

En defensa de la tipificación penal del discurso difamatorio contra colectivos vulnerables

Bases para una interpretación restrictiva

ALEJANDRO L. DE PABLO SERRANO*

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal
Universidad de Valladolid*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. *RATIO LEGISLATORIS* DEL DELITO DE DIFAMACIÓN DE COLECTIVOS VULNERABLES [ART. 510.2.A)]. III. ENCAJE NORMATIVO DEL DISCURSO DE ODIOS DIFAMATORIO: TEXTOS INTERNACIONALES Y EUROPEOS. 1. *Valoración de la doctrina sobre la (in) suficiencia del marco normativo.* 2. *Valoración personal.* IV. FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL DE LA SANCIÓN PENAL DEL DISCURSO DIFAMATORIO DE CONTRA COLECTIVOS VULNERABLES. V. BASES PARA UNA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL TIPO PENAL. 1. *Tipo objetivo. Especial atención al sujeto pasivo.* 2. *Tipo subjetivo.* 3. *El tipo penal alternativo de la “cadena de propaganda injuriosa”.* VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA. VIII. ANEXO JURISPRUDENCIAL.

Resumen: El delito de discurso difamatorio contra colectivos vulnerables, previsto en el art. 510.2.a) del Código Penal, tiene mala fama en la academia. Por el contrario, nosotros sí creemos que hay bases normativas (en los textos internacionales y europeos) y jurisprudenciales sobre las que puede asentarse esta

* alejandro.pablo@uva.es. Acreditado para Profesor Contratado Doctor por la ANECA.

Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación “Los delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. La ¿(de) construcción de una sociedad (in) tolerante?” (UPO-1255802), dirigido por las profesoras Del-Carpio-Delgado, J. y Holgado González, M., financiado por el Programa Operativo FEDER Andalucía 2014-2020.

Miembro del Grupo de Investigación Reconocida “Derecho de familia y derechos humanos” (dirigido por la Prof.^a Cristina Guilarte Martín-Calero, Universidad de Valladolid –España–) y del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas (SEJ-047) del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (dirigido por la Prof.^a Juana Del-Carpio-Delgado, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla –España–).

controvertida figura delictiva. Afirmada su legitimidad, intentamos ofrecer a continuación pautas para una interpretación restrictiva del tipo penal (tanto objetivo como subjetivo) que sea compatible con la libertad de expresión. A tal efecto, se presta especial atención al sujeto pasivo –el colectivo vulnerable o miembros del colectivo– porque es el elemento típico decisivo del precepto; no en vano este delito y todas las formas de discursos del odio sancionables penalmente responden a una tendencia político-criminal internacional de lucha contra la discriminación y a favor del reconocimiento de minorías y colectivos vulnerables.

Palabras clave: discurso del odio, colectivos vulnerables, injurias colectivas, difamaciones, modelo de selección discriminatoria.

I. INTRODUCCIÓN

La profunda revisión de los delitos de discurso de odio que llevó a cabo el legislador en el año 2015 levantó un intenso debate social y académico. Al tiempo que los conceptos de delito de odio y discurso del odio han recibido una buena acogida social (demasiado buena, podría decirse) a la vista de su enorme uso en el lenguaje (aunque de manera poco precisa y confusa), ha habido un movimiento pendular en dirección contraria en la doctrina: la reforma se acogió negativamente, con numerosas críticas.

Sabe bien el lector que los estudios sobre el art. 510 han proliferado notablemente en los últimos años, especialmente en lo que se refiere al análisis de la conducta central del precepto y de la familia de los discursos de odio: el fomento, la promoción o la incitación directa o indirecta “al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos” discriminatorios [apartado 1.a)]. Existen, sin embargo, menos estudios dedicados al hermano pequeño de los discursos del odio: la lesión de la dignidad a través de mensajes de humillación, menosprecio y descrédito, esto es, el discurso difamatorio de odio contra colectivos vulnerables. Es fácil constatar cómo los análisis completos del art. 510 dedican menos atención a la conducta prevista en el apartado 2 en comparación con el apartado 1. Nosotros queremos contribuir humildemente a llenar ese vacío: en este trabajo nos adentraremos en el marco normativo y jurisprudencial sobre el que se levanta el delito del art. 510.2.a) y en una próxima investigación haremos lo propio con el art. 510.2.b).

En términos generales y de manera simplemente ejemplificativa, la valoración general del delito de discurso difamatorio contra colectivos vulnerables es negativa. Agentes de la sociedad civil, especializados en libertad de expresión, como la ONG Article 19, recuerdan que discursos profundamente insultantes y ofensivos caen en el ámbito de protección de la libertad de expresión del art. 19 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos y del art. 10 del

Convenio Europeo de Derechos Humanos (si bien hay jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos, que luego comentaremos, en dirección contraria). Son discursos que no pueden prohibirse toda vez que el derecho internacional de derechos humanos no incluye un derecho a no ser ofendido¹. En España, la propuesta presentada por el Grupo de Estudios de Política Criminal², suscrita por un número elevado de académicos, propone una restricción significativa de la conducta punible: se considera que la lesión de la dignidad de forma injuriosa cabe en los límites de la libertad de expresión, por lo que el delito debe circunscribirse a la imputación pública de un hecho delictivo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad a grupos vulnerables; esta conducta sí atenta contra la igualdad y la reputación de los grupos y sus miembros y reduce sus posibilidades de desarrollo personal.

Las dos posturas anteriores sirven para ilustrar un estado académico de opinión contrario a este delito de difamación de colectivos. En este trabajo queremos hacer nuestro propio acercamiento a la figura y examinar si tiene cabida en el marco normativo internacional y europeo (apartado 3), y si es acorde a la jurisprudencia sentada por los principales tribunales (apartado 4). Si el delito supera esos dos filtros, como entendemos, ofreceremos a continuación algunas pautas para interpretar restrictivamente su contenido (apartado 5), orientando la exégesis y aplicación del art. 510.2.a) a la protección de los bienes jurídicos merecedores de tutela (apartado 2).

II. *RATIO LEGISLATORIS* DEL DELITO DE DIFAMACIÓN DE COLECTIVOS VULNERABLES [ART. 5010.2.A)]

En la Exposición de Motivos de la 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, el legislador aclara que modifica el art. 510 e introduce algunos subtipos penales dentro de este precepto para cumplir con el mandato de la Decisión Marco 2008/913/JAI y para incorporar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 235/2007, de 7 de noviembre). A continuación, sintetiza el régimen penal resultante en el art. 510 CP del siguiente modo:

1. ARTICLE 19 (2019). Discurso de odio. Manual, pp. 29 y 30. Online: <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2020/03/ARTICLE-19-Manual-sobre-el-%E2%80%98Discurso-de-Odio%E2%80%99.pdf>.

La misma organización, en otro documento [(2020). *España: Delitos relacionados con la libertad de expresión en el Código Penal, Marzo de 2020*, p. 25; online: <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2020/03/Analisis-Legal-Codigo-Penal-Espana-Marzo-2020-FINAL-ESPANOL.pdf>) se pronuncia expresamente sobre el caso español y el art. 510.2.a) advirtiendo que las expresiones intolerantes y discriminatorias deben protegerse en virtud del artículo 19 (3) del PIDCP.

2. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *Una Propuesta Alternativa de Delitos de Expresión*. Tirant lo Blanch, pp. 40 y 41.

“La nueva regulación tipifica dos grupos de conductas: de una parte, y con una penalidad mayor, las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos minoritarios, así como los actos de negación o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado que hubieran sido cometidos contra esos grupos, cuando ello promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad u odio contra los mismos; y de otra parte, los actos de humillación o menosprecio contra ellos y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra los mismos o sus integrantes con una motivación discriminatoria, sin perjuicio de su castigo más grave cuando se trate de acciones de incitación al odio o a la hostilidad contra los mismos, o de conductas idóneas para favorecer un clima de violencia”.

Para comprender el sentido del art. 510.2.a) nos interesa detenernos en la segunda parte de ese párrafo transcrito: se sancionan “los actos de humillación o menosprecio” contra colectivos vulnerables y sus miembros. A partir de esa voluntad del legislador y de la inclusión del delito de discurso difamatorio contra colectivos dentro del elenco más amplio de modalidades de discursos del odio que castiga el art. 510, varias son las propuestas de bien jurídico tutelado. Pretendemos exponerlas sucintamente y sin ánimo de exhaustividad, porque hay ya numerosas y valiosas investigaciones sobre ello y, sobre todo, porque a los efectos de este trabajo, nos importa determinar si hay o no bases normativas y jurisprudenciales para la tipificación de esta conducta (ya proteja uno u otro bien jurídico)³.

La frase de la exposición de motivos “actos de humillación o menosprecio” guarda una estrecha relación con la fórmula empleada para describir la conducta prohibida en el art. 510.2.a: “Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses: a) Quienes *lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito* de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos” discriminatorios (la cursiva es nuestra). Tratándose de humillación, menosprecio, descrédito y lesión de la dignidad no es extraño que parte de la doctrina haya identificado como bien jurídico

3. Además, la inclinación por un bien jurídico y la definición de sus límites, es una cuestión compleja que va más allá de este delito, y se proyecta hacia la forma que tiene cada sociedad de afrontar los discursos del odio; lo que SPIGNO, I. (2019). Discursos del odio y liquidez en los tiempos de internet. En MARTÍN RÍOS, B. (Coord.), *La prevención y represión del discurso del odio: hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 191-204, llama “modelos constitucionales para regular los discursos del odio”: modelo de la libertad (donde tendrían cabida los planteamientos liberales clásicos a favor del mayor espacio para la libertad de expresión a menos que haya un peligro claro e inminente contra bienes jurídicos), el modelo de la defensa de la dignidad de los colectivos, el modelo de la no discriminación y el modelo del multiculturalismo (y del reconocimiento de las minorías).

tutelado la dignidad de los grupos (Miró Llinares, Roig Torres, Ríos Martín)⁴, y en conexión y como emanación de esta, con bienes jurídicos individuales (Teruel Lozano, Brandariz García, Cámara Arroyo)⁵; o concretamente esos bienes emanados de la dignidad: el honor o reconocimiento de los colectivos (De Pablo Serrano)⁶, siguiendo la estela de los delitos contra el honor (Gómez Martín, Rodríguez Fernández)⁷ y la integridad moral (Muñoz Conde, Alastuey Dobón)⁸.

4. MIRÓ LLINARES, F. (2017). Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión. En MIRÓ LLINARES, F. (Dir.). *Cometer delitos en 140 caracteres: el derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Marcial Pons, p. 55; ROIG TORRES, M. (2015). Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512). En GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Tirant lo Blanch, p. 1269; RÍOS MARTÍN, B. (2019). La represión del discurso del odio a través del derecho penal. Debilidades y fortalezas de la regulación penal actual. En MARTÍN RÍOS, B. (Coord.), *La prevención y represión del discurso del odio: hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 72 y 73.
5. TERUEL LOZANO, G. (2015). *La lucha del Derecho contra el Negacionismo: una peligrosa frontera*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 462 y ss, propone entender protegida la dignidad humana, pero necesariamente concretada en lesiones o daños a bienes eminentemente personales como el honor y la igualdad. CÁMARA ARROYO, S. (2017). El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 70, Fasc/Mes 1, p. 172; BRANDARIZ GARCÍA, J. A. (2010). Victimización de migrantes. En TAMARIT SUMALLA, J. (Coord.), *Víctimas olvidadas*. Tirant lo Blanch, p. 48.
6. Nosotros hemos defendido en otros trabajos anteriores que los delitos de discurso del odio contra colectivos victimizados entroncan con la filosofía del reconocimiento de Hegel, seguida en la actualidad por Honneth y otros pensadores de la Escuela Crítica de Frankfurt. Desde estos parámetros, los discursos del odio atentan contra el bien jurídico honor, entendido en una dimensión colectiva: si “la lucha por el reconocimiento trasciende al individuo y se convierte en una lucha social o colectiva por el reconocimiento, entonces también es posible hablar de un bien jurídico colectivo como el honor que se ve lesionado por discursos del odio dirigidos contra grupos constituidos alrededor de una característica que comparten sus miembros: en nuestro caso, la orientación e identidad sexual. Así, el bien jurídico-penal honor se colectiviza, adquiere una dimensión colectiva” [DE PABLO SERRANO, A. L. (2019). La tipificación penal del discurso LGTBI fóbico: fundamento filosófico, bien jurídico penal y algunas propuestas de reforma del art. 510 CP. En MARTÍN RÍOS, B. (Coord.), *La prevención y represión del discurso del odio: hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*, Thomson Reuters-Aranzadi, p. 96]; también, más ampliamente: (2014). *Los delitos contra el honor en el derecho penal español y en el derecho comparado*. Online: <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/11493>, pp. 954 y ss.
7. GÓMEZ MARTÍN, V. (2015). Incitación al odio y género: Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista. En MIRÓ LLINARES, F. (Dir.). *Cometer delitos en 140 caracteres: el derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Marcial Pons, p. 191.
RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S. (2017). Hacia una interpretación restrictiva de la nueva regulación penal de la incitación al odio. En MIRÓ LLINARES, F. (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Marcial Pons, p. 167, sitúa el centro en el ataque a la dignidad, si bien a través de conductas de humillación y menosprecio que indirectamente conectan con la estructura de los delitos contra el honor
8. MUÑOZ CONDE, F. (2019). *Derecho penal. Parte Especial*. Tirant Lo Blanch, p. 745. Combina la integridad moral y el honor, como bienes jurídicos protegidos por el art. 510.2

Otro planteamiento sugerente es el defendido por Landa Gorostiza, quien señala que el art. 510.2. es un delito de matriz injuriosa que lesiona el honor y la dignidad de los miembros del grupo diana, pero no son estos los bienes jurídicos tutelados realmente por el precepto, sino un bien jurídico supraindividual (así también, Alonso Álamo): las condiciones de seguridad existencial de grupos o colectivos especialmente vulnerables. “No se protege el honor colectivo ni la dignidad humana ni la integridad moral sino su afección con tal intensidad que entraña un potencial agresivo para con el colectivo diana en términos –amplios– de seguridad existencia”, aclara Landa Gorostiza⁹.

Finalmente, entre los bienes jurídicos individuales y los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, una tercera línea de interpretación, ampliamente defendida en la doctrina española (Laurenzo Copello, Alcácer Guirao, Tapia Ballesteros, Bernal del Castillo, Aguilar y otros/as), ubica el discurso del odio en la órbita de los delitos antidiscriminatorios, de modo tal que el bien jurídico tutelado es el derecho a no ser discriminado, como afirma Laurenzo Copello¹⁰: la discriminación implica un trato peyorativo, un menosprecio (que sería la forma y el efecto del discurso difamatorio de odio), que crea o profundiza la situación de marginación en que se encuentran determinados colectivos, y que niega la igualdad entre todos los seres humanos. El discurso insultante del art. 510.2.a), entiende Alcácer Guirao, incide en la situación de

CP, ALASTUEY DOBÓN, M.C. (2016). Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 18, p. 32.

9. LANDA GOROSTIZA, J. (2018). *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4.º CP 1995*. Tirant lo Blanch, pp. 58 y ss., especialmente pp. 664 (nota al pie n.º 111) y 82-83.

También ALONSO ÁLAMO, M. (2014). *Bien jurídico-penal y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos*. Ediciones Universidad de Valladolid, pp. 295 y 296, se adhiere a las tesis de la protección de un bien jurídico colectivo vinculado a los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos, esto es, sus condiciones existenciales de seguridad.

10. Fundamentalmente, LAURENZO COPELLO, P. (1996), La discriminación en el Código Penal de 1995. *Estudios Penales Criminológicos*, XIX, pp. 235-236.

También TAPIA BALLESTEROS, P. (2015). Artículo 510. En GÓMEZ TOMILLO, M. y JAVATO MARTÍN, A. M.^a (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo IV*. Navarra, Aranzadi, pp. 184 y 185; la misma: (2021) El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: La ideología como un Caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación. Manuscrito cedido por la autora, que se publicará próximamente en *Política Criminal*, vol. 16, n.º 31, julio, p. 7; BERNAL DEL CASTILLO, J. (1998). *La discriminación en el derecho penal*. Comares, pp. 32-33; AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) / GÓMEZ MARTÍN, V., MARQUINA BERTRÁN, M., DE ROSA PALACIO, M., TAMARIT, J. M.^a, AGUILAR GARCÍA, M. A. (2015), *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, Generalitat de Catalunya. http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/manual_investigacion_delitos_odio.pdf, p. 215; SOUTO GALVÁN, B. (2015), Discurso del odio: género y libertad de expresión. *Revista General de Derecho Penal*, 23, pp. 22-23; CUEVA FERNÁNDEZ, R. (2012). El discurso del odio y su prohibición. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, pp. 448-450.

discriminación y marginación social que sufren ciertos colectivos y refuerza su subordinación¹¹.

Como decíamos, no pretendemos ni podemos exponer con detenimiento todas las propuestas de bien jurídico que se han formulado alrededor del art. 510 CP. El objetivo de este apartado era más humilde y funcional: se trata de presentar líneas interpretativas de los discursos de odio que nos guíen a la hora de seleccionar las normas (internacionales y europeas) y la jurisprudencia adecuadas para diseccionar el delito del art. 510.2.a) del CP y valorar si está justificada su previsión legislativa. En otras palabras: una vez visto que el discurso difamatorio protege la dignidad (y sus derivaciones individuales del honor y la integridad) y/o sirve a la política criminal de lucha contra la discriminación que amenaza la seguridad de los colectivos, ahora bucearemos en la normativa y en la jurisprudencia que pivotan en torno a esos bienes jurídicos, para valorar si hay base o fundamento suficiente para la incriminación de los discursos difamatorios de odio contra colectivos vulnerables.

III. ENCAJE NORMATIVO: TEXTOS INTERNACIONALES Y EUROPEOS

Una referencia internacional obligada para situar las políticas criminales de los Estados de lucha contra la discriminación de colectivos vulnerables es la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (de 1965)¹². Dicha Convención reclama a los Estados partes luchar contra las “ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma”. Y a tales efectos les reclama imponer “medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación”; entre ellas, según el art. 4. a), los Estados deberán declarar “como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación”.

El *Consejo de Europa* toma inmediatamente el testigo de la Convención internacional con la adopción de la *Recomendación 453* de 1967, que como medio para luchar contra la discriminación racial, nacional o religiosa, propone a los Estados miembros que sancionen penalmente a quien “exige o incita públicamente al odio, la intolerancia, la discriminación o la violencia contra personas

11. ALCÁCER GUIRAO, R. (2020). *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*. Marcial Pons, pp. 192-195.

12. Online: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cerd.aspx>.

o grupos de personas que se distinguen por el color, la raza, la etnia o el origen nacional o religioso” y a quien “insulte a personas o grupos de personas, las desprecie o las calumnie por las particularidades específicas mencionadas en el parágrafo (a)” (art. 1).

De forma más concreta, y mucho más reciente, la Decisión Marco 2008/913/JAI, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal¹³, constituye la fuente del mandato de incriminación de las difamaciones contra colectivos vulnerables, de acuerdo con la voluntad del legislador español manifestada en la Exposición de Motivos de la 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. Ahí surge la conexión de la Decisión Marco europea con la amplia de reforma del art. 510 del Código Penal, y en lo que a nosotros nos importa en estas páginas, con el delito del art. 510.2. Dicha normativa de la Unión Europea establece en el art. 1 que “Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas: a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo [...], b) la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales; c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra [...]; d) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945 [...]”. Acto seguido, el art. 2 dispone que esas conductas sancionables pueden adoptar diversas formas: “los Estados miembros podrán optar por castigar únicamente las conductas que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes”. Finalmente, el legislador europeo reclama a los Estados miembros castigar estos comportamientos con sanciones específicamente “penales”: así, el art. 4.1 pide que “Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las conductas contempladas en los artículos 1 y 2 se castiguen con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasoria”, con una duración (art. 4.2) “de uno a tres años de prisión como mínimo”. Por último, permítasenos hacer una referencia normativa internacional más: hay que regresar al Consejo de Europea, para citar la *Recomendación n.º 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia*¹⁴ (ECRI, por sus siglas en inglés). Este documento contiene también una llamada a la sanción penal de

13. *OJ L 328*, 6.12.2008, p. 55-58. Online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32008F0913>.

14. Online: <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>.

la conducta que estamos analizando; no obstante, no pudo ser invocado por el legislador español como justificación de la reforma del art. 510 toda vez que la Recomendación se aprobó en el mes de diciembre de 2015 y la reforma penal española fue en marzo. Esto advertido, merece la pena referirnos brevemente al texto de la ECRI por cuanto refuerza la dirección político criminal del legislador internacional y europeo de lucha contra la discriminación de colectivos vulnerables a través del derecho penal. La base décima de la Recomendación pedía a los Estados que actuasen “de forma adecuada y decidida contra el uso en público de discurso de odio que tenga como finalidad, o quepa suponer razonablemente que va a tener dicho efecto, incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a los que van dirigidas, y ello mediante normas penales, siempre que otras medidas menos restrictivas puedan resultar menos eficaces, y se respete la libertad de expresión y opinión”.

La Recomendación está acompañada de un Memorándum explicativo en el que se aporta una definición del discurso del odio (apartado 9, definiciones) como el “uso de una o más formas de expresión específicas, por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones”. Esta definición se completa con lo dispuesto en el apartado 13, en el que se aclara que el discurso del odio también incluye, en línea con pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “el insulto, la ridiculización o difamación irresponsables de determinados grupos de población, cuya consecuencia puede ser la ofensa innecesaria, la defensa de la discriminación, el uso de un lenguaje vejatorio o humillante o puede incluir la inevitable exposición de la víctima”. Como decíamos, esta Recomendación no pudo ser valorada por el legislador español al reformar los delitos previstos en el art. 510 en el año 2015, pero es bien ilustrativa de la tendencia internacional a favor de la criminalización del discurso del odio, incluido, cuando sea necesario, el que se manifiesta en insultos, ridiculizaciones o humillaciones graves de colectivos vulnerables.

Así pues, puede decirse que la reforma del art. 510, y la inclusión específica de las difamaciones odiosas contra colectivos vulnerables representa la cristalización de un largo camino de textos y recomendaciones internacionales que reclamaban reforzar la lucha contra la discriminación¹⁵. De las referencias

15. Para un estudio más detenido sobre los instrumentos internacionales y europeos de lucha contra la discriminación xenófoba, LANDA GOROSTIZA, J.-M. (1999), *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al “delito de provocación” del artículo 510 del Código penal*. Universidad del País Vasco (Euskal Herriko Unibertsitatea), pp. 57 y ss.

normativas citadas (Convención Internacional de 1965, Recomendación del Consejo de Europa de 1967 y Decisión Marco de la Unión Europea de 2008 –en adelante, DM–; la Recomendación de la ECRI de 2015 no puede valorarse, en este punto, como mandato de incriminación para el legislador europeo), la DM es la norma más concreta, más precisa y es la única a la que se refiere el legislador en la Exposición de Motivos de la reforma del Código Penal del año 2015. Llegados a este punto, nos preguntamos: ¿cómo se ha valorado por la doctrina la incorporación de esta Decisión Marco en el ordenamiento penal español, adoptando la forma vigente del art. 510? Podemos resumir la respuesta con un adverbio: críticamente.

1. VALORACIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE LA (IN)SUFICIENCIA DEL MARCO NORMATIVO

En términos generales, se reprocha que la trasposición de la DM se realizó de forma demasiado amplia, yendo más allá de lo requerido por el legislador europeo en sus arts. 1 y 2, con el consiguiente riesgo de haber introducido en el texto punitivo conductas seriamente limitativas del derecho fundamental a la libertad de expresión¹⁶.

Se admite que la previsión del art. 510.1 puede estar en línea con lo que marca la Decisión Marco, en cuanto a que el art. 1.a) y b) de la Decisión se correspondería con los apartados a)¹⁷ y b)¹⁸ de nuestro art. 510, y los apartados c) y d) sobre trivialización y negación de determinados crímenes internacionales, habrían adoptado la forma del art. 510.1.c)¹⁹. Empero, tal aceptación suele hacerse con matices críticos: Alustey Dobón entiende que no era necesario

16. Entre muchos otros, LANDA GOROSTIZA, J.-M. (2018). El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del art. 510 CP. En Landa Gorostiza, J.-M. y Garro (Dir.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, p. 248; ROIG TORRES, M. (2015). Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512). En GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Tirant lo Blanch, pp. 1260-1261.

17. Art. 510.1.a): “[...] Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de [...]”.

18. Art. 510.1.b): “[...] Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de [...]”.

19. Art. 510.1.c): “[...] Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de [...]”.

modificar el art. 510.1 para dar cabida a los comportamientos punibles que establecía el legislador europeo y que, en todo caso, tal incorporación y reforma se hace de forma inadecuada “porque este texto [la DM] no se pronuncia sobre si la incitación ha de ser directa o indirecta, ni impide la tipificación exclusiva de la incitación a cometer delitos”²⁰. En la misma línea, añade Landa Gorostiza que por muy restrictivamente que se interpreten los verbos típicos del art. 510 CP, no será posible salvar las dudas de constitucionalidad de este precepto que, tal y como está redactado, no castiga conductas claramente incitatorias²¹. Desarrollando ampliamente la falta del elemento incitador en el art. 510, o la no necesidad del mismo, para castigar ciertos comportamientos, Portilla Contreras²² reprocha que el art. 510.1.a) castiga actos preparatorios o participaciones intentadas de la incitación directa a la violencia o discriminación, que es la verdadera exigencia de tipificación de la DM; el art. 510.1.b), por su parte, sanciona actos de producción, fomento, elaboración o difusión, que no son incitación directa; finalmente, el apartado c) del art. 510.1 se separa de la DM en que excluye el concepto de apología, por lo que una vez más castiga anticipadamente conductas que no amenazan seriamente bienes jurídicos. De acuerdo con lo anterior, advierte Tapia Ballesteros que con la trasposición de la DM se produce en el texto español un adelantamiento de las barreras penales que aspira a castigar, más que incitaciones, “delitos de clima”²³.

Junto a las críticas referidas a la anticipación de barreras que suponen los verbos y las conductas elegidas por el legislador español, hay otro reproche a la trasposición: la ausencia de elementos restrictivos. Alustuey Dobón y Portilla Contreras apuntan que el legislador español renuncia a emplear un elemento que proponía el legislador europeo para limitar las conductas punibles a aquellas “que sean perturbadoras, o adopten formas amenazantes o insultantes”, como establece el art. 1.2 de la DM. Esta “vinculación”²⁴ que planteaba el

20. ALASTUEY DOBÓN, M.C. (2016). Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 18, p. 19.
21. LANDA GOROSTIZA, J.-M. (2018). El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del art. 510 CP. En Landa Gorostiza, J.-M. y Garro (Dir.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, p. 248.
22. PORTILLA CONTRERAS, G. (2017), El retorno de la censura y la caza de brujas anarquista. En MIRÓ LLINARES, F. (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Marcial Pons, pp. 96-101.
23. TAPIA BALLESTEROS, P. (2015). Artículo 510. En GÓMEZ TOMILLO, M. y JAVATO MARTÍN, A. M.^a (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo IV*. Navarra, Aranzadi, p. 189.
24. PORTILLA CONTRERAS, G. (2016), La represión penal del discurso del odio. En ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *Tratado de Derecho penal español, Parte Especial, vol. IV*. Tirant lo Blanch, pp. 379-412, p. 381; ALASTUEY DOBÓN, M.C. (2016), *ibíd.* También así TERUEL LOZANO, G. (2015). La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal. *InDret*, n.º 4, pp. 4-7.

legislador europeo entre las conductas prohibidas del apartado a) y las formas en que podían manifestarse, previstas en el apartado b), hubiera restringido la conducta prohibida por el Código Penal, dejando mayor espacio al ejercicio de la libertad de expresión.

La visión negativa sobre la calidad de la trasposición realizada por el legislador español en el art. 510.1 CP, se matiza ligeramente cuando hablamos de forma específica del apartado 2. Por supuesto, no faltan alusiones a la superación por el Código Penal del mandato de la DM en tanto que esta norma europea no reclamaba la tipificación de las difamaciones contra colectivos a través de la fórmula española “lesión de la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito”. Muñoz Conde²⁵ apunta que esta conducta no se recoge en la DM y representa una modalidad equivalente a los delitos contra la integridad moral que se tipifican en el Título VII. Sin embargo, tanto Muñoz Conde como Roig Torres²⁶ y Rodríguez Fernández²⁷, entre otros, comparten la idea de que tal incriminación aspira al menos a dar entrada en el Código Penal a la jurisprudencia constitucional sentada en las SSTC 214/1995, 176/1995 y 235/2007 (que más adelante comentaremos extensamente). Quizá por ello podemos encontrar aquí uno de los pocos comentarios positivos sobre la reforma. Afirma Alastuey Dobón que la humillación, menosprecio o descrédito de colectivos vulnerables, es “un delito que presenta menos problemas de legitimación que los demás, y al que probablemente podrían reconducirse la mayoría de las conductas negacionistas o caracterizadas como discurso del odio”²⁸.

2. VALORACIÓN PERSONAL

Llegados aquí, desde nuestro punto de vista sí es posible encontrar en el mandato incriminador europeo una base normativa que obligaba al legislador penal español a tipificar esta forma de discurso difamatorio de odio, más leve o atenuada que la modalidad por antonomasia de los discursos del odio, cual es el discurso incitador a la violencia. Luego nos detendremos con más detalle, pero esta distinción que acabamos de formular, acuñada, entre otros, por la Recomendación 453 del Consejo de Europea, antes comentada, y por

25. MUÑOZ CONDE, F. (2019). *Derecho penal. Parte Especial*. Tirant Lo Blanch, p. 745.

26. ROIG TORRES, M. (2015). Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512). En GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Tirant lo Blanch, pp. 1260-1261.

27. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S. (2017). Hacia una interpretación restrictiva de la nueva regulación penal de la incitación al odio. En MIRÓ LLINARES, F. (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Marcial Pons, p. 167.

28. ALASTUEY DOBÓN, M.C. (2016). Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 18, p. 32.

el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su doctrina sobre los discursos del odio penalmente sancionables, es decisiva para afirmar que la DM ofrece cobertura al art. 510.2.a). En el caso Carl Jóhann Lillíendahl Iceland, de 2018, el TEDH diferenció con más claridad que nunca dos categorías integrantes del concepto de discurso del odio prohibido por el Convenio Europeo y que quedan fuera de la protección de la libertad de expresión del art. 10 del mismo texto: el discurso del odio incitador de la violencia y el discurso del odio que insulta, ridiculiza, difama o calumnia a grupos de población, aunque sea sin hacer llamadas o provocaciones a actos prohibidos²⁹.

El art. 1.2 de la DM señala que “los Estados miembros podrán optar por castigar únicamente las conductas que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes”. En las opiniones doctrinales que analizábamos más arriba, se criticaba que los elementos restrictivos del art. 1.2 de la DM (formas perturbadoras, amenazantes, abusivas o insultantes) hubieran desaparecido del texto del legislador español, de donde se desprende que el art. 1.2 vendría a reducir o restringir el alcance de las conductas que la DM propone tipificar en el art. 1.1. Sin embargo, nosotros creemos que el apartado 2 es complementario del apartado 1, no restrictivo. De esta forma, ambos apartados deberían conectarse así: las conductas previstas en el apartado 1 deberán sancionarse cuando adopten formas perturbadoras del orden público o amenazadoras, abusivas o insultantes.

Siendo así, la pregunta es: ¿se puede incitar al odio contra colectivos vulnerables –conducta cuya tipificación impone la DM a los Estados en el art. 1.1– a través de formas insultantes –modalidad comisiva prevista en el apartado 2–? Sí, mediante el discurso difamatorio contra colectivos vulnerables que conecta la conducta típica (incitación al odio) con la modalidad comisiva (forma insultante)³⁰. Podríamos decir que los discursos injuriosos y de menosprecio dirigidos contra colectivos victimizados, que lesionan su dignidad (honor, reconocimiento, integridad) y los discriminan a través de tratamientos peyorativos e insultantes, incitan al odio contra esos colectivos e incluso (aunque no siempre ni necesariamente) ponen las bases sociales para que estos colectivos

29. STEDH Carl Jóhann Lillíendahl Iceland, de 12 de junio de 2018, párrafos 33 a 36.

30. Aunque la respuesta es afirmativa y al legislador español le conviene que así sea para poder decir que se mueve en la órbita de incriminaciones propuestas por el derecho de la Unión Europea, debe recordar, por más que sea conocido, como hace AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) / GÓMEZ MARTÍN, V., MARQUINA BERTRÁN, M., DE ROSA PALACIO, M., TAMARIT, J. M.ª, AGUILAR GARCÍA, M. A. (2015), *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, Generalitat de Catalunya. http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/manual_investigacion_delitos_odio.pdf, p. 196, que la Decisión Marco no “limita la discrecionalidad del legislador de los Estados hasta el punto de condicionar por completo el contenido de la correspondiente legislación interna”.

sufren en un futuro actos concretos de violencia, discriminación, odio y hostilidad que amenacen su seguridad existencial³¹. Por tanto, el legislador español ha cumplido el mandato europeo al tipificar en el art. 510.2.a) la lesión de la dignidad de colectivos o miembros de colectivos vulnerables a través de expresiones de menosprecio, humillación o descrédito. Por lo que, en resumen, el Código Penal español está en sintonía no solo con la Decisión Marco del 2008, sino con la Recomendación 453 del Consejo de Europa y con la jurisprudencia del TEDH que identifican una segunda categoría o modalidad de discurso del odio (más leve o atenuada), consistente en el discurso de odio que insulta, ridiculiza, difama o calumnia a un colectivo o a un miembro de un colectivo vulnerable, sin necesidad de incitar a la violencia.

IV. FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL DE LA SANCIÓN PENAL DEL DISCURSO DIFAMATORIO CONTRA COLECTIVOS VULNERABLES

Constatado, tanto como hemos podido, que la tipificación de los discursos difamatorios de odio contra colectivos vulnerables del art. 510.2.a) responde a una tendencia político-criminal de reconocimiento de la igualdad y de lucha contra la discriminación de colectivos vulnerables, que se enmarca en diversos instrumentos jurídicos internacionales y europeos, ahora queremos someter a examen otra cuestión: cuando los tribunales han tenido que juzgar casos subsumidos en el tipo penal del discurso difamatorio, ¿han considerado compatible la sanción penal de estos discursos con la libertad de expresión? En otras palabras, ¿existe un apoyo de la jurisprudencia a la sanción penal de los discursos difamatorios contra colectivos?

Para responder a esta pregunta hemos rastreado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (en adelante, TC) y en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), centrándonos en los casos más importantes en que se haya enjuiciado la compatibilidad de la incriminación de los discursos injuriosos de odio con la libertad de expresión, que consagra el art. 20 de la Constitución y el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A estos efectos, hemos tomado precisamente aquellas sentencias que conectaban las difamaciones de colectivos con los intereses tutelados que

31. Es decir, el discurso del odio que lesiona la dignidad de un grupo victimizado o uno de sus miembros representa un discurso injurioso, de menosprecio, descrédito y humillación, cuya repetición en el ágora pública, a medida que va calando, genera un clima propicio para actos de discriminación, violencia, odio y hostilidad. El discurso injurioso de odio prepara el contexto, es un acto preparatorio. Como dice LANDA GOROSTIZA, J. (2018). *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4.º CP 1995*. Tirant lo Blanch, p. 81: “Cuando en términos sociales se va dibujando una imagen de enemigo colectivo y se le deshumaniza, se va allanando el terreno para la posterior agresión que se puede precipitar mediante incitaciones del párrafo primero del art. 510 CP: busca ir segregando al grupo para justificar su inferioridad y convalidar futuras agresiones”.

señalábamos en el anterior apartado y que ya entonces advertimos que nos servirían de guía y de criterio selectivo: la dignidad (honor e integridad), la no discriminación y la seguridad de los grupos frente a actos violentos. Estos pronunciamientos se han dictado, en el caso del TC, en relación con discursos de odio antisemitas y racistas; en el caso del TEDH, los discursos de odio homófobos han tomado un protagonismo especial en su jurisprudencia.

1. STC 214/1991, de 11 de noviembre. Nos referimos, primeramente, al célebre caso de 1991 en el que la judía Violeta Friedman, cuyos ascendientes habían muerto en campos de concentración nazis, invocaba la vulneración de su derecho al honor por las declaraciones realizadas a un medio periodístico por León Degrelle, ex Jefe de las Waffen S.S, en las que negaba el genocidio del pueblo judío llevado a cabo por el nazismo y atribuía aquel a la invención de los judíos.

Las declaraciones enjuiciadas fueron estas: *“Los judíos: Mire usted, los alemanes no se llevaron judíos belgas, sino extranjeros. Yo no tuve nada que ver con eso. Y evidentemente, si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios”. “El problema con los judíos –matiza D.– es que quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan”. “Falta un líder; ojalá que viniera un día el hombre idóneo, aquel que podría salvar a Europa ... Pero ya no surgen hombres como el Führer...”. “Han sacado los huesos y hasta los dientes de M. ... ¡Hasta dónde llega el odio! A mi juicio, el doctor M. era un médico normal y dudo mucho que las cámaras de gas existieran alguna vez, porque hace dos años que hay una recompensa en los EE.UU., para aquel que aporte pruebas de las cámaras de gas. Son 50 millones de dólares y todavía no ha ido nadie a recogerlos”.*

Lo decisivo para nosotros son las reflexiones del Alto Tribunal en relación con el derecho al honor, del que siempre se había predicado su carácter estrictamente personalísimo y personalista, como derecho derivado de la dignidad humana. Sin embargo, en esta sentencia, de forma pionera, el TC añade que tal significado personalista del honor *“no ha de entenderse en sentido tan radical que sólo admita la existencia de lesión del derecho al honor constitucionalmente reconocido cuando se trate de ataques dirigidos a persona o personas concretas e identificadas, pues también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad” [FJ 6 b)].*

Es la primera ocasión en que el TC profundiza en la dimensión colectiva del honor, reconociendo que opera como límite a la libertad de expresión, pues lo contrario conduciría a admitir *“la legitimidad constitucional de los ataques*

o intromisiones en el honor de personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa”.

2. STC 176/1995, de 11 de diciembre. En 1995 el Alto Tribunal se enfrentó al caso de la publicación y distribución de un comic (“Hitler=SS”) sobre los padecimientos que habían sufrido los judíos en los campos de concentración nazis. Su contenido eran viñetas con palabras y dibujos agresivos por sí solas, que transmitían un concepto peyorativo del pueblo judío, y que representaban una apología de los verdugos del pueblo judío glorificando su imagen y justificando sus hechos. El TC, siguiendo la senda de la sentencia de Violeta Friedman, recuerda el contenido personalista del derecho al honor, pero insiste en el carácter colectivo del ataque dirigido contra un grupo unido por una característica y en la legítima pretensión de recabar protección frente a esa afrenta colectiva: *“Aquí y ahora, es el pueblo judío en su conjunto no obstante su dispersión geográfica, identificable por sus características raciales, religiosas, históricas y sociológicas, desde la Diáspora al Holocausto, quien recibe como tal grupo humano las inectivas, los improperios y la descalificación global. Parece justo que si se le ataca a título colectivo, pueda defenderse en esa misma dimensión colectiva y que estén legitimados para ello, por sustitución, personas naturales o jurídicas de su ámbito cultural y humano”* [FJ 3].

3. STC 235/2007, de 7 de noviembre. En 2007, el TC dictaba una sentencia en respuesta a una cuestión de inconstitucionalidad presentada por la Audiencia de Barcelona ante la posible vulneración de la libertad constitucional de expresión a cargo del art. 607.2 del CP vigente entonces, que tipificaba la justificación y negación del holocausto. En este caso, en lo que a nuestro análisis se refiere, el intérprete de la Constitución reconoce que los discursos del odio negacionistas consisten en *“manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquellas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables”* y vuelve a conectarlos con la protección del honor de las víctimas o destinatarios de tales discursos cuando afirma que *“es, pues, el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social el que, en estos casos, priva de protección constitucional a la expresión y difusión de un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo que, de no ser por ello, podría encuadrarse en el ámbito constitucionalmente garantizado por el art. 20.1 CE”* [FJ 5].

Los tres pronunciamientos del TC que hemos recogido aportan base jurisprudencial suficiente para afirmar que el Alto Tribunal considera legítimo y constitucionalmente aceptable la sanción penal de los discursos del odio injuriosos, que vilipendian, menosprecian y humillan –hasta el punto de lesionar la dignidad– a grupos vulnerables e históricamente discriminados y perseguidos.

A la luz de esta doctrina, sí hay un fundamento jurisprudencial para la incriminación del discurso difamatorio del odio, vinculado, según se prefiera, a la dignidad³² (honor e integridad), a la no discriminación y/o a la garantía de condiciones de seguridad existencial para los grupos. En contra de esta línea jurisprudencial se han posicionado algunos autores que, por un lado, lamentan una excesiva ampliación del honor hasta una dimensión objetiva y colectiva del mismo³³; y por otro, se preguntan cómo es posible seguir defendiendo la idea de que la democracia española no es militante y ofrece protección a quien defienda y exprese, de forma pacífica, opiniones incluso contrarias a los valores constitucionales, al tiempo que se avalan restricciones de la libertad de expresión cuando se vierten mensajes discriminatorios y hostiles contra colectivos, en forma de injurias³⁴.

4. STC 117/2015, de 22 de julio. En la ciudad de Girona se celebró una manifestación antimonárquica (encabezada por una pancarta que decía “300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española”), con ocasión de la visita de los Reyes de España a la ciudad, que concluyó con una manifestación en la que varios asistentes quemaron una fotografía de las efigies en tamaño real de los Reyes, puesta boca abajo. El Juzgado Central de la Audiencia Nacional condenó a los dos manifestantes por delito de injurias contra la Corona toda vez que habían abusado de la libertad de expresión para manifestar

32. En los tres casos el Tribunal Constitucional refuerza las llamadas a la vulneración del honor con genéricas invocaciones de la dignidad. Así, “La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva, y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18.1 C.E.)”: STC 214/1991, FJ 8; “la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días”: STC 176/1995, FJ 5; “fundamentada en la dignidad (art. 10.1 y 2 CE)”: STC 235/2007, FJ 5.

33. REVENGA SÁNCHEZ, M. (2014). Trazando los límites de lo tolerable: Libertad de expresión y defensa del ethos democrático en la jurisprudencia constitucional española. *Cuadernos De Derecho Público*, (21), p. 37.

Por el contrario, en el mismo año nosotros nos mostrábamos partidarios y satisfechos con esa construcción colectiva del honor al acreditarse una dimensión distinta del honor individual, una función o utilidad del derecho o del interés jurídico diversa a la que se reconoce a ese bien o interés cuando es contemplado desde el prisma del derecho subjetivo e individual. Decíamos entonces que la dimensión colectiva del honor de los grupos vulnerables resulta lesionada con determinados discursos de odio que traspasan los límites de la libertad de expresión e invaden lesivamente el contenido esencial de la dimensión colectiva del honor, provocando efectos psicológicos que penetran, al igual que las injurias individuales contra particulares, en la conciencia del individuo. Así, DE PABLO SERRANO, A. L. (2014). *Los delitos contra el honor en el derecho penal español y en el derecho comparado*. Online: <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/11493>, pp. 954 y ss., especialmente 961.

34. ALCÁCER GUIRAO, R. (2020). *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*. Marcial Pons, pp. 178-183; TAMARIT SUMALLA, J.M. (1996). Artículo 510. En QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), MORALES PRATS, F. (Coord.). *Comentarios al nuevo Código penal*. Aranzadi, p. 1661.

menosprecio y desprestigiar la dignidad de la institución de la Corona. Aunque la sentencia fue recurrida, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional desestimó el recurso. Los condenados recurrieron en amparo ante el TC que dictó una sentencia fuertemente criticada por la academia. La mayoría del Alto Tribunal deslizó el reproche a los manifestantes desde las injurias a la Corona (ya cuestionable) hacia el discurso del odio de un modo confuso y poco preciso. El TC afirmó que “es *obvio que las manifestaciones más toscas del denominado ‘discurso del odio’ son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no comparten el ideario de los intolerantes. En estos términos deben valorarse los hechos ocurridos el 13 de septiembre de 2007 en la plaza mayor de la ciudad de Girona [...] Quemar en público, en las circunstancias descritas, la fotografía o la imagen de una persona comporta una incitación a la violencia contra la persona y la institución que representa, fomenta sentimientos de agresividad contra la misma y expresa una amenaza. En definitiva, quemar públicamente el retrato de los Monarcas es un acto no sólo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio” [FD 4]. Afortunadamente, el TEDH estimó la demanda interpuesta por los condenados y en la STEDH Stern Taulats y Roura Capellera v. Spain³⁵ declaró vulnerado el derecho a la libertad de expresión.*

La inclusión de la STC 117/2015 en este listado de sentencias dictadas en relación con los discursos difamatorios se debe a un motivo: este pronunciamiento representa un error en la forma de entender los discursos del odio como ataques dirigidos contra colectivos vulnerables y discriminados (en este caso, el sujeto pasivo del mensaje expresivo agresivo eran los Monarcas; error que fue correctamente denunciado por algunos votos particulares, especialmente los de los magistrados Asúa Batarrita y Xiol Ríos). La condena final del TEDH a España sirve para entender y recordar algo decisivo que explicaremos detenidamente más adelante: el discurso del odio (tanto el incitador a actos de violencia como el incitador de odio en forma injuriosa) debe dirigirse a colectivos discriminados y vulnerables.

En el contexto del Convenio Europeo de Derechos Humanos se han planteado también casos en los que el TEDH ha tenido que valorar la posibilidad de autorizar restricciones de la libertad de expresión (protegida en el art. 10) como consecuencia de un discurso de odio de carácter difamatorio y gravemente injurioso –pero no necesariamente incitador de la violencia– que

35. STEDH Stern Taulats y Roura Capellera v. Spain, de 13 de marzo de 2018.

lesionaba “la reputación y los derechos de otros”, que es precisamente uno de los límites de esa libertad según el art. 10.2.

5. STEDH Féret v. Belgium³⁶. Entre julio de 1999 y octubre de 2001, el Sr. Féret, Presidente del partido belga Frente Nacional, publicó en el periódico de esta formación política mensajes y campañas reclamando la segregación de los inmigrantes y refugiados, la prioridad para los ciudadanos belgas frente a los extranjeros en la prestación de servicios públicos e incluso conectaba la inmigración con la criminalidad y el terrorismo. Al ser representante político, fue necesario superar el obstáculo procesal del levantamiento de la inmunidad parlamentaria. El Tribunal de Apelación de Bruselas, en 2016, lo condenó en aplicación de una ley belga de 1981 que prohibía comportamientos racistas y xenófobos. El Tribunal de Casación rechazó el recurso interpuesto por el Sr. Féret, que finalmente acudió al TEDH alegando vulneración de su derecho a la libertad de expresión.

El TEDH no estimó el recurso del Sr. Féret. Señaló que no se estaba ante el derecho a la libertad de expresión desde el momento en que las octavillas y propaganda que había repartido “*contenían elementos que claramente, si bien a veces de manera implícita, incitaban, si no a la violencia, al menos a la discriminación, la segregación o el odio hacia un grupo, una comunidad o sus miembros por razón de su raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico y manifestaban la voluntad de sus autores de recurrir a dicha discriminación, segregación u odio*” (parágrafo 70). La Corte europea también reprochó al político que su discurso rígido y estereotipado, propio de las campañas electoras, contribuía a “avivar el odio y la intolerancia”, con un impacto creciente y dañino (parágrafo 46).

Ahora bien, junto a estas afirmaciones del Tribunal europeo, sin duda, la idea decisiva para nuestro estudio es que por primera vez se sostuvo que el discurso del odio susceptible de ser sancionado penalmente no tenía que conllevar una incitación a la violencia ni una llamada a actos prohibidos, sino que su contenido gravemente injurioso y discriminatorio ya podía merecer el reproche penal. Concretamente, el TEDH afirmó que “*la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a un determinado acto de violencia u otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertos sectores de la población o a grupos específicos de esta, o la incitación a la discriminación, como en el presente caso, son suficientes para que las autoridades den prioridad a la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable, y que por tanto atenta contra la dignidad, o incluso contra la seguridad, de sectores o grupos de la población*” (parágrafo 73).

6. STEDH Vejdeland and Others v. Sweden³⁷. Tres miembros de una asociación juvenil llamada Juventud Nacional (“*National Youth*”) repartieron

36. STEDH Féret v. Belgium, 16 de julio de 2009.

37. STEDH Vejdeland and Others v. Sweden, 9 febrero de 2012.

panfletos en un centro educativo de adolescentes de entre 16 y 19 años, dejándolos en sus taquillas. Los folletos eran propaganda homófoba con la que pretendían que los alumnos abrieran un debate con sus profesores sobre la homosexualidad. Afirmaban que las escuelas y los profesores suecos estaban promoviendo en las últimas décadas una “justificación de la homosexualidad (incluso de la pedofilia)” presentándola como algo “bueno y normal”, pese a ser una “desviación y una tendencia sexual desviada”, que tenía un “efecto moral destructivo en la sociedad sueca”; aparte de ser la “principal razón de la propagación del SIDA”. Después de diversos recursos y del correspondiente *iter* procesal, los repartidores de los panfletos ofensivos fueron condenados por el Tribunal Supremo sueco como responsables de un delito de agitación contra grupos y colectivos a través de discursos de amenaza y desprecio por motivo de su orientación sexual, previsto en el texto punitivo sueco.

El TEDH, en última instancia, ratificó la condena nacional, pese al intento de los recurrentes de que se anulara por representar una vulneración de su libertad de expresión reconocida en el art. 10 del CEDH. En su argumentación, el Tribunal de Estrasburgo repite su conocida jurisprudencia sobre el valor fundante de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la obligación de tolerar las ideas e informaciones que contrarían, chocan o inquietan (parágrafo 53). Sin embargo, en el presente caso apuntaba el TEDH las palabras exactamente usadas en los panfletos iban más allá de expresiones hirientes para convertirse en alegaciones indudablemente ofensivas, serias y perjudiciales, que suponían un ataque injustificado a la reputación del colectivo LGTBI (límite del art. 10.2 a la libertad de expresión: “reputación y derechos ajenos” –parágrafo 49–), y, por tanto, innecesario en una sociedad democrática (parágrafo 57).

Por primera vez el Tribunal de Estrasburgo extiende las consideraciones que había realizado sobre el discurso racista y xenófobo proferido en especiales circunstancias de campaña electoral y de contexto político (en el caso *Féret contra Bélgica*) al discurso homófobo, lo que representó sin duda un avance muy significativo. Como ya había dicho, recordó en esta ocasión que *“que la incitación al odio no necesariamente entraña la llamada a un acto de violencia, u otros delitos. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o calumniar a grupos específicos de la población son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión ejercida de una forma irresponsable”*. Y la igualación del discurso racista al discurso homófobo, a los efectos de merecedores de sanción penal, se afirmó en estos términos: *“La discriminación basada en la orientación sexual es tan grave como la discriminación basada en la ‘raza, origen o color”* [parágrafo 55].

En conclusión, lo reprochable de los panfletos homófobos reside en su propio contenido (y en las circunstancias que acompañan a los hechos: lugar donde se reparten, destinatarios) y no requiere siquiera una llamada a la violencia o a actos criminales, sino que el desvalor de la conducta descansa en el ataque a la reputación mediante el insulto, la ridiculización y la difamación del colectivo LGTBI.

STEDH Carl Jóhann Lilliendahl v. Iceland³⁸. En abril de 2015 el Ayuntamiento de una ciudad islandesa comenzó a impartir de las escuelas talleres sobre educación sexual y afectiva, en cooperación con una asociación LGTBI. La medida fue aplaudida por algunos y criticada fuertemente por otros. En ese contexto de debate, en una emisora de radio local (Ú.S) se discutió sobre el proyecto, dando voz a los oyentes para que expresaran sus opiniones. Algunos de los intervinientes emitieron opiniones profundamente groseras. Desde de la organización LGTBI se criticó que se hubiera dado voz, sin oponerles ninguna crítica, a personas con comentarios tan degradantes para el colectivo LGTBI, y un miembro de la organización, O. S. O, se ofreció a ir al programa a responder a esas críticas. Días después, se vertió este comentario: “*como oyentes de Ú.S no tenemos ningún interés en esta clase de depravación sexual de O. S. O. Es asqueroso. Adoctrinar a los niños para que sean depravados sexuales que joden en la cama. Se podría quedar en casa en lugar de explicar estas cosas. Qué asqueroso*”³⁹. La organización denunció este comentario al amparo del art. 233.a) del Código Penal islandés, que tipifica el discurso del odio discriminatorio contra colectivos vulnerables. En un primer momento, el Tribunal del Distrito de Reykjavík inadmitió la demanda al entender que las expresiones proferidas no alcanzaban la gravedad exigida en el art. 233 para ser delito. El Director del Ministerio Fiscal recurrió ante el Tribunal Supremo, que dio la razón a la organización LGTBI. El Alto Tribunal señaló que términos tales como depravación, desviación, “van más allá hoy en día de lo que representaron tiempo atrás, y constituyen imputaciones prejuiciosas y difamatorias contra aquellos a los que se dirige”. Todo ello agravado por las expresiones del demandado que mostraban disgusto ante esas conductas y ante tal orientación sexual.

El condenado recurrió ante el TEDH, que confirmó la sentencia condenatoria por delito de discurso del odio. El Tribunal de Estrasburgo, una vez más, distingue dos categorías del discurso del odio susceptibles de ser sancionadas:

38. STEDH Carl Jóhann Lilliendahl v. Iceland, de 12 de junio de 2018.

39. Se trata de una traducción personal de las expresiones que constan en la sentencia del TEDH, en inglés y con términos originales del idioma materno: “*We listeners of [Ú.S.] have no interest in any [expletive] explanation of this kynvillla [derogatory word for homosexuality, literally ‘sexual deviation’] from [Ó.S.Ó.]. This is disgusting. To indoctrinate children with how kynvillingar [literally ‘sexual deviants’] edla sig [‘copulate’, primarily used for animals] in bed. [Ó.S.Ó.] can therefore stay at home, rather than intrude upon [Ú.S.]. How disgusting.*” (parágrafo 5).

la primera, en torno a la que no hay duda por ser la forma más grave (que incluso está prohibida en virtud del art. 17 CEDH), es el discurso del odio incitador de la violencia (“*speech which explicitly calls for violence or other criminal acts*”); la segunda, el discurso del odio que insulta, ridiculiza o difama a grupos de población, aunque sea sin hacer llamadas o provocaciones a actos prohibidos, cae también fuera de la protección del art. 10 CEDH –que consagra la libertad de expresión–, dependiendo del contexto y de la forma de manifestarse (“*speech that attacks on persons committed by insulting, holding up to ridicule or slandering specific groups of the population*”) (apartados 33 a 36). Y sobre esa base, la Corte europea constata, en primer lugar, que en el caso enjuiciado se estaba ante un discurso de la segunda categoría, que revestía la suficiente severidad y que el daño y el prejuicio que se infligían era suficientemente serios (“*comments were serious, severely hurtful and prejudicial*”), como para adoptar medidas restrictivas de la libertad de expresión. El TEDH insiste, como en sentencias previas, que la discriminación basada en la orientación sexual es tan grave como la que responde al origen nacional o a la etnia, por lo que también hay que proteger a los colectivos LGTBI de los discursos discriminatorios de odio que se dirijan contra ellos por motivo de su orientación sexual (párrafo 46). Y, en segundo lugar, sostiene que la condena impuesta por el Tribunal Supremo islandés, dentro del margen nacional de apreciación, y a la vista de la naturaleza y gravedad de los comentarios vertidos, no era irrazonable (“*not manifestly unreasonable*”) porque la sanción impuesta, una multa de alrededor de 800 euros (pese a que el tipo penal admitía incluso la pena de prisión de hasta dos años), representa una medida proporcionada para castigar el comportamiento (párrafo 47).

7. STEDH Beizaras and Levickas v. Lithuania⁴⁰. Dos jóvenes varones lituanos de 19 y 20 años publicaron en Facebook el 8 de diciembre de 2014 una fotografía en la que se veía un beso entre ellos. La imagen era accesible para sus “amigos” de Facebook y para el público general. La intención de los jóvenes al divulgar la foto públicamente era anunciar el comienzo de la relación de los demandantes y servir como elemento de fuerza y esperanza para la gente joven LGTBI que tuviera miedo a expresar sus sentimientos y hacer pública su orientación sexual. La fotografía pronto se hizo viral, recibiendo apoyo, pero también muchas críticas. Los comentarios publicados, que se pusieron en conocimiento de las fuerzas de la ley lituanas, incluían los siguientes: “*Voy a vomitar –deberían castrarlos o quemarlos; curaos, zopencos– eso es lo que digo*”; “*Si nacisteis pervertidos y tenéis este trastorno, id y esconderos en sótanos y haced lo que queráis allí, maricones. Sin embargo, no arruinaréis nuestra bonita sociedad, labrada por mi madre y por mi padre, en la que los hombres besan a las mujeres y*

40. STEDH Beizaras and Levickas v. Lithuania, 14 de enero de 2020.

no se restriegan las pollas. Espero de verdad que mientras vayáis andando por la calle, a uno de vosotros le revienta la cabeza y le salte el cerebro”; “Estos maricones me han jodido el almuerzo; si me dejaran, les dispararía a cada uno de ellos”; “¡¡¡¡¡Escoria!!!! A la cámara de gas con los dos”; “Eh, maricones, os voy a regalar una luna de miel al crematorio”; “Jodidos maricones, arded en el infierno, basura”; “A la hoguera con esos maricones..”; “Por los clavos de Cristo... Jodidos gais, deberíais ser exterminados, a la mierda”; “Como sois maricones, y los niños pueden ver fotos como estas, no es solo a los judíos a los que tendría que haber quemado Hitler”; “Quemad a los maricones, maldita sea”; “¡Maricones ¡A la hoguera con esas zorras!”; “Idos a la mierda, maldita sea, mataos, maricones”; “Satanás, por favor, déjame que les revienta la cabeza contra una pared” (párrafo 10).

En diciembre de 2014, la Asociación LGL –de la que formaban parte los dos jóvenes– interpuso una denuncia ante la Fiscalía General, solicitando que se incoara un procedimiento penal por treinta y un comentarios publicados en Facebook. La Asociación entendía que se había cometido el delito del art. 170, apartados 2 y 3, del Código Penal (“Incitación contra cualquier grupo nacional, racial, étnico, religioso u otro grupo de personas”) y se había infringido el artículo 19, apartado 1, inciso 3, de la Ley sobre Suministro de Información al Público, que prohíbe publicar en los medios información que incite al odio o la violencia contra un grupo de personas en razón de su orientación sexual. A partir de aquí, sin embargo, ninguna autoridad judicial estimó tal pretensión. La Fiscalía del Distrito rechazó iniciar una investigación al observar que los comentarios no respondían a una acción sistemática, sino aislada, y que, aunque eran reacciones “poco éticas” con respecto a la imagen retratada en la fotografía, dicho “comportamiento inmoral” no constituía un elemento delictivo. La Asociación recurrió esta decisión, pero el Tribunal de Distrito mantuvo el mismo criterio: no había indicios de delito toda vez que las declaraciones “indecorosas” y “obscenas” no tenían la entidad suficiente para incurrir en responsabilidad; además, los jóvenes, al publicar esta fotografía abierta a toda la audiencia de Facebook, debían aceptar no solo comentarios favorables, sino también otros críticos, ya que “la mayoría de la sociedad lituana aprecia mucho los valores familiares tradicionales”. En última instancia, el Tribunal Regional al que acudieron también los demandantes aprobó las decisiones administrativas y judiciales de no investigar los hechos ya que se trataba de “comportamientos excéntricos” que no merecían un “despilfarro de tiempo y recursos” en forma de la incoación de un procedimiento penal.

El caso llegó al TEDH. En esta ocasión no se enjuiciaba una vulneración del art. 10 del Convenio, ya que los autores de los comentarios denigratorios nunca llegaron a ser investigados y menos aún, condenados, por lo que su libertad de expresión no se había restringido. En este caso, entre otras

reclamaciones, se trataba de juzgar si la no investigación de estas expresiones que podían ser constitutivas de discursos discriminatorios de odio contra el colectivo LGTBI, punibles conforme al Código Penal lituano, representaba una discriminación por razón de orientación sexual por parte de las autoridades, en contravención del art. 14 CEDH. En otras palabras: debía juzgarse si las autoridades lituanas debían haber iniciado al menos una investigación para valorar si los comentarios denigratorios representaban un ataque a la vida privada de los demandantes (protegido en el art. 8 CEDH), en virtud de las obligaciones positivas de protección de la vida privada que corresponden a los Estados parte de la Convención, y si, en caso de no iniciarlo, tal omisión constituía una discriminación sobre los demandantes por razón de su orientación sexual (proscrita por el art. 14 CEDH) (parágrafos 109, 110 y 113). La Corte europea concluyó, sin lugar a dudas, que las autoridades lituanas habían infringido varios preceptos del CEDH: en el caso enjuiciado debería haberse iniciado una investigación por posible delito de discurso del odio e incitación a la violencia, en la medida en que los Estados tienen la obligación de proteger la vida privada de sus ciudadanos, que puede resultar lesionada no solo por discursos abiertamente incitadores a la violencia por razón de la orientación sexual, sino por otros discursos que sin “acarrear necesariamente una llamada a un acto de violencia u otros delitos” suponen “el insulto, la ridiculización o la difamación de grupos específicos de la población” (parágrafo 125). Para concluir, es conveniente resaltar una declaración del TEDH con la que, en cierto modo, se cierra un ciclo desde sus primeros pronunciamientos sobre discurso homóforo en el asunto *Vedjedland v. Sweden*; ahora, de manera terminante, la Corte señala que las sanciones penales sí pueden ser adecuadas, como recurso de *ultima ratio*, para afrontar las expresiones más graves de odio, incitando a otros a la violencia, y ello “se aplica igualmente al discurso de odio contra la orientación y la vida sexuales de las personas” (“*this equally applies to hate speech against persons’ sexual orientation and sexual life*”) (parágrafo 128).

A la vista de estos casos resueltos por el TEDH, creemos que queda acreditado que también la jurisprudencia europea ofrece una base y un fundamento para la sanción penal de los discursos injuriosos contra colectivos vulnerables, que consisten en un ataque a su dignidad a través de humillaciones, ridiculizaciones y difamaciones, sin necesidad de que tales mensajes comporten además una llamada a la violencia

V. BASES PARA UNA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL TIPO PENAL

En este trabajo, hasta ahora hemos procurado ofrecer un marco normativo y jurisprudencial que sirva de apoyo para la existencia del delito de discurso

difamatorio de odio, o discurso de odio en forma injuriosa, contra colectivos vulnerables. Hemos ofrecido una vía (quizá imaginativa) de interpretar la Decisión Marco de 2008 que podría dar cabida a la incriminación de estos discursos, tal y como hizo el legislador español en la reforma del año 2015 a través del art. 510.2.a). A continuación, hemos constatado que el TC y el TEDH han ratificado sanciones penales en casos de discursos difamatorios de odio contra colectivos vulnerables, incluso aunque no llamaran a actos de violencia, sino por consistir directamente en mensajes fuertemente insultantes, despreciativos, difamatorios y calumniosos. Justificada entonces la previsión como delito de esta clase de discursos difamatorios, es el momento de ofrecer algunas pautas interpretativas del art. 510.2.a) para hacer que su aplicación no se salga de las bases normativas y jurisprudenciales que lo avalan.

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

El delito transcrito es un delito de odio. La afirmación anterior, por más evidente que sea, es crucial e impone varias reglas a la hora de interpretar el precepto y definir sus elementos característicos. La guía de la OSCE sobre la regulación de los delitos de odio (“*hate crimes law*”)⁴¹ señala que existen dos modelos de sancionar los delitos de odio: el modelo de la hostilidad (“*hostility model*”, “*animus model*”), en el que el acusado comete el delito debido a la hostilidad o al odio que siente hacia una persona que posee alguna característica definitoria de las previstas en los catálogos de circunstancias discriminatorias; y el modelo de la selección discriminatoria (“*discriminatory selection model*”), en el que el acusado comete el delito sobre una víctima concreta a la que selecciona por pertenecer a un colectivo o tener una característica discriminatoria, cualquiera que sea la motivación por la que actúa (odiosa, prejuicios, para ganar simpatía entre otros, por status). Este doble modelo de incriminar las

41. OSCE (2009). *Hate Crime Laws A Practical Guide*, OSCE/ ODIHR, pp. 46 y ss. Online: <https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/36426.pdf>.

conductas de odio ha tenido reflejo en la legislación española: el art. 22.4.º, que contiene la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de actuar, con base en la culpabilidad, “por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”, responde al modelo de la hostilidad⁴². El art. 510, que regula los discursos de odio, responde, por el contrario, al otro modelo: selección discriminatoria: el autor dirige discursos difamatorios contra colectivos o personas individuales a causa de circunstancias que estos sujetos tienen o comparten (origen nacional, orientación sexual, discapacidad...). Cuando se sanciona una conducta por razón de la víctima no hay que atender a la motivación del sujeto, sino que debe probarse un nexo causal entre la conducta del acusado y la característica discriminatoria.

La elección del modelo de selección discriminatoria informa la interpretación completa del tipo penal del art. 510.2.a) e incluso de otras categorías dogmáticas del delito de discurso de odio. Este modelo explica que el peso del desvalor de la conducta caiga sobre el tipo objetivo –concretamente, sobre el sujeto pasivo– y no sobre el tipo subjetivo –que se colmará con un dolo general– y menos aún sobre la culpabilidad –no siendo preciso ningún ánimo o motivación odiosa en el autor, más allá del móvil, que no motivación, discriminatorio–. Así, podemos ubicar este delito en la órbita de un derecho penal del hecho y no de un derecho penal de autor o de la culpabilidad.

1. TIPO OBJETIVO. ESPECIAL ATENCIÓN AL SUJETO PASIVO

La estructura delictiva del art. 510.2.a), como reconocen varios autores, responde al esquema de los delitos contra el honor⁴³: del mismo modo que

42. Sobre ello, amplia y detenidamente, los trabajos de DÍAZ LÓPEZ, J.A. (2013), *El odio discriminatorio como agravante penal*, Aranzadi, Pamplona. Este autor, en (2017). El art. 22.4 CP y la motivación discriminatoria online. En MIRÓ LLINARES, F. (Dir.). *Cometer delitos en 140 caracteres: el derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Marcial Pons, pp. 110 y ss., ofrece una sugerente lectura de esta circunstancia del art. 22.4.ª dentro de la categoría de la culpabilidad que suaviza la suspicacia con que tradicionalmente la doctrina penalista suele dirigirse a las agravantes de la pena por mayor reproche de culpabilidad.

43. AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) / GÓMEZ MARTÍN, V., MARQUINA BERTRÁN, M., DE ROSA PALACIO, M., TAMARIT, J. M.ª, AGUILAR GARCÍA, M. A. (2015), *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, Generalitat de Catalunya. http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/manual_investigacion_delitos_odio.pdf, p. 215; GÓMEZ MARTÍN, V. (2015). Incitación al odio y género: Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista. En MIRÓ LLINARES, F. (Dir.). *Cometer delitos en 140 caracteres: el derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Marcial Pons, p. 191, vincula las palabras del

las injurias, art. 208, consisten en la lesión de la dignidad atacando la fama o la autoestima, la difamación contra colectivos supone la lesión de la dignidad “mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito”. La vinculación se hace todavía más evidente si traemos aquí la tipificación del delito de injurias en el Código penal español de 1944, que las definía como “toda expresión proferida, o acción ejecutada, en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona” (art. 457). La STS 656/2007, de 17 de julio, define el descrédito como la “*disminución o pérdida de la reputación de las personas o del valor y estima de las cosas*”; menosprecio como “*equivalente a poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén*”; y 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*”. Esta estructura comisiva explica, como decíamos, el paralelismo con los delitos contra el honor, así como las propuestas de la dignidad y/o honor como bien jurídico tutelado por el delito.

Por tanto, siendo la conducta prohibida similar a la de las injurias, lo característico y fundamental del tipo objetivo del art. 510.2.a) será el sujeto pasivo: el colectivo vulnerable y/o sus miembros. Parte de las críticas sociales y científicas que se han vertido en los últimos años contra la categoría de los delitos de odio (y el discurso del odio es una especie dentro de ese género), es su tendencia expansiva: en el marco de una supuesta sociedad intolerante subyugada por la censura de lo políticamente correcto y de ofendidos, cualquier conducta parece un delito de odio, no se puede hacer nada sin caer en delito de odio y, al fin, no se puede odiar libremente. Es cierto que algunas de estas críticas nos obligan a reflexionar sobre la flexibilidad o ligereza con que estimamos que en una ocasión concreta ha habido un ataque odioso grave, serio, lesivo contra un ciudadano por pertenecer a un colectivo, que merezca una sanción. Pero parte de las otras críticas no tienen cabida y deberían desaparecer si entendemos la verdadera lógica del discurso del odio: cualquiera puede odiar, pero no se puede lesionar bienes jurídicos de un grupo o una persona para negarles su igualdad y reconocimiento, por tener sobre ellos prejuicios.

Conviene insistir en la idea anterior, ahora en términos técnico-jurídicos. El art. 510.2.a) responde al modelo de selección discriminatoria de los *hate crimes*: es decisivo que el discurso lesione la dignidad de un grupo identificado (o de miembros del grupo unidos) por su orientación sexual, origen nacional o religión. El discurso de odio difamatorio merece sanción penal por el desvalor de injusto que supone difamar a colectivos o personas cuyas expectativas

tipo penal “humillación y menosprecio” a la protección del honor. Parecidamente, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S. (2017). Hacia una interpretación restrictiva de la nueva regulación penal de la incitación al odio. En MIRÓ LLINARES, F. (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Marcial Pons, p. 167.

de reconocimiento han sido tradicionalmente ignoradas, que han sido discriminados y que han sido, incluso, perseguidos y exterminados. La conducta es particularmente reprochable y entra en la órbita de lo punible porque difamar a colectivos vulnerables es más peligroso y pernicioso toda vez que han estado tradicionalmente oprimidos.

Como dice Lorenzo Copello, lo que dota de contenido al discurso de odio no es el sentimiento de desprecio o rechazo frontal del autor hacia el colectivo esto es, un sentimiento perverso o su actitud interna, sino las características del colectivo al que se dirige el mensaje⁴⁴. Esta afirmación contiene perfectamente la diferencia entre los dos modelos de incriminación de delitos de odio y la elección del modelo de selección discriminatoria en el art. 510: del desvalor de los discursos del odio no es el odio u hostilidad interna del autor, sino que dirija su mensaje hiriente contra colectivos tradicionalmente oprimidos y vulnerables, a los que el Código Penal dispensa una tutela reforzada. El fundamento de los discursos de odio reside en su desvalor de injusto, no es su desvalor de culpabilidad.

El modelo de selección discriminatoria centra la atención en un elemento objetivo (lo cual confiere siempre certeza, frente a la tendencia a subjetivar o teñir de elementos subjetivos y culpabilísticos el Derecho penal): el sujeto pasivo del delito, el colectivo vulnerable. El Código Penal no quiere sancionar una conducta expresiva que transmita odio contra cualquier colectivo, sino el discurso difamatorio contra ciertos colectivos que necesitan una protección reforzada. La jurisprudencia ha subrayado la importancia del sujeto pasivo dentro del tipo penal de los discursos del odio. La STS 646/2018, de 14 de diciembre, señala que *“el término discurso del odio tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, a su vez lo tomó de las resoluciones del Consejo de Europa. Los Estados han configurado tipos penales expresivos del discurso del odio. En realidad, no hay una figura típica del discurso del odio, sino que se trata de diversos tipos penales que recogen figuras de agresión a sujetos individuales o colectivos, especialmente vulnerables, a través de distintos vehículos de comunicación”*; son *“colectivos de personas, a los que por su especial vulnerabilidad el Código otorga una protección específica”* en el art. 510 (FJ Único; también SSTs 47/2019, 4 de febrero, FJ 2; 185/2019, 2 de abril, FJ 3; 458/2019, de 9 de octubre, FJ 5).

Por eso, no podemos estar de acuerdo con la 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: es incongruente que la Circular admita que estos delitos se construyen siguiendo la lógica de la

44. LAURENZO COPELLO, P. (2019). La manipulación de los delitos de odio. En PORTILLA CONTRERAS/ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (Dirs.). *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*. Dykinson, p. 462; TAMARIT SUMALLA, J.M. (1996). Artículo 510. En QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), MORALES PRATS, F. (Coord.). *Comentarios al nuevo Código penal*. Aranzadi, p. 1661 y 1662.

necesidad de protección de colectivos desfavorecidos y, que al mismo tiempo, afirme que una persona de ideología nazi podría ser sujeto pasivo de este delito porque tal ideología puede ocupar hoy en día una “posición de vulnerabilidad social”⁴⁵. Las circunstancias discriminatorias previstas en el art. 510 definen un eje en torno al cual parte de la humanidad –situada a un lado del eje– ha ejercido dominio y opresión sobre la otra parte de la humanidad –situada al otro lado del eje–. El sentido de los delitos de odio, enmarcados en las políticas antidiscriminatorias y de reconocimiento de minorías, es precisamente proteger a quienes han estado en lado perdedor de la historia. En palabras de Tapia Ballesteros, las circunstancias discriminatorias del art. 510 deben entenderse solo “unidireccionalmente”⁴⁶ (no bidireccionalmente) para proteger al grupo tradicionalmente marginado. Se tutela a quienes sufren las consecuencias de una “actitud social hegemónica que perpetúa la dominación”⁴⁷. Se trata, en fin, de tutelar solo “a quienes presenten esas características protegidas, que vendrán justificadas por razón de su discriminación histórica”⁴⁸.

2. TIPO SUBJETIVO

Los elementos subjetivos del tipo penal deben estar igualmente coloreados por el modelo de selección discriminatoria que da forma a los discursos de odio del art. 510, que hace que el peso del desvalor de la conducta recaiga en el tipo objetivo, y concretamente en el sujeto pasivo (colectivo discriminado), y no en el tipo subjetivo.

El tipo subjetivo, en principio, se colma con las exigencias habituales de los delitos *dolosos*. La STS 72/2018, de 9 febrero, parece tenerlo claro: “tanto el delito de enaltecimiento como el de incitación al odio, no requieren un dolo específico, siendo suficiente la concurrencia de un dolo básico que ha de ser constatado a partir del contenido de las expresiones vertidas. El dolo de estos delitos se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto y la constatación de no tratarse de una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar”.

45. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2019), Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código penal, BOE del 24 de mayo de 2019, pp. 55665 y 55666.

46. TAPIA BALLESTEROS, P. (2021) El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: La ideología como un Caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación. Manuscrito cedido por la autora, que se publicará próximamente en *Política Criminal*, vol. 16, n.º 31, julio, p. 16.

47. TAMARIT SUMALLA, J.M. (1996). Artículo 510. En QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), MORALES PRATS, F. (Coord.). *Comentarios al nuevo Código penal*. Aranzadi, p. 1662.

48. SERRA PERELLÓ, L. (2018). *Discurso de incitación al odio: análisis desde los derechos humanos y pautas interpretativas*. Institut de Drets Humans de Catalunya, p. 58. Online: https://www.idhc.org/arxius/recerca/Discurso_incitacion_odio.pdf.

Paralelamente al dolo, la jurisprudencia señala también la concurrencia en estos delitos del *móvil discriminatorio* como elemento subjetivo del injusto. Así, entre otras, las SSAP de Madrid, 551/2020 de 17 noviembre, y 676/2017, de 30 de octubre, remarcan que este móvil es decisivo en el delito e integra la anti-juridicidad: esta tipificación “*sólo tiene justificación por móviles discriminatorios, es decir, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad*”. El móvil discriminatorio es una exigencia del precepto que conecta el tipo subjetivo con el tipo objetivo: el discurso difamatorio se dirige contra colectivos vulnerables y victimizados como los extranjeros (es decir, se les selecciona por motivo de su origen nacional), los homosexuales (seleccionados por motivo de su orientación sexual) o los musulmanes (seleccionados por motivo de su religión). Advertido lo anterior, el móvil discriminatorio no añade apenas nada a la conducta: si se quiere castigar el discurso de odio es precisamente porque el autor dirige difamaciones contra un colectivo específicamente seleccionado por él en atención a algún motivo, de modo tal que, al difamar a los musulmanes, homosexuales o inmigrantes, por el hecho de serlo, y no a los cristianos, heterosexuales o nacionales, discrimina a los primeros.

El debate en sede de tipo subjetivo gira en torno a la posible exigencia de un elemento subjetivo adicional o específico. En la jurisprudencia del TC que comentamos páginas atrás, había referencias continuas a la necesidad de un “*ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social*” (SSTC 214/1991, FJ 8; 176/1995, 11 de diciembre, FJ 5; 235/2007, de 10 de diciembre, FJ 5). En la doctrina hay autores que también hablan de un elemento subjetivo, motivacional. Es el caso de Landa Gorostiza. Pero tal y como lo expresa no parece que se refiera a un elemento subjetivo adicional, sino que tan solo estaría destinado a “excluir el azar de provocar casualmente odio, violencia o discriminación mediante conductas temerarias o imprudentes”⁴⁹. Un paso más allá creemos que llega la propuesta de Teruel Lozano: reclama criterios interpretativos restrictivos para contener el efecto expansivo de estos delitos, y menciona específicamente uno referido al tipo subjetivo: “Intencionalidad directa, referida al elemento ofensivo (insultar, vejar, provocar...), y también una motivación concreta al actuar

49. LANDA GOROSTIZA, J. (2018). *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4o. CP 1995*. Tirant lo Blanch, p. 66. Alguna jurisprudencia ha citado expresamente las propuestas doctrinales de Landa Gorostiza: la SAP de Madrid 625/2019, de 21 de noviembre de 2019, FJ 5, ha señalado que la injuria colectiva del art. 510.2.a) está “*dirigida a menospreciar la dignidad de un determinado colectivo [diana] especialmente vulnerable que ‘busque segregar a un grupo para justificar su inferioridad y convalidar futuras agresiones’ (Landa Gorostiza), es decir que produzcan una afección de tal intensidad que entrañe un potencial agresivo para con el ‘colectivo diana’ en clave de seguridad existencial [...] exigiendo la presencia un elemento subjetivo de actuar por móviles discriminatorios (De Vicente Martínez)*”.

por razón de esa intolerancia”; aclara el propio autor que ese elemento ofensivo debería ir “más allá de la propia difusión de ciertas ideas, por muy hostiles que resulten o por mucho que repugnen desde el prisma de la tolerancia y de los principios democráticos”⁵⁰.

Desde nuestro punto de vista, el tipo penal, tal y como está descrito, no requiere ningún elemento de refuerzo de la imputación subjetiva, más allá del dolo ordinario (salvo el móvil discriminatorio). Tampoco es conveniente que se pida. Si estamos de acuerdo en que las difamaciones de colectivos vulnerables siguen la dinámica de los delitos contra el honor, entonces deberían colmarse con el dolo general. Las referencias jurisprudenciales al ánimo de humillar no significan en las injurias un dolo específico o reforzado (*animus iniuriandi*) desde hace ya muchas décadas que se abandonó la teoría de los *animi*. Siendo así, en las difamaciones colectivas del art. 510.2.a), la lesión a la dignidad del grupo se realiza a través de mensajes de menosprecio y descrédito que llevan inserto el propio ánimo subjetivo de insultar y se hacen con un móvil discriminatorio. Propuestas como reclamar una intencionalidad directa ofensiva más allá de la difusión de ideas suenan a la exigencia de un dolo específico que no compartimos, que no pide el art. 510.2.a) y que casan mal con el modelo de selección discriminatoria que inspira el art. 510 CP. Si la lesión de la dignidad tiene que hacerse a través de mensajes injuriosos, porque así ya lo demanda el precepto, ¿qué otro dolo o ánimo injurioso más puede pedirse? Creemos que esas referencias adicionales a la intención y al estado mental del autor realmente se orientan no al tipo subjetivo, pues el este ya luce completo con el dolo de lesionar la dignidad mediante la humillación, sino a la culpabilidad. Y si esto es así, pretender restringir el tipo penal del art. 510.2.a) (y de todos los delitos de discursos del odio) a base de exigir una motivación subjetiva específica (más allá del móvil discriminatorio inherente a cualquier difamación contra un colectivo vulnerable y discriminado), nos aparta del modelo de selección discriminatoria y nos aproxima a un modelo de hostilidad que no es deseable porque carga las tintas sobre la actitud interna del autor⁵¹.

50. TERUEL LOZANO, G. M. (2017). Expresiones intolerantes, delitos de odio y libertad de expresión: un difícil equilibrio. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 36, p. 188.

51. OSCE (2009). *Hate Crime Laws A Practical Guide*, OSCE/ ODIHR, <https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/36426.pdf>, p. 48.

Dice contundentemente LAURENZO COPELLO, P. (2019). La manipulación de los delitos de odio. En PORTILLA CONTRERAS/ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (Dirs.). *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*. Dykinson, p. 462, que cuando los componentes emocionales predominan, entonces todo el reproche descansa en el motivo perverso del autor y nos acercamos “al nefasto derecho penal de autor”. También así CÁMARA ARROYO, S. (2017). El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 70, Fasc/Mes 1, p. 172.

3. EL TIPO PENAL ALTERNATIVO DE LA “CADENA DE PROPAGANDA INJURIOSA”

En este trabajo nos hemos referido siempre a la primera parte del precepto, la que ha despertado más atención doctrinal y ha motivado más jurisprudencia. Pero el apartado 2.a) del art. 510 también castiga con la misma pena prevista para la lesión de la dignidad, a quienes “produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos”.

Sobre esta modalidad típica alternativa, que Landa Gorostiza llama la cadena enlatada de propaganda injuriosa (o propaganda de las conductas de matriz injuriosa)⁵², el acuerdo es, nos atrevemos a decir, unánime en cuanto a su ilegitimidad. Nos sumamos a esta opinión. Esta misma modalidad alternativa se castiga en el apartado 1 del art. 510, relativo a las incitaciones al odio y la violencia, y ya en ellas la opinión mayoritaria crítica que se trata de un adelantamiento punitivo excesivo toda vez que si la incitación quiere sancionar el peligro de que se produzcan actos violentos o discriminatorios, la producción de material que pueda incitar es tanto como querer atajar penalmente la serpiente a través del huevo: se prohíbe producir material que podría ser peligroso si se distribuyera, creándose el riesgo de actos violentos o prohibidos. Es un peligro anterior al peligro de la incitación y, por tanto, inocuo y no merecedor de reproche penal.

Las deficiencias apuntadas respecto de la cadena de propaganda del material incitador se multiplican cuando se trata de la producción de material idóneo para lesionar la dignidad [art. 510.2.a), segundo inciso o modalidad alternativa]. Ya se considere que este comportamiento delictivo lesiona directamente la dignidad o el honor, o sienta las bases de segregación sobre las que podrían producirse futuros actos violentos, en cualquier caso, la sanción de la cadena de propaganda injuriosa implica querer castigar la preparación del discurso difamatorio, el acto previo al discurso de odio atenuado. Y por ello, la tipificación de esta conducta representa una invasión de la libertad de expresión⁵³, máxime cuando siendo una preparación de otra conducta (lesiva

52. LANDA GOROSTIZA, J. (2018). *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4o. CP 1995*. Tirant lo Blanch, p. 83.

53. Para PORTILLA CONTRERAS, G. (2017), El retorno de la censura y la caza de brujas anarquista. En MIRÓ LLINARES, F. (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Marcial Pons, pp. 97-99, la tipificación de estas conductas de cadena de difusión de material (incitador o injurioso) representa pura” censura” y un ataque como nunca se ha visto a la libertad de expresión.

o peligrosa), se castiga con la misma pena que la propia conducta que se prepara, por lo que la proporcionalidad de las penas salta por los aires⁵⁴.

VI. CONCLUSIONES

1. El legislador español reformó los delitos de discurso del odio en el año 2015 e introdujo la modalidad concreta de las difamaciones de colectivos vulnerables en el art. 510.2.a) entendida como *lesión de la dignidad mediante acciones de menosprecio, descrédito y humillación*, invocando la necesidad de trasponer al ordenamiento punitivo español la Decisión Marco 2008/913/JAI, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal. Esta norma jurídica europea mandataba a los Estados a sancionar penalmente, entre otras conductas, la incitación al odio a través de formas injuriosas, por lo que, a nuestro juicio, el delito de difamaciones contra colectivos vulnerables sí encuentra encaje normativo en el Derecho de la Unión Europea.
2. Las principales Cortes han sentado una doctrina jurisprudencial que avala la existencia de este delito. El Tribunal Constitucional (SSTC 214/1991, 176/1995 y 235/2007), en su jurisprudencia sobre discursos racistas y antisemitas, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH Féret v. Belgium, Vejdeland and Others v. Sweden, Beizaras and Levickas v. Lithuania y Carl Jóhann Lilliendahl v. Iceland), especialmente en relación con discursos de odio homófobos, aceptan sancionar penalmente el discurso de odio insultante y humillante contra colectivos vulnerables, sin necesidad de que incite a la comisión de actos violentos, discriminatorios u otros resultados prohibidos.
3. La tipificación del discurso difamatorio contra colectivos vulnerables en el Código Penal español apuesta por el modelo de la selección discriminatoria, de modo que el núcleo de la conducta prohibida se sitúa en el tipo objetivo y en el sujeto pasivo. Esta circunstancia impone varias pautas para interpretar el precepto de forma restrictiva y teleológicamente orientada a la protección de la dignidad o el honor de los grupos: en primer lugar, solo los colectivos vulnerables históricamente oprimidos pueden ser tutelados a través de este delito (en consonancia con la razón de ser de los delitos de odio); y en segundo lugar, la actitud interna del sujeto, su sentimiento o emoción de odio contra colectivos

54. ALASTUEY DOBÓN, M.C. (2016). Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 18, pp. 23 y 24; ROIG TORRES, M. (2015). Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512). En GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Tirant lo Blanch, p. 1257.

no influye en la apreciación del delito, siendo suficiente el dolo general (sin elementos reforzados) y el móvil discriminatorio (sin –y que no debe confundirse con– circunstancias agravantes de la culpabilidad).

4. El segundo inciso del art. 510.2.a), cadena de propaganda de material difamatorio contra colectivos, representa un adelantamiento excesivo, injustificado e innecesario de las barreas penales y asfixia la libertad de expresión.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.)/GÓMEZ MARTÍN, V., MARQUINA BERTRÁN, M., DE ROSA PALACIO, M., TAMARIT, J. M.^a, AGUILAR GARCÍA, M. A. (2015), *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, Generalitat de Catalunya. http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/manual_investigacion_delitos_odio.pdf.
- ALASTUEY DOBÓN, M.C. (2016). Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 18.
- ALCÁCER GUIRAO, R. (2020). *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*. Marcial Pons.
- ALONSO ÁLAMO, M. (2014). *Bien jurídico-penal y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos*. Ediciones Universidad de Valladolid.
- ARTICLE 19 (2019). Discurso de odio. Manual, pp. 29 y 30. Online: <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2020/03/ARTICLE-19-Manual-sobre-el-%E2%80%98Discurso-de-Odio%E2%80%99.pdf>.
- ARTICLE 19 (2020). *España: Delitos relacionados con la libertad de expresión en el Código Penal, Marzo de 2020*, p. 25; online: <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2020/03/Analisis-Legal-Codigo-Penal-Espana-Marzo-2020-FINAL-ESPANOL.pdf>.
- BERNAL DEL CASTILLO, J. (1998). *La discriminación en el derecho penal*. Comares.
- BRANDARIZ GARCÍA, J. A. (2010). Victimización de migrantes. En TAMARIT SUMALLA, J. (Coord.), *Víctimas olvidadas*. Tirant lo Blanch.
- CÁMARA ARROYO, S. (2017). El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 70, Fasc/Mes 1.
- CUEVA FERNÁNDEZ, R. (2012). El discurso del odio y su prohibición. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35.

- DE PABLO SERRANO, A. L. (2014). *Los delitos contra el honor en el derecho penal español y en el derecho comparado*. Online: <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/11493>.
- DE PABLO SERRANO, A. L. (2019). La tipificación penal del discurso LGTBI fóbico: fundamento filosófico, bien jurídico penal y algunas propuestas de reforma del art. 510 CP. En MARTÍN RÍOS, B. (Coord.), *La prevención y represión del discurso del odio: hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*, Thomson Reuters-Aranzadi.
- DÍAZ LÓPEZ, J.A. (2013), *El odio discriminatorio como agravante penal*, Aranzadi, Pamplona. Este autor, en (2017). El art. 22.4 CP y la motivación discriminatoria online. En MIRÓ LLINARES, F. (Dir.). *Cometer delitos en 140 caracteres: el derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Marcial Pons.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2019), Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código penal, BOE del 24 de mayo de 2019.
- GÓMEZ MARTÍN, V. (2015). Incitación al odio y género: Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista. En MIRÓ LLINARES, F. (Dir.). *Cometer delitos en 140 caracteres: el derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Marcial Pons.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *Una Propuesta Alternativa de Delitos de Expresión*. Tirant lo Blanch.
- LANDA GOROSTIZA, J.-M. (1999), *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al “delito de provocación” del artículo 510 del Código penal*. Universidad del País Vasco (Euskal Herriko Unibertsitatea).
- LANDA GOROSTIZA, J.-M. (2018). El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del art. 510 CP. En Landa Gorostiza, J.-M. y Garro (Dirs.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch.
- LANDA GOROSTIZA, J. (2018). *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4.º CP 1995*. Tirant lo Blanch.
- LAURENZO COPELLO, P. (1996), La discriminación en el Código Penal de 1995. *Estudios Penales Criminológicos*, XIX.
- LAURENZO COPELLO, P. (2019). La manipulación de los delitos de odio. En PORTILLA CONTRERAS/ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (dirs.). *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*. Dykinson.
- MIRÓ LLINARES, F. (2017). Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión. En MIRÓ LLINARES, F. (Dir.). *Cometer delitos en 140 caracteres: el derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Marcial Pons.

- MUÑOZ CONDE, F. (2019). *Derecho penal. Parte Especial*. Tirant Lo Blanch.
- OSCE (2009). *Hate Crime Laws A Practical Guide*, OSCE/ ODIHR, pp. 46 y ss.
Online: <https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/36426.pdf>.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2016), La represión penal del discurso del odio. En ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *Tratado de Derecho penal español, Parte Especial, vol. IV*. Tirant lo Blanch.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2017), El retorno de la censura y la caza de brujas anarquista. En MIRÓ LLINARES, F. (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Marcial Pons.
- REVENGA SÁNCHEZ, M. (2014). Trazando los límites de lo tolerable: Libertad de expresión y defensa del ethos democrático en la jurisprudencia constitucional española. *Cuadernos De Derecho Público*, (21).
- RÍOS MARTÍN, B. (2019). La represión del discurso del odio a través del derecho penal. Debilidades y fortalezas de la regulación penal actual. En MARTÍN RÍOS, B. (Coord.), *La prevención y represión del discurso del odio: hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*, Thomson Reuters-Aranzadi.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S. (2017). Hacia una interpretación restrictiva de la nueva regulación penal de la incitación al odio. En MIRÓ LLINARES, F. (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Marcial Pons, p. 167.
- ROIG TORRES, M. (2015). Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512). En GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Tirant lo Blanch.
- SERRA PERELLÓ, L. (2018). *Discurso de incitación al odio: análisis desde los derechos humanos y pautas interpretativas*. Institut de Drets Humans de Catalunya. Online: https://www.idhc.org/arxius/recerca/Discurso_incitacion_odio.pdf.
- SOUTO GALVÁN, B. (2015). Discurso del odio: género y libertad de expresión. *Revista General de Derecho Penal*, 23.
- SPIGNO, I. (2019). Discursos del odio y liquidez en los tiempos de internet. En MARTÍN RÍOS, B. (Coord.), *La prevención y represión del discurso del odio: hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*, Thomson Reuters-Aranzadi.
- TAMARIT SUMALLA, J.M. (1996). Artículo 510. En QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), MORALES PRATS, F. (Coord.). *Comentarios al nuevo Código penal*. Aranzadi.
- TAPIA BALLESTEROS, P. (2015). Artículo 510. En GÓMEZ TOMILLO, M. y JAVATO MARTÍN, A. M.^a (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo IV*. Navarra, Aranzadi.

TAPIA BALLESTEROS, P. (2021) El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: La ideología como un Caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación. Manuscrito cedido por la autora, que se publicará próximamente en *Política Criminal*, vol. 16, n.º 31, julio.

TERUEL LOZANO, G. (2015). La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal. *InDret*, n.º 4.

TERUEL LOZANO, G. (2015). *La lucha del Derecho contra el Negacionismo: una peligrosa frontera*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

TERUEL LOZANO, G. M. (2017). Expresiones intolerantes, delitos de odio y libertad de expresión: un difícil equilibrio. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 36.

VIII. ANEXO JURISPRUDENCIAL

STEDH Féret v. Belgium, 16 de julio de 2009

STEDH Vejdeland and Others v. Sweden, 9 febrero de 2012

STEDH Beizaras and Levickas v. Lithuania, 14 de enero de 2020.

STEDH Carl Jóhann Lillíendahl v. Iceland, de 12 de junio de 2018.

STC 214/1991, de 11 de noviembre

STC 176/1995, de 11 de diciembre

STC 235/2007, de 7 de noviembre

STS 72/2018, de 9 febrero

STS 646/2018, de 14 de diciembre

STS 47/2019, 4 de febrero

STS 185/2019, 2 de abril

STS 458/2019, de 9 de octubre

SAP de Madrid 625/2019, de 21 de noviembre de 2019

SAP de Madrid 551/2020 de 17 noviembre,

SAP de Madrid 676/2017, de 30 de octubre