriminación (art. 510)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo blanch, 2ª edición 2015, pág. 1204.

⁶⁷ Apud. Elaboración de LÓPEZ ORTEGA a partir de datos de las Memorias del Servicio del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación 2011-2014, los informes anuales sobre delitos de odio en la región OSCE 2011-2015 y los Informes sobre delitos de odio en España 2013-2015: en LÓPEZ ORTEGA, A.I., “Análisis y evolución de los Delitos de Odio en España (2011-2015)”, cit., pp. 144 a 148.

cuyo punto de partida de dicha decisión se halla en la afirmación de la habitualidad y lesividad de los delitos de odio⁶⁸.

Si bien es cierto que la intervención penal no debe ni puede emplearse para reprimir simples críticas, oposición o creencias⁶⁹. El uso del discurso del odio debe ser sancionado penalmente cuando revista un carácter más grave, es decir, cuando tenga la finalidad o se pueda prever, de incitar a cometer actos de violencia. Esto se fundamenta en que el Derecho Penal moderno, se inspira en el principio de la mínima intervención y exclusiva protección de bienes jurídicos, dejando en ultima ratio la intervención penal.

Añade TAMARIT SUMALLA, que nuestro modelo legislativo se caracteriza por la rigidez penológica en comparación con otros estados, por lo cual la discrecionalidad judicial dentro del marco penal abstracto puede ser la garantía a través de la cual se logre la correcta proporcionalidad entre pena y daño al bien jurídico protegido⁷⁰.

En síntesis, este artículo es uno de los instrumentos político-criminales más destacados⁷¹ para luchar contra la discriminación⁷², recordando que los derechos humanos tienen un carácter universal y se aplican a todas las personas, con el compromiso de garantizar la dignidad humana y el disfrute de los derechos y libertades por todas las personas sin diferenciación⁷³.

En este aspecto FUENTES OSORIO, introduce la posibilidad de que estos delitos se estén convirtiendo en una política criminal ciega, porque después de las campañas, normativa administrativa, normativa penal y una fiscalía especializada no exista un incremento de casos, al igual que la ECRI reconoció expresamente desconocer el verdadero alcance de los delitos de odio. Es por ello por lo que el autor mencionado critica la respuesta político-criminal española por cuanto restringe libertades y derechos, crea una legislación penal supra inclusiva, aumenta la represión selectiva y terminan siendo el centro de atención

⁶⁸ Léase, FUENTES OSORIO, J.L., “El Odio como Delito”, cit., pág. 35.

⁶⁹ VICENTE MARTÍNEZ, R., *El discurso de odio*, cit., Valencia, 2018, pág. 44.

⁷⁰ TAMARIT SUMALLA, J.M., “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución, art. 510”, cit., pág. 5.

⁷¹ Vid. GÓMEZ MARTÍN, V., “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, cit., pág. 2.

⁷² La discriminación tiene una base socio-estructural tal y como define REY MARTÍNEZ, F. (2015), “Discurso del odio y racismo líquido”, en REVENGA SANCHEZ. M., (Dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, en Cuadernos de la Cátedra Democracia y Derechos Humanos, Alcalá de Henares, pp. 51 y ss.

⁷³ Recomendación CM/Rec (2010)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

las respuestas penales cuando existen otras como las de carácter administrativo, social, educativo, etc.⁷⁴. Es decir, medidas que sean menos restrictivas, pero, en definitiva, efectivas.

Para concluir con este epígrafe y por consiguiente con el capítulo he de añadir una reflexión y es que, la regulación de este tipo de delitos excede de la parcela recomendada para el desenvolvimiento correcto de una sociedad democrática. Con respeto a los principios de intervención mínima penal, taxatividad, lesividad y proporcionalidad.

3. REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE ODIOS EN EL ARTÍCULO 510 DEL CÓDIGO PENAL

3.1. INTRODUCCIÓN Y CARACTERÍSTICAS COMUNES

El núcleo central del hecho delictivo comprendido en el art. 510 del CP consiste en la difusión de expresiones o calificativos en los que se contiene un mensaje de odio, y que una vez transmitido este, atenta contra un grupo, parte de este o una persona perteneciente al mismo. La particularidad que reviste este tipo es que cuando se lesiona el bien jurídico del que son titulares los anteriores sujetos se realiza en el ejercicio de derechos y libertades protegidos y reconocidos constitucionalmente. El autor del delito a veces se ampara en ese derecho fundamental, de ahí la complejidad para determinar cuándo se sobrepasa la línea efectivamente. Es decir, ¿Cuándo esa conducta es penalmente relevante? Pues bien, en primer lugar, cuando la discriminación no se vea motivada por una justificación objetiva, proporcionada y razonable⁷⁵, y, por consiguiente, cuando el autor actúa dolosamente incitando a la violencia o discriminación o difunde el odio con esa idea. Y se dice dolosamente porque es difícil que su comisión sea a través de la imprudencia⁷⁶. Así este delito se configura como un tipo de delito doloso, siendo la acción típica en cualquiera de las clases del dolo, abarcando hasta el dolo eventual, por cuanto se cuenta con el resultado o se admite el mismo. En principio sin necesidad de un *animus* (ni *animus injurandi*, ni *animus iocandi*)⁷⁷, digo en principio porque existen discrepancias entre la doctrina dado que se abre la puerta a una expansión punitiva extrema. Como regla

⁷⁴ V. FUENTES OSORIO, J.L., “El Odio como Delito”, cit., pp. 39 a 43.

⁷⁵ Así lo establece reiteradamente la jurisprudencia del TC en sentencias como ST núm. 22/1981, de 2 julio. Igualmente, la Fiscalía en su circular de Pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal (RL1995\3170).

⁷⁶ Así lo expone CÁMARA ARROYO, S., “El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión”, cit., pp. 163 a 164.

⁷⁷ STS n.º 820/2016, de 2 de noviembre. (Ponente: Sr. Antonio del Moral García).

general, se requiere de un dolo básico siempre que quede clara la voluntariedad y control de esa acción, es decir, que no responda a una reacción emocional ante un estímulo que la genere repentinamente.

Seguidamente, el tipo que se está analizando se configura bajo la estructura de delito de peligro⁷⁸, esto significa, que para su realización basta con la mera puesta en peligro del bien jurídico protegido, es decir, de la emisión genérica de un mensaje con contenido de odio⁷⁹. Mas en concreto, la fiscalía lo configura como un delito de peligro abstracto⁸⁰. Aunque nada obsta para que efectivamente se puedan lesionar los bienes jurídicos protegidos. Igualmente, los tribunales también reconocen que sea un delito de peligro abstracto donde basta la puesta en peligro sin la necesidad de un resultado concreto⁸¹. En conclusión, basta esa peligrosidad de la acción típica, medida *ex ante*.

Por otra parte, como ya se ha dicho en muchas ocasiones este tipo actualmente comprende una gran variedad de conductas entre las cuales y para su clasificación, me parece lo más correcto utilizar la que realiza FUENTES OSORIO en su estudio sobre el *Odio como delito*, y esto porque se derivan grandes consecuencias: El autor distingue el odio en 4 modalidades diferentes, odio como aversión discriminatoria, odio como aversión discriminatoria criminógena, odio como aversión discriminatoria lesiva y odio como aversión lesiva. La primera modalidad se refiere a aquellos delitos de odio que lesionan efectivamente bienes jurídicos clásicos, la segunda se identifica con conductas que no lesionan los bienes jurídicos pero que son relevantes por el clima predelictivo que generan, la tercera se refiere a las conductas consistentes en delitos de odio que atentan contra la paz pública y en último lugar, conductas que lesionan cualquier norma de la moral pública.⁸²

⁷⁸ Así lo declaró en STS por la Sala de lo penal del 9 de febrero de 2018 72/2018 (Ponente: Sr. Andrés Martínez Arrieta).

⁷⁹ STS 72/2018, de 9 de febrero. En las mismas líneas a esta interpretación la SAN 6/2018, de 1 de marzo; absuelve, sin embargo, la SAN 11/2018, de 15 de marzo.

⁸⁰ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. Apartado 2.3 sobre Naturaleza Jurídica de los delitos de odio.

⁸¹ STS 675/2020, de 11 diciembre. (Ponente: Sr. Angel Luis Hurtado Adrián).

⁸² Vid. FUENTES OSORIO, J.L., “El Odio como Delito”, cit., pág. 44.

Se debe agregar que es un tipo de delito común, esto quiere decir que puede ser sujeto activo cualquier persona⁸³, incluso las personas jurídicas⁸⁴ tal y como se contempla en el artículo 510 bis.

Todavía cabe reseñar que lo sancionable no sea el odio, alejándose así del Derecho Penal del autor. Se castigan, por tanto, las conductas consistentes en una acción que ataca al diferente como expresión de una intolerancia incompatible con la convivencia.

3.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El derecho Penal Moderno como se anticipó se caracteriza porque protege bienes jurídicos, es decir, valores o realidades individuales o colectivas con una relevancia social que los hace merecedores de esa protección. Además, actúa como límite y garantía para limitar el ius puniendi del Estado.

En este apartado se observan nuevamente las disidencias entre la doctrina por considerar qué bienes son los que realmente se protegen y cuál es la naturaleza de estos. Una gran parte se inclina por el principio de la no discriminación como único bien jurídico mientras que otra entiende que se protegen varios bienes jurídicos.

En primer lugar, autores como VICENTE MARTINEZ⁸⁵, MUÑOZ CONDE⁸⁶ o ROIG TORRES⁸⁷ entre otros forman parte de la doctrina mayoritaria, que se posiciona del lado del principio de la no discriminación como único bien jurídico protegido.

Siguiendo a CÁMARA ARROYO, encontraremos al menos un atentado contra bienes jurídicos personales como la dignidad, con independencia de que la conducta lleve aparejada la lesión de otros bienes jurídicos colectivos.⁸⁸

Por otro lado, FUENTES OSORIO señala que estos delitos se engarzan con lesiones de bienes jurídicos protegidos como es en el caso de lesiones o amenazas⁸⁹. Por ejemplo, en lo relativo a la seguridad de los grupos en casos de incitación a la violencia, pues surge

⁸³ PORTILLA CONTRERAS, G., La represión penal del “discurso del odio”, cit., pág. 361.

⁸⁴ Artículo 510 bis del Código Penal.

⁸⁵ VICENTE MARTÍNEZ, R., *El discurso de odio*, cit., pág. 106.

⁸⁶ Léase, MUÑOZ CONDE, F., “CAPÍTULO XXXV: B) Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, cit., pp. 700 a 701.

⁸⁷ ROIG TORRES, M., “Los delitos de Racismo y Discriminación (art. 510)”, cit., pág. 1255.

⁸⁸ CÁMARA ARROYO, S., “El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión”, cit., pág. 172.

⁸⁹ FUENTES OSORIO, J.L., “El Odio como Delito”, cit., pág. 37.

un peligro en la integridad física de las personas, como se ve no existen departamentos estancos.

Sin embargo, otros autores como DE PABLO SERRANO, TAPIA BALLESTEROS o MARTÍNEZ MUÑOZ abogan por un bien jurídico colectivo, porque al dañarse la dignidad humana de una persona perteneciente a un colectivo diana, ese daño se colectiviza⁹⁰.

Como bien hace saber PORTILLA CONTRERAS a veces surgen tipos en los que se castigan actos preparatorios⁹¹, y hace difícil encontrar o detectar que bien jurídico se protege. Por otra parte, señala que se trata de un delito pluriobjetivo y que, en consecuencia, no siempre se está protegiendo el mismo bien en todos los presupuestos que contiene. Se refiere al principio de la no discriminación, la seguridad o el principio de igualdad.

En este mismo sentido, GÓMEZ MARTÍN entiende que se trata de un delito pluriobjetivo con la particularidad de que se protegen bienes jurídicos mixtos individuales y colectivos a su vez, como puede ser el principio de igualdad.

Para ilustrar lo dicho también la jurisprudencia ha hecho hincapié, el supuesto de hecho que dio lugar a que el Juzgado de lo Penal N.º 2 de Manresa condenase a un miembro de un partido político por incitación a la violencia; determinó que la igualdad de todos los individuos y el orden de convivencia son bienes jurídicos que protege el legislador penal⁹². Se puede afirmar de forma genérica, que los tribunales muestran una actitud expansiva en este apartado, considerando la dignidad humana y el principio de igualdad como bienes jurídicos protegidos.

En conclusión, claro queda que el derecho fundamental a la no discriminación es bien jurídico protegido en el art. 510 del CP. Aunque todo indica que no sea el único a pesar de lo que apunta gran parte de la doctrina, de esta forma muestro mis diferencias con la doctrina mayoritaria y me postulo del lado de PORTILLA CONTRERAS, pudiendo

⁹⁰ DE PABLO SERRANO, L. y TAPIA BALLESTEROS, P.: “Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal”, en *Diario La Ley*, núm. 8911, 2017, pp. 1 a 4. o, MARTÍNEZ MUÑOZ, C. J.: «Ilícitos penales por racismo y xenofobia: delitos de odio», en *Diario La Ley*, núm. 8716, 2016, pág. 1.

⁹¹ PORTILLA CONTRERAS, G., “La represión penal del “discurso del odio””, cit., pág. 356.

⁹² Sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona-Manresa, número 307/2011 de 11 de noviembre de 2011. Véase, como análisis de este caso GASCÓN CUENCA, A., “Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N.º 26 (2012), pp. 333 y ss.

aducir la dignidad humana, igualdad o incluso el honor como valores que también protege el tipo penal. Desde mi punto de vista, es cierto que no es tan claro en comparación con otros tipos penales observar que bienes jurídicos protege el legislador. Claro está que la no discriminación o igualdad pueden encontrarse entre los mismos, o llegado el caso, la dignidad humana, honor, seguridad de determinados colectivos, convivencia social o paz pública.

3.3. SUJETO PASIVO DE LOS DELITOS DE ODIOS

En todo delito y conducta tipificada hay un sujeto pasivo, el cual es portador del bien jurídico protegido que pone en peligro o lesiona el sujeto activo. En los delitos de odio, los sujetos pasivos presentan unas características propias que lo encuadran dentro de los denominados colectivos-diana. Según la OSCE, un grupo se basa en una característica común a los miembros que forman parte de este⁹³.

En esta sede cobra importancia lo que ya se ha reiterado en lo precedente del trabajo porque sujeto pasivo puede ser un individuo, parte del grupo o el propio grupo, pero lo relevante *in fine* es la propia previsión (preselección, si se prefiere) por parte del legislador de ese colectivo como tal, ya que la conducta adquiere relevancia penal una vez se produce la conducta discriminatoria, pero además proyectándose sobre ese determinado sujeto pasivo («contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél», según el tenor literal del art. 510 CP).

Dentro del contexto de la “sociedad del desprecio”, la protección de estos colectivos tiene especial trascendencia por cuanto el discurso de odio que se proyecta sobre ellos, reproduce cómo de discriminatoria resulta la realidad social. En definitiva, porque el discurso del odio se nutre de la discriminación que subyace de entre la sociedad e igualmente esta sociedad del desprecio se nutre de la emisión de discursos del odio.⁹⁴

Por consiguiente, la elección de qué colectivos se protegen es un aspecto que varía en función de las necesidades y problemas sociales de cada Estado. No es una cuestión sencilla o precisa, porque hay sujetos que son difíciles de encuadrar dentro de un colectivo

⁹³ Vid. La Decisión N° 4/2003 del Consejo de Ministros sobre la tolerancia y la no discriminación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa. Publicada el 2 de Diciembre de 2003.

⁹⁴ ALONSO SANZ, L. /VAZQUEZ ALONSO, V.J., *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, cit., pág. 150.

o más complejos que otras características (como el color de la piel) que evidencian un rasgo identitario de un grupo, siempre todo en relación con la comisión futura del delito. Nuestro legislador penal quiso extenderse e ir más allá del ámbito de protección exigido en la DM 2008/913 al incluir motivos de discriminación no contemplados en esta, véase por ejemplo, la situación familiar. Sin embargo, no se incluyeron las personas sin hogar o las personas pobres como colectivo, es lo conocido como aporofobia. Ello a pesar de las constantes agresiones que sufren y que conocemos por su visibilidad en los medios de comunicación.

Los colectivos previstos en el tipo son *numerus clausus*. En contraposición, es evidente que ni el Rey, demás miembros de la Corona, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado además de otros de naturaleza semejante formen parte de los denominados “Colectivos-diana”⁹⁵, todo lo expuesto a pesar de que la Fiscalía General del Estado en la instrucción del referéndum celebrado el 1 de Octubre expuso que esas campañas podían tener relevancia a través del tipo del art. 510 del CP por motivos políticos o ideológicos. Así se pronunció el TEDH “difícilmente puede ser descrita como una minoría desprotegida o como un grupo que tenga un historial de opresión o desigualdad, o que afronte arraigados prejuicios, hostilidad o discriminación, o que sea vulnerable por alguna otra razón y que, por ello, requiera en principio una protección cualificada” refiriéndose a la policía⁹⁶.

En este punto, se localiza el reverso del delito de odio, y es la protección a la víctima. Frecuentemente, el sujeto pasivo y víctima suelen ser la misma persona y titular del bien jurídico protegido. Estas personas son seleccionadas intencionadamente, y se les inflige un daño físico y moral en muchas ocasiones incalculable. En nuestro país, tenemos la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Otro aspecto por destacar es la gran similitud del catálogo de motivos discriminatorios que contiene el art. 510 del CP en comparación con el art. 22. 4ª CP, donde se contienen las circunstancias de la agravante genérica de discriminación. Dicha agravante no resultará de aplicación por preverse ya esas circunstancias en el tipo que tratamos.

Personalmente, considero que este punto no genera muchas controversias por cuanto la redacción del artículo despeja cualquier duda al respecto. Sujeto pasivo será toda persona

⁹⁵ GÓMEZ MARTÍN, V., *Delitos de Discriminación y Discurso de Odio Punible: nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, cit., pág. 116.

⁹⁶ STEDH, Savva Terentyev c. Rusia, de 28 de agosto de 2018. (Párrafo 76).

entendida esta individualmente que pertenezca a uno de los grupos merecedores de esta especial protección y el propio grupo que también será sujeto pasivo. Dicho de otra forma, puede ser una persona, varias perteneciente a un colectivo diana, o el propio grupo en sí. Merece de una especial atención, el que a veces no adquiriera tanta importancia una persona entendida esta como un ser individual sino la significación social o lo que esa persona representa respecto de otras de su mismo grupo⁹⁷. Las condiciones que se van a exponer seguidamente no dejan de ser características que van de la mano del cambio social y del paso del tiempo

A continuación, explicaremos sucintamente los grandes colectivos que expresa el art. 510 del CP.

3.3.1. Por razón de raza, etnia o nacionalidad

¿Cuál es el origen de la discriminación racial? No es posible dar una respuesta uniforme puesto que podría afirmarse que es el grupo con más recorrido en la protección universal frente a la discriminación, desde la esclavitud hasta el movimiento *Black Lives Matter*, son muchas los estadios por los que ha pasado este fenómeno. Diría sin lugar a duda, que es el móvil vejatorio con más antigüedad históricamente hablando si atendemos a la esclavitud de los seres humanos, desde la Hispania romana hasta su final entorno al siglo XIX cuando se consigue abolir, a lo largo de la historia han existido razas muy castigadas y vulnerables socialmente como afroamericanos, gitanos, judíos o musulmanes entre otros. Podemos englobarlas en la misma categoría, aunque son varias las denominaciones que encontramos de carácter semejante: raza, color, etnia u origen nacional.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965 determina que discriminación racial será «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».

⁹⁷ TAMARIT SUMALLA, J.M., “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución, art. 510”, cit., pág. 5.

Hemos de precisar que lo cierto es que científicamente el término «raza» es confuso, e incluso hay declaraciones por parte de instituciones como la OSCE que invitan a abandonar su uso por cuanto puede resultar perjudicial⁹⁸.

LANDA GOROSTIZA conceptualiza el racismo como un fenómeno amplio en el cual se crean prejuicios, nociones estereotipadas entorno a características físicas (color de piel, ojos...) o de otro tipo (cultura, idioma, un pasado histórico compartido...)⁹⁹. En definitiva, son muchos los elementos que nos pueden conducir a crear un origen étnico o una raza.

También se debe poner de relieve que efectivamente existen diferencias terminológicas entre racismo y xenofobia o entre raza, etnia y nacionalidad, aunque con poca significación a efectos penales. Por ejemplo, el racismo es una actitud que presenta una actitud de superioridad frente a otros diferentes mientras que la xenofobia es una actitud de odio hacia el extranjero¹⁰⁰. Por otro lado, el término raza resulta difuso, aunque se refiere a una clasificación biológica¹⁰¹, etnia se refiere a una comunidad con una historia y cultura compartida como la etnia gitana o el pueblo judío y la nacionalidad que cuenta con conexiones más jurídicas que de otro tipo respecto a un Estado.¹⁰² No obstante, el legislador sigue nombrando expresamente todos estos motivos reiterándose en el sujeto pasivo que en definitiva se pretende proteger, quizás para no dejar resquicios en la protección de este grupo.

3.3.2. Por razón de orientación o identidad sexuales (Colectivo LGTB)

Reconociendo que las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, (ahora también se introduce dentro de este colectivo las personas intersexuales, o queer entre otras minorías dentro del colectivo), han sufrido durante siglos las reacciones de homofobia, transfobia y cualquier otra forma de intolerancia. Incluso cuando estas actuaciones se daban en el seno de su familia mediante la exclusión o marginación por motivos de

⁹⁸ Legislación sobre los Delitos de Odio [Guía Práctica], traducción no oficial del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2009. Pág. 58.

⁹⁹ Apud. LANDA GOROSTIZA, J.M., “«Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del artículo 510 y propuesta de lege lata (A la vez un comentario a la STS 259/2011 –Librería Kalki– y a la STC 235/2007)»”, RDPC, 3ª época, nº 7, enero de 2012, pp. 297-346.

¹⁰⁰ AGUILAR GARCIA, M.A., *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, en Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, 2015, pp. 44 a 51.

¹⁰¹ STEDH de fecha 13 de diciembre de 2005, Timishev c. Rusia.

¹⁰² AGUILAR GARCIA, M.A., *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, en Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, 2015, pp. 44 a 51.

orientación sexual, no podía ser menos por parte del legislador al considerar este colectivo dentro del ámbito del art. 510 del CP. Por ello, la orientación sexual o de identidad de género son un motivo prohibido de discriminación. Al reconocer esta última razón se extiende el castigo a los supuestos de transfobia.

Clarificando los conceptos la «orientación sexual» se refiere al deseo referido a la sexualidad y la «identidad sexual» se refiere al conjunto de características de índole sexual y de sentimientos que van a ser indicadores de si una persona se siente hombre o mujer, o simplemente lo que siente y que no tienen por qué ir de la mano de su sexo biológico o su genitalidad¹⁰³. Respecto a este último término hay poco consenso debido también a la actualidad de estos temas.

Es una evidencia la vulnerabilidad que presenta este colectivo ante el reproche social que sufren, especialmente adolescentes y jóvenes. También podríamos hacer una pequeña mención a las personas seropositivas, a veces doblemente afectadas por la LGTBIQfobia y la serofobia. Este último caso también podría encuadrarse en la discriminación por razón de enfermedad.

3.3.3. Por razón de género

Tal y como se anticipó esta previsión fue introducida a través de la reforma del CP mediante la LO 1/2015. Con carácter previo teníamos la LO /2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuyo cometido en este ámbito era agravar la pena en los casos de violencia en dentro de una relación matrimonial pasada o presente o igualmente en relaciones análogas. Pero no siempre esa violencia o caso va a ser subsumible en un delito de odio por razón del colectivo que comprende una mujer y con motivo de discriminarla, en consecuencia, su protección no llega ni de lejos a otorgar la actual del art. 510.

De forma semejante sucede con pensar que los actos ahora y aquí amparados lo estarían vía discriminación por razón de sexo, puesto que no significan lo mismo; el sexo es un concepto biológico mientras que el género es una construcción social, tal y como expresa el Convenio sobre Prevención y Lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (CETS nº 210, convención de Estambul); *“el género es el papel que*

¹⁰³ Ibidem pág. 60.

*la sociedad ha otorgado a hombres y mujeres, así como las conductas, actividades y atributos que se consideran adecuados para hombres y mujeres”*¹⁰⁴.

Este conflicto de discriminación tiene explicación en la sociología y es que nuestra sociedad aún tiene un gran arraigo en el modelo tradicional antropocéntrico de organización jerárquica familiar, donde todo gira en torno al cabeza de familia como encargado principal de la familia. Así, el Patriarca tiene derecho a utilizar la violencia en caso de desobediencia de los demás miembros.¹⁰⁵ En este contexto es donde comprendemos lo limitada que tenía la vida una mujer en el ámbito de su autonomía. Por ejemplo, al tener que pedir permiso para cualquier actividad de índole económica.

Por otro lado, a lo largo de la historia se puede observar como el legislador penal se alejaba de la esfera doméstica con motivos de no perturbar la paz familiar, dejando esa intervención para los propios miembros de esa unidad familiar¹⁰⁶.

Bajo el paraguas de la discriminación por razones de género se castiga toda clase de conducta aversiva sin necesidad de que exista una relación matrimonial, ya sea esta presente o pasada, ni tampoco de relación análoga, ya sea esta presente o pasada. Lo necesario es el ataque de un sujeto activo como hombre y sujeto pasivo como mujer.

No obstante, al preverse este ataque al género no será de aplicación la previsión del art. 22.4 para no incurrir así en un *bis in ídem* prohibido.

Dentro de este apartado, dada la novedad que supuso la inclusión de este motivo de discriminación dentro del art. 510 del CP, hago referencia a un caso bastante mediático por ser la primera condena¹⁰⁷ que recaería sobre la citada previsión del género femenino. Un usuario de la red social *Twitter*, en la que disponía de dos cuentas (ya que la primera de ellas fue suspendida al divulgar mensajes como los que se muestran, se creó una nueva cuenta para seguir profiriendo mensajes semejantes), difundió mensajes como los siguientes:

¹⁰⁴ Así lo recuerdan autores como ROIG TORRES, M., “Los delitos de Racismo y Discriminación (art. 510)”, cit., pág. 1256, o GÓMEZ MARTÍN, V., “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, cit., pág. 18.

¹⁰⁵ GÓMEZ MARTÍN, V., “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, cit., pág. 19.

¹⁰⁶ *Ibid.* pág. 20.

¹⁰⁷ SAN 2/2017, de 26 de enero (Sala de lo Penal, Sección 4ª).

- *"53 asesinadas por violencia de género machista en lo que va de año, pocas me parecen con la de putas que hay sueltas."*
- *"Y 2015 finalizará con 56 asesinadas, no es una buena marca pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos esa cifra, gracias"*
- *" Ya tengo los explosivos preparados para esta noche liarla en Sol, Feliz Año, Alá es grande"*
- *"Ahora solo falta un atentado en Madrid, unos cuantos españoles muertos y un 2015 de puta madre."*
- *"Ya no se ven atentados como los del 11S, estos de la Yihad no valen, sin van a masacrar a gente que lo hagan con estilo, vuelve Bin Laden."*
- *"Patricia era feminista y se tiró al río porque las mujeres se mojan por la igualdad."*
- *"A mí me gusta follar contra la encimera y los fogones, porque pongo a la mujer en su sitio por parte doble."*
- *"Ya la he maltratado, tu eres la siguiente."* Junto con una imagen de una mujer que no consta si era víctima de maltrato o violencia de género.

LANDA GOROSTIZA critica duramente esta sentencia por estar escasamente fundada¹⁰⁸, opinión que comparto indudablemente con el autor, por cuanto ni siquiera se referencia que apartado del art. 510 del CP es sobre el que recae la conducta. Si bien es cierto, aquí se observa la gran complejidad que presentan los delitos de odio por cuanto se solapan diferentes conductas del artículo.

En última instancia, me parece correcto destacar la cabida que podría llegar a tener en este punto la prostitución y mujeres víctimas de trata, las cuales llevan un lastre por el estigma que llevan consigo y son mujeres que de por sí tienen historias muy complicadas a sus espaldas, y no con todo ello sufren constantes agresiones verbales, especialmente cuando trabajan en la calle. En correspondencia, merecen de una especial protección y sensibilización por parte de la población¹⁰⁹.

¹⁰⁸ LANDA GOROSTIZA, J.M., *Los delitos de odio*, cit., pp. 95 a 100.

¹⁰⁹ GASCÓN CUENCA, A./ AÑÓN ROIG. M.J./ MORA CASTRO, A./GARCÍA CÍVICO, J./ MERINO I SANCHO, V., *Igualdad de trato, prevención de la discriminación y delitos de odio en la Comunitat Valenciana*, Ed. Tirant lo blanch, 2019, pp. 86, 119, 120.

3.3.4. Por razón de su religión o creencias

La libertad religiosa es un derecho fundamental basado en la opción de cada persona para profesar la religión o el tipo de creencia que quiera, ya sea seguir una religión en particular o no seguir ninguna. Es un derecho reconocido en nuestra constitución al igual que en numerosos instrumentos internacionales en la protección de los Derechos Humanos.

Es lógico que las minorías religiosas tengan que estar más protegidas que las mayorías por ser un sector muy reducido. En la actualidad, hay un creciente odio hacia la religión islámica conocida como Islamofobia.

Es importante diferenciar este tipo penal de los delitos contra los motivos religiosos recogido en los artículos 522 a 526 del CP. Tampoco es lo mismo que el antisemitismo y así lo declara el legislador expresamente, diferenciando en motivos separados las creencias o la religión del antisemitismo. Este último, es un concepto que no se corresponde estrictamente con la religión que siguen los judíos, sino también a la raza y a cuestiones culturales de estos. También, se les ha intentado proteger de una forma muy especial por los precedentes de la Alemania Nazi.¹¹⁰

3.3.5. Por razón de su ideología

En contraposición a la razón anterior, la ideología se recoge en el art. 16 de la CE y se refiere al ámbito político, a pesar de que pueda confundirse con las creencias religiosas. Más bien, responde al odio que se tiene cuando alguien no piensa de la misma manera.

Las situaciones más conocidas aquí son los enfrentamientos o ataques de grupos de extrema derecha o neonazis a personas que a resultas de su ideología política, las cuales son contrarias a las suyas trae consigo el móvil del delito de odio. *Ídem*, con los grupos de extrema izquierda o antifascistas. También los movimientos relativos al independentismo se encuadran en este apartado.

3.3.6. Por razón de situación familiar

Otra cuestión que ha pretendido proteger nuestro legislador penal es la situación familiar. Es una característica novedosa y muy representativa respecto de los cambios sociales, porque hace años era inimaginable concebir modelos de familia que hoy en día están totalmente normalizados. Comprende situaciones como el divorcio, separación,

¹¹⁰ Guía práctica para la abogacía sobre los delitos de odio, elaborada por la Fundación de la Abogacía Española, pág. 27.

viudedad, matrimonio, etc. En definitiva, es un motivo que puede llegar a ser muy amplio incluso abarcar razones económicas o de filiación.¹¹¹

3.3.7. Por razón de enfermedad o discapacidad

La OMS define enfermedad como una “alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias partes del cuerpo, por causas en general conocidas, manifestada por síntomas y signos característicos, y cuya evolución es más o menos previsible” y entiende discapacidad como “un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales”.

En este apartado resalta lo importante que es proteger a este colectivo, por cuanto son personas sometidas a una vulnerabilidad muy notable, hallamos la explicación en su propia situación personal al padecer la enfermedad o discapacidad, además de la exclusión social a la que se ven sometidos y, en suma, la situación de indefensión por la propia discapacidad o enfermedad, es decir, están en una posición social de asimetría total.¹¹²

El término discapacidad viene dado en la sustitución del anterior, minusvalía; con motivo de lo dispuesto en la Disposición Adicional Octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Como ya adelantamos, un caso muy típico de discriminación por razón de enfermedad es el de los enfermos de SIDA o VIH.

¹¹¹ VICENTE MARTÍNEZ, R., *El discurso de odio*, cit., pág. 140.

¹¹² Guía práctica para la abogacía sobre los delitos de odio, elaborada por la Fundación de la Abogacía Española, pp. 25 a 26.

3.4. CONDUCTAS TÍPICAS

El artículo 510 prevé dos grandes categorías de conductas¹¹³: por un lado, las consistentes en promover la incitación al odio o a la violencia con motivos discriminatorios, y, por otro lado, cuando se humille o menosprecie con motivos discriminatorios a los sujetos protegidos o se enaltezcan delitos cometidos contra los mismos.

También se observará la posesión o composición de materiales que resulten idóneos para materializar las conductas antes dichas y penaliza la negación, trivialización grave o enaltecimiento de los delitos cometidos contra la comunidad internacional. Con una novedad sobre las nuevas tecnologías como es internet, o la inhabilitación especial que se puede establecer para para ejercer determinadas profesiones u oficios.

Llama la atención lo amplio que es el elenco de conductas punibles que se contienen en el tipo. Bajo este motivo resulta evidente que se tenga que interpretar de forma restrictiva¹¹⁴. La diversidad de conductas, sujetos pasivos, una mayor pena respecto del tipo anterior a 2015 han hecho pensar a gran parte de la doctrina de que el tipo penal no consigue respetar el principio de taxatividad. Así lo expresa HERNÁNDEZ ROYOS en un artículo “cuando la vieja excepcionalidad deviene en nueva normalidad”¹¹⁵.

3.4.1. Tipos básicos: Artículo 510.1 CP

Este primer apartado contiene el tipo básico del delito del discurso del odio.

Penaliza: Fomentar, promover, incitar directa e indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia.

Es decir, aquellas conductas provocadoras de discriminación hacia personas o una persona perteneciente a un grupo como sujeto protegido¹¹⁶, conductas que se castigan,

¹¹³ Vid. VICENTE MARTÍNEZ, R., *El discurso de odio*, cit., p. 114. o LANDA GOROSTIZA, J.M., *Los delitos de odio*, cit., p. 64

¹¹⁴ GÓMEZ MARTÍN, V., *Delitos de Discriminación y Discurso de Odio Punible: nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, cit., p. 177.

¹¹⁵ HERNANDEZ ROYO, A., “El delito de incitación al odio del artículo 510 CP: cuando la vieja excepcionalidad deviene en nueva normalidad”, en *La Ley Penal*, Nº 145, Sección Estudios, Julio-Agosto 2020, Wolters Kluwer LA LEY 10210/2020.

¹¹⁶ MUÑOZ CONDE, F., “CAPÍTULO XXXV: B) Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, cit., p. 741.

aunque no se produzca la discriminación, por aquello de que se pretende castigar la creación de un peligro abstracto.

Como primera aproximación es necesario resaltar el marco penal abstracto que establece el legislador entre 1 y 4 años de prisión, además de la multa de 6 a 12 meses. Es un aspecto bastante relevante, porque como ya anticipamos la pena fue incrementada en la reforma del año 2015 con el objetivo de castigar fuertemente estos delitos ante el aparente aumento de estos. Por otro lado, resulta llamativo que se castigue con la misma pena supuestos de hechos muy variados donde puede oscilar la gravedad de las conductas.

Con toda seguridad, es la conducta más importante y problemática en su recorrido, donde la dificultad giraba en lo relativo a la redacción y el juego de palabras utilizadas por el legislador.

En primer lugar, se suprimió el término «provocación», entendido este a través del art. 18 del CP cuando “directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito”. Como indica muy acertadamente MARTÍNEZ RIOS, lo que se pretende es desvincularse de la provocación contenida en el art. 18 en todo lo referente al contenido del tipo del 510¹¹⁷. Precisamente, el legislador intencionadamente se aleja de este precepto por el requisito relativo a la perpetración del delito, siendo una exigencia difícil de probar en la práctica.¹¹⁸

En segundo lugar, se añaden los términos «Fomentar» y «Promover», en este punto surgen los principales problemas por cuanto el legislador no define lo que debemos de entender por fomentar o promover, al contrario que provocar. La RAE establece como sinónimos las tres acciones utilizadas por el legislador con el denominador común de que todas impulsan algo. Resulta criticable desde luego este afán del legislador de reiterar terminológicamente como si de un recurso estilístico se tratase, al tiempo de no dejarse ninguna conducta en su actitud expansiva.

Atendiendo a lo dicho por los autores, ROIG TORRES sostiene que «Fomentar» y «Promover», son semejantes a «Incitar». Es interesante la relación de conceptos que sostiene CÁMARA ARROYO “*Incitar es una modalidad de inducir, que se caracteriza*

¹¹⁷ MARTÍNEZ RIOS, J. “Los delitos de odio en el Código penal español”, en *La ley Digital*, Nº 145, Sección Estudios, Julio-Agosto 2020, LA LEY 10211/2020, Wolters Kluwer, pág. 7.

¹¹⁸ Cfr. Con ALASTUEY DOBÓN, por cuanto observa este cambio como negativo en, ALASTUEY DOBÓN, C., “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, cit., pág. 16.

por la mayor intensidad de la manipulación psicológica que hace nacer la intención delictiva en su sujeto. Por otra parte, inducir significa provocar, ser el motor o la causa de una conducta ulterior.” y “fomentar significa literalmente excitar o impulsar algo, de manera análoga a promover.” Por mucho que la doctrina se esfuerce en establecer definiciones diferenciadas la tautología ya está fijada en el artículo.

Por otra parte, se castiga tanto la incitación directa como indirecta, cuya constitucionalidad fue reconocida en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, admitiendo la incitación indirecta cuando suponga un riesgo y se ponga en peligro el bien jurídico protegido, generando un clima predelictivo de hostilidad¹¹⁹. La incitación responde a la emisión de un discurso del odio extendiendo este al público y a una generalidad de personas con el objetivo de despertar en ellos sentimientos de odio y la futura perpetración de delitos contra los colectivos vulnerables¹²⁰.

Tras clarificar terminológicamente los verbos contenidos en el tipo, resulta curioso como a través de la introducción de «Fomentar» y «Promover» no se respeten los límites establecidos en la anterior sentencia citada. Una vez más se constata el carácter expansivo y excedido al tiempo del art. 510.

A lo que se puede incitar o fomentar no sólo es en lo estricto a una acción delictiva, sino a los propios sentimientos de odio, algo mucho más subjetivo.¹²¹ En la misma dirección, la STS 72/2018¹²² señalaba que el art. 510.1 sanciona a quienes promueven la discriminación, el odio o la violencia contra grupos por distintos motivos y cuyo “elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica (...)”. Es decir, el tipo presenta una dificultad añadida en aquellos casos en los que se incite al odio al ser este un sentimiento, al contrario de si se incita a la violencia.

Por otro lado, es reseñable la introducción del término “hostilidad” junto con el odio, la discriminación y la violencia, el cual venía siendo recogido previamente en textos

¹¹⁹ PORTILLA CONTRERAS, G., La represión penal del “discurso del odio”, cit., pág. 368.

¹²⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El discurso del Odio*, cit., p. 123.

¹²¹ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, pág. 22 a 23.

¹²² STS 72/2018 de 9 de Febrero, (ponente: Sr. D. Andrés Martínez Arrieta).

internacionales. Entiendo “hostilidad” como aquellas “conductas abusivas o agresivas por un móvil discriminatorio”¹²³.

Habría que hablar del presupuesto de la publicidad mencionado expresamente en el precepto a través del adverbio “públicamente”, entendido este como la puesta a disposición del público de un mensaje de odio, es decir, la exposición ante varias personas, no debe confundirse con la difusión pública que dará lugar a otro precepto penal que veremos, el cual agrava las penas por razón de la naturaleza del medio por el que se transmite.

En cuanto a la tipicidad subjetiva, parece ser necesaria la presencia de un móvil discriminatorio y de un ánimo de provocación.

Hay autores que afirman que el tipo del 510 ha convertido como delito autónomo a los actos preparatorios de delitos o la tentativa de inducción, incluso cuando no se llega a la propia figura de acto preparatorio.¹²⁴ Se adelanta la punición al “*iter criminis*”.

CÁMARA ARROYO pauta los criterios para considerar actos preparatorios como punibles, valorando la conducta de aquel que se manifiesta amparado en la libertad de expresión en varios extremos de esta, para ver si efectivamente es un acto preparatorio, ponderando los derechos en cuestión y examinando la gravedad exacta de la conducta.¹²⁵

Este precepto no alcanza el propósito por el que se diseña, que es el de proteger efectivamente a los grupos. Por eso autores como PORTILLA CONTRERAS sostienen que no es más que un tipo penal que desaprueba las opiniones libres¹²⁶. Ello por cuanto puede haber casos donde una persona emita ideas contra una raza y no por ello va a atentar contra esa misma, siendo opiniones malaventuradas que en todo caso quedarían amparadas en la libertad de expresión.

En su letra b) se sanciona la: *Producción, elaboración, posesión, distribución, venta, etc., de escritos u otros materiales idóneos para generar un peligro para los bienes jurídicos protegidos.*

¹²³ PORTILLA CONTRERAS, G., La represión penal del “discurso del odio”, cit., pág. 373.

¹²⁴ PORTILLA CONTRERAS, G., La represión penal del “discurso del odio”, cit., pág. 373.

¹²⁵ CÁMARA ARROYO, S., “El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión”, cit., pp. 201 a 202.

¹²⁶ PORTILLA CONTRERAS PORTILLA CONTRERAS, G., La represión penal del “discurso del odio”, cit., pp. 364 a 365.

La importancia de este precepto reside en la conducta mencionada a pesar de que el tenor literal del CP sea más extenso. Lo explicado en el punto inmediatamente anterior también nos sirve para el presente en parte, puesto que se pretenden castigar estas conductas en virtud del contenido de los escritos o de los materiales mediante los cuales se logre fomentar, promover o incitar a la discriminación. Como destaca PORTILLA CONTRERAS y la luz del tenor literal del precepto se pena la idoneidad ya sea para un acto preparatorio como para una participación cuando se genere un riesgo¹²⁷. De esta forma se penalizan hechos previos a la comercialización de ese material¹²⁸, véase un simple librero que tiene en su posesión un libro idóneo para incitar al odio, en efecto es una extralimitación por parte del legislador.

Con esto quiero decir que tenemos un mayor adelantamiento por parte del legislador penal, la DM de 2008 fijaba la penalidad en conductas “mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales”¹²⁹ excluyendo expresamente acciones como producción, elaboración o posesión, cuando estas últimas si se encuentran dentro del elenco del art. 510. Aun así, se prevé la misma pena a pesar de que puede ser menos merecedora de reproche penal, por ello no respeta el principio de proporcionalidad.

Otro aspecto es la consumación del delito, la cual se produce por la mera tenencia de esos materiales. El objeto, es decir, el formato que pueden revestir estos materiales puede ser cualquier tipo de soporte.

Para concluir, es un precepto muy cuestionable por cuanto no respeta el principio de proporcionalidad en la pena impuesta sin diferenciar no solo entre las conductas de esta letra (b) sino ya en relación con las conductas penadas en la letra anterior (a). Es un razonamiento muy lógico donde no reparó el legislador, porque no puede tener una equiparación penológica la acción poseer que la de difundir, al no tener tampoco la misma gravedad; un librero que posee material capaz de generar un clima de hostilidad en realidad no ha llevado a cabo ninguna acción para que eso ocurra. En el mismo sentido que antes se mencionó a PORTILLA CONTRERAS por considerar que se trata de un artículo más de censura que de protección, en este caso me vuelvo a reafirmar en la misma

¹²⁷ PORTILLA CONTRERAS, G., La represión penal del “discurso del odio”, cit., p. 376.

¹²⁸ ROIG TORRES, M., “Los delitos de Racismo y Discriminación (art. 510)”, cit., pág. 1212.

¹²⁹ Artículo 1 de la Decisión Marco 2008/913/JAI, DOUE núm. 328, de 6 de diciembre de 2008.

línea, no sólo no respeta el principio de intervención mínima sino también el de proporcionalidad en lo relativo a la pena prevista.

En último lugar se castiga la: *Pública negación, trivialización o enaltecimiento de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.*

Este precepto surge como consecuencia de la adhesión al mismo del anterior artículo 607.2 del CP (justificación del genocidio como incitación indirecta a la comisión del delito), además de inspirarse en la DM de 2008 aunque en este cambio el legislador no incluyó el concepto de la apología frente a lo establecido por esta DM, al igual que el legislador español sustituyó la “trivialización flagrante” por “trivialización grave”. Este tipo no solo se refiere al genocidio sino a demás delitos cometidos contra la comunidad internacional.

La ECRI¹³⁰ delimita el enaltecimiento como «la alabanza o exaltación de una persona por haber hecho algo», la negación referida al holocausto como «el acto de negar, cuestionar o admitir dudas, de forma parcial o total, sobre el hecho histórico del genocidio de judíos durante la Segunda Guerra Mundial»; y la trivialización como «hacer que algo parezca que no tiene importancia o es insignificante», a este último concepto se refiere la RAE de la misma forma.

En primer lugar, por lo que concierne a la negación claro quedo en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, que la negación o justificación del genocidio sólo es punible cuando represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de discriminación, aduciendo un criterio restrictivo al respecto. Se castiga así la negación en la medida en que esta constituya una forma para promover el odio y la violencia¹³¹. No obstante, el concepto “justificación” queda fuera del presente apartado.

Por lo referente a la trivialización como ya se ha anticipado es restarle importancia a algo, lo cual no significa negar. Yo me postulo en la línea de lo argumentado por ROIG TORRES por cuanto trivializar gravemente comparte puntos de conexión con la

¹³⁰ Recomendación general nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y memorándum explicativo adoptada el 8 de diciembre de 2015.

¹³¹MUÑOZ CONDE, F., “CAPÍTULO XXXV: B) Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, cit., pág. 743 y PORTILLA CONTRERAS, G., La represión penal del “discurso del odio”, cit., pág. 368.

justificación de un delito, pero sin llegar a compartir una misma significación. Tal y como destaca la autora la trivialización va en el camino de la justificación pero con una menor entidad.¹³²

Por otro lado, resalta PORTILLA CONTRERAS que la forma correcta de utilizar la expresión “enaltecimiento” debería de ir únicamente referida al autor y en su lugar emplearse el término justificación para lo relativo al delito¹³³. Aunque también se puede advertir la similitud entre justificar y trivializar gravemente por menospreciar a las víctimas e influir en un clima predelictivo. Recordamos que el tipo en realidad emplea el enaltecimiento referido tanto al delito como al autor, la Fiscalía señala que dentro del concepto “autor” aquí empleado se refiere tanto al autor directo, mediato, coautores, inductores y cómplices necesarios, sin embargo, quedan excluidos los cómplices (art. 29 CP)¹³⁴.

Por lo que concierne a la consumación del tipo, esta tiene lugar con la mera difusión de ideas de forma pública. Por lo relativo al presupuesto de la publicidad me remito a lo ya explicado. Además, se observa el mismo móvil discriminatorio, aunque el tipo exige en suma la creación de un clima que favorezca de algún modo a la violencia, hostilidad, odio o sentimiento. Lo expuesto significa que la no concurrencia de estos presupuestos no han lugar a una acción típica.

De forma semejante ocurre con la pena prevista, la cual es igual que en los presupuestos anteriores.

En conclusión, son tres las conductas que prevé el art. 510.1º. c), de las cuales, resalto las dos últimas por atentar gravemente la libertad de expresión.

3.4.2. Tipo privilegiado: Artículo 510.2 CP

Lo denominamos tipo privilegiado por preverse en realidad un tipo básico con una pena diferente e inferior a los preceptos inmediatamente anteriores, es decir, un tipo atenuado. A su vez se subdivide en dos conductas para las cuales se establece la misma pena, así los hechos se castigan con una pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses. Aunque propiamente al final de la redacción del art. 510.2 CP se establece

¹³² ROIG TORRES, M., “El enaltecimiento de los delitos previstos en el art. 510 CP a la luz de la última jurisprudencia constitucional”, cit., pág. 267.

¹³³ PORTILLA CONTRERAS, G., La represión penal del “discurso del odio”, cit., pág. 379.

¹³⁴ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, pág. 28.

un tipo cualificado donde se castigarán con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando se promueva favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación; entendido cuando exista una potencial posibilidad y riesgo de que se produzcan actos violentos posteriormente¹³⁵. Es llamativo como el tipo común agravado aumenta la pena y la equipara con la prevista para las tres conductas del punto 1.

Letra a): Lesión y puesta en peligro de la dignidad por móviles discriminatorios:

Este apartado se ha nutrido del Código Penal Alemán al penalizar conductas lesivas de la dignidad de las personas por suponer un descrédito, humillación o menosprecio hacia la misma. Entendemos este tipo mejor si pensamos en la actitud del legislador de no dejar resquicios en la penalización de conductas discriminatorias, por eso conductas que no puedan entrar por el apartado 1 pueden quedar amparadas en el presente.

En este caso concreto se podrían identificar el honor y la integridad moral como bienes jurídicos protegidos en contraposición con lo explicado en este trabajo en el apartado de Bienes Jurídicos protegidos, autores como MUÑOZ CONDE remarcan que se trata de un tipo semejante a los delitos contra la integridad moral¹³⁶.

Esta letra en concreto sanciona dos conductas diferentes, pero con la misma pena, se castiga igual la lesión al bien jurídico que su puesta en peligro, lo cual es completamente irracional.; por un lado, tenemos un delito de resultado¹³⁷ con móvil discriminatorio (racistas, nacionalidad, etnia o religión...) consistente en lesionar la dignidad con acciones que sean humillantes, de menosprecio o descrédito y por otro lado, la producción, elaboración o difusión de cualquier material cuando sea idóneo para lesionar la dignidad de las personas. Este último inciso del precepto presenta una redacción muy similar a la de la letra b) del primer apartado, siendo un delito de peligro abstracto al igual que el mencionado, la diferencia en esta sede se refiere a la humillación, menosprecio o descrédito con carácter grave que debe revestir la conducta.

¹³⁵ ROIG TORRES, M., “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512) en González Cussac, J.L. (DIR.) /GÓRRIZ ROYO, E. y Matallín Evangelio, A. (Coords.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, Tirant lo Blanch, 2015, p. 1264.

¹³⁶ MUÑOZ CONDE, F., “CAPÍTULO XXXV: B) Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, cit., pág. 745.

¹³⁷ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, pág. 29.

A los efectos de considerar una conducta como típica se entiende el descrédito como la «disminución o pérdida de la reputación de las personas o del valor y estima de las cosas», el menosprecio como «equivalente a poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén», y la humillación como «herir el amor propio o dignidad de alguien, pasar por una situación en la que la dignidad de la persona sufra algún menoscabo».¹³⁸

En conclusión, es un apartado con menos dudas en cuanto a su constitucionalidad por cuanto intenta proteger la dignidad de las personas y evitar la impunidad de conductas atentatorias contra los colectivos descritos, pero presenta una desventaja por cuanto colisiona con otros tipos penales que castigan conductas similares. Además de la extralimitación referente a lo establecido por la DM de 2008.

Enaltecimiento o justificación de delitos discriminatorios.

Este inciso castiga la mera difusión de ideas cuando estas exalten delitos discriminatorios, es por ello por lo que al no exigirse una incitación directa el precepto tenga una dudosa razón de ser. No es preciso por tanto la creación de un clima de hostilidad, de odio o de violencia “*ex ante*”, luego se entiende como ilícito un sentimiento que en definitiva responde a la intolerancia.¹³⁹

A los efectos de este precepto se entiende como delitos discriminatorios todos aquellos que no sean los contenidos en el artículo 510.1.c), es decir, los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

Por consiguiente, el tipo contiene dos conductas ya sean enaltecer o justificar un delito discriminatorio, es digno de mención el criterio tan poco lógico que siguió el legislador al introducir estas dos acciones en el caso presente y no siendo así en la letra c) del apartado primero donde deja únicamente el enaltecimiento referido a los delitos.

Otro aspecto por destacar y que difiere de la letra c), es el presupuesto de la publicidad, en este caso es más amplio y se expresa a través de “cualquier medio de expresión pública o de difusión”.

¹³⁸ La STS n.º 656/2007, de 17 de julio. (Ponente: Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre).

¹³⁹ ROIG TORRES, M., “El enaltecimiento de los delitos previstos en el art. 510 CP a la luz de la última jurisprudencia constitucional”, cit., pág. 286.

He de añadir una reflexión y es que el hecho de que el legislador haya diseñado este tipo con una conducta tan amplia requiere de una interpretación restrictiva en todo caso.

3.4.3. Tipos agravados

3.4.3.1. Agravación: fenómeno del Ciberodio

Es sabido el gran impacto que las nuevas tecnologías han tenido en nuestras vidas, a la vez que han facilitado muchas labores, han propiciado inmensos problemas dentro de los cuales se insertan los que atañen al mundo Penal. Uno de los grandes avances es el relativo a la comunicación y su inmediatez, a través de las redes sociales (Twitter, Youtube, Facebook, WhatsApp, etc.) se hace eco la viralidad que las caracteriza. La Fiscalía señala que los mensajes de odio de producirse en otra época sin las TICS tendrían un menor efecto reducido a una persona o grupos de personas¹⁴⁰.

El artículo 510.3 CP contiene una agravación, para los casos en los que la conducta típica se hubiera desarrollado mediante medios de comunicación social, internet o las TICS, se impondrá en la mitad superior de la pena, y por supuesto será de aplicación para todas las conductas tipificadas en el art. 510 CP.

Hay que ser muy consciente del carácter tan amplio que comprende un medio de comunicación social, partiendo de los prototípicos como la televisión, radio, periódicos, panfletos y toda esa clase de propaganda, y llegando a los más novedosos dominados por algoritmos. En definitiva, una lista abierta y poco concreta, que puede abarcar tanto medios escritos como electrónicos, y caracterizada por el dinamismo.

Lo expuesto explica la importancia de agravar esta modalidad comisiva dada la inmediatez con la que se transmite un mensaje y la repercusión, al poder hacerlo a un número elevado de personas, respeta el principio de proporcionalidad porque se incrementa realmente el riesgo para el bien jurídico protegido. Ahora bien, para que se justifique su punición exige un plus, y es que el autor cuando transmite ese mensaje de odio, lo haga porque *ex ante* existe la posibilidad de una difusión mediática¹⁴¹.

Por otra parte, es preciso delimitar esta agravación del presupuesto de la “publicidad” exigidos en varios preceptos del artículo, puesto que no significan lo mismo, en este caso

¹⁴⁰ Véase, la Introducción de la Fiscalía en su Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal.

¹⁴¹ REBOLLO VARGAS, R./ LANDA GOROSTIZA, J. M., *et alter*, *Delitos de Odio: Derecho Comparado y Regulación Española*, Ed, Tirant lo blanch, España, 2018, p. 249.

es necesaria la propiedad objetiva de ser accesible a un elevado número de personas. No obstante, apunta CÁMARA ARROYO que lo cierto es que se han llegado a admitir denuncias en contextos como grupos de Whatsapp, que precisamente tampoco se identifican íntegramente con esa propiedad objetiva que se desprende del tipo.¹⁴²

La fiscalía precisa que el CP no diferencia entre el autor o la persona que difunde ese mensaje de odio o violencia hacia los colectivos diana, y se reseña como ejemplo el caso de Twitter donde se podrían “retuitear” mensajes con contenido que supongan un hecho típico.¹⁴³

A lo dicho se suma la dificultad que presenta la persecución de un delito de estas características, porque el autor abusa de los medios que en realidad están en su mano para que se pueda expresar libremente. Lo cierto es que en innumerables ocasiones

Lo dicho supone revestir indirectamente de una protección a la víctima con la previsión de este tipo, por la potencial dificultad que supone eliminar los contenidos vertidos o reparar el daño producido.

Además, siguiendo la línea argumental el mismo artículo en su apartado sexto dispone que los jueces y tribunales podrán acordar la *“destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.”* *“En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.”*

3.4.3.2. Agravación con motivo de alterar la Paz Pública

La agravación contenida en el apartado 4 consistente en un plus del tipo, imponiendo elevar la pena en su mitad superior pudiendo hacerlo hasta la superior en grado. Se prevé para aquellos casos en los que, en atención de las circunstancias y la conducta realizada,

¹⁴² CÁMARA ARROYO, S., “El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión”, cit., pág. 215.

¹⁴³ Vid. Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, pág. 34.

se pueda perturbar la paz pública, entendiendo esta como aquella posibilidad objetiva de irrumpir la convivencia pacífica y social, la paz pública supone un sin conmociones y óptima para un sujeto colectivo¹⁴⁴, no un simple desorden público. En este apartado a diferencia de la Decisión Marco, no se usa el concepto “orden público”, sino el de “paz pública”. Se sigue, así, la normativa alemana en la que la paz pública constituye, incluso, el bien jurídico protegido en estas conductas¹⁴⁵, más en concreto un bien jurídico protegido abstracto¹⁴⁶.

En segundo lugar, la agravación puede tener lugar en aquellos casos en los que se cree un grave sentimiento de inseguridad para integrantes del grupo. Lo que significa es que se crea una situación no solo favorable a la comisión de delitos contra personas de los colectivos protegidos, sino que rebosa de la misma creando otro sentimiento de peligro para el grupo en general. Autores como TAMARIT SUMALLA cuestionan de forma más contundente los problemas en cuanto a la cualificación por esta causa¹⁴⁷.

Esta agravación a la luz de la redacción resultará de aplicación en todos los apartados anteriores (1, 2 y 3) siempre que se analicen los hechos y puedan dar lugar a estas circunstancias, es decir, en todo caso es una ponderación puramente casuística sobre la que deberá pronunciarse el juez o tribunal.

3.4.4. Apartados restantes del art. 510 CP

Como pena accesoria se dispone una inhabilitación especial “*para profesión u oficios educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre*” aplicable a todos los casos de conductas penadas en el artículo 510. Para la cual se fija un marco temporal que será entre tres y diez años mayor al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia.

Para determinar esta pena se atiende al criterio de proporcionalidad, a la gravedad del delito cometido, a la cantidad de delitos cometidos y circunstancias personales del culpable. El sentido de este inciso es la prevención en la educación a fin de evitar que

¹⁴⁴ Cfr. Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, pág. 35.

¹⁴⁵ Léase, ROIG TORRES, M., “El enaltecimiento de los delitos previstos en el art. 510 CP a la luz de la última jurisprudencia constitucional”, cit., pág. 43.

¹⁴⁶ Visto así en FUENTES OSORIO, J.L. “El odio como delito”, cit., pág. 17.

¹⁴⁷ TAMARIT SUMALLA, J.M., “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución, art. 510”, cit., pág. 10.

docentes inculquen movimientos discriminatorios, dado el contexto y la gran repercusión que pueden tener estos comportamientos en menores. Si bien es cierto, que es un inciso fuertemente criticado por cuanto afecta a la libertad de cátedra, de acuerdo con PORTILLA CONTRERAS considero que se trata de un precepto que excede los límites de la libertad de expresión¹⁴⁸.

Por otro lado, en el apartado sexto en conexión con el tercero, se contempla la posibilidad de consecuencias accesorias para aquellos casos en los que se puedan destruir documentos o cualquier otra clase de información en soportes, cuando hayan facilitado y por medio de ellos se haya cometido cualquier delito de los previstos en el artículo. Respecto a esta medida entiendo que está totalmente justificada desde el prisma de la víctima cuando existe contenido sensible para las mismas, si bien es cierto que el tenor literal del artículo nos deja ver que el borrado o inutilización de documentos o contenido online no están sujetos a ningún requisito para el caso concreto, sería una muestra más de no respetar la libertad de expresión en determinados casos.

¹⁴⁸ Vid. PORTILLA CONTRERAS, G., La represión penal del “discurso del odio”, cit., p. 386.

4. CONCLUSIÓN

En esta última fase del trabajo, he de decir que ha sido todo un reto en su mayor parte por la actualidad de este tipo de delitos, además de las connotaciones subjetivas que llevan consigo, denotando la gran complejidad práctica en cuanto a su reconocimiento. Como se ha podido apreciar a lo largo de toda la exposición, este trabajo consiste básicamente en una visión crítica de la regulación penal actual respecto de los fenómenos del discurso del odio.

- I. Los delitos de odio son un reciente concepto de delito, a pesar de que a lo largo de la historia gran parte de los colectivos han sido discriminados y sometidos a ataques injustificados por razón de su situación personal. Nacen como respuesta a comportamientos aversivos, y, en consecuencia, son merecedores de reproche penal por cuanto atentan contra el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Sin embargo, el tipo penal objeto de estudio ha supuesto una excesiva ampliación de conductas punibles y una limitación desproporcionada de libertades fundamentales.
- II. Un delito de odio está dotado de sensibilidad, al ser su núcleo un elemento emotivo y subjetivo que inevitablemente choca con el derecho a la libertad de expresión. Pero ya sabemos, que no hay derechos absolutos, así estos tipos penales se configuran como el límite a la libertad de expresión. Repasando la gran importancia que para una sociedad democrática tiene la libertad de expresión reconocida a nivel internacional, resalta el carácter indispensable que representa la misma en el desarrollo personal de todo ser humano.
- III. No cabe duda del creciente número de casos y de la importancia que tenemos que otorgarle a este tipo de delitos, pero es cierto que la contabilidad de estos y su visibilidad pertenecen a un pasado cercano. Por este motivo, no pongo en entredicho la existencia de tipos penales que castiguen conductas discriminatorias, siempre y cuando se consiga proteger a quienes verdaderamente lo necesitan y me parece que es una meta no lograda, se termina castigando a sujetos plenamente amparados en la libertad de expresión y, en suma, no respetando el principio de taxatividad. Seguramente, motivado por la imprecisión y ambigüedad de los delitos de odio, lo cual, dificulta la ponderación de derechos.

- IV. No goza de una doctrina uniforme, aquí se fragua uno de los grandes problemas interpretativos, donde se quiebra entre los defensores puros de la libertad de expresión frente a los defensores tenaces de los colectivos vulnerables y toda clase de comentario hiriente, por cuanto ven el discurso de odio en todo discurso público crítico. Seguramente en el término medio se halle la solución ideal mediante la conexión inmediata y causal entre el discurso del odio que, da lugar a la acción ilegal concreta.
- V. Se desprende una necesidad de redefinir el artículo, por un lado, esclarecer que bienes jurídicos protege el tipo, dada la ambigüedad que existe en su regulación actual. Por otro lado, fijar penas que verdaderamente respeten los principios de proporcionalidad. Y entre otros cambios, como propuesta *lege ferenda* la eliminación del inciso de la letra b) del apartado 1, viendo su justificación en lo restrictivo que resulta este precepto hacia la profesión de librerías, o la inclusión de la aporofobia como motivo de discriminación. En definitiva, apuesto por un tipo penal más restringido y en defensa de la libertad de expresión. Considero que en este tipo penal se debiera operar con el mismo rigor técnico que al final en todos los demás delitos castigados por el CP, pero con la salvedad y precisión de que no creo que puedan existir delitos de opinión, ya que, si criminalizamos esta, no estaríamos en un Estado Social, Democrático y de Derecho, ni tampoco permitir la actual regulación del art. 510 por atacar la libertad de expresión.
- VI. En última instancia, desde los estratos gubernamentales muchas veces con motivo de decisiones de índole económica, y más que nunca de actualidad, se amplía la brecha social. Los propios partidos políticos mediante sus discursos son los que pueden alentar o no la discriminación. Además, claro está que un derecho como la libertad de expresión, exige de los ciudadanos una madurez y educación, y solo mediante estas aptitudes podemos lograr un ejercicio responsable, y un ambiente óptimo para no limitar injustificadamente una libertad que tantos siglos de lucha ha conllevado.

5. BIBLIOGRAFIA

- ACHUTEGUI OTAOLAURRUCHI. P., “Victimización de los delitos de odio. Aproximación a sus consecuencias y a las respuestas institucional y social”, en *Revista de Victimologia*, Nº. 5/2017, pp. 33-62. Disponible en www.revistadevictimologia.com
- AGUILAR GARCIA, M.A., *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, en Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya.
- ALASTUEY DOBÓN, C., “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-14, pp. 1-38. (2016) Disponible en línea en: <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-14.pdf> ISSN 1695-0194.
- ALONSO SANZ, L. /VAZQUEZ ALONSO, V.J., *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Ed. Athenaica Ediciones Universitarias, 2017, nº Pags.: 332
- ASSIEGO CRUZ, V. y OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N., et alter, *Delitos de Odio: Guía práctica para la abogacía*, Fundación de la Abogacía Española, Madrid, 2018.
- CÁMARA ARROYO, S., “El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, VOL. LXX, pp. 140-225. (2017).
- CARBONELL SANCHEZ, M., *Derecho Penal y Libertad*, Ed. Tirant Lo Blanch, México, 2015.
- DE PABLO SERRANO, L. y TAPIA BALLESTEROS, P.: “Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal”, en *Diario La Ley*, núm. 8911, 2017.
- DÍEZ BUESO, L., “Discurso del odio en las redes sociales: la libertad de expresión en la encrucijada”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, 61, Págs. 50-64. (2020) Disponible en línea en: <https://doi.org/10.2436/rcdp.i61.2020.3528>.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “El segundo “caso Pablo Hasél””, en *Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 393-414, (2021). doi: <https://doi.org/10.20318/economia.2021.6084> pp. 20.

ELÓSEGUI ITXASO, M., “Las recomendaciones de la ECRI sobre Discurso del Odio y la adecuación del Ordenamiento Jurídico español a las mismas”, en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 44 (2017).

FUENTES OSORIO, J.L., “El Odio como Delito”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19-27, pp. 1-52. (2017). Disponible en línea en: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-27.pdf> ISSN 1695-0194.

GÓMEZ MARTÍN, V., “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-20, pp. 1-25. (2016). Disponible en línea en: <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-20.pdf> ISSN 1695-0194.

GÓMEZ MARTÍN, V., *Delitos de Discriminación y Discurso de Odio Punible: nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, Ed. Juruá, Porto, 2019.

HERNANDEZ ROYO, A., “El delito de incitación al odio del artículo 510 CP: cuando la vieja excepcionalidad deviene en nueva normalidad”, en *La Ley Penal*, Nº 145, Sección Estudios, Julio-Agosto 2020, Wolters Kluwer LA LEY 10210/2020, 13 págs.

IBARRA BLANCO, E., “Hacia una Ley Integral contra los Delitos de Odio”, en *Revista 123 de los delitos de odio*, de Tiempo de Paz, invierno 2016. Disponible en línea en: <http://revistatiempodepaz.org/revista-123/>.

LANDA GOROSTIZA, J.M., “Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2020, núm. 22-19, pp. 1-34. <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc22-19.pdf>.

LANDA GOROSTIZA, J.M., «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del artículo 510 y propuesta de lege lata (A la vez un comentario a la STS 259/2011 –Librería Kalki– y a la STC 235/2007)», RDPC, 3ª época, nº 7, enero de 2012, pp. 297-346.

- LANDA GOROSTIZA, J.M., *Los delitos de odio*, ed. Tirant lo blanch, Valencia, pp 1-156.
- LÓPEZ ORTEGA, A.I., “Análisis y evolución de los Delitos de Odio en España (2011-2015)”, en *Arxius de de Ciències Socials*, Núm. 35, pp. 139-158. (2016).
- MARTÍNEZ MUÑOZ, C. J.: «Ilícitos penales por racismo y xenofobia: delitos de odio», en *Diario La Ley*, núm. 8716, 2016, p. 1.
- MUÑOZ CONDE, F., “CAPÍTULO XXXV: B) Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 22ª edición 2019, pág. 739 a 746.
- MUÑOZ CONDE, F., “CAPÍTULO XXXV: B) Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 21ª edición 2017, pág. 699 a 720.
- PORTILLA CONTRERAS, G., “La represión penal del “discurso del odio””, en ALVAREZ GARCIA, F.J., *Tratado de derecho Penal español, parte especial, IV. Delitos contra la constitución*, Ed. Tirant lo blanch, 2016, pp. 354 a 387.
- REBOLLO VARGAS, R./ LANDA GOROSTIZA, J. M., *et alter, Delitos de Odio: Derecho Comparado y Regulación Española*, Ed, Tirant lo blanch, España, 2018.
- REY MARTÍNEZ, F., “Discurso del odio y racismo líquido”, en REVENGA SANCHEZ. M., (Dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, en Cuadernos de la Cátedra Democracia y Derechos Humanos, Alcalá de Henares, 2015, págs. 186.
- ROIG TORRES, M., “El enaltecimiento de los delitos previstos en el art. 510 CP a la luz de la última jurisprudencia constitucional”, en *Estudios Penales Y Criminológicos*, 41, pp. 233-305, (2021). <https://doi.org/10.15304/epc.41.6998>
- ROIG TORRES, M., “Los delitos de Racismo y Discriminación (art. 510)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo blanch, 2ª edición 2015, pp. 1204-1221.
- SUMNER, L.W. (2009), “Incitement and the Regulation of Hate Speech in Canada: A Philosophical Analysis”, en 2009, HARE, I. y WEINSTEIN, J., *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, New York, pp. 204-220.

TAMARIT SUMALLA, J.M., “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución, art. 510”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II, 7.^a edición, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 1589-1758.

TERUEL LOZANO, G. M., “Expresiones intolerantes, delitos de odio y libertad de expresión: un difícil equilibrio”, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, (36), pp. 185–197. (2018) Recuperado a partir de <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/9356>

VICENTE MARTÍNEZ, R., *El discurso de odio*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2018.

6. ANEXOS

6.1. ANEXO DE TEXTOS NORMATIVOS Y LEGISLACIÓN

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2106 A (XX), el 21 de diciembre de 1965 (BOE de 17 de mayo de 1969).

La Decisión N° 4/2003 del Consejo de Ministros sobre la tolerancia y la no discriminación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa. Publicada el 2 de Diciembre de 2003.

La Recomendación núm. R (97) 20, sobre el “discurso del odio”, elaborada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa y aprobada el 30 de octubre de 1997 en su 607^a reunión.

La Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la tercera Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948 en París.

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, celebrado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

La Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia, Recomendación núm. 7 de política general de la ECRI, sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial, aprobada el 13 de diciembre de 2002 y enmendada el 7 de diciembre de 2017.

La Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa, Recomendación general nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y memorándum explicativo adoptada el 8 de diciembre de 2015.

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.

La Recomendación CM/Rec (2010) 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género (Adoptada por el Comité de Ministros el 31 de marzo de 2010 en la 1081ª reunión de Delegados de los Ministros).

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en: «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en: «BOE» núm. 281, de 24/11/1995.

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Publicado en: «BOE» núm. 101, de 28/04/2015.

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Publicado en: «BOE» núm. 299, de 15/12/2006.

6.2. ANEXO DE JURISPRUDENCIA

Tribunal Europeo de los Derechos Humanos:

Sentencia del TEDH de 13 de Marzo de 2018, asunto Stern Taulats y Roura Capellera. c. España (Demandas nº 51168/15 y 51186/15).

Sentencia del TEDH de 15.03.2011, Otegi Mondragón C. España, 2034/07.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2003/81 de 4 de diciembre (caso günduz).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Savva Terentyev c. Rusia, de 28 de agosto de 2018.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 13 de diciembre de 2005, Timishev c. Rusia.

Tribunal Constitucional:

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 22/1981, de 2 julio.

Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2015, de 22 de julio.

Sentencia del Tribunal Constitucional 174/2006, de 5 de junio.

Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1991, de 11 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1995, de 11 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1981, de 16 de marzo.

Sentencia del Tribunal Constitucional 12/1982, de 31 de marzo.

Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2011, de 11 de abril.

Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre.

Audiencia Nacional:

Sentencia de la Audiencia Nacional 6/2018, de 1 de marzo. (Ponente: Sr. D. Julio de Diego López).

Sentencia de la Audiencia Nacional 11/2018, de 15 de marzo. (Ponente: Sr. D. Jose Ricardo Juan de Prada Solaesa).

Sentencia de la Audiencia Nacional 3/2017, de 26 de enero. (Ponente: Sra. MARIA TERESA PALACIOS CRIADO).

Tribunal Supremo:

Sentencia del Tribunal Supremo 72/2018 de 9 de Febrero. (Ponente: Sr. D. Andrés Martínez Arrieta).

Sentencia del Tribunal Supremo 820/2016, de 2 de noviembre. (Ponente: Sr. D. Antonio del Moral García).

Sentencia del Tribunal Supremo 72/2018, de 9 de febrero. (Ponente: Sr. D. Andrés Martínez Arrieta).

Sentencia del Tribunal Supremo 675/2020 de 11 diciembre. (Ponente: Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián).

Sentencia del Tribunal Supremo 656/2007, de 17 de julio. (Ponente: Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre).

Juzgados de lo Penal:

Sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona-Manresa, número 307/2011 de 11 de noviembre de 2011.

6.3. ANEXO DE RECURSOS EN LÍNEA

Página Web: <https://libex.es/> (Se trata de una página web creada por un grupo de Trabajo sobre Libertad de Expresión, que sirve de apoyo a operadores jurídicos a casos donde se haya en juego la libertad de expresión). [Fecha de última consulta: 01/04/2021].

Página Web: <https://www.politicacriminal.es/> (En concreto los archivos:

Grupo de Estudios de Política Criminal “Comunicado del GEPC en materia de delitos de expresión” de 17 de Febrero de 2021.

Grupo de Estudios de Política Criminal/ Universidad de Valencia/ Universidad de Cádiz/
Jueces y Juezas para la Democracia. “Una Propuesta Alternativa de Regulación de los
Delitos de Expresión” Distribuye: Tirant lo blanch de 6 de Octubre de 2019.

[Fecha de última consulta: 01/04/2021].