

ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DELITO
Cuestiones de la parte especial de los delitos de opinión

Consejo Thomson Reuters Aranzadi

D. JAVIER MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ
Presidente

D. LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO
Vicepresidente

VOCALES

D. ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO

D^a. ANA BELÉN CAMPUZANO LAGUILLO

D. ÁNGEL CARRASCO PERERA

D^a. CARMEN CHINCHILLA MARÍN

D. FAUSTINO CORDÓN MORENO

D. ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN

D. MARIO GARCÉS SANAGUSTÍN

D. JOSÉ LUIS GARCÍA DELGADO

D. EUGENIO GAY MONTALVO

D. JACOBO BARJA DE QUIROGA

D. LUIS MARTÍN REBOLLO

D. ALFREDO MONTOYA MELGAR

D. JULIO MUERZA ESPARZA

D. ALFONSO MUÑOZ PAREDES

D. ALBERTO PALOMAR OLMEDA

D. GONZALO QUINTERO OLIVARES

D. TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ

D. GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

D. JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE

D^a. M^a LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

D. ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

D. EUGENIO SIMÓN ACOSTA

JUANA DEL-CARPIO DELGADO
MARÍA HOLGADO GONZÁLEZ
Directoras

ALEJANDRO L. DE PABLO SERRANO
Coordinador

ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DELITO

Cuestiones de la parte especial de los
delitos de opinión

Autores/as

ABDELHAMID ADNANE RKIOUA
ELENA BOZA MORENO
JOSÉ CEPDELLO BOISO
SALVADOR CUTIÑO RAYA
ALEJANDRO L. DE PABLO SERRANO
VÍCTOR M. MACÍAS CARO
MARÍA JOSÉ PAREJO GUZMÁN
MARTA RODRÍGUEZ RAMOS
PATRICIA TAPIA BALLESTEROS
FRANCISCO TOSCANO GIL

THOMSON REUTERS

ARANZADI

Primera edición, 2021



THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBOOKS

Incluye versión en digital

Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación UPO-1255802, *Los delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. La ¿(de) construcción de una sociedad (in) tolerante?*, financiado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y por la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad, de la Junta de Andalucía, en marco del programa operativo FEDER Andalucía 2014-2020. Objetivo específico 1.2.3. «Fomento y generación de conocimiento frontera y de conocimiento orientado a los retos de la sociedad, desarrollo de tecnologías emergentes»). Porcentaje de cofinanciación FEDER 80%. También se encuadra en las actividades del *Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas-CIPEC*. PAID SEJ-047.

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2021 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Juana Del-Carpio Delgado, María Holgado González (Dirs.) y Alejandro L. De Pablo Serrano (Coord.)]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-1391-046-8

DL NA 1435-2021

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 – Pamplona

Índice General

Página

PRESENTACIÓN	15
EL DISCURSO DE ODIOS DEL ART. 510.1.A) DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: LA IDEOLOGÍA COMO UN CABALLO DE TROYA ENTRE LAS CIRCUNSTANCIAS SOSPECHOSAS DE DISCRIMINACIÓN	25
PATRICIA TAPIA BALLESTEROS	
I. Introducción	26
II. Origen y fundamento del precepto	29
III. Bien jurídico protegido	31
IV. Sujeto pasivo: las circunstancias sospechosas de discriminación	34
1. <i>Motivos racistas, antisemitas y pertenencia a una etnia o raza</i>	35
2. <i>Pertenencia a una nación, su origen nacional</i>	36
3. <i>Sexo, razones de género</i>	39
4. <i>Orientación o identidad sexual</i>	41
5. <i>Situación familiar</i>	41
6. <i>Enfermedad o discapacidad</i>	42
7. <i>La ideología como caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación</i>	44
8. <i>Religión y creencias</i>	50
V. La acción típica	51
VI. Modalidades agravadas	56
VII. Penalidad	58

	<u>Página</u>
VIII. Reflexión final	58
IX. Bibliografía	61
EN DEFENSA DE LA TIPIFICACIÓN PENAL DEL DISCURSO DIFAMATORIO CONTRA COLECTIVOS VULNERABLES	67
ALEJANDRO L. DE PABLO SERRANO	
I. Introducción	68
II. Ratio legis del delito de difamación de colectivos vulnerables [art. 5010.2.a)]	69
III. Encaje normativo: textos internacionales y europeos	73
1. <i>Valoración de la doctrina sobre la (in)suficiencia del marco normativo</i>	76
2. <i>Valoración personal</i>	78
IV. Fundamento jurisprudencial de la sanción penal del discurso difamatorio contra colectivos vulnerables	80
V. Bases para una interpretación restrictiva del tipo penal	90
1. <i>Tipo objetivo. Especial atención al sujeto pasivo</i>	92
2. <i>Tipo subjetivo</i>	95
3. <i>El tipo penal alternativo de la “cadena de propaganda injuriosa”</i>	98
VI. Conclusiones	99
VII. Bibliografía	100
VIII. Anexo jurisprudencial	103
DISCURSO DE ODIO, DELITOS DE ODIO Y LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN DEL ARTÍCULO 22.4 CP. ESPECIAL REFERENCIA A LA CIRCULAR 7/2019, SOBRE PAUTAS PARA INTERPRETAR LOS DELITOS DE ODIO TIPIFICADOS EN EL ARTÍCULO 510 CP	105
MARTA RODRÍGUEZ RAMOS	
I. Introducción	106

	<u>Página</u>
II. Delitos de odio, discurso de odio y la agravante de discriminación por razón de género	111
1. <i>“Delitos de odio” y “discurso de odio”: una aclaración terminológica</i>	111
1.1. El concepto de “delito de odio”	114
1.2. El concepto de “discurso de odio”	117
2. <i>La conexión entre los “delitos de odio” y la agravante de discriminación del artículo 22.4 CP</i>	122
III. La circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 CP	125
IV. Conclusiones	130
V. Bibliografía	132
 LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS DE ODIOS EN LA LEY LGTBI DE ANDALUCÍA COMO HERRAMIENTA PARA LA PROTECCIÓN DE LA DIVERSIDAD SEXUAL	 135
FRANCISCO TOSCANO GIL	
I. Planteamiento	136
II. Los fundamentos jurídicos de la protección a la diversidad sexual, y a la igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual o de identidad de género	138
III. El concepto de delito de odio	143
1. <i>Delito de odio e infracción administrativa</i>	144
2. <i>Concepto de delito de odio: concepción genérica y concepción específica vinculada al discurso del odio</i>	146
3. <i>Delito de odio y delito de opinión</i>	151
IV. La determinación de infracciones de odio en la ley LGTBI de Andalucía	151
1. <i>Infracciones leves</i>	152
2. <i>Infracciones graves</i>	153
3. <i>Infracciones muy graves</i>	156

	<u>Página</u>
V. Análisis de derecho comparado autonómico	158
1. Navarra	159
2. País Vasco	160
3. Galicia	160
4. Andalucía	160
5. Cataluña	160
6. Canarias	161
7. Extremadura	161
8. Madrid	161
9. Murcia	162
10. Baleares	162
11. Valencia	162
12. Aragón	163
13. Cantabria	163
VI. Conclusiones	164
VII. Bibliografía	165
DELITOS DE CALUMNIAS E INJURIAS AL REY Y A OTRAS PERSONAS VINCULADAS A LA CORONA (ARTS. 490.3 Y 491 CP): ANÁLISIS DE LOS TIPOS Y DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y EUROPEA	169
VÍCTOR MANUEL MACÍAS CARO	
I. Los tipos de delito de los arts. 490.3 y 491 CP	170
1. Calumnias o injurias en el ejercicio de las funciones (art. 490.3 CP)	171
2. Calumnias o injurias fuera del ejercicio de las funciones (art. 491.1 CP)	172
3. Utilización desprestigianete de la imagen real (art. 491.2 CP)	173
4. Tipificación específica y tutela reforzada: contenido y legitimidad	174

	<u>Página</u>
II. Alcance y límites a la libertad de expresión en la jurisprudencia	177
1. <i>Insultos personales, con o sin contenido político</i>	178
2. <i>La sátira con intención humorística. Los casos de El Jueves y de Caduca Hoy</i>	181
3. <i>La expresión política en sentido estricto. El caso Otegi Mondragón</i>	184
4. <i>Manifestaciones de rechazo. La quema del retrato de los reyes</i>	186
III. ¿Las injurias al rey como ejercicio de discurso de odio?	191
1. <i>El discurso de odio como límite a la libertad de expresión</i>	192
2. <i>La fallida y criticada aplicación del discurso de odio para salvar la legitimidad de las injurias al rey</i>	194
IV. Bibliografía	195
EL DELITO DE ENALTECIMIENTO TERRORISTA: UN ANÁLISIS DESDE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	
ELENA BOZA MORENO	
I. Introducción	202
II. El artículo 578 del código penal y su dualidad punitiva	204
III. Posibles problemas sistemáticos y materiales que plantea el artículo 578	208
IV. El artículo 578 a debate. distintas interpretaciones de su regulación	210
1. <i>El discurso del odio como ofensa a la moral colectiva</i>	211
2. <i>El discurso del odio como incitación a la comisión de delitos</i>	213
V. Respuestas ante la incitación terrorista. la falta de armonización supranacional	215
VI. ¿Entre la protección frente el discurso del odio o la desprotección de la libertad de expresión?	217
VII. Conclusiones	221
VIII. Bibliografía	223

CONSIDERACIONES SOBRE LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA A NIVEL NACIONAL Y EUROPEO. A PROPÓSITO DE LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS	227
---	-----

ABDELHAMID ADNANE RKIOUA

I. Introducción	228
II. Los sentimientos religiosos en sede doctrinal y jurisprudencial	229
1. <i>Los sentimientos religiosos en sede doctrinal</i>	229
2. <i>Los sentimientos religiosos en sede jurisprudencial</i>	233
III. Sentimientos religiosos, bienestar emocional y paz social	241
1. <i>Consideraciones sobre su fundamento constitucional</i>	241
2. <i>Su calificación como parcela del bienestar emocional y su relación con la paz social</i>	246
IV. Conclusiones	251
V. Bibliografía	252

LA LIBERTAD RELIGIOSA Y SU PROTECCIÓN EN NUESTRO ESTADO LAICO Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO DEL SIGLO XXI DESDE EL DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO	255
--	-----

MARÍA JOSÉ PAREJO GUZMÁN

I. Introducción	256
II. La libertad de expresión y la libertad religiosa: delimitación, relación, límites y conflictos	257
1. <i>La libertad de expresión</i>	257
2. <i>La libertad religiosa</i>	260
3. <i>Delimitación, relación, límites y conflictos entre la libertad de expresión y la libertad religiosa</i>	262
3.1. <i>Delimitación y relación entre la libertad de expresión y la libertad religiosa</i>	262
3.2. <i>Límites de la libertad de expresión y conflictos entre la libertad de expresión y la libertad religiosa</i>	263

	<u>Página</u>
A. Límites de la libertad de expresión	264
B. Conflicto entre la libertad de expresión y la libertad religiosa	268
III. Ámbitos de una posible reforma de la ley orgánica de libertad religiosa de 1980	274
1. <i>La libertad religiosa y la laicidad del estado</i>	274
2. <i>La objeción de conciencia</i>	282
IV. Conclusiones	284
V. Bibliografía	286
 ANÁLISIS NARRATOLÓGICO DEL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DEL RELATO Y LA VALORACIÓN DE LOS HECHOS EN DOS SENTENCIAS RELATIVAS AL DELITO DE ESCARNIO	 291
JOSÉ CEPPEDELLO BOISO	
I. Introducción. El análisis narratológico del discurso jurídico	292
II. Relevancia del análisis narratológico del discurso jurídico en los procesos penales	295
III. El papel del yo narrativo enunciador en el relato y la valoración de los hechos	297
IV. Análisis narratológico de las dos sentencias	299
1. <i>Narración simple y narración valorativa en el relato de los hechos</i>	302
2. <i>El proceso de toma de decisión del órgano judicial sobre la relevancia penal de los hechos: las tipificaciones narrativas de la acción y la fractalidad de las matrices discursivas</i>	309
V. Conclusiones	314
VI. Bibliografía	315
 OFENSAS A LA RELIGIÓN Y SISTEMA PENAL: LA DESCRIPCIÓN DE LOS CONFLICTOS EN LA JURISPRUDENCIA PENAL	 319
SALVADOR CUTIÑO RAYA	
I. Introducción	320

	<u>Página</u>
II. Las dudas sobre el bien jurídico protegido	321
1. ¿Una pugna entre derechos fundamentales?	323
2. ¿Un bien digno de protección penal?	329
III. Breve análisis del tipo	332
1. Las conductas típicas	333
2. El trascendental elemento subjetivo del injusto	336
IV. El relato de los casos en la jurisprudencia	337
1. La primera década del S. XXI	337
2. La segunda década del S. XXI	345
3. Los casos más recientes	361
V. Conclusiones	367
VI. Bibliografía	370

Thomson Reuters ProView. Guía de uso

Presentación

Entre sus manos tiene el lector el resultado las contribuciones realizadas por el equipo de académicos reunidos en torno al Proyecto de Investigación “*Los delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. La ¿(de) construcción de una sociedad (in) tolerante?*”, financiado por la Junta de Andalucía y por los fondos europeos FEDER. Este trabajo científico es la continuación del elaborado por el mismo grupo de investigadores, centrado en la *Parte General de los delitos de opinión*. En su concepción, todos/as los/as autores/as de los capítulos (con un especial reconocimiento por su apoyo en las labores de organización y preparación del volumen para Marta Rodríguez Ramos, Carmen Fernández Nicasio y Javier Lara Ontanilla) hemos querido presentar un planteamiento inédito de estudio en la doctrina española sobre los delitos de opinión. Combinando distintos enfoques (filosofía del derecho, derecho internacional, derecho constitucional, derecho eclesiástico, derecho privado, derecho administrativo y derecho penal), la ambición del grupo es examinar los delitos de opinión desde las cuestiones generales hasta las instituciones concretas y específicas en que se materializan estas figuras delictivas en nuestra legislación. Esta vocación de amplio alcance puede describirse gráficamente como un estudio vertical de los delitos de opinión, formado por dos grandes conjuntos: *la Parte General y la Parte Especial de los delitos de opinión*.

El primer volumen de esta ambiciosa obra colectiva se centraba en los problemas de parte general. La construcción de las concretas figuras delictivas debe plantearse desde postulados filosóficos, internacionalistas y constitucionalistas. En la *Parte Especial de los delitos de opinión*, el volumen que ahora se presenta, trasladamos las principales conclusiones de la parte general al estudio, elaboración y crítica de los delitos de opinión existentes en el Código Penal español. *En el primer volumen afirmamos la confianza de la sociedad contemporánea en la defensa de las libertades, y entre ellas, de la libertad de expresión. Esa libertad de expresión forma parte del ADN de la sociedad europea ilustrada y se ha codificado en los principales cuerpos normativos, particularmente, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que consagra la libertad de expresión en el art. 10 (además del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que protege la libertad de expresión en el art. 19)*. Recordamos igualmente la necesidad

de construir los delitos que se cometen a través de la palabra de conformidad con la consolidada doctrina de la libertad de expresión definida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que sitúa *esta libertad –concretamente, su dimensión objetiva– en el centro del debate público y del compromiso con una opinión pública libre, vigorosa y formada*. Por último, todas estas precisiones desembarcaron en el terreno del Derecho penal en forma de advertencias, llamadas de atención y límites: *la razón de ser de los delitos de opinión, sobre los que se aplica el meta concepto del “odio” o de la “actuación por motivos de odio”, es la protección de la igualdad y la prohibición de discriminación de colectivos históricamente atacados. El valor inherente a la sociedad contemporánea de la libertad de expresión tiene que coherer y hacerse compatible con la legítima y necesaria tutela de colectivos golpeados en la historia*. Este loable binomio “libertad de expresión y no discriminación de colectivos” solo puede garantizarse se cumplen dos condiciones simultáneas: por un lado, sancionando conductas discriminatorias –hechos– y no motivaciones internas rechazables (como las racistas, xenófobas u homófobas) –actitudes–; y por otro, centrando la tutela en los sujetos merecedores de ella, en los vulnerados, oprimidos y perseguidos, y no en instituciones, gremios profesionales, religiones o personas públicas concretas que no han sufrido, afortunadamente para ellos, tal discriminación, so pena de desnaturalizar y vaciar las categorías de los delitos de odio y del derecho antidiscriminatorio.

Esas son las conclusiones sobre las que se construye el libro que tiene usted en sus manos: *Entre la libertad de expresión y el delito. Cuestiones de la parte especial de los delitos de opinión*. Los/as distintos/as autores/as, a través de un enfoque plural y coral, individual, pero, al mismo tiempo, común en cuanto al compromiso con el binomio “libertad de expresión y no discriminación de colectivos”, examinamos numerosas figuras delictivas que se cometen a través de la palabra, del discurso y sobre las que sobrevuela, por su definición típica o por su cuestionable interpretación y aplicación jurisprudencial, el fantasma de los delitos de opinión. La *Parte Especial* está atravesada por un propósito: suministrar pautas de interpretación restrictiva de los delitos de expresión contenidos en el Código Penal y allí donde la defensa de la libertad de expresión lo exija, proponer su reforma e incluso su derogación. El volumen tiene una estructura basada en tres ejes, en función de la naturaleza de los delitos de expresión estudiados y de los bienes jurídicos que pretenden proteger: discurso del odio y protección de la diversidad (capítulos 1, 2, 3 y 4); la dignidad de instituciones (Corona) y la protección de la comunidad frente al terrorismo como límites a la libertad de expresión (capítulos 5 y 6); encuentros y desencuentros entre las libertades ideológica, religiosa y de expresión con ocasión de los delitos de escarnio (capítulos 7, 8, 9 y 10).

A través de una selección de colectivos discriminados, identificados como tales por “razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u

otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”, el artículo 510 del Código Penal se convierte en el precepto clave que protege la diversidad y sanciona la discriminación que sufren estos grupos y sus miembros fruto de los discursos del odio. Es posible que acertemos si decimos que el art. 510 ha recibido en los últimos años más atención que ningún otro precepto, en la doctrina, en la jurisprudencia y en la sociedad. Lógicamente, la parte especial de los delitos de opinión afronta este artículo con especial profusión, estudiando el primer apartado del precepto desde el mismo capítulo 1: *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*. Su autora, la profesora Tapia Ballesteros, pone orden en la inconveniente proliferación del uso del concepto de delito de odio aplicado a cualquier discurso, retomando la idea con que concluía la parte general. Recomienda esta profesora restringir el empleo de este término solo a aquellos mensajes dirigidos contra colectivos históricamente discriminados, en atención su propuesta de bien jurídico protegido, lo que deja fuera sucesos acaecidos en la reciente historia jurisprudencial como discursos contra los Reyes, policías o chistes contra antiguos altos políticos. Esa interpretación restrictiva también alcanza a las circunstancias discriminatorias que selecciona el art. 510.1, entre las que Tapia Ballesteros estudia detenidamente la “ideología” y la bautiza como “Caballo de Troya” si se adopta una interpretación amplia y extensiva como la que propone la Circular de la Fiscalía General del Estado 7/2019 (pauta interpretativa que la autora critica ampliamente). Finalmente, la perspectiva restrictiva que inspira todo el trabajo se proyecta también sobre las modalidades típicas básicas y agravadas del art. 510.1, cuya sanción solo está justificada, a juicio de la autora, cuando haya una incitación seria y cierta a la comisión de actos violentos o discriminatorios.

A continuación, en el capítulo 2, De Pablo Serrano plantea criterios de interpretación restrictiva y constitucionalmente conforme del art. 510.2. CP. Esta modalidad atenuada o leve de los discursos del odio ha merecido menos estudio en la doctrina y por tal motivo este trabajo colectivo quería dedicar una atención específica a través del capítulo *En defensa de la tipificación penal del discurso difamatorio contra colectivos vulnerables. Bases para una interpretación restrictiva*. El autor se centra en la primera modalidad típica del art. 510.2), la consistente en las difamaciones colectivas o contra colectivos vulnerables, que ha sido ampliamente criticada por la doctrina por carecer de justificación y entrar en colisión con la libertad de expresión constitucionalmente garantizada. De Pablo Serrano estudia el origen internacional y europeo de este delito, así como los principales pronunciamientos jurisprudenciales (del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional) que han avalado su conformidad con los textos básicos. A partir de ahí, propone una

serie de pautas para interpretar este precepto, legítimo, de forma restrictiva, tanto en lo relativo al tipo objetivo como al tipo subjetivo, y concluye con una sugerencia de derogación de la cláusula sobre la posesión y distribución de material difamatorio, siguiendo esa estela de maximización de la libertad de expresión que deja verse en toda la obra.

Analizadas las dos conductas prohibidas fundamentales en el art. 510 CP (apartados 1 y 2), el análisis de esta figura central de los discursos del odio en el Código Penal español se completa con el capítulo de Rodríguez Ramos: *Discurso de odio, delitos de odio y la agravante de discriminación del artículo 22.4 cp. Especial referencia a la circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 Cp*. La Circular de la Fiscalía ha sido una cuestión importante para varios trabajos de la parte especial y también de la parte general, pero sin duda es en este capítulo donde se realiza el estudio más detenido de este texto. Y si recordamos una vez más la perspectiva que mantienen los/as autores/as favorables a una interpretación restrictiva de los delitos de expresión que conllevan odio discriminatorio y orientada teleológicamente a la tutela de colectivos vulnerables, es comprensible el juicio negativo que merece la Circular 7/2019 para Rodríguez Ramos, fundamentalmente por tres razones: propone la Fiscalía aplicar el delito del art. 510 para proteger la dignidad de los grupos, en lugar de situar en el foco concretamente solo en los colectivos vulnerables; construye la Fiscalía los delitos de discurso de odio como de peligro abstracto, lo que supone una vis expansiva del precepto muy preocupante; y, finalmente, la Fiscalía defiende la aplicación de estos delitos cuando las víctimas sufran vulnerabilidad, sin exigir que se constate esa vulnerabilidad en el caso concreto, sino más bien en abstracto, lo cual lleva a absurdos y despropósitos como defender la eventual indefensión del colectivo nazi.

Más allá del derecho penal, la protección de la diversidad de colectivos y de su igualdad puede ejercerse a través de la otra rama del *ius puniendi* del Estado: el derecho administrativo sancionador. En su capítulo *Las infracciones administrativas de odio en la Ley LGTBI de Andalucía como herramienta para la protección de la diversidad sexual*, Toscano Gil aborda las ventajas e inconvenientes de la lógica protectora de colectivos vulnerables a través de sanciones administrativas, y toma como modelo de estudio la protección de la diversidad sexual a través de la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía. La inclusión de este capítulo en la parte especial de los delitos de opinión (aquí “ilícitos administrativos de expresión contra colectivos”) resulta muy pertinente por dos razones: primeramente, en los últimos años han proliferado legislaciones autonómicas discriminatorias dotadas de catálogos sancionadores muy estrictos, tanto en el número de infracciones como en la cuantía de las sanciones; en segundo lugar, tal y como concluye Toscano Gil,

el legislador debería leer conjuntamente la normativa penal y administrativa de tutela de colectivos discriminados para evitar peligrosos solapamientos que estrangulen la libertad de expresión, no dejando ningún espacio para su ejercicio, y que provoquen desajustes e ineficacia del régimen protector. No obstante, la existencia de un marco administrativo antidiscriminatorio formado por infracciones que previenen riesgos abstractos (como es común en otros espacios de ejercicio de derechos fundamentales), no tiene que ser juzgada negativamente, sino que, como afirma el autor, nos obliga a un trabajo más minuciosos de articulación de órdenes normativos protectores.

Aún con las dificultades de aplicación e interpretación que hemos advertido en los capítulos anteriores, la consideración de los delitos de discursos extremos del art. 510 como un género de los delitos de odio no ofrece dificultades. La deriva peligrosa de los últimos años se refiere, sobre todo, a la banalización de la categoría de “delito de odio” y de “discurso del odio” más allá de los muros del art. 510. Si ya en la parte general de los delitos de opinión, el equipo de investigación denunció severamente la manipulación y confusión de estas categorías, tales advertencias cobran protagonismo especial en los capítulos 5 a 10 de esta parte especial.

De manera contraria a la esencia del delito de odio y del discurso del odio, en los últimos años hay quienes han situado las injurias contra el Rey al abrigo de esa categoría, incluso con la activa participación del Tribunal Constitucional. Para aclarar esta extraña orientación (política, podríamos decir) resulta de interés del capítulo 5, del profesor Macías Caro: *Delitos de calumnias e injurias al rey y a otras personas vinculadas a la Corona (arts. 490.3 y 491 CP): análisis de los tipos y de la jurisprudencia española y europea*. El autor pone luz sobre las insuficiencias de legitimación, sobre los graves problemas de compatibilidad de este tipo penal cuando se ejerce la libertad de expresión sobre la Monarquía en contextos de debate político (caso Otegui Modragón) y de sátira (caso El Jueves) y, finalmente, sobre su pernicioso efecto silenciador o desaliento (*chilling effect*) para los profesionales de la información y para los propios ciudadanos activistas. Un análisis del delito de injurias al Rey no podía dejar a un lado el caso paradigmático que ha ofrecido España a toda Europa de desviada intelección del concepto de discurso del odio. Macías Caro profundiza en la STC 177/2015, de 22 de julio, sobre la quema del retrato de los Reyes (afortunadamente anulada por la STDEH de 13 de mayo de 2018, Stern Taulats y Roura Capellera c. España), y refleja el sentir general de la doctrina que se mostró crítica con este pronunciamiento por confundir e igualar el discurso del odio contra colectivos vulnerables con el simple discurso intolerante.

También de manera muy cuestionable, en los últimos años se ha vinculado el concepto de discurso del odio con determinadas conductas de defensa, justificación o enaltecimiento del terrorismo, para fundamentar (quizá

artificialmente) o forzar la gravedad de los discursos. Esa peligrosa orientación se estudia por Boza Moreno en el capítulo *El delito de enaltecimiento terrorista: un análisis desde la protección del derecho a la libertad de expresión*. La autora se muestra crítica con la regulación y la aplicación jurisprudencial que en los últimos años se ha hecho en nuestro país del polémico delito de enaltecimiento del terrorismo, art. 578 CP. Bajo la loable justificación de protección de la comunidad frente al miedo terrorista, se ha normalizado una interpretación escasamente rigurosa y garantista de este precepto, convirtiéndolo en un tipo demasiado abierto y vago, que protege un sentimiento de seguridad o moral colectiva (“desmaterialización del bien jurídico”) y que no exige un elemento incitador a la comisión de otros delitos (apartándose de una aplicación estricta del “principio de ofensividad”). Al final, el enaltecimiento terrorista punible legitima la persecución de “opiniones políticas discrepantes” produciendo un amenazador efecto desaliento sobre el ejercicio de las libertades públicas. Una vez más, ni todo discurso extremo es discurso del odio, ni justifica la restricción de la fundamental libertad de expresión.

El tercer ejemplo de confusión y manipulación (como decíamos en algunos capítulos de la parte general) del concepto de delitos de discurso del odio se ha producido en el ámbito de la libertad religiosa y los delitos contra los sentimientos religiosos. De un modo expansivo y alejado de la razón de ser de la categoría de “delito de odio”, últimamente se han calificado ciertos discursos agresivos de naturaleza religiosa como discurso de odio religioso (como antes se hizo con los discursos terroristas = discurso de odio terrorista; y con los discursos políticos y satíricos antimonárquicos = discurso de odio contra el Rey), queriendo utilizar el concepto de discurso del odio para fundamentar la sanción de mensajes que, de otro modo, dejaríamos al abrigo de la libertad de expresión. A este importante problema dedicamos el último grupo de capítulos de la parte especial de los delitos de opinión.

Antes de cuestionar el delito contra los sentimientos religiosos, es necesario intentar comprender su existencia y contextualizarlo. A través de la doctrina y de la jurisprudencia, tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como del Tribunal Constitucional, el profesor Adnane Rkioua afronta la tarea de dar sentido al delito del art. 525 en el capítulo *Consideraciones sobre los límites de la libertad de expresión en la doctrina y en la jurisprudencia a nivel nacional y europeo. A propósito de los sentimientos religiosos*. Siguiendo la senda de la Corte Europea, señala el autor que la tipificación del escarnio de dogmas o creencias para “ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa” aspira a proteger la paz social, toda vez que la libertad para ejercer y disfrutar de los sentimientos religiosos individuales integra “un posible derecho al bienestar emocional necesario para la paz social”. Sobre esta base, la paz social se elevaría a un bien jurídico del mismo nivel jerárquico que la libertad de expresión,

y podría justificar restricciones de aquella cuando se ejerza de “modo irresponsable”, con intencionalidad de ofender “gratuitamente”.

La compleja relación entre la libertad religiosa (art. 16 de la Constitución) y la libertad de expresión requiere, en una obra colectiva multidisciplinar como esta, un análisis desde la perspectiva del Derecho eclesiástico del Estado. A ello se dedica el capítulo *La libertad religiosa y su protección en nuestro estado laico y democrático de derecho del siglo XXI desde el derecho eclesiástico del estado*. Después de fundamentar la protección de los sentimientos y las manifestaciones religiosas, la profesora Parejo Guzmán aporta claves importantes a los efectos penales para resolver el conflicto entre ambas. Señala que “el reconocimiento de la libertad de expresión no legitima los ataques gratuitos a la dignidad de las personas, ni la injuria, el menosprecio o el insulto a los sentimientos y convicciones religiosas”. La gravedad de esos ataques, no obstante, deberá ponderarse a la luz de las circunstancias del caso concreto, añade la autora. Así pues, el conflicto girará en torno a las circunstancias fácticas y al decisivo, y nos tememos que inextricable, elemento subjetivo del ánimo de injuriar, menospreciar, en fin, de ofender los sentimientos religiosos.

Los dos capítulos precedentes sitúan el nudo gordiano del problema: el ánimo de ofender privaría a la libertad de expresión de prevalencia frente a la libertad religiosa. La forma de interpretar ese ánimo subjetivo y de llenarlo de contenido se convierte en el eje del capítulo elaborado por el profesor Cepellido Boiso: *Análisis narratológico del proceso de construcción del relato y la valoración de los hechos en dos sentencias relativas al delito de escarnio*. El autor da cuenta de los problemas de la tipificación de discursos “contra los sentimientos religiosos”, a partir de un estudio semionarrativo de los procesos de construcción del relato de los hechos acaecidos en dos famosos casos de delito de escarnio: la Sentencia n.º 448/19 del Juzgado de lo Penal n.º 10 de Sevilla, en la que las acusadas participaron en una *performance* pública denominada “Gran Procesión del Santo Chumino Rebelde”; y la Sentencia n.º 214/2020 del Juzgado de lo Penal n.º 10 de Málaga, en la que se juzgó otra *performance*: “Procesión de la anarcofradía del santísimo coño insumiso y el santo entierro de los derechos sociolaborales”. Su análisis revela el gran problema de este delito contra los sentimientos religiosos (art. 525): se construye básicamente sobre el elemento subjetivo del “ánimo de ofender”, el cual requiere la reconstrucción (o presunción) por el juzgador de todo un universo de símbolos y valores, que cada uno podemos interpretar de forma diversa (“distintas dimensiones de sentido”). Esta enorme subjetividad permite que una *performance* de naturaleza claramente política, en línea con reivindicaciones feministas contrarias al patriarcado, pueda interpretarse ampliamente como una conducta de burla contra el sentimiento religioso, con el peligroso efecto de desaliento que ello produce sobre los ciudadanos que ejercen sus derechos de protesta.

El conflicto que subyace en el delito contra los sentimientos religiosos o de escarnio del art. 525 es abordado, por último, en su sede natural y más propicia: la sede penal. El trabajo que pone el broche final a la obra colectiva (*Ofensas a la religión y sistema penal: La descripción de los conflictos en la jurisprudencia penal*) representa, a su vez, el inicio de una investigación más amplia que el autor quiere abordar sobre la perspectiva criminológica y victimológica de los delitos contra los sentimientos religiosos. Las investigaciones presente y próxima son necesarias toda vez que, como constata Cutiño Raya, en los últimos diez años los casos alrededor del art. 525 se han multiplicado. Puede ser por motivos de polarización social y política o porque la sociedad española ha afrontado la regulación de problemas con impacto moral que han despertado la participación de sectores fuertemente guiados por consideraciones religiosas, que incluso hablan de “delitos de discurso de odio religioso”, en un nuevo ejemplo de manipulación de la categoría de “delito de odio” y de “discurso del odio”, que tanto se ha denunciado en esta obra colectiva. Sea como sea, y contra todo pronóstico, el art. 525 ha protagonizado escándalos judiciales recientemente. Para desentrañarlos, el autor pone blanco sobre negro las carencias de la tipificación del art. 525. Si bien los problemas sobre el tipo subjetivo han sido apuntados en capítulos anteriores, la contribución de Cutiño Raya insiste en otras deficiencias de este delito desde la perspectiva del tipo objetivo. Primeramente, se advierte la ausencia de un bien jurídico digno de protección penal en un Estado democrático de Derecho (que valora los principios de taxatividad, ultima ratio y proporcionalidad –en cuanto a limitar proporcionalmente otras libertades en conflicto, como la libertad de expresión–) y aconfesional, toda vez que los “sentimientos religiosos” no cumplen los requisitos mínimos para que se eleven a la condición de bien jurídico. Y, en segundo lugar, se reprocha la indeterminación absoluta del objeto material sobre el que recae el escarnio: “dogmas”. Resulta sorprendente que corresponda a las autoridades judiciales la tarea de “decidir sobre cuestiones dogmáticas de una iglesia o religión más allá de lo que la propia confesión o sus seguidores consideren”; así mismo, con la inclusión en el tipo objetivo de los “ritos, creencias y ceremonias” se extiende el objeto a “casi cualquier manifestación de la religiosidad de una confesión”.

Hemos llegado al final y conviene retomar con el principio de todo. En los últimos años, destacadas instituciones (OSCE, Comité de Derechos Humanos de la ONU, Comisión de Venecia), órganos jurisdiccionales (TEDH) y agentes o entidades especializadas de la sociedad civil (Human Rights Watch, Amnistía Internacional, Article 19, entre otras) han reclamado a los Estados que deroguen determinados delitos de expresión y replanteen otros en coherencia con la libertad de expresión. Son los delitos que han atraído nuestra atención en esta *Parte Especial de los delitos de opinión*: delito de discurso del odio (art. 510.1 y 2), delito de injurias al Rey y a otras personas vinculadas a la Corona (art. 490.3

y 491), delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578) y delito contra los sentimientos religiosos (art. 525). Siguiendo esa llamada internacional, este equipo de investigadores/as ha querido aportar su esfuerzo y discusión científica para (a) rendir homenaje a la libertad de expresión, reclamando una interpretación restrictiva de los tipos penales que orbitan en torno a ella (hilo conductor que inspiró el primer volumen sobre la *Parte General de los delitos de opinión: entre la libertad de expresión y el derecho penal*); (b) plantear la derogación de los delitos que representan un ataque frontal e injustificado contra esa libertad fundamental; y (c) demandar que nuestro Código Penal conserve solo los delitos estrictamente necesarios orientados a la protección de colectivos históricamente perseguidos y discriminados, y aun estos interpretados dentro de exigentes parámetros constitucionales. Esperamos que el resultado sea valorado positivamente por usted, lector.

JUANA DEL-CARPIO-DELGADO
MARÍA HOLGADO GONZÁLEZ
ALEJANDRO L. DE PABLO SERRANO
En Sevilla y Valladolid, mayo de 2021

