

# Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología

NÚMERO 3 // 2024



ISSN: 2990-0697

Cuadernos Cuadernos de Res Publica en derecho y criminología es una publicación científica destinada a un público interesado en las cuestiones propias de la reflexión académica, el trabajo crítico y la investigación jurídica y criminológica con una periodicidad semestral, que difunde trabajos científicos relacionados con el derecho público y las ciencias criminológicas, aceptando originales sobre cualquiera de sus ámbitos, suscitando la reflexión mediante el análisis jurídico y criminológico más actual.

Como seña de identidad, Cuadernos de res publica en derecho y criminología propone a sus posibles autores que estudien la realidad jurídica centrando su atención en los elementos abstractos que trascienden de las realidades sociales, considerando los hechos sociales que preocupan a la sociedad como; los delitos e infracciones, sus autores y las víctimas, la respuesta de los mecanismos de control social formal e informal ante estos, y la acción de la justicia, para obtener resultados efectivos, que puedan orientar la toma de decisiones a partir de los estudios e investigaciones académicas que se aproximen.

Cuadernos de Res Publica en derecho y criminología está dirigida a difundir, visibilizar y transferir resultados de investigación desarrollados por investigadores, docentes y profesionales que posean interés en el área de las disciplinas del derecho público y la ciencia criminológica nacionales e internacionales, en pro de la discusión y debate sobre problemas que preocupan a la sociedad

Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0.

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

Resumen en español: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>





**Dirección de la Revista:**

Juan José Delgado Morán  
Avda. De Utrera, Km 1  
Edificio 14, planta 4º despacho 44.  
Universidad Pablo De Olavide  
[respublica@upo.es](mailto:respublica@upo.es)

**Coordinación de la Revista:**

Elena Boza Moreno. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

**Asistente editorial de la Revista:**

Alba Lancharro Castellanos. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

**Comité Editorial de la Revista:**

Luis Miguel Arroyo Yanes. Universidad Pablo de Olavide  
Ángel Belzunegui Eraso. Centro de Estudios sobre Conflictos Sociales.  
Carlos María López Espaldafor. Universidad de Jaén  
Luigi Martino. Universidad de Florencia (Italia)  
Pedro Manuel Herrera Molina. Universidad Nacional de Educación a Distancia  
Andrea de Guttry. Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa,(Italia)  
Gustavo Díaz Matey. Universidad Complutense de Madrid  
Fayga Bedê. Centro Universitário Christus (Brasil)  
Camilla Pagani. Istituto di scienze e Tecnologie della Cognizione, (Roma)

**Comité Científico Nacional de la Revista:**

Raquel Guillén Catalán. Universidad de Valencia  
Tania García Sedano. Universidad Carlos III  
Juan Carlos Rodríguez Fernández. Universidad del Atlántico Medio.  
Juan Carlos Vegas Aguilar. Universidad Católica de Valencia  
Ana María Ruiz-Ruano García. Universidad de Granada  
María Mut Bosque. Universidad Internacional de Cataluña  
Eduardo Juárez Valero. Universidad Carlos III  
Susana San Cristóbal Reales. Universidad Internacional Isabel I de Castilla.  
Guillermo Calleja Leal. Comisión Española de Historia Militar (CEHISMI)  
Jorge López Puga. Universidad de Granada

**Comité Científico Internacional de la Revista:**

Lester Cabrera Toledo. FLACSO (Ecuador)  
Julio César Tapia Cárdenas. Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa (Perú)  
Juan Martín López Calva. Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla (México)  
Marcela Rodríguez Mejía. Universidad del Externado (Colombia)  
Fulgencio Samudio Ozuna. Universidad Autónoma de San Sebastián (Paraguay)  
Martha Leticia Gaeta González. Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla (México)  
José Manuel Saiz Álvarez. TEC de Monterrey (México)  
Pedro Díaz Polanco. Universidad Austral (Chile)  
Fayga Bedê. Centro Universitário Christus (Brasil)





## Índice

**Introducción al monográfico especial sobre “Cuestiones en torno a los Delitos de odio: delimitación, impacto y expansión”**

*Marta Rodríguez Ramos y Iñigo Gordon Benito*

**Ciberodio. Un estudio de derecho penal comparado**

*Iñigo Gordon Benito*

**Memoria democrática y discurso del odio**

*Göran Rollnert Liern*

**La STS 72/2018, de 9 de febrero: ¿Procede un giro de 180 grados en la restricción penal del derecho a la libertad de expresión?**

*Pastora García Álvarez*

**La incidencia constitucional de los delitos de odio a la libertad de expresión en la delimitación y limitación**

*Amir Al Hasani Maturano*

**El discurso de odio y la protección de derechos fundamentales. Un análisis de su efectividad e impacto en el ámbito laboral**

*Miriam Judit Gómez Romero*

**El discurso del odio desde una perspectiva constitucional: cuando el castigo penal (casi) nunca sirve para proteger a personas vulnerables**

*Cristina Ortega Giménez*

**La investigación y prueba de los delitos de odio. Especial referencia a la prueba indiciaria**

*José Neftalí Nicolás García*

**Delitos de odio, incitación al odio y libertad de expresión**

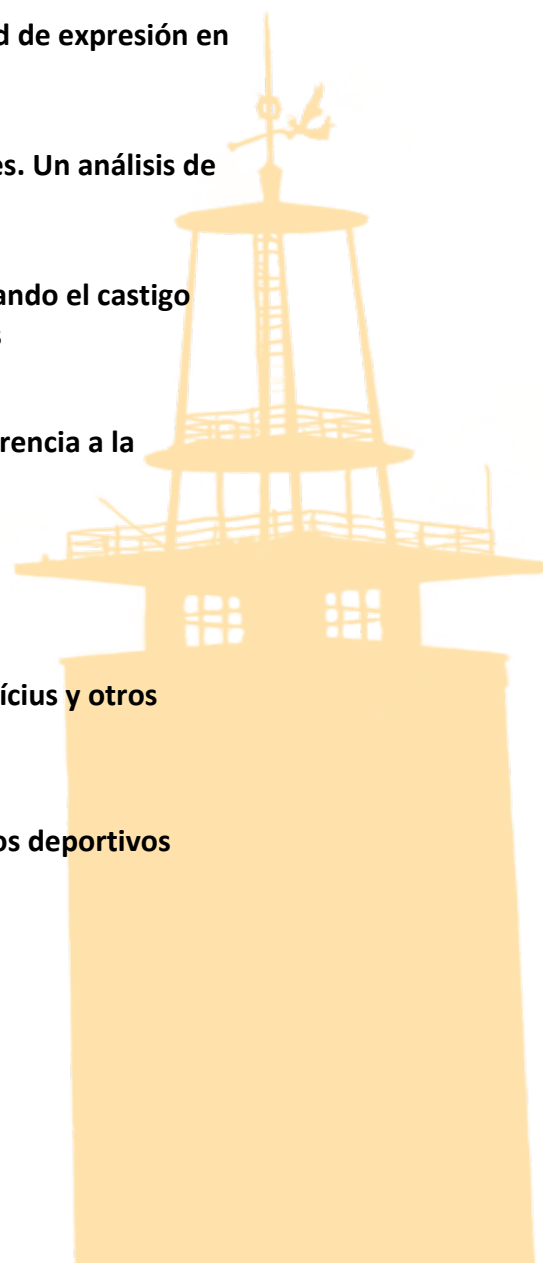
*Tania Vidal López*

**Delitos de odio, de actos de odio, y causas invisibilizadas. Vinicius y otros casos con problemas en su calificación jurídica**

*Gonzalo Barrera Blanco*

**Manifestaciones de violencia y agresividad en los espectáculos deportivos**

*Lenny Liz Rivas*





# Presentación del número 3/2024





## Presentación del numero 3, 2024

Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología está dirigida a difundir, visibilizar y transferir resultados de investigación nacionales e internacionales, en pro de la discusión y debate sobre problemas que preocupan a la sociedad, generando un espacio para las perspectivas críticas en la que el lector pueda encontrar opiniones construidas sobre cuestiones que involucran el conocimiento y desarrollo del Derecho Público y la Criminología.

Esta tercera entrega de Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología, reúne 10 trabajos académicos diversos, con temáticas prácticas como temas dogmáticos que obedecen a un monográfico especial sobre **“Cuestiones en torno a los Delitos de odio: delimitación, impacto y expansión”**, dirigido por la investigadora de la Universidad Pablo de Olavide, **Marta Rodríguez Ramos**, junto al investigador **Iñigo Gordon Benito** de la Universidad del País Vasco

El primer trabajo de este tercer número realizado por el investigador Iñigo Gordon Benito, tiene por título **“Ciberodio. Un estudio de derecho penal comparado”**, pretendiendo su autor poner de manifiesto, distintas reflexiones sobre la incidencia del fenómeno en sus distintas manifestaciones de odio, utilizando entornos digitales, dirigiendo el autor, la mirada a otras realidades en nuestro ámbito comparado, que le llevan a proponer interpretaciones legales alternativas para la optimización de la lucha contra el odio online

El segundo aporte a este número lo firma el investigador de la Universidad de Valencia, Göran Rollnert Liern examinando las cuestiones más problemáticas que plantea la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática en un trabajo que tiene por título, **“Memoria democrática y discurso del odio”**, y donde su autor analiza el conflicto entre las previsiones sancionadoras relativas a la exaltación o apología del franquismo y si esta erosiona o no el contenido constitucionalmente protegido de las libertades de ideología y de expresión.

El tercer artículo que lleva por título **“La STS 72/2018, de 9 de febrero: ¿Procede un giro de 180 grados en la restricción penal del derecho a la libertad de expresión?”** ha sido confeccionado por la investigadora Pastora García Álvarez de la Universidad Pablo de Olavide donde profundiza en la vieja polémica sobre la legitimidad del Derecho penal para limitar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión trayendo a colación el contenido de una sentencia del tribunal supremo analizando si da lugar al cambio de sus líneas interpretativas.

El cuarto artículo de este monográfico especial, tiene por título **“La incidencia constitucional de los delitos de odio a la libertad de expresión en la delimitación y**

**limitación**”, firmado por Amir Al Hasani Maturano, de Universidad de las Islas Baleares. Este trabajo abunda en los límites al ejercicio de la libertad de expresión mediante el discurso del odio, debiéndose superar el juicio previo de adecuación y el posterior juicio de proporcionalidad, de cara a la valoración de los bienes en conflicto y su lesividad.

El quinto trabajo confeccionado titulado **“El discurso de odio y la protección de derechos fundamentales. Un análisis de su efectividad e impacto en el ámbito laboral”**, de la investigadora Miriam Judit Gómez Romero, de la Universidad Católica de Murcia, analiza los instrumentos legales que existen a nivel internacional, regional y nacional centrándose en las lagunas y barreras que obstaculizan una efectiva protección de los derechos fundamentales de las personas migrantes en España, enfatizando una referencia al impacto del discurso de odio en las relaciones laborales de las personas migrantes, y que las hacen ser más vulnerables.

El sexto trabajo donde su autora, Cristina Ortega Giménez de la Universidad Miguel Hernández de Elche, tiene por título **“El discurso del odio desde una perspectiva constitucional: cuando el castigo penal (casi) nunca sirve para proteger a personas vulnerables”**, enfatiza en la injerencia que supone el castigo penal en el ejercicio de la libertad de expresión, proponiendo la autora, cualquier intervención o restricción únicamente cuando afecte a los colectivos considerados históricamente vulnerables. La autora en este escenario propone varias vías y alternativas para interpretar y regular sus límites.

El séptimo aporte a este monográfico especial versa sobre **“La investigación y prueba de los delitos de odio. Especial referencia a la prueba indiciaria”**, y esta confeccionado por el profesor de la universidad de Murcia, José Neftalí Nicolás García, enfatizando en el proceso e indagaciones previas y necesaria para constatar la evidencia y existencia de la

manifestación de odio discriminatorio y su proyección en el delito.

El octavo artículo tiene por título **“Delitos de odio, incitación al odio y libertad de expresión. Introducción a los delitos de odio en España”**, y ha sido realizado por la investigadora Tania Vidal López de la Universidad Isabel I de Burgos, y donde nos introduce al fenómeno que incardina este monográfico sobre delitos de odio y donde la autora, enfatiza la necesidad de invertir en la prevención de estas conductas, y desarrollar mecanismos adecuados para la protección de las víctimas.

El noveno trabajo de este monográfico firmado por el investigador, Gonzalo Barrera Blanco, de la Universidad de Cádiz analiza los **“Delitos de odio, de actos de odio, y causas invisibilizadas. Vinicius y otros casos con problemas en su calificación jurídica”**, incidiendo su autor en las cuestiones legales a tener en cuenta frente a manifestaciones de odio como la que trae a colación en su artículo, respecto a un “lance” -odioso-, en un espectáculo deportivo.

El décimo y último aporte de este monográfico especial sobre “Cuestiones en torno a los Delitos de odio: delimitación, impacto y expansión”, esta realizado por la profesora Lenny Liz, investigadora de la Universidad Antonio de Nebrija, y tiene por título **“Manifestaciones de violencia y agresividad en los espectáculos deportivos”**, versando sobre las manifestaciones agresivas y violentas que se suscitan durante la actividad y practica deportiva.

**Juan José Delgado Morán**  
Universidad Pablo de Olavide





**Presentación  
del monográfico  
especial por los  
directores invitados  
3/2024**





## Introducción al monográfico especial sobre “Cuestiones en torno a los Delitos de odio: delimitación, impacto y expansión”

Marta Rodríguez Ramos  
Universidad Pablo de Olavide  
mrodram@upo.es  
ORCID 0000-0002-1510-2662

Iñigo Gordon Benito  
Universidad del País Vasco  
inigo.gordon@ehu.eus  
ORCID 0000-0003-1000-960X

Los popularmente conocidos como «*hate crimes*» o «delitos de odio» suponen creencias prejuiciosas exteriorizadas que, siendo deshumanizantes, llevan consigo una visión estereotipada hacia una condición personal de la víctima que afecta a su núcleo identitario.

Sea cual sea su manifestación externa, las claves para entender este tipo de violencia giran en torno a la dimensión colectiva, siendo preciso en todo caso, para corroborar su existencia, que el autor del delito haya sido consciente de que su mensaje iba a trascender a la víctima inmediata que hubiera sido escogida por su pertenencia —o presunta pertenencia— a un grupo de entre los que se encuentran legalmente protegidos. Este colectivo, a su vez, se convierte en el receptor último de la amenaza velada, que se proyecta contra todos y cada uno de sus miembros.

No obstante, los delitos de odio no se cometen en el vacío ni tampoco encuentran una explicación satisfactoria dentro de los

límites que marca un enfoque meramente legalista. De hecho, adoptar este enfoque nos obligaría a restringir sobremanera las conductas potencialmente incardinables dentro de esta categoría, de forma que muchas acciones que acarrear un daño social, cuando menos, equiparable al que genera este tipo de comportamientos, no podrían ser perseguidas por el Derecho penal. Por ejemplo, el efecto acumulativo que se genera al tachar a una determinada persona de «despreciable» o «infrahumana», si bien puede quedar dentro de la legalidad, puede llegar a tener un impacto negativo similar e, incluso, mayor que una agresión física aislada. Pero, ¿por qué motivo?

El *quid* de esta cuestión no puede encontrarse sino en el origen de las figuras delictivas a que se dedica el presente número. Y es que ese «plus de daño» o «perjuicio extra» que acabamos de mencionar solo puede explicarse partiendo del trasfondo que da sentido a la existencia de la categoría «delito de odio»: un proceso de victimización social y atemporal que vienen sufriendo ciertos colectivos, los cuales, precisamente como consecuencia del mismo, han sido relegados a una posición social deficitaria. En otras palabras, podemos decir que han sido *vulnerabilizados*. Así las cosas, para poder comprender la magnitud de este tipo de comportamientos se debe prestar atención a la discriminación histórica, ya que sin ella no puede entenderse la profunda huella que dejan incluso las experiencias a pequeña escala cuando las sufren determinados individuos.

Partiendo, pues, de la necesaria comprensión transversal de los delitos de odio, esto es, permaneciendo sensibles a los acontecimientos pasados y adoptando un enfoque amplio desde las más variadas disciplinas académicas, lo cierto es que este fenómeno sociológico universal se caracteriza especialmente por un poderoso componente

cultural que actúa en una doble dirección, siempre peligrosa, que perpetúa el *statu quo*.

En primer lugar, los agresores encuentran legitimidad en el marco cultural opresivo que les rodea; de esta forma, culpan de las desigualdades sociales existentes a los miembros que pertenecen —o, al menos, ellos creen que pertenecen— a grupos que han sido sistemáticamente señalados y expuestos a violencia debido a sus rasgos identitarios. Por tanto, en estos casos puede siempre entreverse una hostilidad empírica e históricamente contrastable hacia una identidad de grupo dentro de una realidad nacional mayoritariamente compartida.

En segundo lugar, los delitos de odio ponen en peligro la visibilidad y la preservación de las expresiones culturales minoritarias, ya que uno de sus efectos colaterales principales es la silenciación de los sujetos a los que se dirigen. Dicho de otra forma, como consecuencia del ataque, las víctimas ven rebajado su estatus cívico y sufren una merma de sus derechos y libertades al realizar una evaluación —a veces automática e inconsciente— de las consecuencias que acarrearía para ellas el hecho de ejercerlos.

Todo lo anterior debe tenerse en cuenta a la hora de abordar u optimizar las estrategias de prevención, sobre todo cuando la normalización de los prejuicios en una sociedad deriva en actitudes intolerantes, actos delictivos puntuales o, llevadas a su máxima expresión, catástrofes humanitarias a gran escala.

Sin embargo, lo cierto es que la problemática asociada a este tipo de criminalidad es muy variada. De entrada, la cifra negra tan elevada que acompaña a los delitos de odio impide acercarnos siquiera a conocer la dimensión real del fenómeno.

A nivel internacional, la propia Organización para la Cooperación y Seguridad en Europa

(OSCE) ha dado visibilidad a esta cuestión en su *Hate Crime Data-Collection and Monitoring Mechanisms: A Practical Guide* (2014), señalando como posibles causas de infradenuncia por parte de las víctimas de estos delitos las siguientes:

- El miedo a la revictimización o a las represalias por parte de los agresores.
- Los sentimientos de humillación o vergüenza por ser víctima.
- La incertidumbre sobre cómo o dónde denunciar el incidente o sobre qué beneficios le reportará como víctima.
- Las barreras lingüísticas.
- El temor a ser deportado en caso de personas indocumentadas.
- En el caso de personas pertenecientes al colectivo LGBT, el miedo a exponer su identidad o estatus sexual.
- El no considerar que el incidente haya sido un delito o concebirlo como una infracción menor.

Esta cifra negra supone implica que partimos de un conocimiento limitado y parcial que distorsiona la incidencia de victimización en personas de raza negra, homosexuales, gitanos, etc., dentro del mapa de colectivos sociales amparables por la norma (colectivo étnico-racial, colectivo sexual, etc.).

La infradenuncia estimada, que a buen seguro varía al alza en función del medio comisivo empleado (tal es el caso, por ejemplo, de los delitos de odio cometidos a través de Internet) y de la discriminación múltiple (es decir, que sea más de un prejuicio el que guíe el incidente de odio), suele situarse en torno al 80-90%<sup>1</sup>. Si se conecta esto con la idea ya referida de una visión atemporal de los delitos de odio que supere la visión normativista de los mismos, puede suceder que, desde instancias policiales, todo un proceso

<sup>1</sup> EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA) (2021). *Encouraging hate crime reporting — The role of law enforcement and other authorities*.



histórico de victimización se vea reducido a una serie de acontecimientos no relacionados entre sí o de apariencia inconexa, a fin de convertir los incidentes de odio en algo que se pueda cuantificar o medir.

Ello supone un evidente fracaso cuando se pretende llevar a cabo un análisis realista de la gravedad que ostenta la experiencia sufrida; además, mina el nivel de confianza en las autoridades de la población en situación de exclusión social y, por ende, el número de incidentes que se llegan a conocer.

Si la detección y registro de los incidentes de odio ya es de por sí compleja, sea por reticencias las propias víctimas a denunciar, sea por falta de formación de los agentes policiales u operadores jurídicos competentes, o sea porque la actividad de registro no solo es policial y resulta difícil poner en «contacto» a los diferentes actores involucrados tanto dentro (por ejemplo, la fiscalía, el juzgado de guardia, etc.) como fuera (por ejemplo, las organizaciones del tercer sector vía encuestas de victimización e informes) del circuito de justicia penal, lo cierto es que tratar de conocer la trazabilidad o el seguimiento de tales incidentes se vuelve impracticable. En efecto, a pesar de los esfuerzos que se vienen dando en este sentido<sup>2</sup>, conocer las cifras de procesamientos y condenas que derivan de tales incidentes es una cuestión más aspiracional que realista. La falta de datos por parte del poder judicial, entre otras fuentes de información oficial inoperantes y/o no lo suficientemente activas o preparadas a nivel de infraestructura para ofrecer dicha información, sigue siendo a día de hoy una asignatura pendiente<sup>3</sup>.

En cualquier caso, los problemas en torno a los delitos de odio no se reducen a una aproximación empírica. Aspectos tales como una correcta delimitación del encaje penal, el adelantamiento (in)necesario de las barreras punitivas, la (sobre)inclusión de categorías protegidas, el bien jurídico protegido o las teorizaciones acerca de la justificación de su castigo han encontrado un campo fértil para la discusión.

Mención aparte merece en este ámbito la problemática clásica sobre los límites del derecho a la libertad de expresión y el discurso de odio (en inglés, *hate speech*) punible (delito de odio *lato sensu*). Otro ámbito de indudable interés —presente y, sobre todo, futuro— está relacionado con la programación de algoritmos automatizados que potencien la reproducción de este tipo de discursos online, así como su contracara, esto es, el uso de algoritmos de inteligencia artificial para la detección de contenido ofensivo o injurioso en el entorno digital.

Asimismo, existen desafíos procesales perennes en torno a la investigación y prueba de los delitos de odio. A modo de ejemplo, como es sabido, hoy en día la motivación discriminatoria tiende a inferirse a través de la prueba indiciaria. Se aspira a alcanzar certeza a través de la acreditación de hechos periféricos que estén relacionados con lo que ha sido objeto de acusación: tatuajes de símbolos que se vinculen a los de regímenes totalitarios, episodios violentos con sesgo discriminatorio que sean anteriores o posteriores al hecho enjuiciado, amistades inadecuadas, etc.

---

<sup>2</sup> Entre otros, véase CÁTEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS Y PODERES PÚBLICOS (2023). *Informe de incidentes de odio de Euskadi 2022*. Acceso online: <http://katedraddhh.eus/es/informes/detalle.php?id=51&type=1> (última consulta: 03.03.2024).

<sup>3</sup> Para un análisis actual de las sentencias relacionadas con delitos de odio a través de una muestra de casos de odio enjuiciados entre los años 2018-2022, proporcionada por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) a partir del repositorio de resoluciones

del CENDOJ, véase GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea (dir.)/LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena (dir.)/FERNÁNDEZ OGALLAR, Beatriz/GORDON BENITO, Iñigo/MARTÍN SILVA, Uxue/MONTOYA BAÑOS, Mainer (2023). *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGTBfobia y otras formas de intolerancia 2018-2022*. Acceso online: [https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/es/publicacion/es/documentos/documento\\_0159.htm](https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/es/publicacion/es/documentos/documento_0159.htm) (última consulta: 03.03.2024).

El principal problema que trae consigo esta tendencia reside en que, paralelamente, se va construyendo un perfil de autor con viajes al pasado para poder probar la cosmovisión racista o machista del sujeto, entre otras. Se trata de una práctica judicial que se olvida a menudo de la impronta del hecho a enjuiciar y muestra más empeño en desenmascarar patrones de comportamiento, carácter o formas de entender la vida del acusado. Tanto es así que, dependiendo de cómo de bien se dibuje la personalidad del autor, podrá entonces llegarse o no a la convicción de que el autor del delito actuó movido por tales prejuicios.

Como puede observarse, el fantasma del Derecho penal de autor, cuya prohibición es uno de los principios básicos de legitimación penal actual, sobrevuela en sede judicial en infinidad de ocasiones.

En relación con lo anterior, lo cierto es que suele darse una *praxis* judicial consistente en que el Juzgado admite a trámite actos que objetivamente no son delictivos para, luego, llamar a declarar al denunciado y, solo entonces, archiva las actuaciones por haber verificado que efectivamente no eran constitutivas de delito.

Debe insistirse, una vez más, en que no es correcta la práctica de admitir a trámite una denuncia por hechos objetivamente atípicos para, acto seguido, llamar a declarar como investigado al denunciado y, solo posteriormente, sobreseer la causa por ausencia de indicios de tipicidad.

No puede admitirse que se hagan cábalas aprovechando un procedimiento judicial abierto (esto es, realizar una investigación prospectiva para buscar indicios incriminatorios), entre otras razones porque ello puede producir un efecto desaliento (más conocido como «*chilling effect*») irreversible sobre quienes ejercen su derecho a la libertad de expresión.

Dicho de otra manera, la previsibilidad de que se abra un procedimiento penal cuando se viertan ciertas ideas o expresiones con tintes

discriminatorios opera como desincentivo a la libre expresión de ideas, lo que da lugar a la autocensura. Aunque en muchos casos la causa acaba siendo archivada, la realidad es que en otros se ha seguido incluso con las actuaciones.

El problema es que esto no solo no se corrige a tiempo, sino que termina por agravarse y tener implicaciones de toda índole y condición (entre otras, la exposición de la víctima a posibles consecuencias jurídico-penales, la mediatización del caso judicial, la creación de mártires de la libertad de expresión, etc.).

Muchas de las cuestiones aquí apuntadas serán ampliamente tratadas por los autores que han contribuido a la elaboración de este monográfico sobre los delitos de odio.

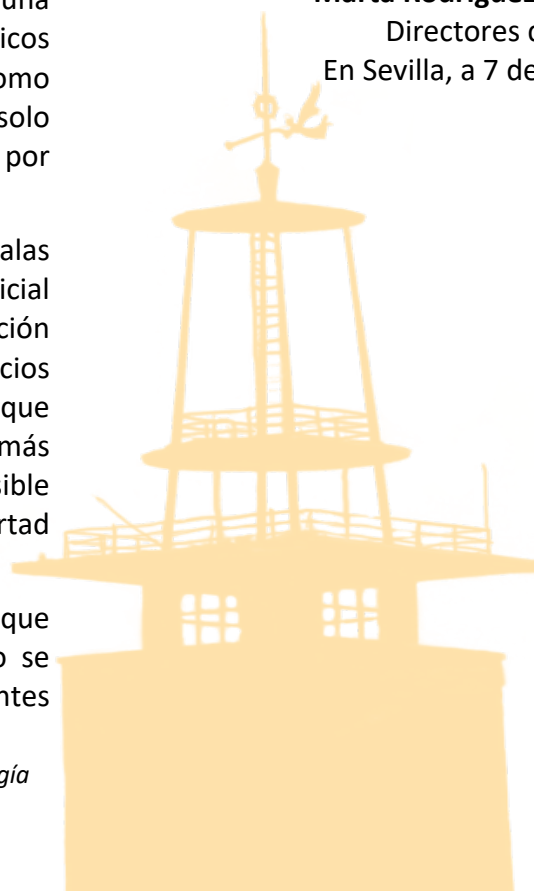
El lector tiene ante sí una muestra mínima, pero muy representativa, de toda la problemática asociada a este tipo de criminalidad, que, además, refuerza su plena vigencia en tiempos de tanta polarización como los que vivimos actualmente.

Esperamos que invite a la reflexión y contribuya a un mejor entendimiento de esta categoría tan popular como incomprendida.

**Marta Rodríguez e Iñigo Gordon**

Directores del monográfico

En Sevilla, a 7 de marzo de 2024



# ARTÍCULOS







# Ciberodio. Un estudio de derecho penal comparado

## Cyberhate. A comparative criminal law study

Iñigo Gordon Benito\*

Universidad del País Vasco

inigo.gordon@ehu.eus

ORCID 0000-0003-1000-960X

### Resumen

El ciberodio es un fenómeno criminal complejo y multiforme. Sus formas de manifestarse demandan trazar respuestas jurídico-penales acordes a las amenazas que se proyectan. Ahora bien, catalogar los comentarios mordaces, agresivos, amenazantes o humillantes que inundan el entorno digital, empleando para ello un filtro jurídico-penal, se antoja muy difícil. De hecho, la gradación del lenguaje más o menos ofensivo es infinita en matices. Así todo, Internet es un hervidero de información circunstancial (es decir, información muy rica en detalles). La tutela cada vez más adelantada que dispensa el Derecho penal parece que invita a hacer uso de todo ese tesoro de información. El rastro que deja cada usuario en la red, sea o no su voluntad, es material valioso a emplear –al menos, en términos potenciales– en su contra. En la actualidad, conjugar todo lo anterior sin caer en el Derecho penal de autor o en la sobreexposición penal del discurso (Derecho penal anticipativo y preventivo) supone todo un reto. En este estudio, la mirada a otras realidades o sensibilidades nacionales servirá de valioso contrapunto al marco penal español. Se propondrán correcciones legislativas o interpretaciones legales alternativas para la optimización de la lucha contra el odio online.

Palabras clave: Ciberodio, Delitos de odio, Discurso de odio, Derecho comparado.

### Abstract

Cyberhate is a complex and multiform criminal phenomenon. Its forms of manifestation demand designing outlining legal-penal responses in line with the projected threats. However, cataloguing the scathing, aggressive, threatening or humiliating comments that flood the digital environment using a legal-criminal filter seems complicated. The gradation of more or less offensive language is infinite in nuances. However, the Internet is a hotbed of circumstantial information (i.e. information rich in detail). The increasingly advanced protection provided by criminal law seems to be an invitation to use this treasure trove of information. Whether or not they are willing, the trace left by each user on the network is a valuable material to be used –at least in potential terms– against them. At present, combining all the above without falling into the criminal author law approach or the overexposure of criminal speech (anticipatory and preventive criminal law) is a challenge. Looking at other national realities or sensibilities will serve as a valuable counterpoint to the Spanish criminal framework. Legislative corrections or alternative legal interpretations will be proposed to optimise the fight against online hate.

Key words: Cyberhate, Hate crimes, Hate speech, Comparative law.

---

\* Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal. La presente contribución ha sido financiada por el Ministerio de Ciencia e Innovación en el marco del Proyecto de Investigación I+D+i «*Delitos de odio en España: retos pendientes*» (PID2020-115320GB-I00), así como por la Cátedra UNESCO de Derechos Humanos y Poderes Públicos de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU).

**Cómo citar este trabajo:** Gordon Benito, Iñigo. (2024). Ciberodio. Un estudio de derecho penal comparado. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (4), 14–35. <https://doi.org/10.46661/respublica.9398>



## 1 Introducción

Con el conflicto palestino-israelí de fondo, la preocupación por el auge de los mensajes de odio en Internet vuelve a tomar cuerpo (Frenkel/Myers, 2023). En España, ante la aparente pasividad de las grandes plataformas digitales en lo referente a la moderación de contenidos (CCDH, 2023), las primeras detenciones no se han hecho esperar (Europa Press, 2023).

Existen procesos o dinámicas de persuasión que aspiran a cambiar actitudes o comportamientos en la audiencia receptora. Se habla, en lenguaje jurídico-penal, de discurso incitador, cuyo objeto de referencia puede ser variado (odio, discriminación, hostilidad o violencia). Otros mensajes, sin aspirar a soliviantar a terceros, suponen ya de por sí una afrenta con un contenido despreciativo y humillante singular, como singulares son también los efectos psicológicos, actitudinales o conductuales que generan las palabras en ciertos grupos poblacionales.

Se ha dicho, incluso, que unas injurias racistas suponen un «ataque preventivo», es decir, lanzar un golpe que no espera réplica. El mensaje racista no nace con vocación de empezar o continuar una discusión. Más que una mera exposición de ideas, se trata de un enunciado performativo que pone «punto y final» a la discusión (Leaker, 2020: 74; Lawrence III, 1993: 67-8).

La complejidad es tal que cabe hablar además de mensajes injuriantes o amenazantes que recrean los eslabones de una cadena. Cada eslabón va creando un entorno hostil y potencialmente apto/idóneo para que, en cualquier momento, alguien decida «pasar a la acción».

En otras palabras, el discurso difamatorio/injuriante puede llegar a constituir una incitación velada. La siguiente cita del filólogo alemán Víctor Klemperer condensa bien esta idea: «Las palabras pueden actuar como dosis ínfimas de arsénico: uno las traga sin darse cuenta,

parecen no surtir efecto alguno, y al cabo de un tiempo se produce el efecto tóxico» (Klemperer, 2001: 31).

Es decir, existen diferentes estadios previos al escenario final de catástrofe humanitaria. El efecto tóxico que diría el autor anterior, a quien los nazis le retiraron la cátedra que ostentaba en la Universidad de Dresde (Alemania) por su condición de judío. Estos estadios adelantados, aun pareciendo inocuos, en realidad ayudan a conformar una imagen de enemigo común ante la opinión pública.

Las fórmulas, a modo de elementos tendenciales que dotan a la acción de relevancia penal, pueden ser muy variadas: demonizar al colectivo, caricaturizarle o atribuirle males sociales, entre otras. En buena medida, la caracterización delictiva de tales conductas pasa por realizar un ejercicio valorativo previo.

El jurista alemán Eduard Kern, en un texto que data de comienzos del siglo pasado, hablaba de identificar un «contenido particularmente despreciativo» detrás del sentido que hubiera querido imprimirse al discurso (Kern, 1967: 31-7). Dicho de otra forma, ha de buscarse un sustrato de especial desprecio a la condición humana dentro de los discursos dirigidos a demonizar o caricaturizar a alguien por ser quien es o por lo que se cree que representa.

La especificidad del ciberodio (*cyberhate*) u odio online (*online hate*), como fenómeno emergente y novedoso, tiende a diluirse dentro de estudios más generales sobre delitos de odio. Al contrario de lo que cabría esperar, no estamos ante una materia que haya sido tratada de forma amplia dentro de las ciencias penales. En el mejor de los casos, constituye un mero apéndice al que apenas se

repara atención<sup>1</sup>. Con todo, es un hecho indubitado que el Código penal español cuenta, a raíz 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 (LO 1/2015), con un subtipo agravado de discurso de odio punible. Ello supone la primera plasmación explícita del ciberodio en la legislación penal española, poniendo en valor la infraestructura tecnológica como medio comisivo.

Por ello, el centro de gravedad del presente estudio se ha situado en torno a este precepto, el art. 510.3 CP, para el que se realizarán las correspondientes propuestas correctoras de *lege lata* y de *lege ferenda*. No obstante, las diferentes constelaciones de discurso de odio punible (discurso incitador y discurso difamatorio/injuriante) plantean numerosos retos de actualidad (Riquert, 2023: 111-37), entre los que cabría destacar la correcta determinación de su encaje típico, sea dentro o –como se verá, preferiblemente– fuera del art. 510 CP.

## 2 Ciberodio (*cyberhate*) u odio online (*online hate*)

Como se ha dicho más arriba, el legislador español ha creído conveniente que art. 510.3 CP sea un punto neurálgico y absolutamente referencial para hacer frente al discurso odioso en Internet (*hateful digital speech*).

Así, las penas previstas para las diferentes manifestaciones de los discursos de odio punibles (arts. 510.1 y 510.2 CP) se situarían en su mitad superior, siempre y cuando “los hechos se hubieran llevado a cabo a través de

*un medio de comunicación social, por medio de Internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas”* (art. 510.3 CP). Todo lo anterior resulta muy cuestionable a la luz del derecho comparado. Antes bien, conviene ofrecer al lector unas mínimas notas introductorias acerca de la idiosincrasia del fenómeno que nos ocupa (y preocupa).

### 2.1 Definición conceptual-operativa

El ciberodio u odio online puede definirse, en un sentido amplio<sup>2</sup>, como el uso de redes (informáticas o de telefonía móvil) y servicios de comunicaciones electrónicas (correo electrónico o mensajería instantánea) o servicios de contenido alojado en la red (prensa digital) –es decir, contenido que sea más o menos estático y que no esté, en principio, orientado a satisfacer la interacción comunicativa– para expresar manifestaciones declarativas del pensamiento humano que sean prejuiciosas hacia una identidad colectiva legalmente recogida como tal, sea por motivos de raza, etnia, religión u otro similar<sup>3</sup>.

Ahora bien, no resulta sencillo colegir qué conductas delictivas de carácter expresivo o con alguna modalidad de comisión expresiva (delitos de odio *con palabras*) tendrían encaje dentro de la definición anterior.

Como poco, podría llegar a convenirse que destacan el delito de injurias realizadas con publicidad o el delito de amenazas a los que se anude la agravante genérica por motivos discriminatorios (art. 22.4 CP), el delito de

<sup>1</sup> De hecho, el ciberodio tampoco suele figurar en las estadísticas oficiales. Ello se debe, fundamentalmente, a que se sabe que la gran mayoría de comentarios ofensivos que se vierten en Internet no son incidentes que posteriormente escalen a categorías delictivas (Perry, 2023: 178).

<sup>2</sup> Sobre las distintas referencias realizadas a esta definición amplia de ciberodio, véase: Hawdon/Oksanen/Räsänen, 2014: 166; Costello/Hawdon/Ratliff/Grantham, 2016: 312; Hawdon/Oksanen/Räsänen, 2016: 255;

Costello/Hawdon/Ratliff, 2017: 588; Hawdon/Bernatzky/Costello, 2018: 330; Costello/Hawdon, 2020: 1398.

<sup>3</sup> Para conocer una serie de criterios que se vienen manejando a la hora de determinar si deben o no añadirse otras características protegidas alejadas de la preocupación anti-xenófoba que latía detrás de las primeras legislaciones penales antiodio, véase: OSCE/ODIHR (2009): 38-9; Law Commission (2021): 77 y 213 y ss.



amenazas dirigidas a atemorizar a un colectivo (art. 170.1 CP), el delito de trato degradante (art. 173.1 CP), el delito de descubrimiento y revelación de secretos con afectación a datos personales especialmente sensibles (art. 197.5 CP) y el delito de discurso incitador o difamatorio/injuriante (arts. 510.1.a)-b) y 510.2.a) CP).

En lo sucesivo, por su interés e importancia a la hora de filtrar constelaciones de casos de odio online, nos conformaremos con atender el primero (art. 22.4 CP)<sup>4</sup> y el último de los cauces penales apuntados (art. 510 CP), especialmente en su vertiente de discurso difamatorio/injuriante (art. 510.2.a) CP)<sup>5</sup>, y no

tanto en la de discurso incitador (art. 510.1.a)-b) CP)<sup>6</sup>.

No obstante, se debe tener siempre presente que el ciberodio es un fenómeno lo suficientemente complejo en sus formas de manifestarse como para requerir de respuestas jurídico-penales muy variadas<sup>7</sup>.

## 2.2 Victimización por (ciber)odio: claves de entendimiento

En cuanto a la victimización por odio, las claves de entendimiento giran en torno a lo colectivo (identidad grupal), y no en torno al individuo aisladamente considerado, si bien éste puede constituir la víctima inmediata –si se nos permite, la cabeza de turco– para

<sup>4</sup> Según reza el art. 22.4 CP, en su redacción vigente, constituye circunstancia agravante “(...) cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta”. La concurrencia de una tal circunstancia agravante determina la imposición de la pena fijada para el delito en su mitad superior (art. 66.1.3ª CP).

<sup>5</sup> Según recoge el art. 510.2.a) CP, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses “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, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad, 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”.

<sup>6</sup> Según recoge el art. 510.1.a) CP, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses “quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad”. Asimismo, atendiendo ya al art. 510.1.b) CP, iguales penas merecerán “quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad”.

<sup>7</sup> Para el resto de preceptos referidos (arts. 170.1, 173.1 y 197.5 CP), que forman parte o conservan trazos que conectan con el Derecho penal antidiscriminatorio, véase: Gordon Benito, 2023: 157-68.

trascenderla y alcanzar un impacto supraindividual. En su caso, ha de haberse escogido al individuo por su pertenencia –o presunta pertenencia– a un grupo o colectivo sistemáticamente expuesto a similares acciones/expresiones de odio.

El odio online tiene el potencial de producir cambios emocionales (ansiedad o miedo), actitudinales (radicalización) o comportamentales (evitar frecuentar ciertas zonas a determinadas horas de la madrugada donde se sabe que uno no es bienvenido).

Estos efectos serán más o menos inmediatos en la víctima y, sea directa o indirectamente, migrarán hacia lo colectivo (es decir, afectarán a cada miembro del grupo de pertenencia de la víctima; efecto *in terrorem*). Un tweet racista no sólo interpela al individuo destinatario del mensaje, sino que otros muchos internautas también pueden llegar a leer y sufrir en la distancia esas mismas palabras.

Podría hablarse de una escalada intersubjetiva y silenciosa del mensaje. Se teje una especie de red invisible que, además de inquietar y generar inseguridad a todo un colectivo, puede tener la capacidad de retraer a sus miembros hasta el punto de no ejercer éstos sus derechos y libertades como ciudadanos libres e iguales con un mismo estatus cívico.

Según Duff, hay razones para defender que la justificación del castigo penal del discurso difamatorio/injuriante radicaría más allá de los daños psicológicos puntuales (u otro tipo de consecuencias negativas sufridas por las víctimas, como puedan ser la permanente sensación de injusticia o la grave desconsideración o irrespetuosidad hacia ellas).

La justificación de su castigo reside más bien en que, en un contexto determinado, los colectivos a los que se dirige dicho discurso puedan encontrarlo “amenazante para su integridad física” (*physically threatening*) o, cuando menos, “amenazante para un sentido de pertenencia segura a la comunidad”

(*threatening to a secure sense of their membership of the polity*). Así pues, como mínimo, el discurso difamatorio/injuriante podría ser punible en la medida en que equivalga a “la negación flagrante y despectiva de la condición de sus víctimas como miembros de la comunidad” (*blatant and derogatory denial of their victims’ status as members of the polity*) (Duff, 2007: 134).

En última instancia, este tipo de discursos tratan de socavar las bases de la coexistencia armoniosa en una sociedad democrática. Por ello, no es suficiente con la simple exigencia de tolerancia, sino que la intolerancia se combate con iguales o mayores dosis de repulsión moral y aversión para exponer públicamente lo desviado de la conducta de quien demoniza a todo un colectivo. Si bien destila cierto carácter simbólico, la sanción sería el idioma que tiende a emplear el Derecho penal para hacer llegar el mensaje.

Ello en sí mismo no cambia la mentalidad de la población, pero existe el firme convencimiento de que se promueve un cambio cultural a largo plazo, de tal forma que se acaben aceptando formas de vida diversas.

De hecho, a futuro, el estudio de los delitos de odio pasa por la especialización y la inevitable compartimentación de víctimas. Se aspira a un estudio más sensible que diferencie entre categorías marco genéricas previstas por ley (p.ej.: raza, etnia, religión, etc.), e incluso dentro de un mismo colectivo de referencia (p.ej.: gay/lesbiana, transexual, etc. dentro del colectivo sexual), procurando atender debidamente a sus respectivas realidades y cubrir sus demandas como víctimas.

Un ejemplo bastará: el homosexual puede ser visto, en el imaginario social, como una persona desviada, quizás hasta reconducible. Sea o no el caso, se le ve como persona. En cambio, el transexual puede ser juzgado como “error de la naturaleza”, es decir, un no-persona; una persona biológicamente hombre que se sienta atrapada en el cuerpo de una mujer, o viceversa, no son discordancias propiamente humanas. En cambio, la homosexualidad suele ser vista,

especialmente durante la adolescencia, como una etapa pasajera y de la cual uno puede salir. Incluso, puede infantilizarse esa preferencia afectivo-sexual. Como vemos, la experiencia deshumanizadora de la persona homosexual y la de la persona transexual es muy diferente.

En nuestra opinión, el derecho internacional de los derechos humanos va a empezar a sectorizar el campo de los delitos de odio, de tal forma que podamos ver la realidad desde las distintas realidades que existen. Tantas realidades como víctimas. No es lo mismo abordar la categoría de los delitos de odio como un todo, como se ha acostumbrado a hacer, a tratar problemáticas particulares y “manchar” el enfoque jurídico-penal en función de esas realidades. La perspectiva de partida es muy diferente.

### **2.3 Criminalidad online y acción violenta offline (o viceversa)**

Hoy día resulta fácil convenir en que Internet, como foro de participación de masas, condiciona el comportamiento humano. De hecho, como se ha visto, el espacio cibernético influye tanto individual como colectivamente en las relaciones humanas, en los hábitos de consumo, o a nivel emocional.

En cambio, la afirmación inicial resulta mucho más cuestionable si añadiéramos dos precisiones: los *mensajes de odio* en Internet condicionan el comportamiento *delictivo* humano. En efecto, la infiltración del mensaje dentro del tejido social es impredecible, así como sus consecuencias más inmediatas o aquellas que se puedan producir a medio-largo plazo.

Igualmente, la criminalidad online puede reforzar la criminalidad offline (o viceversa). Ahora bien, no es posible afirmar, de forma taxativa y sin mayor precisión, que el odio online y la acción violenta offline mantienen una relación causal. Lo que podría llegar a sostenerse es que existe cierta correspondencia entre ambas realidades, lo cual no parece casual.

De hecho, es interesante mencionar que la relación online-offline resulta más intensa cuanto más nos acerquemos a escenarios límite de catástrofes humanitarias (ambiente prebélico o pregenocida) o a escenarios que lleven consigo una tensión social o emocional muy extrema para la ciudadanía (ataques terroristas). Cuanto más nos alejemos de tales escenarios, más inestable se vuelve la correlación online-offline.

Sin embargo, en el caso concreto de los ataques terroristas, el papel que desempeñan las nuevas tecnologías no sólo es importante, sino también decisivo para el cambio de actitud de la ciudadanía hacia determinadas minorías (Hanes/Machin, 2014: 247-67). Los mensajes de odio en Internet empujan a otros a actuar. Tanto es así que un aumento exponencial de tales mensajes en espacios virtuales tiende a asociarse con picos de violencia en el mundo real (Miller-Idriss, 2022: 147).

Por tanto, las nuevas tecnologías operan como sistemas de alerta temprana (*early warning systems*) respecto a posibles actos de odio offline (Williams/Burnap, 2016: 211-38).

Incluso, los estudios más recientes apuntan a que el odio online no es ya causa sino consecuencia de ciertos eventos desencadenantes offline (*trigger events*). Por continuar con el ejemplo anterior, al ataque terrorista le seguirá una agravación de las tensiones intergrupales online. Ello, a su vez, da «barra libre» para que actos iguales o semejantes fuera de Internet sigan teniendo lugar

(Wiedlitzka/Prati/Brown/Smith/Walters, 2023: 75-96). Las fronteras que dividen uno y otro mundo son cada vez más tenues. Los mundos online-offline no sólo se complementan, sino que se refuerzan mutuamente en una especie de espiral del odio. Esta realidad incontrovertible no puede serle ajena al Derecho penal.

### 3 Reflexiones comparadas

#### 3.1 Repensar la necesidad, conveniencia y/o utilidad que tendría mantener un subtipo agravado como el art. 510.3 CP. Referencia comparada: Portugal

Actualmente, pareciera como si hubiera emergido una corriente favorable a la incorporación de delitos de ciberodio hechos a medida (*tailor-made cyberhate offences*) (Bakalis, 2018: 86-110), sea porque la legislación penal antiodio no fue diseñada en su día con el auge de las nuevas tecnologías en mente, o sea porque los daños asociados al odio online conservan señas de identidad propias.

Pero, ¿los nuevos canales de expresión online crean un riesgo tal que justifique disponer de preceptos penales *ad hoc* para un castigo mayor de la acción expresiva (precisamente por el canal empleado)? A este respecto, por la claridad del mensaje, especial atención merece la Declaración Conjunta sobre independencia y diversidad de los medios de comunicación en la era digital (UN/OSCE/OAS/ACHPR, 2018): “*Los Estados deben abstenerse de adoptar leyes innecesarias o desproporcionadas que penalicen o impongan sanciones más severas a la expresión en línea (online) que a su equivalente fuera de línea (offline)*” (art. 3.b) de la Declaración).

Además, acto seguido, se afirma que “*el alcance de las restricciones aplicables específicamente a las comunicaciones digitales debe limitarse a actividades que sean nuevas o fundamentalmente diferentes en su forma digital (como el spamming)*” (art. 3.c) de la Declaración).

Por tanto, es evidente que la incorporación de una disposición penal *ad hoc* para el delito de discurso de odio online, que además sea más gravosa que la prevista para su equivalente offline, difícilmente estaría justificada.

Esto es de lo que actualmente disponemos con el art. 510.3 CP. La publicidad cualificada o especial del art. 510.3 CP, se ha dicho, genera una mayor peligrosidad de la conducta para el bien jurídico protegido. No obstante, lo cierto es que la publicidad ya formaba parte del rimero de conductas punibles del art. 510 CP. En algunas constaba expresamente dicho requisito<sup>8</sup>, mientras que en otras podía llegar a inferirse<sup>9</sup>. Más allá de críticas puntuales por conculcarse el principio *non bis in ídem*, el subtipo agravado del art. 510.3 CP no ha recibido un estudio acorde al «salto al vacío» que habría dado el legislador español.

Según parece, la modernización estética de nuestro Código penal para ajustarlo a la criminalidad del s. XXI se despreocupa del castigo que impone y del efecto desaliento que genera. En concreto, la incidencia del art. 510.3 CP (ciberodio) en la pena a imponer es

---

<sup>8</sup> Por ejemplo, en lo referente al discurso incitador del art. 510.1.a) CP, se castiga a quienes “*públicamente*” fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad.

<sup>9</sup> En una etapa más temprana del *iter criminis* en relación con el discurso incitador, manteniendo

además el mismo listado de colectivos protegidos, el art. 510.1.b) CP castiga 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 fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel. Ante la tesis de un posible olvido del legislador en lo concerniente al carácter público de la conducta, lo cierto es que bien pudiera ser que la *distribución* o la *difusión* a la que se alude implicara ya tal rasgo.

considerable, afectando «en exceso» al principio de proporcionalidad penal.

Esto fue puesto de relieve por la Fiscalía General del Estado en la *Memoria elevada al Gobierno* en 2018 (FGE, 2018: 970-1). Según se dice, el art. 510.3 CP impone un régimen punitivo demasiado severo ante conductas que no tienen una entidad tal<sup>10</sup>. Además, este precepto es de apreciación obligatoria si objetivamente se dieran los presupuestos típicos, lo que *a priori* no resulta difícil que suceda.

Es más, se estaría conjugando la naturaleza de por sí excepcional de cualquier agravación con la cotidianeidad del uso de Internet. La consecuencia de actuar irreflexivamente en este ámbito (delitos de odio *con palabras*) se traduce en penas de prisión desorbitadas, bastante comunes y que, a menudo, se contienen en sentencias dictadas por conformidad.

Respecto a esto último, cabe matizar que la tendencia a acelerar los cauces procesales para finalizar con la conformidad del acusado no se debe a un aumento real de la criminalidad, sino más bien al “incesante aumento de la criminalización de conductas” (Varona Gómez, 2021: ix) (p.ej.: los comentarios más o menos ofensivos en redes sociales). La conformidad no es sino la vía rápida para evitar que, aquello que debió ser inadmitido a trámite en un primer momento,

llegue a ser debatido mínimamente para determinar su adecuación a derecho.

Todo este desatino –a nivel legislativo y de *praxis* judicial– podía haberse evitado. Por ejemplo, el Código penal portugués (1995) optó por una lógica completamente distinta a la española, ya que modificó la redacción de su precepto en 2017 con el fin de hacer indistinguible la comisión online/offline del delito. Así pues, dado que el art. 510.3 CP constituye un subtipo agravado y destaca los medios tecnológicos específicos que deben emplearse, no puede estar más alejado del art. 240.2.b) del Código Penal portugués<sup>11</sup>, que ni contempla agravación alguna por el canal empleado ni discrimina entre lo online/offline.

La Fiscalía General del Estado, con carácter previo a la reforma operada por LO 1/2015, ya tuvo ocasión de recomendar explorar la vía portuguesa para el caso español. De hecho, recomendó que la “nueva redacción” que se diera a las conductas del art. 510 CP fuera “lo más amplia posible” en cuanto a los medios comisivos concretos previstos para cometer el delito de discurso de odio punible.

A este fin, propuso introducir una fórmula simple (“cualquiera que sea el medio o procedimiento”) o un calco de la entonces fórmula portuguesa (“en una reunión pública, por escrito destinado a la divulgación, o a través de cualquier medio de comunicación

---

<sup>10</sup> Siguiendo con los ejemplos anteriores, el art. 510.3 CP (ciberodio), en relación con el art. 510.1 CP (discurso incitador), fijará forzosamente una pena mínima de 2 años, 6 meses y un día de prisión (tramo superior de la pena de referencia), lo que comporta en todo caso el ingreso en prisión. En otras palabras, una simple publicación online de un ciudadano corriente que se deja llevar por sus impulsos más primarios puede suponerle, en la práctica, la imposibilidad de eludir su ingreso en prisión. Siendo así, se nos plantean las siguientes cuestiones: ¿no se genera acaso un efecto desaliento mayor a ese usuario medio ante la posibilidad de que se castigue con mayor dureza el exceso verbal online (respecto al offline)? ¿es razonable que existan tales estándares punitivos en

función del foro de expresión escogido (online u offline) para expresar lo que uno piensa?

<sup>11</sup> Artículo 240.2.b) del Código penal portugués: “Será castigado con la pena de prisión de seis meses a cinco años el que públicamente, por cualquier medio destinado a su difusión, en particular mediante apología, negación o banalización grave de los crímenes de genocidio, guerra o contra la paz y la humanidad (...) b) difame o injurie a una persona o grupo de personas por razón de su raza, color, origen étnico o nacional, ascendencia, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género o discapacidad física o psíquica” (traducción propia).



social o sistema informático destinado a la divulgación”) (FGE, 2012: 1261).

Por aquél entonces, la fórmula portuguesa incorporaba los medios de comunicación social como un elemento más dentro del tipo objetivo de la conducta sancionada, sin ningún estatus diferenciado. Es más, ni tan siquiera se alude directamente a Internet, puesto que con medios de comunicación social ya se infería que el precepto portugués se refería, en verdad, a cualquier medio de distribución de información a un elevado número de personas, como sería el caso del propio Internet.

A día de hoy, tras el cambio introducido a través del art. 2 de la Ley núm. 94/2017, en vigor desde el 21 de noviembre de 2017, lo que se emplea como un elemento más dentro del tipo objetivo de la conducta es lo siguiente: “quien, públicamente, por cualquier medio destinado a la divulgación (...)” (art. 240.2 del Código penal portugués). Resulta cuando menos curioso observar cómo la redacción del art. 240 del Código penal portugués se ha inclinado por la generalización del medio empleado, con una formulación sintética, mientras que el Código

penal español ha optado por todo lo contrario. Incluso, en el art. 510.3 CP se superponen términos (“Internet”, “tecnologías de la comunicación” y “medios de comunicación social”) que, en última instancia, apuntan en la misma dirección<sup>12</sup>. Se trata, como poco, de una técnica de redacción confusa.

### 3.2 Propuesta de *lege lata* para el art. 510.3 CP. Referencia comparada: Austria

La propuesta de *lege lata* diseñada para el art. 510.3 CP pasa por compatibilizar la lógica del modelo austriaco (§ 283 öStGB<sup>13</sup>) con la regla de la quiebra de confianza.

#### 3.2.1. *Verhetzung* (§ 283 öStGB): delito de provocación o incitación al odio

En el modelo austriaco, el delito básico se refiere a que lo expresado<sup>14</sup> “públicamente” se haga accesible a “numerosas personas” (§ 283(1) öStGB), lo que conecta a su vez con un tipo de publicidad básica o mínima. En cambio, el tipo agravado se refiere a la posibilidad de que la conducta en cuestión, sea a través de “un documento impreso, una emisión, o de cualquier otra forma”, resulte

---

<sup>12</sup> Nótese que, si las tecnologías de la información abarcan en realidad Internet (entendida como red de redes), los diferentes dispositivos o terminales (p.ej.: ordenador personal, navegador de Internet, sistema operativo, etc.) y los servicios que facilitan las redes (p.ej.: correo electrónico, motores de búsqueda, banca online, etc.), entonces parece razonable sostener que el legislador está hablando de lo mismo cuando se refiere a “Internet”, “tecnologías de la comunicación” y “medios de comunicación social” en el art. 510.3 CP. En otras palabras, los diferentes cauces comisivos que activan la publicidad cualificada propia del art. 510.3 CP se superponen unos con otros (Valls Prieto, 2015: 870).

<sup>13</sup> En lo sucesivo, se empleará la abreviatura öStGB (*österreichischen Strafgesetzbuch*) para hacer referencia al Código Penal austriaco.

<sup>14</sup> Entre las conductas punibles, las cuales se castigan con penas de hasta dos años de prisión, encontramos las consistentes en (i) incitar a la violencia o al odio contra una iglesia o comunidad religiosa o cualquier otro grupo de personas definido por criterios existentes (pertenencia) o ausentes (falta de pertenencia)

relativos a la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad, ascendencia u origen étnico o nacional, sexo, discapacidad física o mental, edad u orientación sexual, o contra un miembro de dicho grupo expresamente por razón de su pertenencia al mismo (§ 283(1)(1) öStGB); (ii) injuriar a uno de los grupos ya referidos o a una persona por su pertenencia a dicho grupo, de forma que se vulnere la dignidad humana de la persona y de un modo que resulte adecuado para desacreditar o degradar a dicho grupo frente a la opinión pública (§ 283(1)(2) öStGB); y (iii) aprobar, negar, trivializar gravemente o justificar delitos específicos (p.ej.: el genocidio y los crímenes de guerra y contra la humanidad) que hayan sido declarados como tales con fuerza vinculante por un tribunal doméstico o internacional, cuando el acto se dirija contra uno de los grupos ya referidos o contra un miembro de dicho grupo expresamente por razón de su pertenencia al mismo, y sea cometido de manera que resulte idónea para incitar a la violencia o al odio contra dicho grupo o contra un miembro de dicho grupo (§ 283(1)(3) öStGB).

accesible a un “*amplio sector del público*” (§ 283(2) öStGB).

Esto se ha asociado con una publicidad cualificada o máxima, que quedaría castigada con penas de hasta tres años de prisión.

Por lo que se refiere a la publicidad básica, la condición pública de la conducta (§ 283(1) öStGB: *öffentlich*) conectaría con unas diez personas –a título orientativo– que estén en condiciones de acceder al material de forma más o menos directa o inmediata (idoneidad abstracta o consideración *ex ante*).

En cambio, la mención a que lo expresado sea accesible a numerosas personas (§ 283(1) öStGB; *vielen Menschen*) situaría en unas treinta el número de personas requeridas (idoneidad concreta o consideración *ex post*). Sólo así se desprende un peligro real/concreto de que el contenido hecho público (publicidad entendida como la mínima exigible con relevancia penal) pueda alcanzar a un número suficiente de destinatarios.

Esa peligrosidad concreta (*konkrete Gefährdung*) deberá quedar acreditada mediante constataciones fundadas (*begründete Feststellungen*) (Hinterhofer/Rosbaud, 2016: 371; Beyrer/Birklbauer/Sadoghi, 2017: 443; Fabrizio, 2018: 868; Schwaighofer, 2018: 1469-1470; Sautner, 2018: 105; Salzmann, 2020: apdo. 304.1; Plöchl, 2020: Rz 14-16; Bertel/Schwaighofer, 2020: 191; Galla, 2021: 88-9).

Por lo que respecta a la publicidad cualificada, la referencia numérica sería de aproximadamente ciento cincuenta personas (Hinterhofer/Rosbaud, 2016: 373; Beyrer/Birklbauer/Sadoghi, 2017: 443-4; Fabrizio, 2018: 868-9; Schwaighofer, 2018: 1470; Sautner, 2018: 107; Salzmann, 2020: apdo. 304.1; Plöchl, 2020: Rz 30;

Bertel/Schwaighofer, 2020: 192; Galla, 2021: 93).

En cualquier caso, lo que se castiga no es el acceso masivo y fáctico a ese material, sino el peligro concreto y real de alcanzarlo si el autor lo hubiera buscado de forma intencional<sup>15</sup>.

En suma, los baremos numéricos actúan como puntos de retorno referenciales que ayudan a objetivar la aparente discrecionalidad detrás de las decisiones judiciales.

Por ejemplo, en el caso español, la SAP de Barcelona 299/2019, de 21 de mayo de 2019 (Rec. 112/2019), confirma el castigo para unas expresiones que superan el umbral típico del art. 510.2.a) CP (discurso difamatorio/injuriante), entre otras razones, porque la conducta se perfecciona “(...) *frente a una multiplicidad de personas, lo que comporta un potencial lesivo mucho mayor por el escarnio público que supone*” (FJ 2).

A su vez, el Tribunal Supremo ha determinado que la agravación prevista en el art. 510.3 CP “*no exige una cuantificación pericial del impacto en la red que los mensajes pudieron haber tenido*”, sino que bastará para su apreciación con que sea deducible el alcance de los mensajes a través de los diferentes elementos de juicio que vayan corroborándose dentro de la causa judicial abierta [STS 488/2022 (Sala de lo Penal), de 19 de mayo de 2022 (Rec. 4535/2020), FJ 3.3].

Pues bien, ante la incertidumbre que se nos plantea, los baremos numéricos recién apuntados ayudarán a garantizar una mayor uniformidad de criterio para jueces y tribunales, lo que ha de redundar en beneficio de la seguridad jurídica.

### 3.2.2. Regla de la quiebra de confianza

Con respecto a la regla de la quiebra de confianza<sup>16</sup>, el punto de partida será la confianza intersubjetiva que debe prevalecer

<sup>15</sup> Sobre cómo la intención de autor debe abarcar la publicidad cualificada/máxima, véase: Schwaighofer, 2018: 1471.

<sup>16</sup> Al margen de lo que se desarrollará en las líneas que siguen, véase: Goyena Huerta, 2018: 80-8.

en las relaciones entre el emisor y los potenciales destinatarios del mensaje. De esta forma, una comunicación será privada (es decir, no será pública) en la medida en que exista cierto grado de certeza sobre las identidades de todos los potencialmente involucrados (p.ej.: amigos, familiares o compañeros/as de un mismo centro de trabajo) y la relación –más o menos estrecha– que una al emisor del mensaje con los mismos.

Si un individuo no es plenamente conocido por el emisor, entonces quiebra la regla de la confianza mutua, ya que su comportamiento se vuelve *impredecible* (publicidad básica/mínima). En cuanto a la publicidad cualificada/máxima, la propagación del mensaje no sólo es impredecible, sino también *incontrolada*. En términos generales, si se quiere, la falta de confianza implica la imposibilidad de prever la capacidad de infiltración del mensaje más allá del destinatario/s inmediato/s.

De cara a ordenar el espacio –público, semipúblico o privado– en el que se vierten los mensajes incendiarios, se apuesta por una diferencia más bien cualitativa (capacidad de incidencia/infiltración del mensaje), y no tanto cuantitativa (número de potenciales receptores del mensaje).

Lo anterior no prejuzga el hecho de que, si el número de receptores en potencia del mensaje es lo suficientemente elevado, podría incluso presumirse la caracterización pública de la conducta. Esta última idea conecta con la propuesta de *lege lata* que se verá a continuación, posibilitando la compatibilidad entre la lógica austriaca y la regla de la quiebra de confianza.

### **3.2.3. Propuesta de *lege lata* y de *lege ferenda* para el art. 510.3 CP**

Al igual que en el marco comparado austriaco, se propone la creación de unos topes numéricos (30 y 150 potenciales destinatarios) que, de superarse y salvo que se demuestre lo contrario a la luz de las circunstancias que rodean el caso, podrá

presumirse la publicidad mínima o cualificada respectivamente. Estos criterios serán flexibles, en la medida en que siempre será posible demostrar que, aun superándose las barreras numéricas fijadas, el contexto que rodea los hechos no dejaba dudas acerca de la ausencia de una pretendida propagación impredecible/incontrolada del mensaje.

De esta forma, se deja la puerta abierta a un análisis más fino y rico en detalles que pueda destruir la presunción acerca del carácter público de la conducta de la que partimos. Ahora bien, mientras que los medios *exactos* empleados para cometer el delito no serán relevantes para la publicidad básica (p.ej.: colocar un gran número de carteles en lugares públicos y muy concurridos, o hacer un llamamiento a eventos masivos a través de camiones con grandes altavoces), deberán seguir siendo aquellos previstos en el art. 510.3 CP para la publicidad cualificada (p.ej.: Internet).

En este punto, nuestra propuesta sería la de adicionar la regla de la quiebra de confianza al análisis sobre el carácter público de la conducta propia del delito básico –es decir, no agravado– del art. 510 CP (publicidad mínima). De esta forma, cuando el emisor del mensaje pierda o no cuente con la plena confianza de alguno de sus posibles interlocutores, la publicidad mínima implicará la probabilidad realista de la propagación *impredecible* del mensaje, lo que supondrá que la publicidad básica torne típica desde ese momento.

En cuanto a la publicidad cualificada del artículo 510.3 CP, en ella no operará la regla de la quiebra de confianza, bastando con que se supere la barrera numérica antes referida. Una vez superada, utilizando además los medios comisivos concretos que prevé el subtipo agravado –es decir, Internet, tecnologías de la comunicación o medios de comunicación social– todavía será necesario que el emisor haya buscado de forma intencional esa propagación *incontrolada* del mensaje.

Por último, debe insistirse en que el problema no radica en que coexistan dos publicidades superpuestas, una en el tipo básico del art. 510 CP y otra en el subtipo agravado del art. 510.3 CP. Esto es perfectamente posible, dado que una conducta expresiva con un componente despreciativo-injurioso puede conllevar un plus lesivo mayor a través de una publicidad que no sea la constitutiva del tipo básico.

En otras palabras, la publicidad mínima puede cualificar la conducta, es decir, que ésta torne típica, mientras que otra publicidad añadida podrá cuantificar esa misma publicidad en función de la afección al bien jurídico. En cualquier caso, lo ideal sería que la publicidad cualificada que ahora constituye un elemento accidental (art. 510.3 CP) fuera en realidad la publicidad mínima exigible en el tipo básico.

Por tanto, la propuesta de *lege ferenda* no puede ser otra que la de suprimir el actual art. 510.3 CP. En realidad, ambas propuestas –la de *lege lata* y la de *lege ferenda*– buscan que el art. 510 CP sea visto en su conjunto como lo que debería ser, un instrumento de tutela penal marcadamente excepcional.

### **3.3 Respuestas agravadas para comentarios ofensivos online a través de la técnica agravatoria de delitos comunes. Referencia comparada: Reino Unido**

En España, el art. 510 CP capta la práctica totalidad de los discursos de odio punibles en la red (si bien, afortunadamente, con escaso éxito judicial).

Aunque en el apartado anterior nos hayamos referido a una propuesta de *lege lata* en torno a este precepto que sirva, en parte, para corregir esta situación, las soluciones también pueden venir de la puesta en valor de una herramienta jurídico-penal ignorada u

olvidada en lo que respecta a los delitos de nuda expresión (o delitos con alguna modalidad de comisión expresiva).

Se trataría de la técnica agravatoria de delitos comunes (en el caso español, contenida en el art. 22.4 CP), cuyo ámbito de aplicación abarca las injurias/calumnias, las amenazas o, incluso, el trato inhumano o degradante.

Las diferencias respecto a las consecuencias jurídicas a las que uno se expone dependiendo de la canalización jurídica del caso que interese la acusación no son menores<sup>17</sup>. No obstante, al igual que sucede con el delito de discurso de odio (art. 510 CP), la agravante genérica del art. 22.4 CP supone una alternativa legal que capta perfectamente la infiltración social e impredecible del mensaje (impacto supraindividual).

A este respecto, Asua Batarrita ha afirmado que se proyecta un efecto amenazante «muy similar» desde ambos flancos de acción penal (art. 22.4 CP y 510 CP). Aún más, ambos preceptos parten de un mismo suelo teórico para explicar el fundamento de su castigo (Asua Batarrita, 2021: 173; Asua Batarrita, 2020: 370). En concreto, el art. 510.2.a) CP, como instrumento de tutela adelantada que debería ser, sanciona la gestación de una imagen de «enemigo común» de todo un colectivo. Inocular esa imagen en el imaginario social va a permitir que actos aparentemente inocuos en otro contexto adquieran la peligrosidad del hecho objetiva que precisa la agravante para su apreciación.

Por ejemplo, no es lo mismo que a altas horas de la madrugada una persona choque contigo y te diga “*maricón, vigila por dónde vas*”, que esta misma situación acontezca después de que se haya fomentado en las redes sociales la campaña «demos caza al maricón» y se

<sup>17</sup> A modo ilustrativo, véanse las siguientes opciones: *Opción 1*. Discurso de difamación/injuria colectiva, vía lesiones a la dignidad de las personas a través de acciones que entrañen “*humillación, menosprecio o descrédito*” (art. 510.2.a) CP), incluida la agravación prevista en el art. 510.3 CP [pena de prisión de un año,

tres meses y un día a dos años + pena de multa de nueve meses y un día a un año]; *Opción 2*. Delito de injurias realizadas con publicidad (arts. 208-209 CP), incluida la agravación prevista en el art. 22.4 CP [pena de multa de diez meses y un día a un año y dos meses].

hayan dado todo tipo de tropelías los días previos (y por esas mismas calles) contra miembros aleatorios de ese mismo colectivo definido por su orientación sexual.

El escenario para que podamos hablar de una peligrosidad objetiva del hecho a través de la agravante pasa a depender del correcto uso del art. 510 CP para interceptar comentarios o expresiones que hayan contribuido a ese escenario.

El art. 510.2.a) CP (discurso difamatorio/injurante) tiende a asociarse con un delito de lesión a la dignidad de cada individualidad conformada por la pertenencia de ese individuo a un colectivo, del que asumiría como propios ideales o valores compartidos. Esta visión del bien jurídico protegido se ha reforzado con la nueva redacción dada al art. 510 CP tras la LO 1/2015. Ahora consta expresamente una referencia a la “*lesión de la dignidad*”, que con carácter previo a la reforma penal de 2015 no contenía el art. 510.2 CP<sup>18</sup>.

En cualquier caso, el bien jurídico protegido en el delito de discurso de odio del art. 510 CP<sup>19</sup> debiere ser el mismo para todas las conductas punibles que en él se contienen. En nuestra opinión, el art. 510.2.a) CP no debe tener un estatus singular y disociado del resto.

El bien jurídico protegido será, siguiendo la tesis de Landa Gorostiza, las condiciones de seguridad existencial de grupos o colectivos especialmente vulnerables (Landa Gorostiza, 2018: 57 y ss.; Landa Gorostiza, 1999: 341 y ss.). Se trata de un bien jurídico de titularidad colectiva, y parte de asumir que existen derechos y garantías constitucionales a preservar ante una potencial conmoción futura.

Esa pérdida de confianza de segmentos concretos de la población que, consciente o inconscientemente, dejarán de ejercer sus derechos y libertades fundamentales. Habría que preguntarse hasta qué punto, en un determinado contexto (nacional, regional o local), el discurso está gestando un efecto amenaza que señale a esos colectivos. La afección mínima y típicamente relevante parte de que se pongan en marcha procesos de agresión intergrupal contra esos colectivos. La gravedad del discurso debe conllevar la puesta en peligro cierto y objetivo del colectivo en cuestión.

Según Landa Gorostiza, cuyo planteamiento compartimos, la acción debe dirigirse contra un colectivo concreto y se coloreará de un elemento subjetivo (elemento motivacional). Este último elemento es el que permite corroborar que la dinámica comisiva hacia un colectivo existía y era intencional. Ello excluye el odio, discriminación o violencia que devengan de conductas temerarias o imprudentes (es decir, expresiones totalmente fuera de control). Por tanto, debe haber una puesta en marcha accionada por la motivación de autor y un contexto de consciencia del peligro que se proyectaba.

Todo lo anterior no quiere decir que debamos llevar a cabo una investigación motivacional innecesariamente amplia o profusa, pero esa información en origen nos permite comprobar que la dimensión colectiva de la acción era buscada por su autor, incluso de haberse seleccionado a un único integrante del colectivo como representante del mismo (Landa Gorostiza, 2018: 66).

Pues bien, como trataremos de explicar en las líneas que siguen, este planteamiento propuesto para el art. 510 CP es extrapolable

---

<sup>18</sup> Según la redacción del art. 510.2 CP previo a la reforma penal de 2015, eran castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses “*los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus*

*miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía*”.

<sup>19</sup> Para un análisis amplio y actual sobre el bien jurídico protegido del art. 510 CP, visibilizando las diferentes corrientes de opinión, véase: Gordon Benito, 2023: 663-78.



a la agravante genérica por motivos discriminatorios del art. 22.4 CP.

En nuestra opinión, la razón de ser de la agravante del art. 22.4 CP reside en la peligrosidad objetiva del hecho, lo que sitúa el debate sobre su fundamento dogmático<sup>20</sup> en la estructura del injusto del hecho. El sujeto debe estar atentando, con un mínimo de consciencia exigible, contra un tercero que pertenezca –o se crea erróneamente que pertenezca– a un colectivo histórica y sistemáticamente expuesto a similares acciones de odio.

No obstante, no es la mera selección consciente del sujeto en cuestión lo que permite activar la agravación. Lo que debería ocupar nuestra atención es el hecho de estar contribuyendo a una situación objetiva de amenaza constante y plenamente vigente frente a un colectivo protegido por ley.

El mensaje comunicativo que se lanza al viento pasa a formar parte de una cadena comunicativa que ahonda en la sensación de desprotección, tanto de ese sujeto como del resto de miembros que reúnen las condiciones identitarias que motivan la agresión verbal (delito de odio *con palabras*) o física (delito *de actos* de odio). El comportamiento en sí mismo recuerda al sujeto que sus miedos acerca de «lo que

pueda pasar» son reales. Existe una peligrosidad objetiva de que se emulen ciertos comportamientos a nivel social, habiendo puesto a ese sujeto –y a todo un colectivo– nuevamente en el centro de la diana.

Más bien, además de haberle puesto en el centro de la diana, se le recuerda que nunca ha dejado de estar ahí y que tenga cuidado. Este tipo de discursos abarcan mensajes que calan con facilidad a nivel social. De esta forma, la víctima se planteará, por ejemplo, si salir o no a pasear a ciertas horas de la madrugada en un barrio del extrarradio de una ciudad. En la medida en que se tengan que valorar este tipo de decisiones, es decir, la procedencia de ejercitar o no sus derechos fundamentales, lo que se hace es rebajar considerablemente el estatus cívico de esa persona. La peligrosidad objetiva del hecho conecta con esto último, es decir, con el escenario final de rebaja de la condición cívica por ser quién es alguien o por quién percibe la sociedad que es.

En cualquier caso, sería conveniente que se tenga en cuenta el *conocimiento latente*<sup>21</sup> por parte del autor de los hechos sobre la situación de desigualdad y discriminación objetiva de todo un colectivo al tiempo de cometer los hechos, y de estar realizando una aportación mínimamente relevante al efecto amenazante contra ese colectivo (y que,

<sup>20</sup> Para un análisis amplio y actual sobre el fundamento de la agravante genérica del art. 22.4 CP, visibilizando las diferentes corrientes de opinión, véase: Gordon Benito, 2023: 170-200.

<sup>21</sup> Nótese que existen diferentes formulaciones teóricas del modelo de selección discriminatoria (*discriminatory selection model*). Sea como fuere, parece claro que pierde relevancia la razón por la cual el sujeto selecciona a su víctima (p.ej.: color de piel). Lo que adquiere relevancia es conocer si efectivamente lo hizo o no. Es decir, es una interpretación que demanda exclusivamente la constatación de la selección misma. Sin embargo, es evidente que la norma penal no puede conformarse con presumir culposa la acción del sujeto (responsabilidad objetiva) y sancionar cualquier selección con fines delictivos de una persona negra o de etnia gitana por el mero hecho de serlo. Por ello, suele aludirse más específicamente a la selección intencional

como circunstancia a valorar. Si bien es verdad que al referirnos al fin, propósito o intención se puede poner el énfasis en el impacto deseado que quiere generar el autor con su conducta (p.ej.: daño material o personal, sembrar miedo y desconfianza, etc.), todo se reduce aquí a la intención de seleccionar a una víctima por razón de su pertenencia –si acaso percibida– a un colectivo protegido. No importa en absoluto la causa específica detrás de la elección ni cualesquiera otras intenciones subjetivas más allá de esa mera selección, como reflejo de su intención, del miembro concreto del colectivo protegido. Ahora bien, si bien el modelo de selección discriminatoria se asocia frecuentemente a la *selección consciente* o *selección intencional* de un individuo que pertenece a un colectivo vulnerable, hay otras alternativas. Se puede exigir, por ejemplo, la *indiferencia más insensible* o el *conocimiento latente* de estar atentando contra ese colectivo.

además, tal contribución sea socialmente aprehendida como tal).

Este mensaje amenazante está implícito en determinados actos de lesionar, amenazar, etc. a ciertos sujetos pasivos (es decir, el efecto amenazante está incrustado en el delito base), de ahí que se den los presupuestos para aplicar la agravante cuando el autor de los hechos selecciona a una persona concreta por lo que ésta representa. De cara a determinar que existe tal conocimiento latente, se propone que no nos desprendamos del todo del origen de la conducta humana, es decir, lo que la motivó.

Sean más o menos ignotas para el resto, siempre habrá fuerzas o razones internas que desencadenen, en última instancia, el comportamiento selectivo del sujeto activo. El estado mental/psicológico prejuicioso del sujeto es una fuente de información que sirve de presupuesto para determinar ese conocimiento latente. Pero se trata de un *mero* presupuesto, no del fundamento para que se aprecie la agravante. Con independencia de cómo denominemos a esta fuente en origen (móvil, motivo o intención), debe poder servir a su propósito; es decir, debe servir para verificar el conocimiento latente por parte del autor de la infiltración que podría llegar a tener el mensaje amenazante que deriva de sus actos.

Lo importante no es el estado psicológico/mental del sujeto, sino si ese estado mental pone en marcha la fase de ejecución de los hechos y esos hechos, manchados de ese estado mental, generan el efecto amenaza. En ese caso ya no estamos hablando de hechos idénticos. Los hechos que externaliza la persona son diferentes dependiendo de su origen, por lo que su evaluación penal también ha de serlo.

En línea con todo lo anterior, la Comisión Legislativa inglesa (*Law Commission for England & Wales*) sostiene que siempre será necesario probar un grado mínimo de ánimo consciente hacia las características identitarias de alguien (Law Commission, 2020: apdos. 15.70-2).

De hecho, si no es con fuentes de información adicional en el origen de la conducta humana, ¿cómo determinar que el autor era mínimamente consciente (conocimiento latente) de que su acción resultaba idónea para hacer llegar la amenaza a todo un colectivo? *A sensu contrario*, ¿cómo demostrar que no existía un racismo inconsciente y compartido (es decir, un racismo en que el autor no llega a percibir el significado real de sus actos)<sup>22</sup>? Como es sabido, hay una frontera muy tenue entre el dolo eventual y la imprudencia consciente.

A su vez, al contrario de lo que sucede en España, la idea es que la técnica agravatoria de delitos comunes está plenamente operativa en el mundo anglosajón. En Reino Unido<sup>23</sup>, los delitos equivalentes al art. 510 CP representan el último recurso para hacer frente a los comentarios ofensivos online. Los datos hablan por sí solos, ya que de los 10.817 delitos de odio sobre los que recayó sentencia condenatoria en 2018/19 en Inglaterra y Gales, apenas 11 lo fueron por discurso de odio (CPS, 2019: 18-9 y 47). En definitiva, con todas las cautelas que se quieran poner, las condenas por discurso de odio representan, en el mejor de los casos, el 0,10% del global de condenas por delitos de odio.

Según se dice, esto no es necesariamente malo, sino todo lo contrario, dado que hemos de ser extremadamente cautelosos al sancionar la nuda expresión sin que ésta constituya de antemano delito. En los diferentes sistemas legales que conforman

---

<sup>22</sup> Nos estamos refiriendo a lo que Rey Martínez alude como “neo-racismo invisible”, “racismo blando (o de baja intensidad) subyacente” o “racismo líquido” (Rey Martínez, 2015: 79-84).

<sup>23</sup> Ampliamente, para un análisis exhaustivo sobre los tres sistemas legales que conforman el Reino Unido (sistema legal inglés, escocés y norirlandés), véase: Gordon Benito, 2023: 235 y ss.

Reino Unido no se arriesgan a crear mártires de la libertad de expresión. Por ello, en vez de acudir a los delitos equivalentes al art. 510 CP, se otorga un carácter absolutamente preferencial a la técnica agravatoria de delitos comunes.

Por tanto, la tendencia es justamente la contraria a la española. La vía agravatoria de delitos comunes absorbe prácticamente cualquier tipo de comentario ofensivo online, ya que son mensajes que, en su gran mayoría, están «en camino» hacia formas de expresión más graves, como puedan ser la incitación al odio o la difamación de colectivos (Law Commission, 2020: apdo. 16.57).

#### 4. Conclusiones

La activación del art. 510 CP debería mantenerse al margen de la práctica totalidad de discursos que inundan las redes. Por ejemplo, nadie concebiría que, ante unos malos tratos de los que fueran víctimas menores extranjeros no acompañados por parte de trabajadores de un Centro de Menores, la acusación se formulara sistemática y automáticamente por un delito de tortura.

Algo parecido podría estar sucediendo con los delitos de odio con palabras, que también admiten gradaciones como la de malos tratos o maltrato ordinario (*ill-treatment*), trato inhumano (*inhuman treatment*) y tortura

(*torture*) (Gordon Benito, 2023: 230-1; Ambos, 2009: 27-9; STEDH de 18 de enero de 1978, *Irlanda contra Reino Unido*, nº 5310/71, §§ 162 y 167). De hecho, la gradación del lenguaje más o menos ofensivo es infinita en matices.

Ante un art. 510 CP aparentemente «desbocado» en alcance, por cuanto absorbe y monopoliza el discurso de odio punible, habría de optarse por recolocar el foco e iluminar una vía ignorada: la agravación de delitos de expresión –o que tengan alguna modalidad de comisión expresiva– a través del art. 22.4 CP. De este modo, el espacio aplicativo que pierda el art. 510 CP será el que vaya ganando la agravante genérica del art. 22.4 CP anudada a un delito de expresión, como sería el caso del delito de injurias realizadas con publicidad (arts. 208-209 CP).

Nos referimos, fundamentalmente, a conductas que están «en camino» de alcanzar el umbral de gravedad excepcional del art. 510 CP. Este reequilibrio de fuerzas vendría avalado por el derecho comparado.

En el derecho comparado, sea el derecho inglés, escocés o norirlandés, se plantea algo realmente sugerente. No hace falta acudir siquiera a vías extrapenales, como la sanción administrativa<sup>24</sup> o la justicia restaurativa<sup>25</sup>, sino voltear la elección de cuál es el

<sup>24</sup> En España, no faltan propuestas en este sentido, como la que nos traslada Rey Martínez sobre las formas “menos graves y más frecuentes” de discurso de odio. Este autor apuesta por la vía de la sanción administrativa impuesta por un órgano autónomo *ad hoc* o, incluso, más general, como pudiera ser la figura del defensor del pueblo (Rey Martínez, 2019: 66).

<sup>25</sup> Soluciones como la mediación pueden tener más y mejores razones para inmiscuirse en un conflicto que nace o toma cuerpo en el ciberespacio. En concreto, dentro del ámbito regional europeo, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó una resolución y un informe relativamente recientes en que se defendía la mediación como método de resolución de conflictos relativos al odio online. Según se dice, la mediación es una técnica de resolución de conflictos que podría poner punto y final a una agresión verbal en

la red, muchas veces gratuita, que se activó en su momento precisamente de la misma manera que ahora se intentaría dirimir, es decir, con la palabra. Allí donde no ha habido contacto directo entre autor y agraviado es donde cobra más sentido e interés este tipo de encuentros, bajo la batuta de un tercero que medie entre partes. Se brinda la oportunidad para que el autor conozca el alcance e impacto de su acción, haciendo evidente y reconocible la entidad corpórea de la víctima y el componente humano que hay detrás de cada ordenador o dispositivo móvil. La deshumanización del individuo muchas veces acaba cuando se conoce de cerca ese componente humano, así como las diferentes realidades de victimización que se producen online (Consejo de Europa, 2015a: apdo. 6.6.2.; Consejo de Europa, 2015b: párrs. 39-41; Walters, 2014).

instrumento preferente de intervención penal en este ámbito<sup>26</sup>.

En otras palabras, un cambio radical de perspectiva. Habría que promover una vía intermedia de acción penal entre lo «aceptable», que por su insignificancia queda extramuros del Derecho penal, y lo muy inaceptable (es decir, conductas en que realmente tenga sentido hablar del art. 510 CP, como instrumento excepcional de tutela adelantada). Esta vía de acción penal intermedia, que pasa por «traer al frente» la técnica de la agravación de la pena, resulta mucho más equilibrada en cuanto a la posible sanción a imponer. La idea de trabajar en el planteamiento de una especie de malla o red blanda de acción penal se antoja, según entendemos, pertinente.

El desafío se despliega en dos direcciones.

En primer lugar, estamos ante una vía incomprensiblemente ignorada por doctrina y jurisprudencia.

En segundo lugar, en los pocos casos en que se aprecia la agravante del art. 22.4 CP en delitos de expresión (p.ej.: un delito de injurias realizadas con publicidad), ello se hace a costa de desnaturalizar la propia esencia de los delitos de odio.

Pareciera como si poco o nada importase el hecho de que se proyecte un mensaje comunicativo hacia el exterior y que éste supere al individuo y alcance al colectivo diana. La mirada se posa sobre el «micro-conflicto». En otras palabras, se pierde de vista el impacto sobre lo grupal y, con ello, la dimensión estructural del problema. Lo que late en el fondo es un modelo político-criminal orientado a la protección preferente –que no única– de individuos y sus derechos.

En nuestra opinión, es imprescindible tratar de avanzar en las teorizaciones del

fundamento de la agravante del art. 22.4 CP y del bien jurídico protegido del art. 510 CP. De estas teorizaciones debiere extraerse que es muy probable que exista un espacio aplicativo común y difícil de delimitar entre ambos preceptos. Ello debe servir de acicate para luchar contra formas simplistas de entendimiento de la agravante del art. 22.4 CP, que la desposeen del elemento comunicativo *ad extra* del mensaje de odio. La agravante conlleva que el componente humillante, difamatorio o injurioso hacia determinadas categorías de personas se infiltre y sea capaz de «golpear» a grupos especialmente expuestos. Se trata de una amenaza acerca de la posibilidad de expansión de actitudes semejantes en el seno de la sociedad.

Todo lo anterior sabedores de que lo ideal sería que la publicidad calificada que hoy conecta con el art. 510.3 CP retornara, a futuro, a la publicidad mínima exigible en el tipo básico (propuesta de *lege ferenda*).

Sólo así se alcanza, a nuestro entender, la gravedad mínima exigible para el delito de discurso de odio punible previsto en el tipo básico del art. 510 CP, sea en su vertiente de discurso incitador o en la de discurso difamatorio/injurioso. La propuesta diseñada a lo largo de este estudio busca precisamente que el art. 510 CP sea visto como lo que debería ser, un instrumento marcadamente excepcional de tutela penal adelantada.

El art. 510 CP demanda, aunque sólo sea por los estándares supranacionales sobre la materia, una lectura especialmente restrictiva del tipo, lo que nos lleva a plantear que sea necesario elevar el umbral de gravedad a través –aunque no sólo– del carácter *público* de toda conducta que conecte con el discurso de odio criminalizado, sin importar el medio de comisión empleado mientras sea idóneo para alcanzar esa caracterización de la

---

<sup>26</sup> Huelga decir que las iniciativas anti-odio que sirvan de alternativa o que directamente suplan la pena siempre serán bienvenidas, lo que no prejuzga que nuestro estudio se haya enfocado a otro tipo de

soluciones. Esto no es ni mejor ni peor, sino que será la perspectiva con la que se aborda el objeto de estudio la que marque el recorrido y profundidad del mismo.

conducta. De hecho, hemos defendido que el legislador español no debió hacer una distinción tal entre los canales de comunicación online/offline dentro del art. 510 CP.

Es importante que el Derecho penal ofrezca respuestas única y exclusivamente al grado de afectación más grave posible. Este grado de afectación más grave del discurso no se entendería de optarse por desgajar la publicidad masiva de Internet del tipo básico y colocarla en un subtipo agravado. Debe visibilizarse la publicidad como un requisito ya de por sí esencial dentro del tipo básico. Igualmente, ha de criticarse la creación de un régimen punitivo *ad hoc* para el entorno online (subtipo agravado) que, por si fuera poco, conlleva una desproporción en la sanción a imponer (y su consiguiente efecto desaliento). Este aspecto podrá solucionarse, en parte, dotando a la agravante del art. 22.4 CP de un protagonismo mínimamente equiparable al que actualmente tienen las figuras homologables en Reino Unido. La técnica de agravación de delitos comunes debe ganar protagonismo para «poner frenos» al abuso que supone que cualquier comentario ofensivo, independientemente de su gravedad, sea canalizado irreflexivamente hacia el art. 510 CP. La vía preferente de intervención penal debe ser la de la agravación de delitos comunes, al menos cuando los comentarios ofensivos/injuriantes conciernen a la individualidad, es decir, cuando estemos ante ataques dirigidos a una persona en representación del resto de miembros del colectivo.

Asimismo, este estudio plantea una propuesta de *lege lata* para el actual art. 510.3 CP, que persigue estrechar los márgenes de decisión judicial a través de la implantación de un criterio objetivo para su apreciación (referente numérico). Este criterio numérico se ha importado del modelo austriaco. Se requiere que los potenciales receptores del mensaje sean en torno a 150 personas, siempre y cuando el autor hubiera buscado esa proyección *incontrolada* del mensaje.

En el caso del tipo básico, será de 30 el número de receptores del mensaje en potencia, si bien se ha de adicionar cumulativamente la regla de la quiebra de confianza. De esta forma, cuando el emisor del mensaje pierda o no cuente con la plena confianza de alguno de sus posibles interlocutores, la publicidad mínima exigible implicará la probabilidad realista de la propagación *impredecible* del mensaje, lo que supondrá que la publicidad básica torne típica desde ese mismo momento.

## Referencias

- AMBOS, Kai (2009). *Terrorismo, tortura y Derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, Atelier.
- ASUA BATARRITA, Adela (2021). “Ni impunidad ni punitivismo. Sinrazones de la actual interpretación de la agravante por razón de género del artículo 22.4 CP del Código penal”, en Otazua Zabala, Goizeder/Gutiérrez-Solana Journoud, Ander (dirs.), *Justicia en clave feminista. Reflexiones de género en el ámbito judicial*, Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea.
- ASUA BATARRITA, Adela (2020). “«La razón de género en el marco de la agravante “de odio” del art. 22.4 CP. Por una interpretación restrictiva frente al deslizamiento punitivo”, en Pérez Manzano, Mercedes/Iglesias Río, Miguel Ángel/Andrés Domínguez, Ana Cristina/Martín Lorenzo, María/Mariscal de Gante, Margarita Valle (coords.), *Estudios en homenaje a la Profesora Susana Huerta Tocildo*, Universidad Complutense de Madrid.
- BAKALIS, Chara (2018). “Rethinking cyberhate laws”, *Information & Communications Technology Law*, Vol. 27(1).  
<https://doi.org/10.1080/13600834.2017.1393934>
- BERTEL, Christian/SCHWAIGHOFER, Klaus (2020). *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II (§§ 169 bis 321k StGB) (14. Auflage)*, Verlag Österreich.



- BEYRER, Michael/BIRKLBAUER, Alois/SADOGHI, Alice (2017). *Strafgesetzbuch Praxiskommentar* (29. Auflage), proLIBRIS Verlagsgesellschaft, Linz.
- CCDH (2023). “Israel-Gaza crisis: X fails to remove 98% of posts reported by the CCDH for hate and extremism”, en *Center for Countering Digital Hate (CCDH)*, 14 de noviembre de 2023. <https://goo.su/JvezByI>
- CONSEJO DE EUROPA (2015a). *Parliamentary Assembly, Resolution 2069 - Recognising and preventing neo-racism*, 26 June 2015. <https://goo.su/nYR8>
- CONSEJO DE EUROPA (2015b). *Parliamentary Assembly, Recognising and preventing neo-racism*, 8 June 2015, Doc. 13809. <https://goo.su/Ks83Lm>
- COSTELLO, Matthew/HAWDON, James (2020). “Hate speech in online spaces”, en Holt, Thomas J./Bossler, Adam M. (eds.), *The Palgrave handbook of international cybercrime and cyberdeviance*, Palgrave Macmillan. [https://doi.org/10.1007/978-3-319-78440-3\\_60](https://doi.org/10.1007/978-3-319-78440-3_60)
- COSTELLO, Matthew/HAWDON, James/RATLIFF, Thomas N. (2017). “Confronting online extremism: the effect of self-help, collective efficacy, and guardianship on being a target for hate speech”, *Social Science Computer Review*, Vol. 35(5). <https://doi.org/10.1177/0894439316666272>
- COSTELLO, Matthew/HAWDON, James/RATLIFF, Thomas N./GRANTHAM, Tyler (2016). “Who views online extremism? Individual attributes leading to exposure”, *Computers in Human Behavior*, Vol. 63. <https://doi.org/10.1016/j.chb.2016.05.033>
- CPS (2019), *Hate crime report 2018-19*, pp. 18-19 y 47. <https://goo.su/Vk5mU7>
- DUFF, R. Antony (2007). *Answering for crime. Responsibility and liability in the Criminal law*, Hart Publishing. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199542895.003.0006>
- EUROPA PRESS (2023). “Detenido en Terrassa (Barcelona) por difundir postulados yihadistas y amenazar al colectivo judío y LGTBI”, *Europa Press*, 3 de noviembre de 2023. <https://goo.su/fMmUPcG>
- FABRIZY, Ernst E. (2018). *Strafgesetzbuch (StGB) samt ausgewählten Nebengesetzen. Kurzkomentar* (13. Auflage), MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.
- FGE (2018). *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por la Fiscal General del Estado Excm. Sra. Doña María José Segarra Crespo*. <https://goo.su/wIpUXD>
- FGE (2012), *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del Año Judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Eduardo Torres-Dulce Lifante. Vol. I*.
- FRENKEL, Sheera/MYERS, Steven Lee (2023). “Antisemitic and anti-Muslim hate speech surges across the Internet”, en *The New York Times*, 15 de noviembre de 2023. <https://goo.su/dcbl>
- GALLA, Franz (2021). *Hass im Netz. HiNBG | KoPl-G. Handbuch für die Praxis*, Facultas.
- GORDON BENITO, Iñigo (2023). *Delitos de odio y ciberodio. Una revisión acerca de las posibilidades de filtrado penal del discurso a través de los arts. 22.4 y 510.3 CP*, Tirant lo Blanch.
- GOYENA HUERTA, Jaime (2018). “Algunas cuestiones penales sobre el discurso del odio”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 49.
- HANES, Emma/MACHIN, Stephen (2014). “Hate crime in the wake of terror attacks: evidence from 7/7 and 9/11”, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, Vol. 30(3). <https://doi.org/10.1177/1043986214536665>
- HAWDON, James/BERNATZKY, Colin/COSTELLO, Matthew (2018). “Cyber-routines, political attitudes, and exposure to violence-advocating online extremism”, en *Social Forces*, Vol. 98(1). <https://doi.org/10.1093/sf/soy115>

- HAWDON, James/OKSANEN, Atte/RÄSÄNEN, Pekka (2016). "Exposure to online hate in four nations: a cross-national consideration", *Deviant Behavior*, Vol. 38(3). <https://doi.org/10.1080/01639625.2016.1196985>
- HAWDON, James/OKSANEN, Atte/RÄSÄNEN, Pekka (2014). "Victims of online hate groups", en Hawdon, James/Ryan, John/Lucht, Marc (eds.), *The causes and consequences of group violence: from bullies to terrorists*, Lexington Books.
- HINTERHOFER, Hubert/ROSBAUD, Christian (2016). *Strafrecht. Besonderer Teil II (§§ 169 - 321 StGB) (6. Auflage)*, facultas Universitätsverlag.
- KERN, Eduard (1967). *Los delitos de expresión*, Ediciones Depalma.
- KLEMPERER, Victor (2001). *LTI. La lengua del Tercer Reich. Apuntes de un filólogo*, Minúscula.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena (2018). *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4º CP 1996*, Tirant lo Blanch.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena (1999). *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al delito de provocación del artículo 510 del Código penal*, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco.
- LAW COMMISSION (2021). *Hate crime laws: final report (Law Com No. 402)*. <https://goo.su/OJMoeH>
- LAW COMMISSION (2020). *Hate crime laws: a consultation paper (Consultation Paper No. 250)*. <https://goo.su/RAO8C>
- LAWRENCE III, Charles R. (1993). "If he hollers let him go: regulating racist speech on campus", Matsuda, Mari J./Lawrence III, Charles R./Delgado, Richard/Crenshaw, Kimberlè Williams, *Words that wound. Critical race theory, assaultive speech, and the First Amendment*, Routledge.
- LEAKER, Anthony (2020). *Against free speech*, Rowman & Littlefield.
- MILLER-IDRISS, Cynthia (2022). *Hate in the homeland. The new global far right*, Princeton University Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctv20dsbtf>
- OSCE/ODIHR (2009). *Hate crime laws. A practical guide*. <https://goo.su/YeHb>
- PERRY, Barbara (2023). "Crímenes de odio y libertad de expresión: el enfoque criminológico", Landa Gorostiza, Jon-Mirena/Garro Carrera, Enara (dirs.), *La libertad de expresión en tiempos convulsos*, Tirant lo Blanch.
- PLÖCHL, Franz (2020), "Verhetzung (§ 283 StGB)", en Höpfel, Frank/Ratz, Eckart, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (2. Auflage). Kommentar in Faszikeln (§§ 279–287 Plöchl)*, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.
- REY MARTÍNEZ, Francisco (2019). *Derecho antidiscriminatorio*, Aranzadi.
- REY MARTÍNEZ, Francisco (2015). "Discurso del odio y racismo líquido", en Revenga Sánchez, Miguel (dir.), *Libertad de expresión y discurso del odio*, Universidad de Alcalá de Henares.
- RIQUERT, Marcelo A. (2023). "Discursos de odio, inteligencia artificial e intervención penal", en Riquert, Marcelo A. (dir.)/Sueiro, Carlos Christian (coord.), *Sistema penal e informática. Ciberdelitos. Evidencia digital. TICs. Volumen 6*, Hammurabi.
- SALZMANN, Harald (2020). *Das österreichische Strafrecht. Vierter Teil. Verordnungen und Erlässe zum materiellen und formellen Strafrecht*, Verlag Österreich.
- SAUTNER, Lyane (2018), "Delitos de odio en el derecho penal austriaco: consideraciones de *lege lata* y de *lege ferenda*", en Landa Gorostiza, Jon-Mirena/Garro Carrera, Enara (dirs.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch.
- SCHWAIGHOFER, Klaus (2018). "Verhetzung (§ 283 StGB)", en Birklbauer, Alois/Hilf, Marianne Johanna/Konopatsch, Cathrine/Messner, Florian/Schwaighofer,

Klaus/Seiler, Stefan/Tipold, Alexander,  
*StGB - Strafgesetzbuch: Praxiskommentar*,  
facultas Universitätsverlag.

UN/OSCE/OAS/ACHPR (2018). *Joint Declaration on media independence and diversity in the digital age*.  
<https://goo.su/cKcorH>

VALLS PRIETO, Javier (2015). “Cap. 30. Delitos contra la Constitución”, en Morillas Cueva, Lorenzo (dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*.

VARONA GÓMEZ, Daniel (2021). “La cara oculta de la justicia penal: la conformidad del acusado. A propósito de la STS 15-4-2021”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Núm. 3.

WALTERS, Mark A. (2014), *Hate crime and restorative justice. Exploring causes, repairing harms*, Oxford University Press.  
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199684496.001.0001>

WIEDLITZKA, Susann/PRATI, Gabriele/BROWN, Rupert/SMITH, Josh/WALTERS, Mark A. (2023). “Hate in word and deed: the temporal association between online and offline islamophobia”, *Journal of Quantitative Criminology*, Vol. 39. <https://doi.org/10.1007/s10940-021-09530-9>

WILLIAMS, Matthew L./BURNAP, Pete (2016). “Cyberhate on social media in the aftermath of Woolwich: a case study in computational criminology and big data”, *British Journal of Criminology*, Vol. 56(2).  
<https://doi.org/10.1093/bjc/azv059>



# Memoria democrática y discurso del odio

## Democratic Memory and Hate Speech

**Göran Rollnert Liern**

Universidad de Valencia

goran.rollnert@uv.es

ORCID 0000-0002-3145-0771

### Resumen

Partiendo del conflicto entre las disposiciones de la Ley de Memoria Democrática que sancionan la apología del franquismo y las libertades ideológica y de expresión se aborda el intento del legislador de neutralizar cautelarmente la eventual inconstitucionalidad de dichas sanciones configurando una apología cualificada por el elemento adicional alternativo de “desprecio, menosprecio y humillación de la dignidad de las víctimas o de sus familiares” con la pretensión de incardinar la apología del franquismo en el marco del discurso del odio punible para legitimar constitucionalmente su sanción. Para ello se analiza la primera jurisprudencia constitucional sobre el discurso del odio, las exigencias de incitación y peligro cierto como requisitos para su punición en la jurisprudencia posterior y la construcción de las infracciones administrativas de apología del franquismo sobre el modelo del art. 510.2 a) del Código Penal —lesión de la dignidad de las víctimas mediante acciones de humillación, menosprecio o descrédito— para concluir que el requisito de la humillación a las víctimas no garantiza una aplicación práctica de las previsiones legales sancionadoras sin erosionar el contenido constitucionalmente protegido de las libertades ideológica y de expresión como ejemplifican los casos de imposición de sanciones por actos contrarios a la memoria democrática.

Palabras clave: memoria democrática; libertad ideológica; discurso del odio.

### Abstract

Based on the conflict between those provisions of the *Law of Democratic Memory* which sanction the apology of Francoism and the freedoms of thought and speech, the paper analyses the attempt of the legislator to neutralize the possible unconstitutionality of such sanctions by configuring a qualified apology through the additional alternative element of "contempt, discredit and humiliation of the dignity of the victims or their relatives" with the intention of incardinating the apology of Francoism within the framework of punishable hate speech to constitutionally legitimizing its sanction. To this end, the first constitutional jurisprudence on hate speech, the requirements of incitement and certain danger as requisites for its punishment in subsequent jurisprudence and the construction of administrative offenses of apologizing for Francoism on the model of art. 510. 2 a) of the Criminal Code --injury to the dignity of the victims through actions of humiliation, contempt or discredit—are analyzed in order to conclude that the requirement of humiliation of the victims does not guarantee a practical application of the punitive legal provisions without eroding the constitutionally protected content of the freedoms of thought and expression as exemplified by the cases of imposition of sanctions for acts contrary to democratic memory.

Key words: democratic memory; freedom of thought; hate speech.



## 1. Introducción: “memoria democrática”, libertad ideológica y discurso del odio

Una de las cuestiones más problemáticas que plantea la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática es el conflicto entre las previsiones sancionadoras relativas a la exaltación o apología del franquismo<sup>1</sup> contenidas en la misma y el derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16 CE) que tiene en la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] su principal manifestación externa.

Así, el *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática* de la Oficina De Coordinación y de Calidad Normativa del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática —impulsor

de la norma— reconoció “cierta tensión” entre la obligación de retirada o eliminación de elementos contrarios a la memoria democrática que se impone a los particulares (arts. 35.1 y 5) y las correspondientes sanciones [arts. 37.4 y 5 y 62.2 d)]<sup>2</sup>

“con derechos de rango constitucional como son los derechos de libertad ideológica y de opinión, reconocidos, respectivamente en los artículos 16.1 y 20.1 a) CE”.<sup>3</sup>

De la misma manera, con relación a la extinción de fundaciones y disolución de asociaciones —disposiciones adicionales

<sup>1</sup>Sobre las distintas iniciativas parlamentarias para tipificar penalmente la apología del franquismo TERUEL LOZANO, Germán M. La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, pp. 411, nota 393, 412, nota 394, 413, nota 395 y 414, nota 398; LEÓN ALAPONT, José. Enaltecimiento y apología del franquismo, humillación y odio a las víctimas y otras conductas ¿penalmente relevantes? En ACALE SÁNCHEZ, María; MIRANDA RODRIGUES, Ana Isabel; y NIETO MARTÍ, Adán. *Reformas penales en la península ibérica: A 'jangada de pedra'*. Boletín Oficial del Estado, 2021, pp. 77-102. ROIG TORRES, Margarita. El enaltecimiento de la tiranía nacionalsocialista en el Derecho alemán. ¿Un referente para penalizar el ensalzamiento del franquismo? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 2021, 23-07, pp. 1-31 <http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-07.pdf>; y SIMÓN CASTELLANO, Pere. La libertad de expresión como límite a la respuesta penal frente al discurso político. Sobre el delito de apología y exaltación del franquismo. En LEÓN ALAPONT, José (dir). *Temas clave de derecho penal: presente y futuro de la política criminal en España*. Bosch Editor, 2021, pp. 557-586.

<sup>2</sup> Según el art. 36.1 del Anteproyecto (actual art. 35.1 de la Ley) “se consideran elementos contrarios a la memoria democrática las edificaciones, construcciones, escudos, insignias, placas y cualesquiera otros elementos u objetos adosados a edificios públicos o situados en la vía pública en los que se realicen menciones conmemorativas en exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar y de la Dictadura, de sus dirigentes, participantes en el sistema represivo o de las organizaciones que sustentaron la dictadura, y las unidades civiles o militares de colaboración entre el

régimen franquista y las potencias del eje durante la Segunda Guerra Mundial” Disponía al respecto el art. 36.5 del Anteproyecto (y dispone el actual art. 35.6 de la Ley) que cuando los mismos estén ubicados en edificios de carácter privado o religioso, pero “con proyección a un espacio o uso público” las personas o instituciones titulares o propietarias de los mismos deberán retirarlos o eliminarlos. Asimismo, los arts. 38.4 y 5 (actuales arts. 37.4 y 5 de la Ley) preveían la posible imposición de multas coercitivas para la ejecución de esta obligación y, alternativa o subsidiariamente, la retirada subsidiaria por la Administración, pudiendo ser considerado el incumplimiento de esta obligación como una “infracción grave” sancionable con multa entre 2.001 a 10.000 euros [arts. 62.2 d) y 63.2 b) del Anteproyecto y de la Ley].

<sup>3</sup> Ministerio de la presidencia, relaciones con las cortes y memoria democrática. subsecretaría. oficina de coordinación y de calidad normativa. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática*. 2021, p. 27. Sin embargo, cuando se trate de sanciones por incumplimiento de la obligación de retirada de dichos elementos impuesta a instituciones o personas jurídicas titulares de edificios públicos, no cabría hablar de vulneración de la libertad de expresión como manifestación externa de la libertad ideológica al no ser un derecho del que puedan ser titulares las instituciones. El conflicto no sería en este caso con la libertad ideológica sino con el pluralismo político como valor superior del ordenamiento jurídico proclamado por el art. 1.1 de la Constitución vigente (ROLLNERT LIERN, Göran. “Memoria democrática’ versus libertad ideológica: la democracia militante retrospectiva”. *Revista de Derecho Político*. 2023, 118, p. 128 <https://doi.org/10.5944/rdp.118.2023.39099>.



quinta<sup>4</sup> y séptima<sup>5</sup> de del Anteproyecto—, en el mismo *Informe*

“como consideración de carácter material, se suscita la cuestión acerca de la compatibilidad con los derechos a la libertad ideológica y de opinión que la Constitución reconoce de los supuestos de extinción que se plantean por realización de actividades de ‘apología del franquismo’ o de ‘incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las víctimas del golpe de Estado, de la guerra o del franquismo’”.<sup>6</sup>

Por su parte, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática*, consideró que incluir la “apología del franquismo” como causa de extinción de fundaciones y de revocación de la declaración de utilidad pública de asociaciones por ser contraria al interés general (disposiciones adicionales quinta y sexta, respectivamente, ya mencionadas)

“invade claramente el derecho a la libertad ideológica consagrada en la Constitución que, como se ha declarado reiteradamente, no impone un modelo de democracia militante y que tales ideas o creencias, en la medida que no

comporten ‘incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las víctimas del Golpe de Estado, de la guerra o del franquismo, por su condición de tales’, no pueden servir para la extinción de una fundación o asociación”.<sup>7</sup>

Pero no son éstas las únicas medidas previstas en el Anteproyecto y en la redacción final de la Ley que entrarían en colisión con la libertad ideológica a la luz de la doctrina establecida por la jurisprudencia constitucional. A ellas hay que añadir la imposición de sanciones administrativas a la falta de adopción de medidas que impidan “actos contrarios a la memoria democrática” (o les pongan fin) y a las convocatorias que inciten a la realización de los mismos [arts. 38.1, 62.1 d) y e) y 63.1 a)], entendiéndose por tales “actos contrarios a la memoria democrática”<sup>8</sup>

“la realización de actos efectuados en público que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares, y supongan exaltación personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra o de la Dictadura, de sus dirigentes, participantes en el sistema represivo o de las organizaciones que sustentaron al régimen dictatorial”<sup>9</sup> (art. 38.1).

<sup>4</sup> Establecía la Disposición adicional quinta del Anteproyecto: “al amparo de lo dispuesto en el artículo 31.f) de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, concurrirá causa de extinción cuando las fundaciones no persigan fines de interés general o realicen actividades contrarias al mismo. A estos efectos, se considera contrario al interés general la apología del franquismo o la incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las víctimas del Golpe de Estado, de la guerra o del franquismo, por su condición de tales”.

<sup>5</sup> La Disposición adicional séptima del Anteproyecto preceptuaba: “en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la presente ley, se promoverá la modificación de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, con el objeto de incluir como causa de disolución de las asociaciones la realización pública de apología del franquismo y la incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las víctimas del golpe de Estado, de la guerra o del franquismo por su condición de tales”.

<sup>6</sup> Ministerio de la presidencia, relaciones con las cortes y memoria democrática. subsecretaría. oficina de coordinación y de calidad normativa. *Op. cit.*, pp. 46-47.

<sup>7</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. SECRETARÍA GENERAL. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática*. 2021, p. 70. Las mismas consideraciones entiende aplicables a la disposición adicional séptima del Anteproyecto reproducida en la nota anterior (p. 71). El *Informe* cuenta, no obstante, con votos particulares de 12 de sus miembros.

<sup>8</sup> La “memoria democrática” se define en el art. 1.1 de la Ley como “conocimiento de la reivindicación y defensa de los valores democráticos y los derechos y libertades fundamentales a lo largo de la historia contemporánea de España, con el fin de fomentar la cohesión y solidaridad entre las diversas generaciones en torno a los principios, valores y libertades constitucionales”.

<sup>9</sup> La apología del franquismo a la que se refieren las disposiciones adicionales quinta, sexta y séptima viene a solaparse esencialmente con esta definición de los

El contraste detallado de dichas medidas con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la libertad ideológica (en particular con la STC 120/1990, de 27 de junio, que, en su FJ 10, estableció los requisitos determinantes de la existencia de una violación de la misma)<sup>10</sup> ha sido abordado en un trabajo de muy reciente publicación<sup>11</sup>; sin embargo, lo que se va a tratar en el presente artículo es el intento del legislador de neutralizar cautelarmente la eventual inconstitucionalidad de las medidas sancionadoras de la apología del franquismo configurando esta última como una apología cualificada que requiere un elemento adicional alternativo: bien “desprecio, menosprecio y humillación de la dignidad de las víctimas o de sus familiares” —art. 38.1 de la Ley—, bien “incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las mismas por su condición de tales” —disposiciones adicionales quinta, sexta y séptima—.

De esta manera, la pretensión del legislador no es otra que incardinar la apología del franquismo en el marco del discurso del odio punible para legitimar constitucionalmente las restricciones a las libertades ideológica y de expresión y ello se percibe ya desde el Preámbulo cuando en el apartado IV se establece una conexión *ex lege* entre apología del franquismo y discurso del odio al justificar

las medidas de la Ley relativas a las fundaciones y asociaciones que realicen apología del franquismo con

“los reiterados llamamientos de los organismos de derechos humanos que instan a hacer frente a las organizaciones que difunden discursos de incitación al odio y a la violencia en los espacios públicos”.

## 2. La primera jurisprudencia constitucional sobre el discurso del odio

Aunque la primera referencia expresa al “discurso del odio” no aparece hasta la STC 235/2007, de 7 de noviembre, el juez constitucional ya se había pronunciado con mucha anterioridad acerca de la dignidad humana como límite aplicable a las libertades ideológica y de expresión cuando las mismas se ejercen para descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los campos de concentración de la Alemania nacionalsocialista.

Así, la STC 214/1991, de 11 de noviembre, comenzó reconociendo la legitimidad constitucional del denominado “revisionismo histórico” al amparo de la libertad ideológica<sup>12</sup>. Sin embargo, en el caso concreto

---

actos contrarios a la memoria democrática (“exaltación personal o colectiva”) por lo que en adelante se utilizará la expresión “apología del franquismo” tanto para hacer referencia a los “actos contrarios a la memoria democrática” (art. 38.1) como a la conducta así calificada literalmente con relación a fundaciones y asociaciones (disposiciones adicionales quinta, sexta y séptima).

<sup>10</sup> La justicia constitucional ha precisado los dos requisitos determinantes de la existencia de una violación de la libertad ideológica: “[...] para que los actos de los poderes públicos puedan ser anulados por violaciones de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 CE es cuando menos preciso, de una parte, que aquellos *perturben o impidan de algún modo la adopción o el mantenimiento en libertad de una determinada ideología o pensamiento* y no simplemente que se incida en la expresión de determinados criterios —por más que ello pueda tener relevancia *ex artículo 20.1 CE*—. De otra se exige *que entre el contenido y sostenimiento de estos y lo dispuesto en los actos que se*

*combatan quepa apreciar una relación de causalidad suficiente para articular la imputación del ilícito constitucional*” (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 10, cursivas mías). En definitiva, la libertad ideológica resulta vulnerada cuando los poderes públicos llevan a cabo actuaciones perturbadoras o impeditivas de las manifestaciones externas de la ideología o pensamiento del ciudadano siempre que estén causalmente determinadas por el contenido de las creencias exteriorizadas.

<sup>11</sup> ROLLNERT LIERN, Göran. *Op. cit.*, pp. 125-128.

<sup>12</sup> “(...) Las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean —y ciertamente lo son al negar la evidencia de la historia—, quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (artículo 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (artículo 16 CE), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, solo pueden entenderse como lo que son: opiniones

analizado entendió el Alto Tribunal que “el juicio sobre los hechos históricos” que hace el demandado

“no comporta exclusivamente correcciones personales de la historia sobre la persecución de los judíos, dando una dimensión histórica o moral sino antes al contrario, y esencialmente conllevan imputaciones efectuadas *en descrédito y menosprecio de las propias víctimas*, esto es, las integrantes del pueblo judío que sufrieron los horrores del nacionalsocialismo y, dentro de ellas, la hoy recurrente, razón por la cual exceden del ámbito en el que debe entenderse prevalente el derecho a expresar libremente los pensamientos, ideas y opiniones consagrados en el artículo 20.1 CE” (FJ 8, cursivas mías).

En el mismo sentido, también afirmó que las libertades ideológica y de expresión

“no garantizan, en todo caso, el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo *con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar*, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o

social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la CE permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (artículo 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE)” (FJ 8, cursivas mías).

Posteriormente la STC 176/1995, de 11 de diciembre, volvió a tratar la cuestión partiendo igualmente de una interpretación amplia de la libertad de expresión del pensamiento —“libertad de pensamiento o ideológica, libertad de expresión o de opinión”, dice la propia Sentencia (FJ 2)— y relativizando cualquier discusión sobre hechos históricos<sup>13</sup>. Sin embargo, al igual que en el caso anterior, esta concepción inicialmente extensa del ámbito de la libertad ideológica como comprensiva de las manifestaciones hostiles al propio régimen democrático se ve posteriormente restringida al entender que las manifestaciones efectuadas por los autores del cómic Hitler=SS tenían como finalidad humillar y ofender (en este caso al pueblo judío) utilizando el “lenguaje del odio”<sup>14</sup> y eran constitutivas de incitación, directa o, en ocasiones, subliminal, a la violencia<sup>15</sup>, concluyendo que

---

subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos” (STS 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8).  
<sup>13</sup> “(...) Es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución —se ha dicho— protege también a quienes la niegan. En consecuencia, no se trata aquí de discutir la realidad de hechos históricos, como el Holocausto. La libertad de expresión comprende la de errar y otra actitud al respecto entra en el terreno del dogmatismo, incurriendo en el defecto que se combate, con mentalidad totalitaria. La afirmación de la verdad absoluta, conceptualmente distinta de la veracidad como exigencia de la información, es la tentación permanente de quienes ansían la censura previa, de la que más abajo habrá ocasión de hablar. Nuestro juicio ha de ser en todo momento ajeno al acierto o desacierto en el planteamiento de los temas o a la mayor o menor exactitud de las soluciones

propugnadas, desprovistas de cualquier posibilidad de certeza absoluta o de asentimiento unánime por su propia naturaleza, sin formular en ningún caso un juicio de valor sobre cuestiones intrínsecamente discutibles, ni compartir o discrepar de opiniones en un contexto polémico” (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2).

<sup>14</sup> Como señala Teruel Lozano, en las SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, y 176/1995, de 11 de diciembre, el Tribunal “no acogió todavía la categoría del discurso del odio (...). Únicamente se refirió en una ocasión al ‘lenguaje del odio’, pero sin entrar a definir una categoría jurídica (TERUEL LOZANO, Germán M. Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial. *Revista de Estudios Jurídicos*, 2017, p. 3. <https://doi.org/10.17561/rej.n17>).

<sup>15</sup> Según el FJ 5, “la lectura pone de manifiesto la finalidad global de la obra, humillar a quienes fueron prisioneros en los campos de exterminio, no sólo pero muy principalmente los judíos. (...) A lo largo de sus casi

“la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución. Un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional (SSTC 170/1994 y 76/1995)” (FJ 5).

Pero es la STC 235/2007, de 7 de noviembre, la primera resolución de la jurisdicción constitucional que acogió explícitamente el concepto de “discurso del odio” como límite a la libertad de expresión reconocido por el TEDH, y es allí donde se encuentra literalmente la misma expresión utilizada por la Ley de Memoria Democrática para configurar las infracciones administrativas sancionables exigiendo el requisito adicional de que los actos instrumentales<sup>16</sup> de exaltación del franquismo sean sancionables “cuando entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares” [arts. 38.1 y 62.1 d) y e)].

Pues bien, en esta sentencia, dictada en relación con la inconstitucionalidad del delito

de negación del genocidio (art. 607.2 CP de 1995), el Tribunal afirmó que, sin “ensalzamiento de los genocidas” o la “intención de *descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas*” (cursivas mías), la “mera transmisión de opiniones, por más deleznable que resulten desde el punto de vista de los valores que fundamentan nuestra Constitución, (...) la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos” está amparada por la libertad de expresión, la libertad científica y la libertad de conciencia (FJ 6).

En el mismo sentido, se afirma en la Sentencia que

“el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución (...) a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional”.

Y es “el reconocimiento constitucional de la dignidad humana”<sup>17</sup> lo que priva de cobertura constitucional a “la apología de los verdugos,

---

cien páginas se habla el lenguaje del odio, con una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación” (STC 176/1995, de 11 de diciembre).

<sup>16</sup> El Consejo General del Poder Judicial llama “actos de carácter instrumental” (*op. cit.*, p. 60) a la falta de adopción de medidas por los titulares de espacios públicos o responsables de locales y establecimientos públicos que no adopten medidas que impidan o pongan fin a actos de apología del franquismo y a los convocantes de actos, campañas de divulgación o publicidad que por cualquier medio de comunicación pública y en cualquier formato (escrito o verbal, mediante sonidos o imágenes) inciten a la apología del franquismo [art. 62.1 d) y e)]. Lo que se sanciona no es, pues, realizar apología del franquismo manifestándose en ese sentido en un acto público, sino facilitar dicha apología por omisión o acción. Se produce así la paradoja de que, siendo administrativamente atípica la exaltación, ensalzamiento o enaltecimiento del franquismo por los participantes en actos públicos de apología —que serían “actos contrarios a la memoria

democrática” (art. 38.1) pero no conllevarían sanción alguna— la convocatoria de dichos actos puede ser sancionada, incluso cuando el acto convocado no constituya en sí mismo apología del franquismo, siempre que, a juicio discrecional de la Secretaría de Estado competente, “incite” a dicha apología. Y resulta aún más chocante la posible sanción a quienes, pudiendo no tener afinidad alguna con la exaltación del franquismo, se hayan limitado a alquilar a los organizadores un local abierto al público o a autorizar el acto en local o establecimiento público.

<sup>17</sup> En este mismo sentido y sobre la base de la jurisprudencia mencionada se ha pronunciado el Consejo General del Poder Judicial con relación a los “actos contrarios a la memoria democrática (art. 39.1 de Anteproyecto y actual art 38.1 de la Ley): “desde el punto de vista sustantivo, el precepto no puede declarar como ilícitos (‘actos contrarios a la memoria histórica’) la mera expresión de opiniones o juicios de valor sobre hechos de nuestra historia si tales expresiones no constituyen a su vez un ataque a un bien jurídico de relevancia constitucional. Es la dignidad (art. 10.1 CE)

glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas” y a los “juicios ofensivos” que supongan una “incitación”, remitiéndose así el Tribunal a las SSTC 176/1995, de 11 de diciembre, y 214/1991, de 11 de noviembre, anteriormente comentadas. Para el Alto Tribunal

“estos límites coinciden, en lo esencial, con los que ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del apartado segundo del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En concreto, viene considerando [...] que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado ‘discurso del odio’, esto es, a aquel desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular”<sup>18</sup> (FJ 4).

Es, pues, claro que el legislador ha buscado justificar la punición administrativa de la apología del franquismo subsumiéndola en el discurso del odio: si la apología del franquismo va acompañada de la humillación a las víctimas será discurso del odio y, como tal, no gozará de la protección que la Constitución

dispensa a las libertades ideológica y de expresión<sup>19</sup>.

Cabe señalar al respecto que el legislador sigue la estela del Tribunal Constitucional que, aunque en un principio declaró que el “mantenimiento del orden público protegido por la ley” es la única limitación aplicable a la libertad ideológica (y a la libertad de expresión como manifestación externa de la anterior) por previsión expresa del art. 16.1 CE (STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 5, reiterando dicha doctrina en la STC 177/2015, FJ 5), ha acabado prescindiendo del concepto del orden público para justificar las restricciones a la libertad ideológica reemplazándolo por el límite del “discurso del odio” (al que la Ley reconduce la humillación de las víctimas). Pero lo cierto es que este salto argumental era innecesario porque el Tribunal Constitucional nunca ha llegado a definir el orden público que puede limitar la libertad ideológica (más allá de la “exclusión de la violencia para imponer los propios criterios”, en esa misma sentencia 20/1990, de 15 de febrero) pero sí ha declarado que no es sin más equiparable con el orden público que limita las libertades de reunión y manifestación (art. 21.2 CE). Por ello puede colegirse que se trataría de un concepto más

---

de las víctimas la que se erige como límite del ejercicio de la libertad de expresión, pudiendo considerar el precepto legal como ilícitas aquellas conductas expresivas o actos que, además de exaltación de determinados hechos o etapas de nuestra historia, ‘entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares’” (CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. SECRETARÍA GENERAL. *Op. cit.*, p. 62).

<sup>18</sup>El Tribunal toma como “referencia interpretativa del Convenio” la conocida Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, con cita de las SSTEDH *Gündüz c. Turquía*, de 4 de diciembre de 2003; y *Erbakan c. Turquía*, de 6 de julio de 2006 (FJ 5).

<sup>19</sup> Alcácer Guirao ha criticado muy fundadamente “el uso y abuso que la jurisprudencia ha venido efectuando de la noción del ‘discurso del odio’”. Por lo que respecta

a su uso, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han venido sirviéndose de dicha figura como límite absoluto a la libertad de expresión. En efecto, con dicha noción —y bajo influencia de distintos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del que también puede predicarse, en este ámbito, dicha tendencia restrictiva— la jurisprudencia ha encontrado un cómodo recurso dialéctico para reducir los límites de ejercicio legítimo del derecho, bastando con subsumir la conducta expresiva enjuiciada bajo la rúbrica del ‘discurso de odio’ para justificar, sin apenas necesidad de ulteriores argumentos, su exclusión del ámbito protegido por la Constitución”. A su juicio “en la jurisprudencia sobre libertad de expresión el término ‘discurso de odio’ es elevado a una suerte de categoría jurídica, siendo empleado como criterio de delimitación negativa del derecho fundamental” (ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Opiniones Constitucionales. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2018, 1, pp. 4 y 6 <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/05/1350.pdf>).

amplio, el orden público constitucional, que incluiría la dignidad como fundamento del orden político y social y el respeto a los derechos de los demás<sup>20</sup>. Desde esta perspectiva el discurso del odio, al afectar a la dignidad personal que se integra en el orden público protegido por la ley, podría limitar la libertad ideológica.

### 3. Las exigencias de incitación y peligro cierto en la jurisprudencia posterior

Sin embargo, la presencia de un elemento de “descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas” en la descripción típica de las infracciones administrativas previstas en la Ley por “actos contrarios a la memoria democrática” no sitúa, por sí sola, estas conductas en el ámbito del discurso del odio punible por cuanto ya la misma STC 235/2007 anteriormente comentada condicionó la constitucionalidad de castigar penalmente la difusión de ideas que justifiquen el genocidio a otros dos requisitos:

“La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal

siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE.

Para ello será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio<sup>21</sup> hacia determinados en grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación” (FJ 9).

En consecuencia, incitación indirecta a la perpetración del delito (de genocidio, en este caso) y, en segundo lugar, provocación al odio que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad concretable en discriminaciones específicas, serían los elementos que permitirían penalizar el discurso del odio.

Posteriormente, la STC 177/2015, de 22 de julio, desestimó el recurso de amparo de los condenados por quemar una foto de los Reyes analizando los hechos desde la perspectiva del discurso del odio pese a que la condena fue por un delito de injurias a la Corona del art.

<sup>20</sup>ROLLNERT LIERN, Göran. *La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-2001)*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 487 pp.

<sup>21</sup> A la fecha de dictarse la sentencia la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia era el delito

tipificado por el art. 510.1 CP hasta que la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, los sustituyó por la actual tipología de delitos de odio en la nueva redacción de los arts. 510 y 510 bis.

490.3 CP. La Sentencia contiene abundantes referencias a la doctrina del TEDH sobre el discurso del odio que define implícitamente como aquel que busca “desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia” y concede especial relevancia al acto de destrucción de la efigie mediante el fuego por cuanto supone protestar simbólicamente

“incitando a la violencia o al menosprecio de las personas que integran la institución simbolizada o sirviéndose del lenguaje del odio” (FJ 4).

El Tribunal consideró que los hechos enjuiciados se integraban en otra de las vertientes del “discurso fóbico” —“la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes”— distinta de “las manifestaciones más toscas del denominado ‘discurso del odio’ (...) que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas”(FJ 4):

“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” (FJ 4).

Al argumentar en términos de “discurso del odio”, el Tribunal se vio compelido a justificar la existencia de un “riesgo evidente de que el público presente percibiera la conducta de los recurrentes como una incitación a la violencia y el odio hacia la Monarquía y hacia quienes la representan”<sup>22</sup>, afirmando que la quema

“pudo suscitar entre los presentes reacciones violentas e ‘incompatibles con un clima social sereno y minar la confianza en las instituciones democráticas’ (STEDH de 16 de julio de 2009, caso Feret c. Bélgica § 77), o, en fin, avivar el sentimiento de desprecio o incluso de odio hacia los Reyes y la institución que representan, exponiendo a SS.MM. ‘a un posible riesgo de violencia’ (STEDH de 8 de julio de 1999, caso Sürek c. Turquía § 62), pues, como ha advertido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ‘la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo’ (STEDH de 16 de julio de 2009, caso Feret c. Bélgica § 73)” (FJ 5).

Los mismos hechos fueron enjuiciados posteriormente por el TEDH que en la Sentencia de 13 marzo de 2018, *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, n.ºs 51168/15 y 51186/15, estimó que la condena a los recurrentes violó la libertad de expresión reconocida por el art. 10 del Convenio al valorarlos como “la expresión simbólica del rechazo y de la crítica política de una institución”. En la misma el juez de Estrasburgo reafirma su doctrina clásica según la cual “el elemento esencial a tomar en consideración es el hecho de que el discurso exhorte al uso de la violencia o que constituya un discurso del odio” (apdo. 34) y señala que

“en este caso tomado en su conjunto, no está convencido de que el mencionado acto pueda considerarse

---

<sup>22</sup> ROLLNERT LIERN, Göran. Las llamas del odio: la quema del símbolo y las incongruencias del Tribunal Constitucional. En MARTÍN CUBAS, Joaquín (coord.).

*Constitución, Política y Administración: España 2017, reflexiones para el debate.* Tirant lo Blanch, 2017, p. 73.



razonablemente como una incitación al odio o a la violencia. Considera que del examen conjunto de los elementos utilizados en la puesta en escena y del contexto en el que tuvo lugar<sup>23</sup>, no puede deducirse la incitación a la violencia, y que tampoco puede establecerse basándose en las consecuencias del acto que, según los hechos declarados probados por el juzgado, no se vieron acompañados de conductas violentas ni de problemas de orden público. Los incidentes que tuvieron lugar días más tarde dentro de los actos de protesta contra la inculpación de ambos demandantes, a los que el Gobierno hace referencia<sup>24</sup>, no cambian en nada dicha conclusión. Dichos incidentes no pueden interpretarse como la consecuencia de la escenificación organizada por los demandantes, sino como una reacción en contra de la represión penal utilizada por el Estado” (apdo. 40).

Pero fue la STC 112/2016, de 20 de junio, la que mejor sistematizó la postura del Tribunal Constitucional relativa al discurso del odio punible al aplicar la doctrina de la STC 235/2007, de 7 de noviembre, a un caso de condena por enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP). En esta sentencia el Tribunal elabora lo que podría llamarse el test del discurso del odio<sup>25</sup> al extrapolar a la apología del terrorismo, como modalidad del discurso del odio enjuiciada en este caso concreto, la doctrina sentada en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, concluyendo a partir de ella que la constitucionalidad de las sanciones penales al discurso del odio requiere, en primer lugar, la existencia de una incitación indirecta a la violencia y, en segundo lugar, que se produzca una situación de riesgo, reiterándose lo esencial de este planteamiento en la posterior STC 35/2020, de 25 de febrero.<sup>26</sup>

Así, el Alto Tribunal destaca la “similitud estructural” que presentan los tipos penales de enaltecimiento del terrorismo y negación y difusión de ideas que justifiquen el genocidio (anterior art. 607.2 CP) para extender al

<sup>23</sup>Según el TEDH “la sentencia del Tribunal Constitucional cuestiona la manera en que los demandantes expresaron dicha crítica política, es decir, el hecho de haber utilizado el fuego, una fotografía de grandes dimensiones, y el haberla colocado boca abajo. Según el Tribunal Constitucional es esta forma de expresión la que sobrepasó los límites de la libertad de expresión para situarse en el ámbito del discurso del odio o del discurso que exhorta al uso de la violencia. Centrándose en estos tres elementos, el Tribunal constata que se trata de elementos simbólicos que tienen una relación clara y evidente con la crítica política concreta expresada por los demandantes, dirigida al Estado español y a la monarquía como su forma política: la efigie del Rey de España es el símbolo del Rey en tanto jefe del aparato estatal, como lo demuestra el hecho de estar reproducida en sellos y monedas, y colocada en lugares emblemáticos de las instituciones públicas; el recurso al fuego y la posición de la fotografía boca abajo expresan un rechazo o un rechazo radical, y ambos medios se utilizan como manifestación de una crítica de orden político u otro (...); la dimensión de la fotografía parece destinada a garantizar la visibilidad del acto en causa, que tuvo lugar en una plaza pública. En las circunstancias del presente asunto, el Tribunal señala que el acto reprochado a los demandantes se inscribía en el marco de una puesta en escena provocadora, que son cada vez más utilizadas

para llamar la atención de los medios de comunicación, y que, en su opinión, no van más allá de un recurso a una cierta dosis de provocación permitida para la transmisión de un mensaje crítico al amparo de la libertad de expresión” (Sentencia de 13 marzo de 2018, *Stern Taulats y Roura Capellera contra España*, n.ºs 51168/15 y 51186/15, apdos. 37-38).

<sup>24</sup> El Gobierno había alegado que “el acto reprochado a los demandantes incitaba al odio puesto que dio lugar a acontecimientos violentos. En este sentido, se refiere a los actos de protesta contra la inculpación de ambos demandantes, que se habrían producido en Barcelona y Madrid a finales de septiembre de 2007” (Sentencia de 13 marzo de 2018, *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, n.ºs 51168/15 y 51186/15, apdo. 26).

<sup>25</sup> ROLLNERT LIERN. Göran. “El discurso del odio y los límites de la libertad de expresión: la 'zona intermedia' y los estándares internacionales”. En MIRÓ LLINARES, Fernando (dir.). *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho Penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Marcial Pons, 2017, pp. 256-262.

<sup>26</sup>*Vid.* sobre esta Sentencia TERUEL LOZANO, Germán M. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los delitos de opinión que castigan discursos extremos: comentario a la STC 35/2020 y más allá. *Teoría y Realidad Constitucional*, 2021, 47, pp. 411-436. <https://doi.org/10.5944/trc.47.2021.30724>.

enaltecimiento del terrorismo la exigencia de que la conducta penalmente relevante conlleve una incitación indirecta a la acción terrorista<sup>27</sup>. Afirma en este sentido que

“esa idea de la necesidad de que la justificación opere como una incitación indirecta a la comisión del delito fue la que determinó que la STC 235/2007 declarara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio, ante la ausencia de ese elemento de incitación en su tipificación (FJ 8). E, igualmente, fue la exigencia interpretativa de que debiera concurrir ese elemento de incitación en el delito de la difusión de ideas que justifiquen el genocidio, lo que permitió mantener su constitucionalidad (FJ 9 y apartado 2.º del fallo)” (FJ 9).

Como segundo presupuesto para la penalización del enaltecimiento del terrorismo como una variante del discurso del odio, se requiere, según la misma Sentencia, que la conducta genere un cierto riesgo, apoyándose para ello en los instrumentos regionales de ámbito europeo y en la jurisprudencia del TEDH. El Tribunal se remite a la jurisprudencia del TEDH y establece una asociación directa entre enaltecimiento del terrorismo, discurso del odio y situación de riesgo al afirmar que

“la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el art. 578 (...) supone una legítima injerencia en el ámbito

de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades” (FJ 4).

En el caso enjuiciado el Tribunal considera, a la vista de las circunstancias, que “hubo una instigación a la violencia” y afirma que “incitar supone siempre llevar a cabo una acción que *ex ante* implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta” al crear un caldo de cultivo, atmosfera o ambiente social proclive para la comisión del delito; concluye que “la conducta del recurrente era idónea para contribuir a perpetuar una situación de violencia” (FJ 4) de tal forma que reconduce, la valoración sobre la existencia del riesgo a la idoneidad de la conducta para la creación de un clima favorable al terrorismo y a la violencia.

La idoneidad para generar violencia en un cierto contexto dado se configura así como elemento determinante de la calificación de una expresión como discurso del odio, y, aunque el Tribunal hace referencia a las circunstancias concretas de los hechos, parece considerar que toda incitación a la violencia, *per se*, lleva implícito el elemento de riesgo necesario para legitimar constitucionalmente la sanción penal<sup>28</sup>.

Para establecer esta relación entre el discurso del odio y la situación de riesgo se apoya el

<sup>27</sup>Ya en el ATC 4/2008, de 9 de enero, el TC había anticipado la extensión de esta doctrina (FJ 9 de la STC 235/2007, de 7 de noviembre) al enaltecimiento del terrorismo considerando que “la justificación de quienes actuaron con extraordinaria violencia en relación precisamente con esta actuación violenta y la adición a la misma de una expresión amenazante permiten afirmar que el escrito contiene la provocación a la violencia, siquiera indirecta, pero referida a la comisión de gravísimos delitos, que impide su cobertura en el ejercicio legítimo de la libertad de expresión” (FJ 7).

<sup>28</sup>Para Teruel Lozano, en la STC 112/2016, de 20 de junio, existe una “incongruencia entre la exigencia en

abstracto de una idoneidad lesiva y el enjuiciamiento concreto que hace el Tribunal” (TERUEL LOZANO, Germán M. Discursos extremos.... *Op. cit.*, p. 10). Cabe destacar, por otra parte, que la Sentencia de 22 de junio de 2021, *Erkizia Almenoz contra España*, n.º 5869/17, ha condenado a España por estos mismos hechos por considerar que la condena penal del recurrente vulneró la libertad de expresión entendiendo que, dadas las circunstancias del caso, no hubo incitación directa ni indirecta a la violencia y, por tanto, las expresiones utilizadas no encajan en el discurso del odio.

Tribunal una vez más en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, argumentando que el enaltecimiento del terrorismo en un contexto social en el que es fácil que prenda la llama, puede ser más peligroso que la justificación del genocidio en un ambiente social de rechazo generalizado hacia las ideas que lo justifican. Sin embargo, en las afirmaciones conclusivas de la sentencia el juez constitucional prescinde de referirse al riesgo o peligro generado por las declaraciones justificando la condena en que se trata de “una manifestación del discurso del odio que incitaba públicamente a la violencia” (FJ 6). Es decir, que para el Tribunal Constitucional hay discurso del odio porque hay incitación a la violencia y toda incitación a la violencia parece llevar ínsita la situación de riesgo.

#### **4. El modelo del art. 510.2 a) del Código Penal: lesión de la dignidad de las víctimas mediante acciones de humillación, menosprecio o descrédito**

De lo expuesto se desprende el ánimo del legislador memorialista de extender al ámbito administrativo sancionador la categoría penal de la apología, construyendo legalmente una especie de “apología administrativa”

cualicada por ese componente humillante hacia las víctimas.

Pero, así como la concepción penal de la apología condiciona la sanción a que la alabanza o enaltecimiento del delito o de sus autores incite directamente —art. 18.1 CP— o, cuanto menos, de forma indirecta a la comisión del mismo —SSTC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 9; 112/2016, de 20 de junio, FFJJ 3, 4 y 6; y 35/2020, de 25 de febrero, FJ 5 b)<sup>29</sup>—, la apología del franquismo se configura como ilícito administrativo sin exigirse incitación<sup>30</sup> a la comisión de un delito.

Efectivamente, las infracciones muy graves previstas por los arts. 62.1 d) y e) de la Ley por la realización de actos contrarios a la memoria democrática —“exaltación personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra o de la Dictadura, de sus dirigentes, participantes en el sistema represivo o de las organizaciones que sustentaron al régimen dictatorial, cuando entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares”— no incorporan una exigencia de incitación y aunque las disposiciones adicionales quinta, sexta y séptima contemplan la “incitación directa o indirecta al odio o violencia” contra las víctimas del franquismo por su condición de tales como causa de extinción de fundaciones y revocación de utilidad pública y disolución

<sup>29</sup> Al respecto ROLLNERT LIERN, Göran. “El enaltecimiento del terrorismo: desde el caso De Juana Chaos a César Strawberry. La recepción de la doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Revista de Derecho Político*. 2020, 109, pp. 191-228 <https://doi.org/10.5944/rdp.109.2020.29058>

<sup>30</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL recomienda en este sentido que sólo sean objeto de sanción las expresiones que constituyan incitación directa a la discriminación, la hostilidad o la violencia (Aportaciones de Amnistía Internacional al Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática, 2 de diciembre de 2020, pp. 10 y 12. [https://www.es.amnesty.org/fileadmin/user\\_upload/Portes\\_de\\_Amni a Internacional al Anteproyecto Memoria Democra tica.pdf](https://www.es.amnesty.org/fileadmin/user_upload/Portes_de_Amni%20a_Internacional_al_Anteproyecto_Memoria_Democr%20tica.pdf)..

Cabe tener en cuenta al respecto que el Tribunal Supremo, en relación con el delito de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia del art. 510.1 CP, tanto en la redacción actual introducida por la reforma de 2015 [art. 510.1 a)] como en su redacción original, ha

acogido recientemente una acepción “vulgar” de la provocación identificable con cualquier expresión promotora de la violencia o la discriminación relativizando la distinción entre incitación directa e indirecta. Así, la STS (Sala de lo Penal) de 11 de diciembre de 2020 (rec. 462/2019) ha declarado que “(...) no hay razón que lleve a una interpretación que quede condicionada por la definición de provocación para delinquir que da nuestro CP en su art. 18, sino que estamos ante una idea de provocación propia, que, entendida desde una concepción vulgar, como la que podemos encontrar en el Diccionario de la RAE, el verbo provocar se identificaría como ‘incitar, inducir a uno a que ejecute una cosa’, con lo que la provocación, que podría ser llevada a cabo mediante cualquier forma de expresión que difunda, induzca, incite, favorezca, facilite o promueva la violencia, el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier otro tipo de discriminación basada en la intolerancia, es indiferente que se la considere directa o indirecta” (FD 1.º).

de asociaciones, tal incitación no se integra como elemento constitutivo de la apología del franquismo sancionable sino como una exigencia alternativa a la humillación.

Sin embargo, como ya se ha dicho, la Ley sí requiere para sancionar la apología del franquismo que la misma entrañe “descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares” (art. 38.1) o se realice “con menosprecio y humillación de la dignidad de las víctimas del golpe de Estado, de la guerra o del franquismo” (disposiciones adicionales quinta, sexta y séptima).

Esta es, pues, la principal estrategia del legislador para salvar la constitucionalidad de la declaración de ilicitud administrativa de la apología del franquismo: configurarla como una apología cualificada por la presencia de un elemento añadido de descrédito, menosprecio o humillación que se expresa en términos casi idénticos al delito de odio del art. 510.2 a) CP que sanciona 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, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad, (...)” (cursivas mías).

Se traslada así al ámbito administrativo sancionador una variante de la conducta subsumible en el tipo penal del art. 510.2 a) CP<sup>31</sup> —lesión de la dignidad— en cuanto manifestación del discurso del odio que justificaría restringir las libertades ideológica y de expresión sin necesidad de requerir incitación directa o indirecta al odio o a la violencia<sup>32</sup>.

Sería, pues, la humillación a las víctimas lesionando su dignidad y no la incitación directa o indirecta a la violencia o el odio lo que legitimaría la consideración de la apología del franquismo como discurso del odio.

La infracción administrativa de la apología del franquismo se construye por tanto sobre el

<sup>31</sup>Señala en este sentido Gordón Benito, citando las SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, y 176/1995, de 11 de diciembre, que el legislador “se ha nutrido de diferentes resoluciones del Tribunal Constitucional para conformar esta conducta punible ubicada fuera de los márgenes del derecho constitucionalmente garantizado a la libertad de expresión. Una conducta que, como refleja bien la dicción del art. 510.2 a) CP se hace girar en torno a un elemento subjetivo de menosprecio y humillación a la dignidad de un individuo, en tanto que es integrante del grupo o colectivo que se denuesta” (GORDÓN BENITO, Iñigo. *Delitos de odio y ciberodio: una revisión acerca de las posibilidades de filtrado penal del discurso a través de los arts. 22.4 y 510.3 CP*. Tirant lo Blanch, 2023, p. 732, nota 1815.

<sup>32</sup>Cabe señalar en este sentido que el TEDH ha situado el estándar del discurso del odio punible por debajo del umbral de la incitación al señalar que la tolerancia y el respeto de la dignidad pueden hacer “necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia” (SSTEDH de 4 de diciembre de 2003, *Günduz contra Turquía*, n.º 35071/97, apdo. 40; y de 6

de julio de 2006, *Erbakan contra Turquía*, n.º 59405/00, apdo. 56). Por tanto, “en el ámbito del Consejo de Europa el estándar del discurso del odio puede englobar acciones de menor intensidad y mayor imprecisión —propagación, promoción o justificación del odio— que la incitación y que no conllevan per se una apelación a la audiencia a cometer alguna acción hostil, discriminatoria o violenta contra el grupo objetivo” (ROLLNERT LIERN, Göran. “El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 39, 2019, pp. 91 y 93 <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.115.03>; y, por otra parte el TEDH ha desvinculado la incitación de las llamadas a la acción: “la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos o la incitación a la discriminación [...] son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista (...)” (STEDH de 16 de julio de 2009, *Féret contra Bélgica*, n.º 15615/07, apdo. 73).

patrón del art. 510.2 a) CP y, en este sentido, el Consejo General del Poder Judicial apuntó la duplicidad sancionadora al cuestionar en su *Informe*

“la oportunidad de acudir a la potestad administrativa sancionadora para tutelar bienes jurídicos de titularidad individual (dignidad) frente a ofensas entre particulares, existiendo ya una específica prohibición penal del denominado discurso del odio lesivo de la dignidad de las personas (art. 510 CP)”<sup>33</sup>.

Con relación a los elementos de incitación a la violencia y riesgo exigidos, como se ha visto, por la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el discurso del odio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que

“la figura del art. 510 CP (...) no requiere la incitación, directa o indirecta, a la realización de actos de violencia, pues lo relevante es la afectación a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad de las minorías o las personas especialmente vulnerables que relaciona. (...) Desde el plano normativo y jurisprudencial, en el art. 510 CP, enmarcado en la categoría de delito de odio, su tipicidad no requiere la generación de un riesgo, abstracto, concreto o hipotético” [STS (Sala de lo Penal) de 14 de diciembre de 2018 (rec. 2161/2017), FD único].

También la Fiscalía ha considerado que en el primer inciso del art. 510.2 a) CP

“se contiene una infracción de resultado: ‘lesionar la dignidad’ de

determinados grupos o personas, por motivos discriminatorios, ‘mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito’. (...) En consonancia con el bien jurídico protegido en los delitos de odio, la dignidad de las personas se convierte en el eje central de esta figura del inciso primero, que es el objeto de la lesión causada a través de la humillación, el menosprecio o el descrédito. Lo relevante, en todo caso, es que se trata de una infracción de resultado, no de riesgo abstracto, hipotético o potencial”.<sup>34</sup>

Aunque el Tribunal Supremo ha hecho suyo recientemente el criterio de la Fiscalía de calificar la infracción del art. 510.2 a) CP como de resultado y no de riesgo<sup>35</sup>, lo cierto es que en la resolución más directamente relacionada con un supuesto de lesión de la dignidad de las víctimas del franquismo se ha pronunciado en términos cuanto menos ambiguos que llevan a plantearse si, para que sea sancionable la apología del franquismo aún con humillación a las víctimas, se requeriría que hiciera surgir algún tipo de riesgo<sup>36</sup> o peligro de actos concretos de violencia o discriminación contra las mismas.

Se trata del Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 16 de noviembre de 2020 (rec. 20280/2020) en el que se inadmitió la querrela presentada contra el dirigente de VOX Javier Ortega Smith por unas declaraciones en un programa televisivo en las que afirmó, respecto de las llamadas “Trece Rosas” (13 militantes de las Juventudes Socialistas Unificadas fusiladas en 1939), que “lo que hacían era torturar, violar y asesinar vilmente”.

<sup>33</sup> Consejo general del poder judicial. secretaría general. *Op. cit.*, pp. 63 y 88.

<sup>34</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *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* (BOE n.º 124, de 24 de mayo de 2019), p. 55680.

<sup>35</sup> STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) de 4 de mayo (rec. 2658/2020), FD 4.º.

<sup>36</sup> En este sentido, TAJADURA TEJADA, Javier en MEJÍA GARCÍA, Luis, 2022. La ley de memoria persigue la apología del franquismo con multas pero no la incorpora como delito en el Código Penal. *Newtral.es* 24 de noviembre de 2022. <https://www.newtral.es/apologia-franquismo-ley-memoria-2/20221124> ..

En un primer momento el Tribunal Supremo, después de referirse tanto al art. 510.1 — incitación al odio, la violencia o la discriminación contra grupos vulnerables— como al art. 510.2 CP, parece situar los hechos más bien en el ámbito del segundo:

“ciertamente, las afirmaciones de que las Trece Rosas lo que hacían era torturar, violar y asesinar vilmente, tienen aptitud y seriedad suficientes para conformar un sentimiento lesivo para la dignidad de las personas así calificadas y de las que en el día de hoy participan de la misma ideología, de quienes teniendo ideología socialista en absoluto se han manifestado conformes con lo sucedido en las checas” (FD 2.º).

Sin embargo, inmediatamente a continuación introduce en su razonamiento el elemento de peligro:

“todo ello supone no solo un ataque a la dignidad de las personas que mantienen tal ideología, sino también un peligro potencial, pero real, para las mismas, al incitar a terceras personas al odio sobre un colectivo basado en su ideología, creando o incrementando un peligro para tal colectivo o sus componentes” (FD 2.º).

En el siguiente fundamento de Derecho se remite a la STS (Sala de lo Penal) de 9 de febrero de 2018 (rec. 583/2017) que extiende al delito de odio la doctrina de la STC 112/2016, de 20 de junio, sobre el enaltecimiento del terrorismo:

“(…) debe exigirse para considerar legítima la sanción penal, además de la difusión de ideas, que ello implique una incitación o una provocación al odio a determinados grupos que se detallan en el precepto, de manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de violencia, odio o discriminación contra aquellos grupos o sus integrantes como tales.

Por lo tanto, los actos de difusión de esta clase de ideas o doctrinas son perseguidos penalmente en cuanto que suponen, en la forma antes dichas, un peligro real para los bienes jurídicos protegidos. No es preciso un peligro concreto, siendo suficiente el peligro abstracto, si bien puede entenderse que es suficiente el peligro potencial o hipotético a medio camino entre aquellos, según el cual lo que importa es la capacidad de la conducta para crear el peligro relevante” (FD 3.º).

Y de nuevo en el último fundamento de Derecho vuelve a la perspectiva de la lesión a la dignidad pero entrecruzándola con la valoración de la capacidad de las declaraciones para incitar y generar peligro:

“entender que las afirmaciones del querellado sobre la actuación de las Trece Rosas pueden constituir un sentimiento lesivo para la dignidad de estas personas podría aceptarse (...) pero debe rechazarse la extensión que realizan tanto el Ministerio Fiscal como los querellantes a la de las personas que en el día de hoy participan de la misma ideología que aquellas, y menos aún como una incitación al odio con una capacidad de peligro relevante.

La existencia de este peligro —como ya hemos señalado con anterioridad— depende tanto del contenido de lo difundido como de la forma en que se hace la difusión, sin que pueda dejar de valorarse la sociedad o ámbito social al que se dirigen las expresiones cuestionadas. No se trata de exigir la concurrencia de un contexto de crisis en el que los bienes jurídicos ya estuvieran en peligro que resultaría incrementado por la conducta cuestionada, sino de examinar la potencialidad de la conducta para la creación del peligro, y en la sociedad española actual — más de 80 años después de los hechos— presenta ya un claro rechazo” (FD 4.º).



Por otra parte, el Tribunal concede también relevancia a que las declaraciones comiencen y terminen respectivamente con un alegato a la reconciliación —“tras una guerra fratricida hubo una reconciliación. Parece que algunos quieren acabar con la transición, con la reconciliación entre los españoles”— y con un “mensaje conciliador”<sup>37</sup>.

En definitiva, aunque el Tribunal acepta la lesión de la dignidad de las víctimas concretas —las Trece Rosas—, la motivación de la inadmisión parece combinar la falta de potencialidad para crear un peligro relevante en el contexto social contemporáneo con algunos criterios jurisprudenciales propios del art. 510.2 a) CP, como que la virtualidad ofensiva de las declaraciones no se proyecte sobre todo el grupo o colectivo (de víctimas del franquismo y de quienes comparten la ideología socialista, en este caso) pretendiendo colocarlos en una situación de inferioridad y deshumanización.<sup>38</sup>

## 5. Conclusiones: la apología del franquismo como humillación de las víctimas

El legislador memorialista parece haber pretendido anticiparse a la tacha de inconstitucionalidad de las medidas legales sancionadoras de la apología del franquismo —por incompatibilidad con las libertades ideológica y de expresión— mediante la incorporación del elemento de “des crédito,

menosprecio o humillación de las víctimas” a la descripción típica de la conducta sancionable con la finalidad de categorizar la apología cualificada del franquismo como discurso del odio no protegido por la libertad de expresión.

La humillación de las víctimas se hallaba ya presente en el Anteproyecto de Ley en la descripción de los “actos contrarios a la memoria democrática” (art. 39.1) y en su tipificación como infracciones graves [art. 62.1 d) y e)], pero no aparecía en las previsiones relativas a la extinción de fundaciones y retirada de la declaración de utilidad pública y disolución de asociaciones (disposiciones adicionales quinta, sexta y séptima) en las que, en cambio, sí se incluía la “incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las víctimas del golpe de Estado, de la guerra o del franquismo, por su condición de tales” como causa alternativa a la apología del franquismo.

Su inclusión<sup>39</sup> en las disposiciones adicionales quinta, sexta y séptima fue consecuencia de que el *Informe* del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley llamara la atención sobre este extremo:

“la apología del franquismo, sin el requisito adicional de menosprecio o humillación de las víctimas, supone la expresión de ideas respecto de un régimen político contrario a los valores democráticos proclamados

<sup>37</sup> “Al final una guerra es una situación terrorífica en la que se pierde cualquier concepto de justicia y se prima la fuerza cuando se comete este, esta situación en un país, lo que hay que hacer, lo que hay que hacer es buscar la fraternidad, curar heridas e intentar evitar que las generaciones futuras vuelvan a (sentir). Hay jóvenes que no han conocido la guerra...” [Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 16 de noviembre de 2020 (rec. 20280/2020), FD 4.º].

<sup>38</sup> LibEx (Grupo de Trabajo sobre la Libertad de Expresión). *Difamación de colectivos vulnerables*. <https://libex.es/difamacion-colectivos-vulnerables>. En especial, los criterios prácticos relativos al elemento subjetivo de menosprecio o humillación en la aplicación del art. 510.2 a) CP con remisión a jurisprudencia seleccionada: “la virtualidad ofensiva de la conducta ha de proyectarse no solo sobre la persona a la que afecta

sino sobre todo el grupo, aun cuando lo sea de modo meramente potencial. La conducta ha de revestir especial gravedad y ha de ir tendencialmente dirigida a demonizar al colectivo frente a la opinión pública, construyendo la imagen del grupo y de sus miembros como seres inferiores carentes de dignidad (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 787/2018, de 12 de diciembre, FJ 3; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 736/2019, de 31 de octubre, FJ 1)”.

<sup>39</sup> El art. 62.2 d) ha añadido también este elemento —“cuando entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares”— a la infracción grave de “incumplimiento de la resolución por la que se acuerde la retirada de símbolos y elementos contrarios a la memoria democrática prevista en el artículo 37” que no incluía esta circunstancia en el mismo artículo del Anteproyecto de Ley.



en nuestra Constitución, pero, como dice el Tribunal Constitucional, ‘al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución –se ha dicho- protege también a quienes la niega’ (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2)”<sup>40</sup>

A juicio de algunos autores, a través de este requerimiento añadido de humillación de las víctimas o incitación directa o indirecta al odio o a la violencia contra las mismas, se habría alcanzado el efecto desactivador de una eventual inconstitucionalidad de sancionar la apología del franquismo.

Así, Carrillo califica de acierto la incorporación de este nuevo redactado y considera que con ello la Ley se adecúa a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el discurso del odio aunque, a su juicio, ni siquiera se requeriría humillación de las víctimas ni incitación directa o indirecta a la violencia para la extinción de la Fundación Francisco Franco en la medida que

“(…) su propio nombre como identificación de una entidad puede considerarse implícitamente un acto de violencia”<sup>41</sup>

Por su parte, Rallo califica las restricciones de derechos fundamentales previstas en la Ley como “alternativas constitucionalmente bien equilibradas (...) cuando la apología del franquismo suponga agresión a las víctimas del franquismo consistente en la humillación de su dignidad”<sup>42</sup> y añade que

“ante el riesgo de imputar un vicio de inconstitucionalidad a restricciones

legales sobre conductas amparables por el beneficio de la neutralidad ideológica de la Constitución, el legislador ha huido de fundamentarlas en un anclaje constitucional alternativo (rescatando una versión matizada de la democracia militante) para, finalmente, residenciar su justificación en la agresión a las víctimas del franquismo consistente en el ‘menosprecio y humillación’ de su dignidad o la ‘incitación directa o indirecta al odio o violencia’ contra las mismas”<sup>43</sup>

Para Simancas Sánchez y Ferrari Puerta, con la exigencia de que los actos de exaltación franquista comporten humillación, menosprecio o descrédito a las víctimas para ser castigados

“el carácter abierto de nuestra democracia queda salvaguardado. Cabe recordar, además, que la fórmula ‘humillación, menosprecio o descrédito’ se encuentra prevista en otros preceptos de nuestro ordenamiento, como el delito de injurias discriminatorias del art. 510.2 CP”<sup>44</sup>

Sin embargo, a mi parecer, esta configuración de la apología del franquismo no garantiza que la aplicación práctica de las previsiones legales sancionadoras por la Administración se lleve a cabo sin erosionar el contenido constitucionalmente protegido de las libertades ideológica y de expresión

La razón fundamental estriba en que el legislador parece propugnar un entendimiento amplio del requisito de humillación, menosprecio o descrédito de las

<sup>40</sup> Consejo general del poder judicial. secretaría general. *Op. cit.*, p. 70

<sup>41</sup>CARRILLO, Marc. “La memoria y la calidad democrática del Estado (Comentario a la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática)”. *Revista de las Cortes Generales*. 2022, 114, pp. 212-213 <https://doi.org/10.33426/rcg/2022/114/1720>.

<sup>42</sup>RALLO LOMBARTE, Artemi. Memoria democrática y Constitución. *Teoría y Realidad Constitucional*, 51, p. 143. <https://doi.org/10.5944/trc.51.2023.37504>.

<sup>43</sup> RALLO LOMBARTE, Artemi. *Op. cit.*, p. 140

<sup>44</sup>SIMANCAS SÁNCHEZ, Daniel y FERRARI PUERTA, Alberto José. “Un abrazo sin amnesia: otra perspectiva de la Ley de Memoria Democrática”. *Letras Libres* 2 de noviembre de 2022. <https://letraslibres.com/politica/un-abrazo-sin-amnesia-otra-perspectiva-de-la-ley-de-memoria-democratica>

víctimas que lo hace ineficaz como garantía de que la sola apología del franquismo no será objeto de sanción.

Así se advierte claramente en el Preámbulo de la Ley que, tras calificar las “graves violaciones de los Derechos Humanos cometidas en España por el régimen franquista” condenadas por la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 17 de marzo de 2006 (apdo. III) como “crímenes de lesa humanidad”, señala que

“en el marco de una cultura de derechos humanos, (...) *la exaltación, enaltecimiento o apología* de los perpetradores de crímenes de lesa humanidad (...) *supone en todo caso un evidente menosprecio o humillación de las víctimas* o de sus familiares (...)” (apdo. IV, cursivas mías).

Como ha entendido también Tomás-Valiente Lanuza, esta afirmación implica que para el legislador la humillación de las víctimas está siempre implícita en la apología del franquismo<sup>45</sup> que, en consecuencia, sería *per se* sancionable, en todo caso y en toda circunstancia y con independencia que el discurso apologético o exaltador pueda no incluir mención alguna a las víctimas.

El propio ponente de la Ley en la Comisión Constitucional del Senado (Rallo) ha ratificado esta interpretación al declarar que “la apología del franquismo lleva implícita el descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares” para evitar “una doble victimización”:

“parece muy razonable concluir que todo acto de apología del franquismo constituye, en sí mismo, ofensa, humillación y menosprecio a las víctimas y, en consecuencia, los límites con que se encuentra en el ejercicio de derechos y libertades constitucionales gozan de pleno amparo constitucional sin necesidad de prueba adicional”.<sup>46</sup>

El mismo planteamiento es el que subyace en un pregunta con solicitud de respuesta escrita formulada a la Comisión de la Unión Europea por 11 europarlamentarios españoles de diversos partidos —entre ellos, Carles Puigdemont y la recientemente nombrada Ministra de Juventud e Infancia, Sira Rego—, que, después de manifestar indignación porque el *Informe* del Consejo General del Poder Judicial haya afirmado que “la apología del franquismo está amparada por la libertad de expresión y puede ejercerse sin ofender a las víctimas”, considera que el *Informe* contradice la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2018, sobre el auge de la violencia neofascista en Europa, y pregunta a la Comisión si el *Informe* del Consejo contraviene la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.<sup>47</sup>

Este entendimiento de la falta administrativa de apología del franquismo como concurrente en expresiones apologéticas en sí mismas lesivas de la dignidad de las víctimas, cualquiera que sea el contexto y sin exigir que el autor se haya referido siquiera a las víctimas

<sup>45</sup>TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. “Las infracciones administrativas de expresión”. En QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. y CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. *Derecho penal y libertad de expresión*. Atelier, 2022, p. 192.

<sup>46</sup>RALLO LOMBARTE, Artemi. *Op. cit.*, p. 144.

<sup>47</sup>PARLAMENTO EUROPEO. Posición de la Comisión respecto de la propuesta de informe del CGPJ sobre la Ley de Memoria Democrática. Pregunta con solicitud de respuesta escrita E-002946/2021 a la Comisión.

02.06.2021. Diana Riba i Giner (Verts/ALE), Izaskun Bilbao Barandica (Renew), Jordi Solé (Verts/ALE), Ernest Urtasun (Verts/ALE), Miguel Urbán Crespo (The Left), Sira Rego (The Left), Idoia Villanueva Ruiz (The Left), Pernando Barrena Arza (The Left), Carles Puigdemont i Casamajó (NI), Antoni Comín i Oliveres (NI), Clara Ponsatí Obiols (NI). [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2021-002946\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2021-002946_ES.html)

para entender producida la humillación, contrasta con la interpretación jurisprudencial<sup>48</sup> y doctrinal del delito de injuria colectiva de odio del art. 510.2 a) CP que parece haberse tomado como molde para definir la conducta típica.

Efectivamente, es difícilmente aceptable que pueda entenderse intencionadamente<sup>49</sup> agredida la seguridad existencial del colectivo<sup>50</sup> de víctimas del franquismo por manifestaciones verbales apologéticas que no contengan alusión a las mismas. Siguiendo a Landa Gorostiza,

“se trata de conductas graves que, como elemento tendencial apuntan a denostar, demonizar, a un colectivo. Son injurias colectivas, en un sentido amplio, que buscan asentar una imagen de las personas de un grupo o minoría especialmente vulnerable como inferiores, privadas de dignidad humana como para ser consideradas en igualdad a los demás”.<sup>51</sup>

Un segundo aspecto a tener en cuenta es la apreciación de la concurrencia de descrédito, menosprecio o humillación para las víctimas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha definido las tres categorías empleadas por la Ley y así lo recoge también la Circular de la Fiscalía General del Estado que establece pautas para la interpretación de los delitos de odio:

“la STS n.º 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’ (FJ 2)”.<sup>52</sup>

El Preámbulo de la Ley, sin embargo, apunta a la potencial sensibilidad subjetiva de las víctimas como el parámetro legal para dilucidar si existe humillación y, en el mismo sentido, Rallo —ponente de la Ley en la Comisión Constitucional del Senado— admite que “el ‘menosprecio’ o la ‘humillación’ de las víctimas tiene una dimensión fundamentalmente subjetiva”.<sup>53</sup>. Así, el Preámbulo de la Ley concibe el régimen sancionador de infracciones y sanciones

“como medio de evitar la *humillación que pudiera sentir cualquier víctima de la guerra o la Dictadura*” (apdo. IV, cursivas mías).

Esta visión supone elevar a parámetro valorativo el potencial e hipotético sentimiento de la víctima ante actos de exaltación del franquismo, de tal forma que las sanciones previstas en la Ley tendrían carácter preventivo *ex ante* (“medio de evitar”) y no represivo respecto de humillaciones efectivamente producidas.

Con ello se transmutaría la naturaleza de la conducta sancionada como apología del franquismo. Si el art. 510.2 a) CP contiene, a decir de la Fiscalía General del Estado, “una infracción de resultado, no de riesgo

<sup>48</sup>Vid. al respecto LibEx. *Op. cit.*

<sup>49</sup>Según las SSTS (Sala de lo Penal) de 14 de diciembre de 2018 (rec. 2161/2017), FD único; de 4 de febrero de 2019 (rec. 1916/2018), FD 2.º; y, de 2 de abril de 2019 (rec. 2539/2018), FD 3.º, “el elemento que caracteriza a los delitos de odio es el ánimo subjetivo que conduce al autor a la comisión del hecho agresivo, lo que permite excluir un animus ajeno al contenido agresivo. El ánimo consiste en la animadversión hacia la persona, o hacia colectivos, que unificados por el color de su piel, por su origen su etnia, su religión, su discapacidad, su ideología, su orientación o su identidad sexual, o por su

condición de víctimas conforman una aparente unidad que permite configurar una serie de tipos de personas”.

<sup>50</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena. “El discurso de odio criminalizado. Propuesta interpretativa del artículo 510 CP”. En LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena y Enara GARRO CARRERA, Enara (coords.). *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*. Tirant lo Blanch, 2018, p. 245.

<sup>51</sup>LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena. *Op. cit.*, p. 243

<sup>52</sup>Por todas la reciente STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) de 4 de mayo (rec. 2658/2020), FD 4.º; y FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Op. cit.*, p. 55680.

<sup>53</sup>RALLO LOMBARTE, Artemi. *Op. cit.*, p. 137.

abstracto, hipotético o potencial”<sup>54</sup>, la Ley parece configurar la conducta análoga en relación con las víctimas del franquismo como un ilícito administrativo de peligro abstracto que no requiere el fomento de un acto concreto sino la aptitud o idoneidad para generar un clima de odio o discriminación, o, cuanto menos, de “peligro potencial o hipotético a medio camino entre aquellos [abstracto y concreto], según el cual lo que importa es la capacidad de la conducta para crear el peligro relevante”.<sup>55</sup>

Respecto a la cuestión de la sensibilidad de las víctimas como canon para sancionar la exaltación de regímenes totalitarios el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en dos ocasiones.

Así, en el caso *Vajnai c. Hungría*<sup>56</sup>, relativo a una condena de multa impuesta al orador de una manifestación legal por lucir una estrella roja de cinco puntas en la solapa, el Gobierno alegó que llevarla suponía “una conducta de menosprecio hacia las víctimas del régimen comunista” (apdo. 22) y que la prohibición expresa de su uso por el Código Penal húngaro por considerarla un “símbolo totalitario” obedecía a que, por el gran sufrimiento causado por las dictaduras del siglo XX al pueblo húngaro,

“la exhibición de símbolos relacionados con las dictaduras creaba malestar, miedo o indignación en muchos ciudadanos, y a veces incluso vulneraba los derechos de los fallecidos” (apdo. 33).

Frente a ello, el Tribunal de Estrasburgo estimó que la libertad de expresión del recurrente había sido vulnerada teniendo en cuenta que el Gobierno no hubiera argumentado que “el demandante expresara desprecio por las víctimas de un régimen totalitario” (apdo. 25), que el demandante la portara en una manifestación legal de un partido legalmente inscrito<sup>57</sup> y que, además,

“no hay pruebas que sugieran que existe un peligro real y presente de que algún movimiento o partido político restaure la dictadura comunista” (apdo. 49).

En el segundo caso, *Fáber contra Hungría*<sup>58</sup>, también consideró vulnerada la libertad de expresión de un demandante condenado por desobedecer a la policía cuando le ordenó marcharse o retirar la bandera que ondeaba en silencio en las inmediaciones de una manifestación autorizada de signo contrario. Afirma el Tribunal que

“aun suponiendo que algunos manifestantes pudieran considerar la bandera ofensiva, chocante o incluso ‘fascista’, para el Tribunal, su mera exhibición no podía alterar el orden público ni obstaculizar el ejercicio del derecho de reunión de los manifestantes, ya que no era intimidatoria ni podía incitar a la violencia al infundir un odio profundamente arraigado e irracional contra personas identificables (véase *Sürek c. Turquía* (n.º 1) [GC], n.º 26682/95, § 62, TEDH 1999 IV). El Tribunal subraya que los malos

<sup>54</sup>FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Op. cit.*, p. 55665.

<sup>55</sup>STS (Sala de lo Penal) de 12 de abril de 2011 (rec.1172/2010), FD 1.º.

<sup>56</sup>STEDH de 8 de julio de 2008, *Vajnai contra Hungría*, n.º 33629/06, apdos. 22 y 33.

<sup>57</sup>El TEDH tomó también en consideración, aunque no parece el argumento fundamental, la multiplicidad de significados atribuibles al símbolo de la estrella roja de cinco puntas: “el Tribunal señala que el Gobierno no ha demostrado que llevar la estrella roja signifique exclusivamente una identificación con ideas totalitarias, especialmente si se tiene en cuenta que el demandante lo

hizo en una manifestación pacífica organizada legalmente en su calidad de vicepresidente de un partido político de izquierdas registrado, sin intención conocida de participar en la vida política húngara desafiando al Estado de Derecho. A este respecto, el Tribunal subraya que sólo mediante un examen minucioso del contexto en el que aparecen las palabras ofensivas puede establecerse una distinción significativa entre el lenguaje chocante y ofensivo, que está protegido por el artículo 10 del Convenio, y el que priva del derecho a la tolerancia en una sociedad democrática” (apdo. 53).

<sup>58</sup>STEDH de 24 de julio de 2012, *Fáber contra Hungría*, n.º 40721/08.

sentimientos o incluso la indignación, en ausencia de intimidación, no pueden representar una necesidad social acuciante a efectos del artículo 10 § 2, especialmente teniendo en cuenta que la bandera en cuestión nunca ha sido ilegalizada” (apdo. 56).

Y, específicamente en relación con las víctimas del régimen totalitario con el que la bandera podía ser asociada<sup>59</sup>, señala que

“el Tribunal acepta que la exhibición de un símbolo que era omnipresente durante el reinado de tales regímenes puede crear malestar entre las víctimas del pasado y sus familiares, que pueden considerar, con razón, que tales exhibiciones son irrespetuosas” (apdo. 57).

Pues bien, pese a que el TEDH comprende en ambos casos el malestar de las víctimas y sus familiares,

“no obstante, considera que tales sentimientos, por comprensibles que sean, no pueden fijar por sí solos los límites de la libertad de expresión. Dadas las conocidas garantías que la República de Hungría proporcionó legal, moral y materialmente a las víctimas del comunismo, tales emociones no pueden considerarse temores racionales. En opinión del Tribunal, un sistema jurídico que

aplica restricciones a los derechos humanos con el fin de satisfacer los dictados del sentimiento público — real o imaginario— no puede considerarse que satisfaga las apremiantes necesidades sociales reconocidas en una sociedad democrática, ya que dicha sociedad debe seguir siendo razonable en su juicio. Lo contrario significaría que la libertad de expresión y de opinión está sometida al veto de los que interrumpen” (apdo. 57 de ambas sentencias).

La definición legal de la categoría de víctima es otro de los elementos que incrementan el riesgo de una aplicación de las medidas legales sancionadoras de la apología del franquismo que lesione las libertades ideológica y de expresión.

Para López Ulla,

“la ley no discrimina a las víctimas en razón de su posición ideológica; no hace distinciones de ningún tipo; no diferencia en función de la postura que sobre el conflicto la víctima pudiera haber mantenido, o de si fue represaliada por unos u otros”<sup>60</sup>.

Por el contrario, el *Informe* del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto critica la definición de los “actos

<sup>59</sup>También en ese caso la Corte de Estrasburgo admite la polisemia de la bandera en cuestión. Así, afirma que “suponiendo que la bandera en cuestión tenga múltiples significados —es decir, que pueda considerarse tanto un símbolo histórico como un símbolo que recuerda al régimen de la Cruz Flechada—, sólo mediante un examen cuidadoso del contexto en el que aparecen las expresiones ofensivas se puede establecer una distinción significativa entre la expresión chocante y ofensiva que está protegida por el artículo 10 y la que pierde su derecho a la tolerancia en una sociedad democrática (véase Vajnai c. Hungría, no. 33629/06, § 53, TEDH-2008). El Tribunal ya ha declarado en el contexto de la exhibición de la estrella roja que comparte la opinión del Gobierno de que la cuestión crucial en ese caso era si la conducta del demandante representaba o no un peligro para la sociedad (véase Vajnai (II) c. Hungría (dec.), no. 44438/08, 18 de enero de 2011)” (apdo. 54).

<sup>60</sup>LÓPEZ ULLA, Juan Manuel. “Del derecho a la verdad al deber de memoria: a propósito de la nueva Ley de

Memoria Democrática”. *Revista de Derecho Político*. 117, p. 115

<https://doi.org/10.5944/rdp.117.2023.37923115>.

Llega a esta conclusión a partir del art. 1.2 de la Ley que señala como objeto de la misma “el reconocimiento de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, de pensamiento u opinión, de conciencia o creencia religiosa, de orientación e identidad sexual, durante el período comprendido entre el golpe de Estado de 18 de julio de 1936, la Guerra de España y la Dictadura franquista hasta la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, así como promover su reparación moral y la recuperación de su memoria personal, familiar y colectiva, adoptar medidas complementarias destinadas a suprimir elementos de división entre la ciudadanía y promover lazos de unión en torno a los valores, principios y derechos constitucionales”.

contrarios a la memoria democrática” y las infracciones muy graves tipificadas en relación con los mismos señalando que

“la redacción del precepto, sin embargo, puede dar lugar a una tutela asimétrica de la dignidad de las víctimas y sus familiares de hechos constitutivos de violaciones de derechos humanos acaecidos en el periodo histórico contemplado por el legislador, que no resultaría compatible con el igual respeto y consideración que merece todo ser humano por el hecho de serlo. Por ello, la consideración de ‘actos contrarios a la memoria democrática’ debería configurarse de un modo más omnicomprendivo siguiendo el espíritu de las resoluciones europeas citadas más arriba”.<sup>61</sup>

Se refiere con ello el Consejo a la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de septiembre de 2019, sobre la importancia de la memoria histórica para el futuro de Europa, la Resolución 1481 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 26 de enero de 2006, sobre la necesidad de una condena internacional de los crímenes de los regímenes comunistas totalitarios y a la

Declaración de Praga sobre la Conciencia Europea y el Comunismo, adoptada el 3 de junio de 2008, cuya mención en el Preámbulo ha recomendado previamente<sup>62</sup>.

Pero, además de la cuestión que plantea López Ulla sobre la parcialidad de la memoria colectiva y la verdad histórica que trata de establecer la Ley<sup>63</sup>, la amplísima definición legal de víctima resulta muy problemática. Para la Ley

“se considera víctima a toda persona, con independencia de su nacionalidad, que haya sufrido, individual o colectivamente, daño físico, moral o psicológico, daños patrimoniales, o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario durante el periodo que abarca el golpe de Estado de 18 de julio de 1936, la posterior Guerra y la Dictadura, incluyendo el transcurrido hasta la entrada en vigor de la Constitución española de 1978” (art. 3.1).

<sup>61</sup>CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. SECRETARÍA GENERAL. *Op. cit.*, p. 62.

<sup>62</sup>CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. SECRETARÍA GENERAL. *Op. cit.*, p. 17.

<sup>63</sup>A su juicio, más allá del carácter omnicomprendivo del concepto de víctima que resulta de los arts. 1.2 y 3 de la Ley, “de la lectura completa de la Ley de Memoria Democrática se deriva que es la memoria de los represaliados por el franquismo la que el legislador trata de recuperar y preservar. Esto es, todas son víctimas, pero la memoria que trata de recuperar esta ley es particularmente la de los republicanos. El texto no es tibio al respecto. Los ejemplos son abundantes. Entre otros, el adjetivo que califica a la memoria dificulta que esta pueda comprender a quienes se alzaron en armas contra la República, lo que no se compadece bien con el alcance que se deriva de los citados arts. 1.2 y 3. Por otra parte, de los tres párrafos del art. 1, donde se identifica el objeto y finalidad de la ley, se deriva con meridiana claridad que la memoria que se trata de recuperar no es la de quienes entendieron que había motivos para alzarse contra el gobierno del Frente Popular. De las 45 ocasiones que la ley habla de represión, siempre es en referencia a la infligida por las fuerzas de Franco. Y el

derecho inalienable de la ciudadanía al conocimiento de la verdad se invoca respecto del ‘proceso de violencia y terror impuesto por el régimen franquista, así como sobre los valores y los actos de resistencia democrática que llevaron a cabo quienes cayeron víctimas de su represión’. No son estos los únicos ejemplos” (LÓPEZ ULLA, Juan Manuel, *Op. cit.*, p. 115). En este sentido cabe destacar que la única referencia a las víctimas de la Guerra Civil imputables al bando republicano (de un total de 128 menciones a las víctimas en la Ley) se encuentra en el Preámbulo y en el marco de la deslegitimación de las “políticas de memoria totalitaria” del régimen franquista. Así, se habla de que “en el marco de este relato totalitario (...) se establecieron importantes medidas de reconocimiento y reparación moral y económica a las *víctimas que habían combatido o se habían posicionado a favor del golpe de Estado*” (apdo. III, cursivas mías). El mensaje es claro: todas las víctimas del bando nacional o fueron combatientes (“habían combatido”) o fueron golpistas (“se habían posicionado a favor del golpe de Estado”) y quedan asociadas a la memoria totalitaria del franquismo que se contraponen a la “memoria democrática” de la que quedan excluidas.



Y la consideración de víctima se extiende también

“a los familiares de las personas que padecieron algunas de las circunstancias recogidas en el apartado 1, entendiéndose por tales a la persona que haya sido cónyuge de la víctima o persona ligada por análoga relación de afectividad, sus descendientes, sus ascendientes y sus colaterales hasta el cuarto grado” (art. 3.3).

De la conjunción de ambos preceptos resulta que la humillación determinante de que un acto público de apología del franquismo sea sancionable puede ser la experimentada por cualquiera de los descendientes de víctimas de la Guerra Civil o del franquismo, aunque no tenga ninguna experiencia, vivencia o relación personal y directa con estos hechos históricos extinguidos hace más de 45 años.

Esta apertura intergeneracional de la condición de víctima extendiéndola a los descendientes de las víctimas directas se proyecta de forma todavía más exorbitada en la configuración de las infracciones muy graves de falta de adopción de las medidas necesarias para impedir o poner fin a actos de apología del franquismo por parte del titular o responsable del local o establecimiento y convocatoria de actos que inciten a la apología del franquismo [art. 62.1 e) y d)].

En estos casos, el necesario elemento de humillación se delimita también por referencia a los familiares de las víctimas (“cuando entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas *o de sus familiares*”, cursivas mías) abriendo así casi indefinidamente el campo de eventuales sujetos que pueden sentirse humillados al considerar también víctimas a los familiares — sin ninguna limitación de línea ni grado— de los familiares.

La acumulación de todas estas circunstancias —apología del franquismo considerada en si misma humillante, subjetividad de la apreciación de la ofensa, consideración de los descendientes (y de sus familiares) como víctimas— multiplica el riesgo de que la apología del franquismo sea utilizada para restringir las libertades ideológicas y de expresión, máxime si se tiene en cuenta la intención confesada del legislador de impedir la libre expresión y difusión de opiniones calificables de apología del franquismo cuando afirma en el Preámbulo que

“la incompatibilidad de la democracia española con la exaltación del alzamiento militar o el régimen dictatorial hace necesario introducir las *medidas que eviten situaciones de cualquier naturaleza o actos de enaltecimiento* de los mismos o sus dirigentes” (apdo. IV, cursivas mías).

Si la apología del franquismo fuese un tipo penal, la valoración y aplicación de todos estos elementos se llevaría a cabo por un órgano jurisdiccional en el marco de un proceso garantista pero, al tratarse de una infracción administrativa, su apreciación a efectos de sanción es competencia de un órgano netamente político<sup>64</sup> —la Secretaría de Estado competente en materia de memoria democrática [art. 65 a)]— con un amplio margen de discrecionalidad decisoria y tras un procedimiento instruable de oficio o por denuncia de “cualquier persona” (art. 64.1 y 3).

Y estamos hablando de sanciones por conductas meramente expresivas que pueden alcanzar cuantías entre 10.001 y 150.000 euros y que solo son recurribles *a posteriori* mediante un procedimiento contencioso-

<sup>64</sup> Plataforma en defensa de la libertad de información, 2020. Alegaciones al Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática. [libertadinformacion.cc](http://libertadinformacion.cc/la-pdli-rechaza-la-)  
<http://libertadinformacion.cc/la-pdli-rechaza-la->

[penalizacion-de-la-exaltacion-de-la-guerra-civil-o-de-la-dictadura-por-ser-discursos-tambien-protegidos-por-la-libertad-de-expresion](#) ..



administrativo, previo pago de la sanción y de las correspondientes tasas judiciales.<sup>65</sup>

Finalmente, como último agravante, la barrera sancionadora se adelanta aún más en el caso de la infracción muy grave de convocatoria de actos que inciten a la exaltación del franquismo con humillación a las víctimas (art. 62.1 e) por cuanto en este caso la conducta sancionable ya no es siquiera que el acto convocado constituya efectivamente apología del franquismo sino que “incite” a dicha apología, de tal forma que quien convoca el acto asume un claro riesgo de sanción si cualquier asistente (en un turno abierto de preguntas en una conferencia histórica, por ejemplo, o en la presentación de un libro) incurre en apología y la Secretaría de Estado de Memoria Democrática considera que el formato y temática del acto incitó a la exaltación del franquismo.

Así, Rallo considera que los anuncios de las misas en memoria de Franco entrarían en esta categoría incitadora, si bien constata el conflicto entre su sanción y la libertad religiosa o de culto, además de las libertades de reunión y expresión.<sup>66</sup>

## 6. Epílogo: la aplicación práctica de las leyes de memoria democrática

A la fecha de escribir estas líneas los medios de comunicación se han hecho eco de tres casos de imposición de sanciones por actos contrarios a la memoria democrática y, como se verá, en ninguno de ellos el relato de los hechos asumido por la resolución sancionadora incluye que se hubieran vertido

expresiones humillantes o menospreciadoras hacia las víctimas del franquismo.

Por orden cronológico, el primer caso se produjo en abril de 2020 en una localidad mallorquina en la que un vecino colgó de parte a parte de la calle la bandera nacional con el escudo vigente durante el régimen de Franco hasta su sustitución por el actual en 1981 y la bandera de Falange<sup>67</sup>. Fue sancionado en julio del mismo año por la Secretaría Autonómica de Memoria Democrática del Gobierno Balear con 2001 euros por la infracción grave de

“incumplir la prohibición de exhibir públicamente escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones, como por ejemplo la guía de calles, y otras inscripciones o elementos conmemorativos o de exaltación o enaltecimiento individual o colectivo del franquismo, de sus dirigentes o de las organizaciones que sustentaron el régimen dictatorial” [arts. 36.2 a) y 38.2 b) de la Ley 2/2018, de 13 de abril, de memoria y reconocimiento democráticos de las Illes Balears\*.

No ha trascendido en los medios si la sanción impuesta fue objeto de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Cabe destacar que la ley balear considera que, por definición, la exhibición pública de elementos contrarios a la memoria democrática es “contraria a la Memoria Democrática y a la dignidad de las víctimas” (cursivas mías) y prohíbe la celebración de actos de exaltación del franquismo sin exigir para ello la

<sup>65</sup>En este sentido, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *Op. cit.*, p. 206; por el contrario, valorando positivamente la opción legislativa por una infracción administrativa en lugar de un ilícito penal, SIMANCAS SÁNCHEZ, Daniel y FERRARI PUERTA, Alberto José. *Op. cit.* Para una crítica general a la sanción administrativa a conductas expresivas defendiendo una reserva de jurisdicción en materia de control de la libertad de expresión, DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. “La policía administrativa de la libertad de expresión (y su disconformidad con la Constitución)”. RÍOS VEGA, Luis Efrén. SPIGNO, Irene (dirs.) y

VÁZQUEZ ALONSO, Victor José (coord.). *Estudios de casos líderes europeos y nacionales. Vol. XIV. La libertad de expresión en el siglo XXI. Cuestiones actuales y problemáticas*. Tirant Lo Blanch, pp. 193-215.

<sup>66</sup>RALLO LOMBARTE, Artemi. *Op. cit.*, p. 139.

<sup>67</sup>BALLESTERO, Elena, 2020. Multa de 2.001 euros al vecino de sa Pobla que colgó en la calle dos banderas franquistas. *Ultima Hora*. <https://www.ultimahora.es/noticias/part-forana/2020/07/21/1182345/multa-2001-euros-vecino-pobla-colgo-calle-dos-banderas-franquistas.html> ..

conurrencia de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas.<sup>68</sup>

El segundo caso, también en aplicación de normativa autonómica sobre memoria democrática, se produjo en Valencia el 12 de octubre de 2020 durante la celebración de una marcha convocada por el partido España 2000 multándose a sendos participantes con 4000 euros por “exhibición pública de banderas con escudo franquista” a raíz de una denuncia presentada por la Coordinadora de Asociaciones por la Memoria Democrática. En este caso, las sanciones fueron recurridas y anuladas por dos juzgados distintos de lo contencioso-administrativo.

La Generalitat valenciana justificó la sanción en el art. 40 de la Ley 14/2017, de 10 de noviembre, de memoria democrática y para la convivencia de la Comunitat Valenciana, en virtud del cual

“las administraciones públicas de la Comunitat Valenciana, en el marco de sus competencias y sin perjuicio de las que corresponden a la administración general del Estado, prevendrán y evitarán la realización de actos efectuados en público que entrañen descrédito,

menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares, exaltación de la sublevación militar o del franquismo, u homenaje o concesión de distinciones a las personas físicas o jurídicas que apoyaron la sublevación militar y la dictadura”.

Sin embargo, en los extractos de la resolución sancionadora publicados en los medios<sup>69</sup> no consta referencia alguna a manifestaciones efectuadas por los sancionados en relación con las víctimas. La resolución destaca el contexto y la escenografía del acto<sup>70</sup> y argumenta que la exhibición en el transcurso de la manifestación de símbolos franquistas,

“comporta además una *inaceptable difusión pública del desprecio y humillación de las víctimas* que a causa de la defensa de los valores democráticos fueron objeto de un largo historial de terror, persecución y eliminación por parte de la dictadura franquista” (cursivas mías).

La exhibición pública, entiende la resolución, que “añade un perjuicio a la dignidad de las víctimas y a la de sus familiares en forma de ofensa pública, circunstancia que por aplicación del principio de proporcionalidad

---

<sup>68</sup>Según el art. 23 (“actos contrarios a la Memoria Democrática”) de la Ley 2/2018, de 13 de abril, de memoria y reconocimiento democráticos de las Illes Balears, “en virtud de esta ley se considera contrario a la Memoria Democrática:

1. La exhibición pública de escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones, como por ejemplo la guía de calles, inscripciones y otros elementos adosados a edificios públicos o situados en la vía pública, realizados en conmemoración, exaltación o enaltecimiento individual o colectivo de la revuelta militar de 1936 y del franquismo, de sus dirigentes o de las organizaciones que sustentaron el régimen dictatorial, se considera contraria a la Memoria Democrática y a la dignidad de las víctimas [cursivas mías].

2. La celebración de actos y/u homenajes de cualquier naturaleza que tengan como finalidad la conmemoración, la exaltación o el enaltecimiento individual o colectivo de la revuelta militar de 1936 y del franquismo, de sus dirigentes o de las organizaciones que sustentaron el régimen dictatorial.

3. Promover distinciones o reconocimientos de personas, entidades u organizaciones que sustentaron el régimen dictatorial”.

<sup>69</sup>EUROPA PRESS C. VALENCIANA, 2021. Multan con 4.000 euros a dos participantes en la marcha de España 2000 en Benimaclet por exhibir banderas franquistas. *europapress.es*

<https://www.europapress.es/comunitat-valenciana/noticia-multan-4000-euros-dos-participantes-marcha-espana-2000-benimaclet-exhibir-banderas-franquistas-20210610153849.html> ..

<sup>70</sup>“En este caso, la exhibición de elementos contrarios a la memoria democrática y a la dignidad de las víctimas en la manifestación del barrio de Benimaclet, junto a la exhibición de simbología nazi, la bandera de la Falange, los saludos fascistas y las antorchas, convierte dicha manifestación en un acto de promoción y exaltación en público de la dictadura franquista, y, por tanto, de quienes ocasionaron un grave quebranto al régimen de libertades y al sistema democrático del estado español, cuya repetición de futuro debe ser prevenido y evitado por los poderes públicos” (EUROPA PRESS C. VALENCIANA. *Op. cit.*).

en la imposición de las sanciones necesariamente debe operar como agravante de la sanción y en aras a la prevención de futuras conductas de igual contenido".

Las dos sanciones han sido anuladas por los juzgados de lo contencioso-administrativo por falta de tipicidad de la conducta sancionada por cuanto se les imputó la infracción grave consistente en el "incumplimiento de la prohibición de exhibir públicamente elementos contrarios a la memoria democrática, conforme al artículo 39, una vez transcurrido el plazo previsto en la disposición adicional primera" [art. 61.3 g) de la Ley].

Siendo que el art. 39.1. a) de la Ley considera "contrario a la memoria democrática y a la dignidad de las víctimas (...) la exhibición pública de escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones, como el nomenclátor de calles, inscripciones y otros elementos adosados a edificios públicos o situados en la vía pública realizados en conmemoración, exaltación o enaltecimiento individual o colectivo de la sublevación militar de 1936 y del franquismo, de sus dirigentes o de las organizaciones que sustentaron al régimen dictatorial" y que la disposición adicional primera establece el plazo máximo de un año a partir de la entrada en vigor de la ley para que se proceda a su retirada o eliminación, señala una de las juezes que

"el tipo sancionador se refiere a la exhibición pública de escudos, u otros elementos, adosados a edificios públicos, o situados en la vía pública de forma permanente, por cuyo motivo establece un plazo para su retirada, en ningún caso prohíbe o impide a cualquier ciudadano portar consigo, en su atuendo o sobre su persona, cualquier elemento que externalice su ideología, religión o

creencias, art. 16 CE, pues la libertad ideológica se materializa en su expresión exterior, con el soporte de la libertad de expresión, art. 20 CE. Por ello (...) la conducta no encuentra encaje en el tipo imputado y, por faltar el principio de tipicidad, la resolución es contraria a derecho" (FD 3.º).<sup>71</sup>

En el mismo sentido, la segunda juez que ha dictado sentencia afirma, con la misma fundamentación jurídica, que

"es esa exhibición fija o permanente en edificio público o vía pública la conducta típica prevista en el artículo 61.3.g) y no tiene encuadre en la misma la conducta sancionada consistente en portar una bandera franquista durante un acto como es la manifestación objeto de autos".<sup>72</sup>

La primera sentencia dictada en este caso se planteó la posibilidad de elevar una cuestión de inconstitucionalidad contra la ley valenciana, aunque la descartó por innecesaria al entender posible una interpretación conforme a la Constitución, recayendo su duda en

"la constitucionalidad de la prohibición legal de expresar un parecer u opinión discrepante, de una visión posiblemente sesgada de la historia de España, con exaltación de las víctimas de un bando de la guerra, y silenciamiento u ocultación de las víctimas del otro bando" (FD 3.º).

La ley valenciana, al igual que la balear, tampoco exige la concurrencia de humillación de las víctimas en la definición de los actos y elementos contrarios "a la memoria democrática y a la dignidad de las víctimas" (art. 39.1) pero sí recoge como infracciones

<sup>71</sup>Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Valencia, de 10 de mayo de 2022 (Procedimiento Abreviado 41/22-C).

<sup>72</sup>Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Valencia, de 12 de enero de 2023. Citada por MARTÍNEZ, Ignacio y MONTERO,

Luis Miguel, 2023. Una juez anula la multa de 4.000 € que Puig puso a una mujer por llevar una bandera preconstitucional. *okdiario* <https://okdiario.com/comunidad-valenciana/juez-anula-multa-4-000-que-puig-puso-mujer-llevar-bandera-preconstitucional-10303456> ..

graves específicas tanto la celebración de actos y/u homenajes de cualquier naturaleza efectuados en público contrarios a la memoria democrática y a la dignidad de las víctimas y sus familiares, los que entrañen la exaltación individual o colectiva de la sublevación militar o del franquismo, o la promoción de distinciones a las personas físicas o jurídicas que apoyaron la sublevación militar y la dictadura [art. 61.3 h)<sup>73</sup> como

“la utilización de expresiones ofensivas, vejatorias o atentatorias contra la dignidad de las víctimas o de sus familiares, así como cualquier tipo de manifestación que suponga la exaltación individual o colectiva de la sublevación militar o del franquismo en cualquier medio de comunicación, en discursos o intervenciones públicas o en plataformas digitales” [art. 61.3 i)].

Pero el expediente sancionador que mejor ejemplifica todo lo expuesto en las conclusiones es el que, según han recogido los medios de comunicación, se resolvió<sup>74</sup> en noviembre de 2023 con la imposición por la Secretaría de Estado de Memoria Democrática de una multa de 10.001 euros a la Falange por la “Marcha de la Corona”, una marcha a pie portando una corona de laurel desde la casa en la que nació José Antonio Primo de Rivera hasta el Valle de los Caídos,

hoy de Cuelgamuros, que tuvo lugar la noche del 19 de noviembre de 2022.

El expediente ha sido instruido por una alta funcionaria de la Secretaría de Estado y fue iniciado en enero de 2023 tras las denuncias de varias asociaciones memorialistas —entre ellas, la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica y la Coordinadora Andaluza de Memoria— y 30 particulares que afirmaron que el acto les causó “humillación y dolor”.<sup>75</sup>

Según los extractos de la resolución publicados en varios medios, en el expediente se incluyen sendos informes y vídeos de la Policía Nacional y de la Guardia Civil. La instructora considera que, según el informe de la Guardia Civil “se reprodujeron comportamientos, alocuciones y diversas actuaciones que pretendían recuperar y ensalzar la memoria de José Antonio Primo de Rivera, fundador de la Falange, al mismo tiempo que se ponían en práctica diversos ritos, iconografía y simbología relacionados con la sublevación militar del 18 de julio de 1936, de la Guerra de España o de la Dictadura Franquista” y que “se observan en esas grabaciones el uso de una puesta en escena paramilitar, que se observa en el paso, la formación, la indumentaria y vestimenta uniformada, el porte de banderas y banderines, así como las instrucciones que lleva a cabo el coordinador de la llegada de la Corona”.

<sup>73</sup>En este sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Valencia, de 12 de enero de 2023, advierte que la exhibición pública de la bandera “durante la celebración de un acto u homenaje podría considerarse una de las conductas incluidas con el artículo 39.1.b). Pero tal conducta no sería subsumible en el artículo 61.3.g) porque se encuentra expresamente tipificada en el artículo 61.3.h) que califica como infracción grave la celebración de actos y/u homenajes de cualquier naturaleza efectuados en público contrarios a la memoria democrática y la dignidad de las víctimas y sus familiares, los que entrañen la exaltación individual o colectiva de la sublevación militar o del franquismo, o la promoción de distinciones a las personas físicas o jurídicas que apoyaron la sublevación militar y la dictadura, y por tanto que recoge los

supuestos del artículo 39.1.b) y c)” (MARTÍNEZ, Ignacio y MONTERO, Luis Miguel. Op. cit.).

<sup>74</sup>En algunos medios se ha recogido la existencia de otros casos de exaltación de la dictadura franquista “en fase de actuaciones previas de recogida de información múltiple” como paso previo a la incoación de expediente (ALBIN, Danilo, 2023. La Falange recibe la primera sanción por vulnerar la nueva ley de memoria: 10.000 euros por los actos del 20N. *Público*. <https://www.publico.es/politica/falange-recibe-primer-sancion-vulnerar-nueva-ley-memoria-10000-euros-actos-20n.html> ..

<sup>75</sup>FERNÁNDEZ, Juan José, 2023. El Gobierno propone una multa de 10.001 euros a la Falange por sus homenajes del 20N. *el Periódico de España*. <https://www.epe.es/es/politica/20230605/presidencia-propone-10-000-euros-88326603> ..

Se señala también que en el informe de la Policía Nacional, "se destaca el uso de la iconografía y estética fascista, así como la presencia de representantes de partidos de la extrema derecha de Francia, Alemania e Italia".<sup>76</sup>

La sanción se impone por la infracción muy grave tipificada por el art. 61.1 e) de la Ley:

"convocatorias de actos, campañas de divulgación o publicidad que por cualquier medio de comunicación pública, en forma escrita o verbal, en sus elementos sonoros o en sus imágenes, inciten a la exaltación personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra o de la Dictadura, de sus dirigentes, participantes en el sistema represivo o de las organizaciones que sustentaron al régimen dictatorial, cuando entrañe descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares" (cursivas mías).

Ni en el vídeo del acto difundido por la organización<sup>77</sup> ni en los vídeos grabados por los medios<sup>78</sup> ni en los extractos de la resolución publicados se observa que se vertieran expresiones en contra de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo.

La apreciación de la concurrencia del descrédito, menosprecio y humillación para las víctimas exigido por el tipo se basa en el informe de un catedrático de Historia Contemporánea que consta en el expediente y que parece inferirlo del contexto del acto y

no de discursos ni de gritos concretos proferidos durante su desarrollo.

Este informe se refiere al acto como "de exaltación del franquismo", apunta que se realizó en varias ocasiones "el saludo fascista", e indica que

"estas concentraciones y movilizaciones conmemorativas suponen agravio, menosprecio y humillación para las víctimas o los familiares de los republicanos asesinados o perseguidos durante la guerra y el franquismo".<sup>79</sup>

Según el mismo informe, "Primo de Rivera se convirtió en el símbolo principal de todos los 'caídos por Dios y por España' de los que hablaría el franquismo" y sostiene que

"queda acreditado que los actos convocados por la Falange en homenaje a José Antonio Primo de Rivera (...) han entrañado descrédito, menosprecio y humillación tanto para las víctimas de la guerra civil y la dictadura como para sus familiares".<sup>80</sup>

Señala asimismo que existe "una evidente continuidad simbólica respecto a la época de la guerra civil y de la dictadura franquista. Se enarbolan así banderas de Falange o de partidos herederos directos del franquismo y responsables de la violencia contra los republicanos y sus familias.

Se entonan los viejos 'cantos nacionales' de la dictadura y se producen desfiles y marchas militares recurriendo a elementos simbólicos del franquismo".<sup>81</sup>

<sup>76</sup>FERNÁNDEZ, Juan José. *Op. cit.*

<sup>77</sup>FALANGE ESPAÑOLA DE LAS JONS. 20N 2022. Homenaje a José Antonio. *YouTube* [vídeo .]. [https://www.youtube.com/watch?v=4\\_ZY-SKbKW0](https://www.youtube.com/watch?v=4_ZY-SKbKW0)

<sup>78</sup>ELDIARIO.ES. Manifestaciones falangistas el 19 de noviembre de 2022 en Madrid. *Dailymotion*. <https://www.dailymotion.com/video/x8hi12k>

<sup>79</sup>MARTÍN, Daniel, 2023. El Gobierno quiere sancionar a Falange Española con 10.000 euros por homenajear a Primo de Rivera. *El Debate* [https://www.eldebate.com/espana/20230606/gobierno-](https://www.eldebate.com/espana/20230606/gobierno-quiere-sancionar-falange-espanola-10-000-euros-homenajear-jose-antonio-primo-rivera_119374.html)

[quiere-sancionar-falange-espanola-10-000-euros-homenajear-jose-antonio-primo-rivera\\_119374.html](https://www.eldebate.com/espana/20230606/gobierno-quiere-sancionar-falange-espanola-10-000-euros-homenajear-jose-antonio-primo-rivera_119374.html) ..

<sup>80</sup> MONTERO, Luis Miguel, 2023. El jefe de Memoria contrató al director de tesis de su hija para elaborar un informe contra Falange. *okdiario* <https://okdiario.com/investigacion/jefe-memoria-contrato-director-tesis-hija-elaborar-informe-contrafalange-11104909> ..

<sup>81</sup>FERNÁNDEZ, Juan José. *Op. cit.* "Así –continúa el texto–, consideramos que los actos del 20 de noviembre de 2022 contravienen los tres objetivos marcados por la Ley de Memoria Democrática, a saber: 1) la



El partido sancionado afirmó en el trámite de alegaciones que “la totalidad del acto se desarrolló con normalidad y dentro del respeto a todo el ordenamiento jurídico español, a todo, incluida la Ley de Memoria Democrática”, que “la única figura que se está exaltando es la del fundador de La Falange y asesinado el 20 de noviembre de 1936. José Antonio no tuvo, por tanto, nada que ver con el levantamiento militar, la Guerra o la Dictadura” y que “no hubo desprecio alguno hacia las víctimas a las que se refiere la Ley de Memoria Democrática”.

Asimismo, aportó un informe de otro profesor de Historia que afirma que “la Marcha de la Corona se lleva celebrando desde la época franquista y con todos los gobiernos de la democracia”, que “no es un acto para atacar a las víctimas de la guerra”, que Primo de Rivera es “una víctima de la guerra”, apresado en marzo y fusilado en noviembre de 1936 cuando estaba encarcelado en Alicante, por lo que no pudo participar en el enfrentamiento bélico fratricida y que el Cara al Sol es “uno más de los himnos que se cantaron durante la Guerra Civil y que la letra no tiene un contenido de humillación”.<sup>82</sup>

La sanción ha sido recurrida ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional que ha admitido el recurso a trámite y que ha acordado las medidas cautelares solicitadas por la Falange suspendiendo el pago de la sanción.<sup>83</sup>

## Referencias

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. (2018). Opiniones Constitucionales. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 1, pp. 1-38. <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/05/1350.pdf>

---

recuperación, salvaguarda y difusión de la memoria democrática; 2) el reconocimiento de quienes padecieron persecución o violencia; 3) el repudio y condena del golpe de Estado del 18 de julio de 1936” (MARTÍN, Daniel. *Op. cit.*).

<sup>82</sup> MARTÍN, Daniel. *Op. cit.*

AMNISTÍA INTERNACIONAL. (2020). Aportaciones de Amnistía Internacional al Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática, pp. 10 y 12. [https://www.es.amnesty.org/fileadmin/user\\_upload/Aportes\\_de\\_Amnesti\\_a\\_Internacional\\_al\\_Anteproyecto\\_Memoria\\_Democratica.pdf](https://www.es.amnesty.org/fileadmin/user_upload/Aportes_de_Amnesti_a_Internacional_al_Anteproyecto_Memoria_Democratica.pdf)

BALLESTERO, Elena, (2020). Multa de 2.001 euros al vecino de sa Pobla que colgó en la calle dos banderas franquistas. *Ultima Hora* <https://www.ultimahora.es/noticias/part-forana/2020/07/21/1182345/multa-2001-euros-vecino-pobla-colgo-calle-dos-banderas-franquistas.html> ..

CARRILLO, Marc. (2022). “La memoria y la calidad democrática del Estado (Comentario a la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática)”. *Revista de las Cortes Generales*, 114, pp. 183-239 <https://doi.org/10.33426/rcg/2022/114/1720>.

FALANGE ESPAÑOLA DE LAS JONS. 20N (2022). Homenaje a José Antonio. [https://www.youtube.com/watch?v=4\\_ZY-SKbKW0](https://www.youtube.com/watch?v=4_ZY-SKbKW0)

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *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 (BOE n.º 124, de 24 de mayo de 2019).*

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. SECRETARÍA GENERAL. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática*. 2021.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. (2021). La policía administrativa de la libertad de expresión (y su disconformidad con la Constitución). RÍOS VEGA, Luis Efrén.

<sup>83</sup>La Audiencia Nacional admite el recurso contra la multa puesta a Falange por los actos del 20-N, 2023. *El Debate* [https://www.eldebate.com/espana/20231107/audiencia-nacional-admite-recurso-contramulta-puesta-falange-actos-20n\\_151920.html](https://www.eldebate.com/espana/20231107/audiencia-nacional-admite-recurso-contramulta-puesta-falange-actos-20n_151920.html) ..

- SPIGNO, Irene (dirs.) y VÁZQUEZ ALONSO, Victor José (coord.). Estudios de casos líderes europeos y nacionales. Vol. XIV. La libertad de expresión en el siglo XXI. Cuestiones actuales y problemáticas. Tirant Lo Blanch, pp. 193-215.
- ELDIARIO.ES. Manifestaciones falangistas el 19 de noviembre de 2022. *Dailymotion* <https://www.dailymotion.com/video/x8hi12k>
- EUROPA PRESS C. VALENCIANA, (2021). Multan con 4.000 euros a dos participantes en la marcha de España 2000 en Benimaclet por exhibir banderas franquistas. *europapress.es* <https://www.europapress.es/comunitat-valenciana/noticia-multan-4000-euros-dos-participantes-marcha-espana-2000-benimaclet-exhibir-banderas-franquistas-20210610153849.html> ..
- FERNÁNDEZ, Juan José, (2023). El Gobierno propone una multa de 10.001 euros a la Falange por sus homenajes del 20N. *el Periódico de España* <https://www.epe.es/es/politica/20230605/p-residencia-propone-10-000-euros-88326603> ..
- GORDÓN BENITO, Íñigo. (2023). *Delitos de odio y ciberodio: una revisión acerca de las posibilidades de filtrado penal del discurso a través de los arts. 22.4 y 510.3 CP*. Tirant lo Blanch, 930 pp.
- La Audiencia Nacional admite el recurso contra la multa puesta a Falange por los actos del 20-N, 2023. *El Debate*. <https://www.eldebate.com/espana/20231107/audiencia-nacional-admite-recurso-contra-multa-puesta-falange-actos-20n-151920.html> ..
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena.(2018). El discurso de odio criminalizado. Propuesta interpretativa del artículo 510 CP. En LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena y Enara GARRO CARRERA, Enara (coords.). *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*. Tirant lo Blanch, pp. 221-260.
- LEÓN ALAPONT, José. (2021). Enaltecimiento y apología del franquismo, humillación y odio a las víctimas y otras conductas ¿penalmente relevantes? En ACALE SÁNCHEZ, María; MIRANDA RODRIGUES, Ana Isabel; y NIETO MARTÍ, Adán. *Reformas penales en la península ibérica: A 'jangada de pedra'?* Boletín Oficial del Estado, pp. 77-102.
- LibEx (Grupo de Trabajo sobre la Libertad de Expresión). *Difamación de colectivos vulnerables*. <https://libex.es/difamacion-colectivos-vulnerables>
- LÓPEZ ULLA, Juan Manuel. (2023). “Del derecho a la verdad al deber de memoria: a propósito de la nueva Ley de Memoria Democrática”. *Revista de Derecho Político*, 117, pp. 99-130. <https://doi.org/10.5944/rdp.117.2023.37923>
- MARTÍN, Daniel, (2023). El Gobierno quiere sancionar a Falange Española con 10.000 euros por homenajear a Primo de Rivera. *El Debate* [https://www.eldebate.com/espana/20230606/gobierno-quiere-sancionar-falange-espanola-10-000-euros-homenajear-jose-antonio-primo-rivera\\_119374.html](https://www.eldebate.com/espana/20230606/gobierno-quiere-sancionar-falange-espanola-10-000-euros-homenajear-jose-antonio-primo-rivera_119374.html) ..
- MARTÍNEZ, Ignacio y MONTERO, Luis Miguel, (2023). Una juez anula la multa de 4.000 € que Puig puso a una mujer por llevar una bandera preconstitucional. *okdiario* <https://okdiario.com/comunidad-valenciana/juez-anula-multa-4-000-que-puig-puso-mujer-llevar-bandera-preconstitucional-10303456> ..
- Ministerio de la presidencia, relaciones con las cortes y memoria democrática. subsecretaría. Oficina de coordinación y de calidad normativa. (2021). *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática*.
- MONTERO, Luis Miguel. (2023). El jefe de Memoria contrató al director de tesis de su hija para elaborar un informe contra Falange. *okdiario* <https://okdiario.com/investigacion/jefe-memoria-contrato-director-tesis-hija-elaborar-informe-contra-falange-11104909>
- PARLAMENTO EUROPEO. *Posición de la Comisión respecto de la propuesta de*



- informe del CGPJ sobre la Ley de Memoria Democrática. Pregunta con solicitud de respuesta escrita E-002946/2021 a la Comisión.* 02.06.2021. Diana Riba i Giner (Verts/ALE), Izaskun Bilbao Barandica (Renew), Jordi Solé (Verts/ALE), Ernest Urtasun (Verts/ALE), Miguel Urbán Crespo (The Left), Sira Rego (The Left), Idoia Villanueva Ruiz (The Left), Pernando Barrena Arza (The Left), Carles Puigdemont i Casamajó (NI), Antoni Comín i Oliveres (NI), Clara Ponsatí Obiols.  
[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2021-002946\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2021-002946_ES.html)
- Plataforma en defensa de la libertad de información, (2020). Alegaciones al Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática. *libertadinformacion.cc*  
[http://libertadinformacion.cc/la-pdli-rechaza-la-penalizacion-de-la-exaltacion-de-la-guerra-civil-o-de-la-dictadura-por-ser-discursos-tambien-protegidos-por-la-libertad-de-expresion ..](http://libertadinformacion.cc/la-pdli-rechaza-la-penalizacion-de-la-exaltacion-de-la-guerra-civil-o-de-la-dictadura-por-ser-discursos-tambien-protegidos-por-la-libertad-de-expresion..)
- RALLO LOMBARTE, Artemi. (2023). Memoria democrática y Constitución. *Teoría y Realidad Constitucional.* 51, pp. 109-146  
<https://doi.org/10.5944/trc.51.2023.37504>.
- ROIG TORRES, Margarita. (2021). El enaltecimiento de la tiranía nacionalsocialista en el Derecho alemán. ¿Un referente para penalizar el ensalzamiento del franquismo? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.* 23-07, pp. 1-31  
<http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-07.pdf>.
- ROLLNERT LIERN, Göran. (2017). El discurso del odio y los límites de la libertad de expresión: la “zona intermedia” y los estándares internacionales. En MIRÓ LLINARES, Fernando (dir.). *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho Penal ante el odio y la radicalización en Internet.* Marcial Pons, 2017, pp. 255-273.
- ROLLNERT LIERN, Göran. (2019). El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional. *Revista Española de Derecho Constitucional.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 39, pp. 81-109  
<https://doi.org/10.18042/cepc/redc.115.03>
- ROLLNERT LIERN, Göran. (2020). El enaltecimiento del terrorismo: desde el caso De Juana Chaos a César Strawberry. La recepción de la doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista de Derecho Político,* 109, pp. 191-228  
<https://doi.org/10.5944/rdp.109.2020.29058>.
- ROLLNERT LIERN, Göran. (2002). *La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-2001).* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 487 pp.
- ROLLNERT LIERN, Göran. (2017). Las llamas del odio: la quema del símbolo y las incongruencias del Tribunal Constitucional. En MARTIN CUBAS, Joaquín (coord.). *Constitución, Política y Administración: España 2017, reflexiones para el debate.* Tirant lo Blanch, 2017, pp. 63-76.
- ROLLNERT LIERN, Göran. (2023). Memoria democrática’ versus libertad ideológica: la democracia militante retrospectiva. *Revista de Derecho Político.* 118, p. 128.  
<https://doi.org/10.5944/rdp.118.2023.39099>.
- SIMANCAS SÁNCHEZ, Daniel y FERRARI PUERTA, Alberto José. (2022). Un abrazo sin amnesia: otra perspectiva de la Ley de Memoria Democrática”. *Letras Libres.*  
<https://letraslibres.com/politica/un-abrazo-sin-amnesia-otra-perspectiva-de-la-ley-de-memoria-democratica>
- SIMÓN CASTELLANO, Pere. (2021). “La libertad de expresión como límite a la respuesta penal frente al discurso político. Sobre el delito de apología y exaltación del franquismo”. En LEÓN ALAPONT, José (dir). *Temas clave de derecho penal: presente y futuro de la política criminal en España.* Bosch Editor, pp. 557-586.  
<https://doi.org/10.2307/j.ctv1tqeww9.21>
- TAJADURA TEJADA, Javier en MEJÍA GARCÍA, Luis, (2022). La ley de memoria persigue la apología del franquismo con

multas pero no la incorpora como delito en el Código Penal. *Newtral.es*  
<https://www.newtral.es/apologia-franquismo-ley-memoria-2/20221124>

TERUEL LOZANO, Germán M. (2017). Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial. *Revista de Estudios Jurídicos*, pp. 1-20.  
<https://doi.org/10.17561/rej.n17>.

TERUEL LOZANO, Germán M. (2021). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los delitos de opinión que castigan discursos extremos: comentario a la STC 35/2020 y más allá”. *Teoría y Realidad Constitucional*, 47, pp. 411-436.  
<https://doi.org/10.5944/trc.47.2021.30724>.

TERUEL LOZANO, Germán M. (2015). La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 615 pp.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. (2022). Las infracciones administrativas de expresión. QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. y CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. *Derecho penal y libertad de expresión*. Atelier, pp. 181-208.



# La STS 72/2018, de 9 de febrero: ¿Procede un giro de 180 grados en la restricción penal del derecho a la libertad de expresión? <sup>1,2</sup>

STS 72/2018, of february 9: is there a 180 degree turn in the criminal restriction of the right to freedom of expression?

**Pastora García Álvarez**

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla  
prgaralv@upo.es  
ORCID :0000-0002-3278-8491

## Resumen

La nueva redacción recibida por el artículo 510.1 tras la reforma introducida en el Cp español por la LO 1/2015, de 30 de marzo, le otorga un contenido con el que se reabre la vieja polémica de la legitimidad del Derecho penal para limitar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. En la Exposición de Motivos de dicha ley nuestro legislador fundamenta el nuevo tenor de este precepto en la necesidad de ajustar nuestra regulación penal a las exigencias de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, que, considera, no había sido traspuesta de forma adecuada. El objeto de este trabajo es analizar si efectivamente el nuevo tenor literal del artículo 510.1 a) Cp ha de dar lugar al cambio de la línea interpretativa que en dicha sentencia se refleja.

Palabras clave: Discurso del odio; Artículo 510.1.a) Cp español; Decisión Marco 2008/913/JAI.

## Abstract

The new wording received by article 510.1 after the reform introduced in the Spanish Code by LO 1/2015, of March 30, gives it a content with which the old controversy of the legitimacy of criminal law is reopened to limit the exercise of the right to freedom of expression. In the Explanation of Reasons of said law, our legislator bases the new tenor of this precept on the need to adjust our criminal regulation to the requirements of Framework Decision 2008/913/JAI of the Council, of November 28, 2008, which, considers, had not been transposed properly. The purpose of this work is to analyze whether indeed the new literal wording of article 510.1 a) Cp must give rise to the change of the interpretative line that is reflected in said sentence.

Key words: hate speech; Article 510.1.a) Spanish Code; Framework Decision 2008/913/JAI.

<sup>1</sup> Trabajo de investigación realizado en el marco del Grupo Interuniversitario e Interdisciplinario de Investigaciones sobre la Criminalidad (SEJ678) de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla (España) y del Proyecto de Investigación PID2020-117403RB-100 sobre «Criminalidad organizada transnacional y empresas multinacionales ante las vulneraciones a los derechos humanos».

<sup>2</sup> Este trabajo ha sido publicado en su primera versión por la *Revista Direito Público* de Brasilia, (20), 108, 383-407, DOI: 10.11117/rdp.v20i108.7724 | ISSN:2236-1766.

**Cómo citar este trabajo:** García Álvarez, Pastora. (2024). La STS 72/2018, de 9 de febrero: ¿Procede un giro de 180 grados en la restricción penal del derecho a la libertad de expresión?.. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (3), 68–85. <https://doi.org/10.46661/respublica.10269>

Recepción: 07.11.2023

Aceptación: 08.03.2024

Publicación: 13.03.2024

## 1. Introducción

El artículo (art.) 510 se encuentra ubicado en el Capítulo IV del Libro II del Código penal (a partir de ahora Cp), titulado “De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas”, bajo la rúbrica de su Sección primera relativa a “los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución”.

Nos encontramos, pues, con un precepto en el que se castigan conductas que se cometen en el ejercicio de un derecho fundamental. En efecto, algunas de las conductas que se proscriben en este precepto suelen englobarse, desde hace algún tiempo, como conductas relacionadas con el fenómeno llamado del “discurso del odio”<sup>3</sup> (art. 510.1 a y b) y con el del “negacionismo”<sup>4</sup> (art. 510.1 c), conductas todas ellas que si bien podrían quedar englobadas en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, son, por tanto, sancionadas penalmente si se dan ciertos requisitos.

Ahora bien, la limitación por el Derecho penal del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, reconocido en el art. 20

de la Constitución española (CE), con la incriminación de estas conductas, no viene siendo aceptado acriticamente por los autores. Por el contrario, este precepto, desde la incorporación de parte de su contenido en el anterior Cp y, sobre todo, a partir de su redacción tras la aprobación del Cp de 1995, ha sido muy criticado y los autores han propuesto una interpretación restrictiva del mismo, siendo ésta también la tendencia mostrada tradicionalmente por nuestros tribunales.

Sin embargo y a pesar de ello, el legislador penal español, lejos de atender las propuestas doctrinales y acoger las interpretaciones jurisprudenciales habidas hasta la fecha, aprovechó la intensa reforma introducida en este cuerpo normativo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, (por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) (en adelante LO 1/2015) para aumentar en el art. 510 –como en otros muchos preceptos penales- las conductas punibles.

Así, tras su reforma, el art. 510 Cp integrado hasta la fecha por dos apartados, pasa a contar con un total de seis, en los que se castigan diversas conductas<sup>5</sup>: unas de nuevo cuño<sup>6</sup>, alguna que, habiendo sido declarada

---

<sup>3</sup> Sobre cuyo significado iré haciendo puntualizaciones a lo largo de estas páginas.

<sup>4</sup> Usando este término, siguiendo a ALAUSTEY DOBÓN, en sentido amplio, comprendiendo, por tanto, los supuestos de justificación, negación y minimización de los delitos de genocidio, fundamentalmente en el contexto del revisionismo histórico (2016, p. 1).

<sup>5</sup> Así, para empezar, el art. 510 Cp está integrado por dos tipos básicos: el primero, en el apartado 1, con tres modalidades delictivas (a, b y c) y el segundo, en el apartado 2, con dos modalidades delictivas (a y b). A continuación, prevé dos tipos cualificados aplicables a los dos tipos básicos anteriores: el del apartado 3, apreciable cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación que los hagan accesibles a un elevado número de personas; y el del apartado 4, que entrará en consideración caso de que los hechos resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo. Después, el

apartado 5 prevé la imposición adicional de la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre. Y, por último, el apartado 6 dispone, a modo de consecuencia accesoria, la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, etc., estableciendo la retirada de los contenidos y, en los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información se difundan, exclusiva o preponderantemente, los contenidos a que se refiere el apartado anterior, el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.

<sup>6</sup> Es lo que ocurre en la letra b) del art. 510.1 Cp en la que se tipifica, entre otras actividades, la producción, la elaboración o la simple posesión de material idóneo para realizar la conducta prevista en el apartado anterior. El legislador con ello da cumplimiento a la obligación establecida en la letra b) del art. 1 de la Decisión Marco 2008/913 del Consejo, de 28 de

inconstitucional vuelve a incorporarse al Cp<sup>7</sup>, y otras ya existentes que pasan a ser redactadas con mayor amplitud. Entre estas últimas, las encuadrables dentro del denominado discurso del odio, de “provocación al odio y a la discriminación”.

Conductas éstas que, ubicadas hasta la fecha en el que era el primer apartado del art. 510 Cp, pasan a integrar ahora, si bien con distinto tenor, la letra a) del mismo.

El objeto de este trabajo es analizar, específicamente, los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo para castigar estas conductas integrantes del discurso del odio con la finalidad de comprobar si el cambio del tenor de su redacción ha supuesto un cambio en la línea interpretativa habida hasta la fecha.

Para ello es necesario, en primer lugar, evidenciar cuáles son los cambios experimentados por el art. 510.1 Cp en esta materia. Cuestión a la que dedico el epígrafe siguiente.

## **2. El cambio de tenor literal del delito de “provocación al odio y a la discriminación” del Art. 510.1 CP**

Hasta la reforma introducida en la materia por la LO 1/2015, el art. 510.1 Cp disponía lo siguiente:

Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o

---

noviembre (relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal); si bien lo hace, desde mi punto de vista, de forma inadecuada. Para más información, cfr. el análisis de este apartado en GARCÍA ÁLVAREZ, 2018, pp. 165-167.

<sup>7</sup> Es lo que ocurre con la incorporación en este precepto (en el apartado 1, letra c) de la “negación” del genocidio. Modalidad ésta que fue suprimida de la redacción inicial del anterior art. 607.2 Cp, por ser considerada inconstitucional en virtud de la STC 235/2007, de 7 de noviembre. El legislador cambia con ello la ubicación sistemática tradicional del negacionismo del genocidio (art. 607 Cp), añadiéndole

asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

Y, tras dicha reforma, la letra a) del apartado 1 del actual 510 Cp sanciona con pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses, a:

Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a 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.

Si comparamos ambas redacciones, los cambios introducidos en esta materia son evidentes:

la de otros delitos (como los de lesa humanidad -art. 607 bis Cp-, o contra las personas y bienes en caso de conflicto armado -arts. 608 y ss. Cp-), del art. 607.2 Cp, a la sede de los delitos que se cometen con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales, al art. 510.1 Cp, convirtiéndola, de hecho, en una modalidad punible de la incitación a la violencia, al odio o a la discriminación. Por lo que podría parecer, como afirma críticamente Bernal del Castillo, que con esta reforma nuestro legislador lleva “a sus consecuencias lógicas la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre” (2016, pp. 2 y ss.), pero la verdad es que no da traslado a las mismas realmente.

En primer lugar, el verbo rector de la conducta típica deja de ser “provocar”, pasando a ser sustituido por los de “fomentar, promover o incitar”. Comportamientos todos ellos que podrán realizarse tanto de forma directa como indirectamente, si bien necesariamente de forma pública.

En segundo lugar, se añade a la incitación al “odio”, a la “discriminación” y a la “violencia”, la incitación a la “hostilidad”.

En tercer lugar, los destinatarios de estas conductas de fomento, promoción o incitación pueden ser ya no sólo determinados grupos caracterizados por ciertas notas, sino también una parte de los mismos o simplemente una persona integrante de dichos grupos.

En cuarto lugar, se aumentan las notas caracterizadoras del grupo contra el que se fomenta, promueve o incita al odio, la hostilidad, la violencia o la discriminación, pudiendo ser un grupo caracterizado no sólo por los factores diferenciadores preexistentes, sino también por una determinada “identidad sexual” o “género”.

Y, por último, manteniéndose la gravedad de la pena de multa, se incrementa la duración de la pena de prisión con la que se amenaza la realización de este tipo de comportamientos.

Todos estos cambios conllevan indudablemente una ampliación del ámbito de lo penalmente relevante, pero dos de ellos poseen, además, una importancia singular<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Además de que, por otro lado, al incorporar la posibilidad de que los destinatarios de estas incitaciones sean no sólo los grupos, sino también las personas individuales que formen parte de los mismos choca, en mi opinión, con aquellas construcciones que entendían que el anterior art. 510.1 Cp recogía una conducta de “provocación” *sui generis* en la que no se protegían derechos individuales, sino la seguridad existencial de ciertos grupos caracterizados por ciertas notas, apoyándose, precisamente, en que sólo se mencionaban los “grupos” como posibles sujetos pasivos. Postura defendida fundamentalmente por LANDA GOROSTIZA, 1999, p. 239, pp. 346-348, pp. 352-353 y pp. 356-358. Autor que sigue sosteniendo que lo

Me refiero, en primer lugar, a la supresión del verbo “provocar” como verbo rector de la conducta típica. Con la sustitución de este verbo por los de “fomentar, promover o incitar” el legislador elimina el puntal de todas aquellas construcciones que interpretaban el anterior art. 510.1 Cp partiendo de la definición de la provocación como forma de participación intentada en el art. 18.1 Cp.

Y, en segundo lugar, al hecho de que se añada la posibilidad de que a lo que se fomente, promueva o incite no sea más que a conductas “hostiles”; con lo que el legislador recalca que aquello a lo que se fomente, promueva o incite, no tiene que ser algo desaprobado penalmente.

De manera que con estas dos reformas el legislador parece querer cerrar la puerta a todas aquellas interpretaciones que entendían que para que este delito fuera apreciable, el sujeto activo había de provocar a conductas violencias o discriminatorias constitutivas de “delito”<sup>9</sup>.

Interpretaciones que abogaban coherentemente por entender que la provocación al “odio”, en cuanto que éste no es más que una emoción humana, debía quedar fuera del ámbito de lo penalmente relevante<sup>10</sup>.

El que para dotar de contenido a la conducta de “provocación” del art. 510.1 Cp hubiera que acudir a los requisitos necesarios para poder apreciar la “provocación” como forma de participación intentada, o al menos a

que se protege en este precepto, aún tras su reforma, es la seguridad existencia de ciertos colectivos, si bien ahora con ciertos matices (2018, pp. 58 y ss.).

<sup>9</sup> Sostenían que era necesario que el hecho al que se incitara fuera específicamente constitutivo de delito, entre otros, BERNAL DEL CASTILLO, 1998, pp. 76 y ss.; MUÑOZ CONDE, 2002, p. 791; y TAMARIT SUMALLA, 2001, p. 2155.

<sup>10</sup> Ya que, como sostiene TERUEL LOZANO: “resulta censurable castigar penalmente por incitar a actos cuya realización no es en sí misma delictiva” (2015, p. 32).

algunos de ellos, tuvo también reflejo en varias de las decisiones judiciales en las que se planteó la aplicabilidad de este precepto<sup>11</sup>. Entre todas estas decisiones resulta de obligada referencia la STS 259/2011, de 12 de abril, que es, además, la única sentencia que dictaría el Alto Tribunal sobre esta materia antes de la reforma del art. 510 Cp en 2015.

### **3. Aplicación del delito de “provocación al odio y a la discriminación” por el tribunal supremo. La STS 259/2011, de 12 de abril**

A grandes rasgos, no puede decirse que hasta el año 2015 el delito de provocación al odio y a la discriminación del art. 510.1 Cp fuera aplicado de forma profusa por nuestros tribunales. En la mayoría de los casos en los que se barajó su operatividad su aplicación estuvo rodeada de una ardua polémica hasta el punto de que, normalmente, no llegaron a alcanzarse condenas firmes.

Es más, entre las sentencias condenatorias firmes no extraño que la firmeza de la misma

fuera acordada en el propio acto del juicio oral por conformidad de las partes<sup>12</sup>.

Se trata de sentencias en las que el Ministerio Fiscal se avino a solicitar la imposición de una pena de prisión de un año y no se opuso a la solicitud de la suspensión de la condena efectuada por la defensa, por lo que ambas partes, una vez conocido el fallo, renunciaban a su derecho a recurrir. El problema de estas sentencias es que, precisamente por esa conformidad, suelen carecer de una exposición de los fundamentos doctrinales y legales sobre la calificación de los hechos probados, al entenderse que éstos no eran necesarios<sup>13</sup>, lo que hace que el análisis de las mismas carezca de interés.

Con todo esto no quiero decir que este delito no fuera apreciado en absoluto, y que no podamos encontrar sentencias condenatorias con una fundamentación jurídica adecuadamente desarrollada<sup>14</sup>, pero sí es cierto que en alguno de estos pocos supuestos puede incluso cuestionarse que los hechos probados reunieran los requisitos necesarios para ser sancionados penalmente<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> En este sentido pueden verse, entre otras, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de marzo de 2008; de 26 de abril de 2010, la 787/2012, de 29 de junio; o la 104/2013, de 1 de febrero. En la misma línea también: la sentencia 312/2013, de 10 de diciembre, de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares; el Auto de 3 de marzo de 2011 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; o la sentencia 22/2012, de 24 de enero, del Juzgado de lo penal de Vigo.

<sup>12</sup> Es el caso de lo ocurrido, por ejemplo, en las siguientes sentencias: 271/2006, de 16 de noviembre, de la Sección 2ª del Juzgado de lo penal de Lleida; 19 de febrero de 2014 del Juzgado de lo penal nº 7 de Barcelona; 108/2014, de 11 de marzo, del Juzgado de lo penal de Barcelona; 50/2015, de 9 de febrero, de la Sección 3ª del Juzgado de lo penal de Lleida; 277/2015, de 28 de mayo, dictada por la Sección 2ª del Juzgado de lo penal de Barcelona; 366/2015, de 5 de octubre, de la Sección 26ª del Juzgado de lo penal de Barcelona; 442/2015, de 16 de octubre, de la Sección 16ª del Juzgado de lo penal de Barcelona; o en la sentencia de 19 de enero de 2016, de la Sección 1ª del Juzgado de lo penal de Barcelona.

<sup>13</sup> Así puede comprobarse en el Fundamento de Derecho (FD) Primero de la sentencia 366/2015, de 5 de octubre, de la Sección 26ª del Juzgado de lo penal de Barcelona.

<sup>14</sup> Por ejemplo, la sentencia 133/2004, de 2 de abril, dictada por el Juzgado de lo penal nº 2 de Logroño, confirmada por la 351/2004, de 30 de noviembre, de la Audiencia Provincial de la Rioja. O la sentencia de 10 de octubre de 2013, dictada por el Juzgado de lo penal nº 2 bis de Santa Cruz de Tenerife, ratificada por la sentencia 107/2014, de 7 de marzo, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife. Así como la sentencia 273/2016, de 11 de octubre de la Sección 1ª del Juzgado de lo penal nº 1 de Pamplona/Iruña, confirmada por la sentencia 55/2017, de 21 de marzo, de la Audiencia Provincial de Pamplona.

<sup>15</sup> Es lo que considero que ocurre con los hechos objeto de enjuiciamiento en la sentencia de 12 de enero de 2004 del Juzgado de lo penal nº 3 de Barcelona. Sentencia de hecho comentada críticamente por Jericó Ojer, 2005, p. 221.



En cualquier caso, se trata siempre de sentencias condenatorias dictadas por Juzgados de lo penal o por Audiencias Provinciales. La aplicación del delito del art. 510.1 Cp, conforme a su tenor literal anterior, sólo llegó al Tribunal Supremo –como ya he apuntado- en una única ocasión, resultando por ello esencial la fundamentación jurídica de la sentencia dictada en la materia.

El caso en cuestión es el conocido como caso de la “Librería Kalki”. En él se juzgaba a varias personas por redactar, editar y distribuir, a través de dicha librería, textos con los que se atacaba a distintos colectivos caracterizados por ciertas notas diferenciadoras: discapacitados, extranjeros, negros, magrebíes, judíos u homosexuales.

Inicialmente, la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia 892/2009, de 7 de octubre, dictó sentencia condenatoria sancionando a los acusados, además de por los delitos de los arts. 607.2 (difusión de ideas genocidas) y 515 Cp (asociación ilícita), por el del 510.1 Cp.

Por lo que se refiere a este último delito, la Audiencia sustentó la condena en tres pilares:

Uno: en la consideración del delito del art. 510.1 Cp como un delito de peligro abstracto en el que se castiga la conducta de provocar a la discriminación, al odio o a la violencia, sin que ésta tenga que llevarse a cabo a través de medio concreto alguno, ni siquiera –específica–, con publicidad (FJ Tercero).

Dos: en la decisión mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en su sentencia de 8 de julio de 1999 (caso Ergogdu & Ince c. Turquía) –a la que se remite–, en virtud de la cual el derecho a la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado “discurso del odio”, entendiendo por tal el “desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los

ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular”<sup>16</sup>.

Tres: en que considera acreditado que este lenguaje del odio o discurso del odio que, conforme a la sentencia del TEDH citada no estaría cubierto por el derecho a la libertad de expresión, quedaba patente en multitud de las expresiones contenidas en las publicaciones difundidas a través de la editorial en cuestión.

Los tres condenados por la SAP 892/2009, de 7 de octubre, recurrieron el fallo condenatorio ante el Tribunal Supremo por entender, en lo que al delito del art. 510.1 Cp se refiere, que éste había sido aplicado indebidamente al considerar que no se cumplían las exigencias de la provocación, como incitación directa, a la que se refiere el art. 18.1 Cp.

El Tribunal Supremo terminaría dándoles la razón absolviéndoles de este delito. El órgano judicial en esta sentencia parte de la premisa de que la utilización del término “provocación” para describir la conducta típica en el art. 510.1 Cp lleva a sostener que es preciso que se cumplan los requisitos del art. 18, si bien con la salvedad de que el hecho al que se provoque sea constitutivo de delito.

Exigencia que entiende queda impedida por la tipicidad de la provocación al odio, término con el que se está haciendo referencia a un sentimiento o emoción cuya mera existencia no es delictiva.

Ahora bien, sostiene que para poder apreciar este delito es imprescindible, en cualquier caso, que la conducta consista en una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo.

Exigencia esta última que consideró no quedaba acreditada en la descripción

---

<sup>16</sup> Cursivas añadidas.

contenida en el relato fáctico de los hechos objeto de enjuiciamiento y ello a pesar de que las opiniones vertidas en los textos distribuidos contuvieran “conceptos negativos respecto de determinados grupos étnicos, o ideas positivas sobre otros que resultan excluyentes de los demás, radicadas sobre bases que consideraremos erróneas desde la perspectiva de la dignidad del hombre y de la vigencia de los Derechos Humanos” (FD Primero, incisos 2, 3 y 12).

El que el Tribunal Supremo entendiera imprescindible de cara a la apreciación de este delito el que la conducta debía implicar si no la incitación a hechos constitutivos de delitos, sí, al menos, una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados, obedece a que sigue la línea mantenida por nuestro Tribunal Constitucional<sup>17</sup> sobre la admisibilidad de la incriminación penal de conductas que entrañen una restricción del derecho a la libertad de expresión. Cuestión ésta en la que las ideas claves son las siguientes:

-“La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que, ..., nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político” (FD primero, inciso 7). “(A)unque sean siempre frontalmente rechazables, los contenidos negativos de (...) ideas o doctrinas basadas en la discriminación o la marginación de

determinados grupos y sus integrantes como tales, no conducen necesariamente a que la respuesta se configure penalmente en todo caso, debiendo quedar reservada la sanción penal (...) para los ataques más graves, considerando tanto el resultado de lesión como el peligro creado para los bienes jurídicos que se trata de proteger” (FD Primero, inciso 1).- “(P)ara que el bien jurídico protegido pudiera verse afectado a causa de la difusión de esta clase de ideas o doctrinas, sería preciso que el autor acudiera a medios que no sólo facilitaran la publicidad y el acceso de terceros, que pudieran alcanzar a un mayor número de personas, o que lo hicieran más intensamente, sino que, además, pudieran por las características de la difusión o del contenido del mensaje, mover sus sentimientos primero y su conducta después, en una dirección peligrosa para aquellos bienes” (FD Primero, inciso 8).

De manera que en esta sentencia nuestro Tribunal Supremo deja claro que no siendo sancionable penalmente la mera transmisión de ideas, el delito del apartado 1 del art. 510 Cp requería para su apreciación de dos elementos: que la conducta entrañase una incitación directa a la realización de actos de violencia o discriminación, o al desarrollo de un sentimiento colectivo de odio hacia los grupos en él indicados; y que la conducta, en atención a su concreta forma y contexto de realización, conllevase un peligro cierto para los bienes jurídicos implicados al ser efectivamente adecuada para provocar actos de discriminación o violencia o para engendrar el odio.

<sup>17</sup> Cfr. entre otras, la STC 214/1991, de 11 de noviembre; la STC 178/1995, de 11 de diciembre; la STC

174/2006, de 5 de junio y, fundamentalmente, la STC 235/2007, de 7 de noviembre.

Por lo que puede concluirse que nuestro Tribunal Supremo no admitía que el art. 510.1 Cp permitiera castigar de forma automática cualquier conducta de las susceptibles de ser englobadas bajo la rúbrica de “discurso del odio”.

#### **4. La jurisprudencia del tribunal supremo sobre el delito de “provocación<sup>18</sup> al odio y a la discriminación” tras la reforma del art. 510 Cp por la LO 1/2015**

Mientras que el Tribunal Supremo sólo tuvo una oportunidad de pronunciarse sobre la aplicabilidad del delito de “provocación al odio y a la discriminación” en los veinte años transcurridos entre la aprobación del Cp actual y la reforma de 2015; en estos ocho últimos años podemos encontrar tres<sup>19</sup> sentencias sobre el mismo. Sentencias todas ellas a las que paso a referirme de forma individualizada a continuación.

##### **A) La STS 72/2018, de 9 de febrero, como punto de inflexión**

En esta ocasión el pronunciamiento del Tribunal Supremo constituye la respuesta al

recurso de casación que se interpuso contra la sentencia 2/2017, de 26 de enero, dictada por la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional.

Los hechos, acaecidos durante los meses de diciembre de 2015 y enero de 2016, fueron enjuiciados por la Audiencia Nacional porque al acusado se le imputaba junto a un delito de incitación al odio del art. 510.1 Cp, un delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 Cp.

Los hechos probados fueron los siguientes: el acusado disponía de dos cuentas en la red social Twitter, en las que, además de colgar expresiones con las que alababa el terrorismo yihadista, colgaba también comentarios denigrando al colectivo de mujeres por el hecho de serlo y expresiones con las que, en consideración de este órgano judicial, estimulaba la afrenta y el ataque físico contra éstas.

Dejando de lado los hechos relativos al delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 Cp, la Audiencia Nacional entendió (FD Segundo) que los comentarios vertidos por el acusado contra las mujeres integraban el delito del art. 510.1. letra a) Cp por “rezumar”

---

<sup>18</sup> Mantengo el uso del verbo provocar en esta rúbrica porque, coincidiendo con CÁMARA ARROYO, considero que, en realidad, la desvinculación entre la provocación y los verbos que se emplean en la redacción actual de este precepto para señalar la conducta típica, no es absoluta en términos lingüísticos (2017, p. 204).

<sup>19</sup> En realidad, hay otras dos sentencias del Tribunal Supremo sobre la materia, pero ambas escapan de nuestro objeto de estudio. La primera, la STS 1023/2021, de 17 de enero de 2022. Los hechos denunciados consistían en la publicación en la red social Twitter de una serie de contenidos vejatorios respecto del accidente que sufrió un menor que falleció como consecuencia de la caída a un pozo de prospección en 2019. La acusación particular solicitaba en casación, frente al sobreseimiento libre de la causa acordado por la Audiencia Provincial de Madrid (Auto 843/2019, de 21 de noviembre de 2019), que los hechos fueran condenados por el delito contra la integridad moral del art. 173 Cp y por el delito del art. 510.1, letra a). El Tribunal Supremo, discrepando del sobreseimiento inicial, entendió que los hechos si bien eran constitutivos del delito del art. 173 Cp, no podían

ser sancionados con arreglo al art. 510 Cp. En ella se entiende –correctamente– que era imposible vincular los mensajes emitidos a ningún grupo caracterizado por nota diferenciadora alguna de los que en él se señalan. Con lo que quedaba fuera de toda reflexión la necesidad de ponderar en este supuesto el derecho a la libertad de expresión frente a los derechos de la víctima. Algo similar ocurre en la STS 252/2023, de 11 de abril. En ella se juzgó a varias personas que, tras conocer la noticia del brutal asesinato en la provincia de Teruel de dos agentes de la Guardia Civil mientras se encontraban realizando las funciones propias de su cargo, suscribieron en redes sociales diversos comentarios en los que se alegran de lo sucedido, comparando los asesinatos de los guardias civiles con la muerte de heroinómanos o deseando que los terroristas los mataran con bombas. En ella se rechazó la posibilidad de apreciar el 510.1 Cp por entender que ni los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado en general, ni la Guardia Civil en particular, se encuentran entre los grupos vulnerables objeto de proyección por parte del mencionado precepto. Criterio que también comparto.

discriminación hacia la mujer (ya que, en ellos, partiendo de una ubicación de la mujer en situación de desventaja respecto del hombre, la denigraba)<sup>20</sup> y por revelar “hostilidad” contra ella.

Esto último porque el acusado, tras contabilizar las muertes de mujeres por conductas de violencia de género, mostraba su deseo de que la cifra se duplicara con frases como éstas: “53 asesinadas por violencia de género machista en lo que va de año, pocas me parecen con la de putas que hay sueltas” y “2015 finalizará con 56 asesinadas, no es una buena marca, pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos esa cifra”.

Una vez recurrida en casación (nº de recurso 583/2017) el Tribunal Supremo dicta la sentencia 72/2018, de 9 de febrero, en la que, estimando parcialmente el recurso del condenado, le absuelve del delito de enaltecimiento del terrorismo (lo que escapa a mi objeto de estudio), manteniendo la condena por el delito de incitación al odio (FD Único).

La argumentación es la siguiente (FD Único):

Por su parte, el art. 510 Cp sanciona a quienes fomentan promueven la discriminación, el odio o la violencia contra grupos o asociaciones por distintos motivos que son recogidos, en el precepto. El elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica. Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en el

mensaje con un contenido propio del “discurso del odio”, que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad.

Es decir, consideró que en cuanto en dichos Convenios Internacionales el discurso del odio es antijurídico per se, “sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio”, para que se diera el tipo penal bastaba con la constatación “de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio” pues –sostiene– “esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación”<sup>21</sup>.

La diferencia entre esta fundamentación y la seguida en la STS 259/2011, de 12 de abril, es sustancial.

Si recordamos, el Tribunal Supremo en la STS 259/2011, entendía que para poder apreciar el delito de provocación al odio la conducta debía consistir, cuando menos, en una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pudiera predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos; mientras que ahora se entiende suficiente con que la conducta sea encuadrable en la expresión “discurso del odio” al considerar que esto ya implica que se tratará de una conducta que “provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación”.

Con esta identificación el Tribunal Supremo coincide ciertamente con los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en algunas de sus

<sup>20</sup> Con frases como éstas: “Beatriz era feminista, y se tiró al río porque las mujeres se mojan por la igualdad” “a mí me gusta follar contra la encimera y los fogones, porque pongo a la mujer en su sitio por parte doble”; y porque colocando la foto de una mujer, respecto a la que no consta si fue víctima del maltrato de violencia,

añadía el lema “ya la he maltratado tú eres la siguiente”.

<sup>21</sup> Además, como tales expresiones fueron vertidas a través de internet, el Tribunal Supremo estimó que procedía la apreciación del tipo cualificado del apartado 3 de este delito.

sentencias<sup>22</sup>, según las cuales la libertad de expresión no puede dar cobertura al llamado “discurso del odio”, de modo que cualquier conducta encuadrable en tal categoría automáticamente quedaría fuera del ejercicio de este derecho.

El problema es que, para empezar, no hay un concepto unánime de “discurso de odio”.

Es cierto que si acudimos al concepto de “discurso del odio” ofrecido por la Recomendación (1997) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, éste queda integrado por “toda forma de expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia expresada mediante el nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante”.

Ahora bien, más recientemente, la Comisión europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa, en su Recomendación sobre Política general n.º 15 relativa a la lucha contra el discurso del odio, precisamente reconociendo que no existe un concepto unánime de “discurso del odio” en los distintos países europeos, ha tratado también de delimitar qué conductas han de ser incluíbles en su seno como tal<sup>23</sup>.

Es más, la ECRI puntualiza que los actos constitutivos de discurso de odio se caracterizan por tres elementos esenciales<sup>24</sup> —lo que podría llevar a un concepto más acotado que el ofrecido por la Recomendación (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el discurso de odio—, pero si bien reconoce que —en algunos casos— uno de los rasgos característicos del uso del discurso de odio es que puede tener la intención de incitar<sup>25</sup> a

---

<sup>22</sup> Pueden consultarse, por ejemplo, las siguientes, SSTEDH de 8 de julio de 1999, *Erdogdu e Ince* contra Turquía; de 4 de diciembre de 2003, *Gündüz* contra Turquía; y de 6 de julio de 2006, *Erbakan* contra Turquía.

<sup>23</sup> Eso le ha llevado a definir el “discurso del odio” en los siguientes términos: “El discurso de odio a efectos de la Recomendación debe entenderse como el uso de una o más formas de expresión específicas -por ejemplo, la defensa, promoción o instigación al odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones- basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual”

<sup>24</sup> Que son los siguientes: 1. El fomento, promoción o instigación en cualquiera de sus formas, al odio, la humillación o el menosprecio, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza; 2. uso que no solo tiene por objeto incitar a que se cometan actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, sino también actos que cabe esperar razonablemente que produzcan tal efecto; y 3. los motivos que van más allá de la raza,

color, idioma, religión o creencias, nacionalidad, origen étnico o nacional y ascendencia.

<sup>25</sup> Considera que se da el elemento de incitación tanto si existe una intención clara de cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación; como si existe un riesgo inminente de que tales hechos se produzcan. Y, por otra parte, para evaluar si existe o no el riesgo de que se produzcan estos actos señala que han de tenerse en cuenta las circunstancias específicas en las que se utiliza el discurso de odio. Concretamente: (a) el contexto en el que se utiliza el discurso de odio en cuestión especialmente si ya existen tensiones graves relacionadas con este discurso en la sociedad); (b) la capacidad que tiene la persona que emplea el discurso de odio para ejercer influencia sobre los demás (con motivo de ser por ejemplo un líder político, religioso de una comunidad); (c) la naturaleza y contundencia del lenguaje empleado (si es provocativo y directo, si utiliza información engañosa, difusión de estereotipos negativos y estigmatización, o si es capaz por otros medios de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación); (d) el contexto de los comentarios específicos (si son un hecho aislado o reiterado, o si se puede considerar que se equilibra con otras expresiones pronunciadas por la misma persona o por otras, especialmente durante el debate); (e) el medio utilizado (si puede o no provocar una respuesta inmediata de la audiencia como en un acto público en directo); y (f) la naturaleza de la

otros a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a quienes va dirigido, finalmente sostiene que no tiene necesariamente por qué ser así<sup>26</sup>.

Por lo que, en resumidas cuentas, de acuerdo con esta Recomendación el “discurso de odio” lo conforman, nuevamente, distintas formas de expresión dirigidas contra una persona o grupo de personas por motivo de sus características personales o estado.

Eso sí, se reconoce que la respuesta a dichas expresiones no tiene por qué ser, en todo caso, una sanción penal. Y aquí es donde reside la clave.

Entiendo que de la definición ofrecida por la ECRI del “discurso del odio” deben deducirse dos dimensiones: una social, “cuando se trate de un mensaje de carácter público o privado que pretenda fomentar, promover o instigar el odio y la intolerancia como sentimientos o ideologías y cuya prevención y reproche debe partir de las instituciones educativas, la responsabilidad social e implicación ciudadana, la autorregulación de las instituciones privadas y públicas, el Derecho civil y administrativo, etc.”; y otra penal<sup>27/28</sup>.

Partiendo de esta premisa, no podemos olvidar: primero, que, conforme a nuestra doctrina constitucional sobre las restricciones del derecho fundamental a la libertad de expresión a través del Derecho penal, sólo se pueden castigar penalmente aquellas conductas que entrañen una limitación al mismo cuando con la realización de las mismas se afecte a otros bienes jurídicos, pero

no en caso contrario (STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ Sexto). Y segundo, que conforme al principio de lesividad y de intervención mínima del Derecho penal no se puede castigar penalmente conducta alguna que no entrañe lesión o un mínimo de peligro para el bien jurídico protegido en el precepto de que se trate.

Lo que ocurre en la sentencia de 2018 es que nuestro Tribunal Supremo lleva a cabo una errónea identificación entre dos realidades que, aunque próximas, no son en puridad coincidentes: me refiero a las englobadas bajo las expresiones de “delito de odio” y “discurso de odio”. No todas las conductas reconducibles a la segunda de las categorías pueden ni deben ser entendidas penalmente relevantes ya que ello entrañaría una restricción de la libertad de expresión inadmisibles conforme a nuestra doctrina constitucional en la materia.

En efecto, si acudimos a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, comprobamos que también en ella se admite que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado discurso del odio, pero puntualiza que entiende por tal “aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular”. Es decir, no cualquier conducta de las encuadrables como discurso del odio en la Recomendación citada.

Luego, como los comentarios del acusado “deseando” la muerte de más mujeres no constituyen en realidad ni una incitación directa a la violencia contra ellas, ni tampoco

---

audiencia (si tiene o no los medios para o si es propensa o susceptible de mezclarse en actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación).

<sup>26</sup> Literalmente dispone: “la Recomendación va más allá al reconocer (también en el apartado 18 de la GPR n.º 7 en lo que se refiere al derecho penal) que la intención de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación no es imprescindible para esta forma grave de discurso de odio”.

<sup>27</sup> Planteamiento en el que coincido con CÁMARA ARROYO, 2017, p. 164.

<sup>28</sup> Por lo que también coincido con CÁMARA ARROYO cuando sostiene que la equivalencia entre ambos términos, —discurso del odio (como mensaje de odio) y delito de odio— sólo “será cierta en los supuestos de delitos de odio en su modalidad de «delitos de expresión» (2017, p. 154).



un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación contra las mismas, el art. 510.1a) no debería haber sido apreciado en este caso<sup>29</sup>.

La argumentación mantenida por nuestro Tribunal Supremo en la sentencia 72/2018, de 9 de febrero, ha sido criticada también por otros autores<sup>30</sup>. Y podemos encontrar también alguna resolución posterior sobre esta materia en la que –en la misma línea que aquí se defiende– se señala que “... la mera difusión de ideas, por sí sola, nunca puede constituir delito” ya que –y continúa– “.

En otro caso, se produciría la sanción penal sin concurrir lesión ni puesta en peligro de bien jurídico alguno, ante la simple posibilidad de que alguien pudiera ser convencido por el discurso de modo que pudiera acomodar su conducta futura al mismo” (cfr. Auto de 8 de septiembre de 2017, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia, FJ Tercero)<sup>31</sup>.

En cualquier caso, el cambio interpretativo del Tribunal Supremo materializado en la STS 72/2018, de 9 de febrero parece ser avalado posteriormente por la Fiscalía General del Estado español en la Circular 7/2019, de 14 de

mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 Cp a la que me remito<sup>32</sup>; y es seguido por el Tribunal Supremo en otras sentencias posteriores, a las que paso a referirme a continuación.

## **B) La STS 675/2020, de 11 de diciembre**

El Tribunal Supremo con esta sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto contra la 702/2018, de 8 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Los hechos objeto de enjuiciamiento tuvieron lugar en el año 2010 durante un concierto en el que se interpretaron canciones con trasfondo común de supremacía de la raza blanca.

La Audiencia apreció el delito del art. 510.1. a) Cp al entender acreditada la finalidad de extender el odio y la violencia como consecuencia de la xenofobia y el antisemitismo que las canciones interpretadas durante el concierto implicaban, provocando y propagando dichos sentimientos entre los asistentes.

Los condenados<sup>33</sup> recurren en casación, entre otros motivos, por considerar que no les era

---

<sup>29</sup> Para más información, GARCÍA ÁLVAREZ, 2018, pp. 163 y ss.

<sup>30</sup> Si bien con una argumentación diferente a la aquí sostenida. Es el caso de LANDA GOROSTIZA quien cuestiona que la conducta realizada por el acusado pudiera constituir realmente una incitación capaz de mover voluntades, ya que, como señala este autor, ni el contexto, ni el número de tweets vertidos, ni el escaso número de seguidores (250), ponen de manifiesto un gran potencial incitador (cfr. 2018, p. 98). En consideración de este autor, esta conducta podría haberse ubicado mejor, en su caso, en el 510.2, párrafo b), (ob cit., p. 99).

<sup>31</sup> Por ello, coherentemente, en este Auto se sostiene respecto a la conducta típica del número primero del art. 510 Cp, que la provocación “debe dirigirse a la discriminación o a la violencia que ha de entenderse en sentido estricto destinada a la realización de determinados delitos contra grupos o asociaciones por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su

origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía. Asimismo, cuando la provocación va dirigida al odio ha de interpretarse en un sentido restrictivo como actitud de rechazo irracional concretada, en todo caso, mediante una incitación directa siempre y cuando se pretenda materializar una conducta constitutiva de delito”.

<sup>32</sup> Cfr. Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal.

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771) (última consulta 07/10/2023). Puede verse también el análisis que efectuó sobre la misma en GARCÍA ÁLVAREZ, 2021, pp. 1 y ss.

<sup>33</sup> Que fueron, por un lado, el autor de las letras y vocalista, así como el líder y miembro permanente del grupo que era el que colgaba los contenidos de la página oficial de Facebook. Y por otro, los directores de la empresa encargada de la edición y distribución del

aplicable el delito del art. 510.1 Cp al entender que sus conductas quedaban amparadas por el derecho al ejercicio de la libertad de expresión y por infracción del principio de irretroactividad de la ley penal ya que se les había condenado por el art. 510 con el tenor literal que éste adquiere tras su reforma por la LO 1/2015, cuando los hechos tuvieron lugar en el año 2010.

Empezando por la segunda de las cuestiones, el Tribunal Supremo reconoce que en el momento de los hechos no estaba en vigor el tenor literal otorgado al art. 510 por la LO 1/2015, pero sostiene que ésta no supuso una modificación tan relevante como para entender que con su nueva redacción las conductas enjuiciadas dejaran de tener relevancia penal; por lo que las considera perfectamente reconducibles a este precepto conforme a su tenor anterior.

También reconoce que, en la aplicación de este delito conforme a su tenor anterior, era fundamental la interpretación que se dio al término "provocación" conforme a la cual se le vinculaba con los requisitos exigidos para la provocación como forma de participación intentada, exigiéndose en particular, que mediara una incitación directa a la perpetración de un delito.

Sin embargo, y a pesar de ello, concluye que en cuanto que este delito «constituye uno de los instrumentos penales dirigidos a combatir lo que es conocido como "discurso del odio" cumpliendo así con las obligaciones internacionales y especialmente con la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, ..., no hay razón que lleve a una interpretación que quede condicionada por la definición de provocación para delinquir que da nuestro CP en su art. 18 CP».

Lo anterior le lleva a sostener que «estamos ante una idea de provocación propia, que, entendida desde una concepción vulgar,

como la que podemos encontrar en el Diccionario de RAE,... se identificaría como "incitar inducir a uno a que ejecute una cosa"».

De manera que entiende como indiferente el que la provocación, que podría ser llevada a cabo mediante «cualquier forma de expresión que difunda, induzca, incite, favorezca, facilite o promueva la violencia, el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier otro tipo de discriminación basada en la intolerancia», sea «directa o indirecta».

Afirmado lo anterior, el Tribunal Supremo considera que la clave para poder aplicar este delito «no es entrar en disquisiciones sobre si la provocación ha de ser directa o indirecta, adjetivos cuyos contornos no siempre no están claros, sino (en) precisar la eficacia de esa provocación, esto es, si es capaz de incitar al odio, la violencia o la discriminación, porque, si esto es así, el delito, como de riesgo abstracto que es, quedará consumado».

Y continúa: «Dicho de otro modo, se considere directa o indirecta la incitación, lo que se ha de valorar es si encierra alguna suerte de provocación al tipo de violencia que se define en el art. 510, en cuanto que con ello resulte afectada la esencia de la dignidad de la persona, fundamento del orden político y la paz social, según el art. 10.1 CE, porque, si esto es así, queda inserta y se ha de considerar como una manifestación del "discurso del odio"».

Y sobre el delito del art. 510.1 Cp puntualiza que es un delito de peligro abstracto, potencial, que únicamente exige para su consumación dos elementos: uno objetivo, como es la emisión o difusión del mensaje provocador, discriminatorio, de odio, violento a los efectos que el mismo contempla; y otro subjetivo, como es la voluntad de emitirlo pese a ser conocedor del peligro que conlleve el mensaje que se difunde, siendo suficiente

---

material discográfico del grupo, así como de la venta de todo tipo de merchandising.

con que la conducta desplegada *resulte idónea para incitar a la actividad discriminatoria que requiere el tipo.*

Dicho todo lo cual, confirma la condena al cantante y al líder del grupo por el delito del art. 510.1 Cp por considerar que las letras de las canciones interpretadas eran, objetivamente consideradas, ofensivas, ultrajantes, violentas, de claro sesgo discriminatorio por razones raciales e ideológicos y, por tanto, de contenido provocador<sup>34</sup>.

Entendiendo además que en esta ocasión y aunque no fuera necesario para la apreciación del delito, la provocación había surtido efecto, ya que el público del concierto profirió las frases de "Sieg Heil, Sieg Heil, Sieg Heil", o "Jon libertad", pidiendo la libertad de un individuo condenado a 26 años de prisión por un asesinato cometido por motivos ideológicos. Con una argumentación similar confirma también la condena por este delito de los gestores de las entidades dedicadas a la edición y distribución del material de significado y contenido vejatorio, atendiendo al peligro que considera inherente al mensaje que emitían con su actividad.

En resumidas cuentas, en esta ocasión el Tribunal Supremo considera que el riesgo potencial que exige el delito del art. 510.1 Cp queda integrado automáticamente con la transmisión de mensajes radicales de los que integran el "discurso del odio" entendido en sentido amplio.

Pero esta conclusión no es la adecuada si sostiene que el delito del art. 510.1 Cp está configurado como delito de peligro hipotético. En efecto, en tal caso no puede ser suficiente para su apreciación el que se viertan unas expresiones de las que se

"presume" su carácter provocador, sino que debería haber acreditado que esas manifestaciones entrañaban -en el caso concreto- la idoneidad suficiente como para afectar al bien jurídico protegido en este delito; cosa que el Tribunal Supremo no hace.

Y que desde luego no creo pueda darse por cumplida por el dato de que los asistentes al concierto profirieran la frase del «saludo a la victoria» utilizada con frecuencia en la Alemania del Tercer Reich en los encuentros políticos ni porque solicitaran la puesta en libertad de un condenado.

En segundo lugar, no puedo compartir su conclusión de que sea irrelevante el que la provocación que entrañen los comportamientos juzgados sea de carácter "directo" o "indirecto"; ni siquiera acudiendo a la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo a la que responde, según se indica en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, el vigente tenor literal del art. 510.1 Cp.

Las razones son las siguientes: Primero, en esta Decisión Marco no se dice que la incitación que haya de ser penalmente relevante pueda ser tanto la que se realiza de forma "directa" como la que se realice de forma "indirecta".

De hecho, la Decisión Marco delimita su propio ámbito de intervención a la "lucha contra formas particularmente graves de racismo y de xenofobia mediante el Derecho penal"<sup>35</sup>.

Segundo, esta Decisión Marco ofrecía a los Estados firmantes la posibilidad de optar por castigar, de entre las conductas de "incitación

<sup>34</sup> Efecto provocador que considera incrementado por el hecho de que las conductas fueron llevadas a cabo no sólo con publicidad y con la mayor expansión que supone el que se emitieran en un concierto sino también porque fueron después difundidas por las redes sociales. El concierto fue registrado y publicado en internet en vídeos independientes para cada

canción interpretada, en un total de quince vídeos que fueron alojados en el canal de youtube accesible a todo usuario de internet.

<sup>35</sup> Lo que se exige que se castigue es estrictamente la "incitación pública a la violencia o al odio" (art. 1.1.a).

pública a la violencia y al odio<sup>36</sup>, únicamente aquellas 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 (art. 1.2).

Y, por último, reconoce que “(D)ado que las tradiciones culturales y jurídicas de los Estados miembros difieren, en cierta medida, especialmente en este ámbito, la plena armonización del Derecho penal no es posible en la actualidad”.

Luego, las previsiones de la Decisión Marco invocadas para fundamentar la condena por el art. 510.1.a) Cp no justifican per se la redacción de este precepto, ni llevan precisamente a que lo que haya de hacerse sea ni una interpretación extensiva del mismo (más bien todo lo contrario), al igual que tampoco dan cobertura a una interpretación que quiebre con nuestra “tradiciones jurídicas y culturales”; que es precisamente lo que hace nuestro Tribunal Supremo en esta sentencia.

Por lo que considero que la argumentación mantenida por el Tribunal Supremo en este caso, tampoco es de recibo..

### **C) La STS 675/2020, de 19 de mayo**

En esta sentencia el Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto contra la 223/2020, de 24 de julio, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (por el que se desestimaba el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia 132/2020, de

2 de marzo, de la Audiencia Provincial de Madrid)<sup>37</sup>.

Y lo hace, como vamos a ver, de una forma impecable.

Según se hace constar en ella como hechos probados, el acusado, convertido al islamismo, había creado varios perfiles en Facebook a través de los cuales daba publicidad a su conversión a aquella religión y exteriorizaba públicamente la superioridad de la misma no sólo respecto a las demás religiones sino también en relación a otras ramas del Islam. Al mismo tiempo, utilizaba tales perfiles para comunicar y promover sentimientos de repulsión, intolerancia y discriminación hacia determinados colectivos y personas integrantes de los mismos.

En esta sentencia el Tribunal Supremo empieza por reconocer que el Derecho penal no puede impedir que el ciudadano odie y que “el mandato imperativo ínsito en la norma penal no puede concebirse con tal elasticidad que conduzca a prohibir sentimientos” (FJ 2.1). Acude al carácter fragmentario del Derecho penal o su consideración como ultima ratio para avalar la necesidad de reservar la sanción penal para las acciones más graves.

Lo que le lleva a rechazar correctamente que cualquier mensaje inaceptable o que provoque el rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía deba ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Que, como acabo de indicar en la nota anterior, son las únicas que solicita a los Estados firmantes que eleven a delito.

<sup>37</sup> Sentencia de la Audiencia por la que se entendió que los hechos enjuiciados eran constitutivos de un delito contra los derechos fundamentales del art. 510.1 a) y 3 Cp con la siguiente argumentación (FD Tercero): “La gravedad de la conducta del acusado ha generado la creación de un peligro aún de momento abstracto para los colectivos a que se refiere que llegan a lo intolerable y rebasa con mucho el alcance de la libertad de expresión pues no se trata de la expresión de un simple opinión o mero resentimiento sino la de un odio que

busca el enfrentamiento y la ruptura de la convivencia mediante el uso de violencia extrema como es incluso el de acabar con la vida de los integrantes de determinados grupos identificados por su religión, sexo, ideas políticas etc. En tal medida ha de excluirse totalmente que su conducta este amparada por derecho constitucional alguno”.

<sup>38</sup> Por lo que sostiene lo siguiente: “Entre el odio que incita a la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal

Además, reconoce acertadamente que no hay un único significado de la expresión “discurso del odio” cuyo contenido, afirma, está directamente condicionado por la experiencia histórica de cada Estado (FJ. 2.1).

Por lo que señala que en el caso objeto de enjuiciamiento habría de analizarse, tal como exige nuestra doctrina constitucional, si la expresión de las ideas vertidas y las circunstancias concurrentes constituía el ejercicio legítimo lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión o, por el contrario, atentaba contra los derechos y la dignidad de las personas a que se refiere (FJ 2.3).

A continuación, de forma coherente con las declaraciones anteriores, sostiene que si bien el art. 510.1 Cp no es un delito de resultado, «Estamos ante un delito en el que, desde luego, "... debe exigirse para considerar legítima la sanción penal, además de la difusión de ideas, que ello implique una incitación o una provocación al odio a determinados grupos que se detallan en el precepto, de manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de violencia, odio o discriminación<sup>39</sup> contra aquellos grupos o sus integrantes como tales».

Por lo que procede a analizar el contenido de las expresiones vertidas. Análisis tras el cual declara lo siguiente:

- «No se trata ya de afirmaciones sólo censurables por la corteza de sus vocablos, capaz de herir la sensibilidad de sus hipotéticos destinatarios. (...), al menos en dos ocasiones se ofrece a aquél que pueda proporcionarle armas: "...ya sabéis donde estoy, un arma, información, no me importa acabar muerto o en la cárcel si es tratando de asesinar faxas”.

Y en otro momento dice: “Si consigues armamento/ te ayudo a matar faxas”».

- «No hablamos, por tanto, del uso de una red social como simple vehículo para exteriorizar una opinión más o menos hiriente, ofensiva o vejatoria. Algunos de los pasajes subrayados - por sí solos o interrelacionados con el resto- reflejan que el mensaje que se difunde, filtrado por el odio, invita a la acción, a la violencia, a la lucha armada. (...) no sólo incita a otros, sino que se ofrece como primer agresor de aquellos a los que desprecia por su ideología, su género, su orientación sexual o su origen nacional».

- «La Sala no puede amparar ese discurso de odio encadenado, que invita a los usuarios de la red a sumarse a la violencia y que sugiere golpear a las mujeres como modelo de convivencia».

Por lo que, constatado todo lo anterior, desestima el recurso de casación y confirma la condena por el art. 510.1.a) y 3 Cp.

En esta ocasión, como podemos comprobar, nuestro Tribunal Supremo concilia sin problema alguno el vigente tenor literal de la letra a) del art. 510.1 Cp con la argumentación constitucional sobre la restricción al ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión.

No admite, por tanto, que cualquier comportamiento reconducible a la expresión “discurso del odio”, por mucho que ésta quede fuera del ámbito del derecho a la libertad de expresión, tenga por qué dar lugar automáticamente a la exigencia de responsabilidad penal.

Por otra parte, efectúa una interpretación del delito del art. 510.1.a) Cp acorde con el principio de intervención mínima que debe presidir la intervención del Derecho penal, entendiéndolo como un delito de peligro hipotético. Y partiendo de esta consideración,

---

con el argumento de que todo lo que no es acogible en la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo”.

<sup>39</sup> Cursivas añadidas.

no le dota de contenido dando por supuesto el carácter provocador de las expresiones vertidas por muy execrables que éstas sean, sino que lleva a cabo un análisis de las mismas atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

De manera que sólo concluye la relevancia penal de los hechos enjuiciados tras constatar que efectivamente constituyeron un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que podía concretarse en actos específicos de violencia, odio o discriminación contra los grupos que el mismo se refiere. Razonamiento que comparto en todos sus extremos.

## 5. Conclusiones

En la letra a) del art. 510.1 Cp se castigan una serie de conductas que entrañan una limitación del ejercicio al derecho de libertad de expresión.

La restricción del derecho a la libertad de expresión a través del Derecho penal con la incriminación de conductas reconducibles al fenómeno del “discurso del odio” no es algo que haya sido aceptado pacíficamente.

Hasta la reforma de este precepto por la LO 1/2015, tanto la doctrina como la jurisprudencia de los tribunales españoles abogaban de forma mayoritaria por una interpretación restrictiva del mismo.

A tal efecto resultaba clave el verbo rector “provocar” empleado por el legislador para señalar la conducta típica prevista en el que era el primer apartado de este artículo, así como también la doctrina constitucional sobre los requisitos para que la restricción del ejercicio del derecho a la libertad de expresión por el Derecho penal pudiera entenderse como legítima.

Tras su reforma en el año 2015 y la consiguiente desaparición del verbo “provocar”, se constata una tendencia a dar por superada las anteriores interpretaciones restrictivas, así como a entender que todo comportamiento reconducible a la expresión “discurso del odio”, que el TEDH declara en

todo caso fuera del ejercicio de la libertad de expresión, es automáticamente sancionable por este precepto.

Ésta es la propuesta que se materializa en la STS 72/2018, de 9 de febrero y que defiende la Fiscalía General del Estado español en la Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 Cp.

Sin embargo, el vigente tenor literal del apartado a) del art. 510.1 Cp, que carece de sustento real en la Decisión Marco a la que responde, no debe ser interpretado de manera que vulnere nuestra doctrina constitucional tradicional sobre los requisitos exigidos para admitir la restricción del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, ni los principios limitadores de nuestro Derecho penal.

La STS 488/2022, de 19 de mayo, es una prueba de que esto no es correcto ni necesario y de que, por tanto, la línea interpretativa iniciada por el Tribunal Supremo en su sentencia 72/2018, de 9 de febrero, no debe ser entendida como el único camino, ni el más adecuado a seguir en la materia.

## Referencias

- ALAUSTEY DOBÓN, Carmen. (2016). Discurso de odio y negacionismo en la reforma del Código penal de 2015. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 18, pp. 1-38.
- BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. (1998). *La discriminación en el Derecho penal*. Comares.
- BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. (2016). La justificación y enaltecimiento del genocidio en la Reforma del Código Penal de 2015, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, nº 2, pp. 1-22.
- CÁMARA ARROYO, Sergio. (2017). El concepto de delito 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 7, Fasc/Mes 1, pp. 139-225.

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. (2018). La restricción del derecho a la libertad de expresión por el Derecho penal: el artículo 510.1 del Código penal y las conductas relacionadas con el fenómeno del “discurso del odio”. Evolución y aplicabilidad. En DEL CARPIO DELGADO, Juana/García Álvarez, Pastora (coord.). Derecho penal: la espada y el escudo de los derechos humanos. Tirant lo Blanch, pp. 125-182.

El artículo 510.1.a) del Código Penal a la luz de 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, La Ley penal, nº 151, pp. 1-25, 2021.

JERICÓ OJER, Leticia. (2005). ¿Debe ser delito la provocación a la discriminación a la violencia, o al odio contra grupos por motivos de sexo, raza u otros? El ejemplo español, Revista de Derecho, nº 10. <https://doi.org/10.5377/derecho.v0i10.1539>

LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena. (1999). La intervención penal frente a la xenofobia: problemática general con especial referencia al "delito de provocación" del artículo 510, Bilbao: Universidad del País Vasco, Servicio Editorial.

LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena. (2018). Los delitos de odio. Tirant lo Blanch.

MUÑOZ CONDE, Francisco. (2002). Derecho penal. Parte Especial. Tirant lo Blanch, 14ª ed.

TAMARIT SUMALLA, Josep Maria. (2002). De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), Comentarios al nuevo Código penal. Aranzadi, 2ª ed, pp. 2151-2235.

TERUEL LOZANO, Germán. (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: Revista para el análisis del Derecho, nº 4, pp. 1-51.



# La incidencia constitucional de los delitos de odio a la libertad de expresión en la delimitación y limitación

The constitutional impact of hate crimes on freedom of expression in the delimitation and limitation of freedom of expression.

**Amir Al Hasani Maturano**

Universidad de las Islas Baleares

amir.alh@uib.es

0000-0002-2322-5419

## Resumen

Este texto trata sobre el establecimiento actual de límites al ejercicio de la libertad de expresión mediante el discurso del odio. No obstante, se concluye la preocupación por la incidencia restrictiva a este derecho fundamental a través de los delitos de odio. Se presenta de inicio la relevancia institucional y preferente de la libertad de expresión, para posteriormente atender a la incidencia que esta viviendo por falta de criterios claros.

Palabras clave: libertad de expresión; discurso del odio; delimitación; delitos de odio.

## Abstract

This text deals with the current establishment of limits to the exercise of freedom of expression through hate speech. However, it concludes with a concern for the restrictive incidence of this fundamental right through hate crimes. To begin with, the institutional and preferential relevance of freedom of expression is presented, to later address the incidence it is experiencing due to a lack of clear criteria.

Key words: freedom of expression; hate speech; delimitation; hate crimes.

**Cómo citar este trabajo:** Al Hasani Maturano, Amir. (2024). Delitos de odio, de actos de odio, y causas invisibilizadas. Vinicius y otros casos con problemas en su calificación jurídica. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (3), 86–95. <https://doi.org/10.46661/respublica.9576>

**Recepción:** 01.02.2024

**Aceptación:** 29.02.2024

**Publicación:** 13.03.2024



Este trabajo se publica bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional.

## 1. Introducción

El establecimiento de límites constitucionales al ejercicio de la libertad de expresión no es un problema reciente, sino que es un tema clásico desde el desarrollo del Estado constitucional.

Ahora bien, la relevancia y preocupación con los discursos del odio ha llevado a poner el foco en la posible incidencia restrictiva en la libertad de expresión.

Puesto que, determinadas expresiones y manifestaciones que se presentan en la comunicación como discurso del odio son amparables por el ejercicio legítimo de la libertad de expresión; o a la inversa, algunos sí actúan como límite a la libertad de expresión.

De modo preferente, la aplicación judicial del principio de proporcionalidad sigue siendo el criterio para resolver los hipotéticos conflictos que surgen. A pesar de que existen otros principios.

El problema principal surge cuando la evolución jurisprudencial en el ámbito europeo y nacional ha derivado en una expansión del derecho penal. En parte, tras la incorporación en el ordenamiento jurídico nacional de tipos penales específico que incriminan este tipo de discursos. Todo ello, con el soporte inicial en la Decisión marco 2008/913/JAI. Y, como veremos, en una regulación jurídica continuista a la misma.

Lógicamente la pugna entre libertad y seguridad es una nota básica de cualquier democracia, de ahí, que deban convivir la autodeterminación del individuo junto al respeto de la dignidad del resto de individuos.

Todo ello, conlleva serias dudas en cuanto a la legitimidad constitucional de los delitos de odio, en particular. En esencia, la compatibilidad de los discursos del odio con la libertad de expresión. Y con ello, *vivamos* en

una esfera pública y libre, aunque comprometida con otros valores esenciales como la dignidad, tolerancia y pluralidad.

No con ello deben permitirse cualquier tipo de discurso que dañe a ciertos colectivos o alienten directamente a realizar violencia. Sin embargo, una banalización del discurso del odio no puede causar un mayor daño a las libertades públicas. Por ese y otros motivos, la especificación de criterios jurídicos que permitan delimitar el discurso del odio conducen a una democracia constitucional abierta.

## 2. La relevancia institucional de la libertad de expresión como derecho fundamental supuestos

No olvidemos que la libertad de expresión es un derecho fundamental esencial<sup>1</sup> y, preferente en muchas ocasiones. Por ello, la esencia de la tolerancia implica que en una sociedad reconocido como abierta, se incorporen discursos: malsonantes, odiosos, hirientes; en determinadas situaciones.

Además, la respuesta penal debería quedar relegada a los casos excepcionales e imprescindibles para una defensa de un bien jurídico protegido, y evitando en la medida de lo posible un efecto desaliento al legítimo ejercicio de la libertad de expresión. Pues sin la existencia de una opinión pública libre no se constituirá una garantía institucional hacia otros derechos de participación política. La libertad de expresión será una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al sistema democrático (Holgado González, 2022, 3).

Ya en los inicios de la jurisprudencia norteamericana, se exigía una idoneidad en el contenido del mensaje y los efectos nocivos. Un peligro claro e inminente. Incluso en los orígenes de la STEDH conocida *Handyside c.*

---

<sup>1</sup> “la libertad de expresión es considerada -con razón- una de las señas de identidad de una sociedad democrática sana y robusta” (Coleman, 2018, 25).

*Reino Unido*, se amparaba a determinadas ideas que chocan, inquietan y ofenden. Esto es, la libertad de expresión no solo ampara las ideas o informaciones inofensivas o que resultan acogidas favorablemente, sino aquellas que importunan. Ya que las primeras, no acuden -con normalidad- a la protección para articular un discurso o expresión.

Como aportó Milton en su obra *Areopagítica*, el individuo debe discernir en condiciones de libertad, con un libre intercambio de opiniones.

Por otra parte, existen dudas expuestas por la doctrina mayoritaria, en cuestionarse si realmente las leyes penales que recogen los delitos de odio encajan con los principios penales y con los principios del estado democrático de derecho. Reiteramos la función de *última ratio* del orden jurídico penal y su ajuste al orden constitucional.

Se ha puesto de relieve que en un estado democrático las libertades de expresión e información están ligadas inescindiblemente a la idea de pluralismo político. Por ese motivo, como anota Revenga Sánchez (2015, 17), cualquier debate sobre el contenido o limitaciones a la libertad de expresión terminan en una discusión sobre la propia justificación de la democracia. Al igual, el constitucionalismo se proyecta en la limitación de los poderes públicos y la consideración de esferas de autonomía garantizadas por las normas.

En síntesis, la libertad de expresión tiene una trascendencia o relevancia institucional<sup>2</sup> a otros derechos y bienes constitucionales que le otorga en muchas ocasiones, un carácter preferente.

Así con ello, la difusión de ideas y opiniones deben ser libres sin ninguna restricción por parte del Estado (Solozábal Echavarría, 1991,

---

<sup>2</sup> Tal como apunta Holgado (2022, 4), “esta dimensión objetiva o institucional ha jugado un papel ambivalente, pues en sentido diametralmente opuesto ha servido también para descalificar como ejercicio de la libertad de expresión determinados discursos que se

93). Es decir, la garantía de una comunicación pública libre sin la cual quedaría vacío de contenido otros derechos fundamentales y el principio democrático.

### **3. El discurso del odio como límite a la libertad de expresión**

La libertad de expresión se ha caracterizado y se caracteriza por ser un derecho que molesta al poder. Ya en el primitivo caso *Handyside c. Reino Unido*, el TEDH<sup>3</sup> consideraba que la libertad de expresión no se aplica solo a ideas inofensivas o indiferentes, sino aquellas que ofenden o perturban.

Sin embargo, la tolerancia y la dignidad no solo reside en el amparo de la libertad de expresión, sino en el respeto hacia otros derechos o bienes constitucionales. Por lo tanto, determinadas formas de expresión que justifiquen o propaguen el odio basado en la intolerancia deben sancionarse. En especial, cuando no pertenecen a una esfera del discurso político ni artístico (Al Hasani Maturano, 2023, 83-145). Asimismo, como reconoce Cabellos Espiérrez, (2022, 39):

“la progresiva limitación del ámbito de actuación de la libertad de expresión genera paulatinamente como efecto una sociedad pronta al victimismo y a sentirse ofendida”.

Un balance difícil a escoger, entre la libertad de expresión, de un lado, y la igualdad y dignidad humana, de otro. ¿Cuál hace más fuerte a una democracia?

Las dimensiones de la libertad de expresión como derecho fundamental conllevan: su posición en el ordenamiento jurídico -estatuto básico libertad-; la vinculación de los poderes públicos; y, la no disposición del legislador del contenido esencial de la libertad de expresión. La determinación hasta dónde llega el

ha considerado que no contribuían a la formación de una opinión pública libre (libertad positiva)”.

<sup>3</sup> Para las limitaciones al art.10 CEDH, vid. López Guerra, (2021, 238).

ejercicio legítimo de la libertad de expresión y cuándo se rebasa la línea que señala que se está lesionando otro derecho o un bien jurídico constitucionalmente relevante requiere, lógicamente, de un examen caso por caso que planteará no pocas dificultades. Junto a ello, como apunta Cabellos Espiérrez (2022, 15) se suma a que puede que no esté dentro del campo estrictamente al ejercicio de la libertad -una extralimitación- pero que no posea la gravedad para la justificación de acudir a una sanción penal.

En cierto modo, los límites admisibles a la libertad de expresión se legitiman para favorecer al individuo o la comunidad. Ya que los límites serían admisibles para tutelar otros bienes jurídicos constitucionales reconocidos directa e indirectamente dentro del propio texto constitucional (Aguar de Luque, 1993).

Por ese motivo, los principios del Derecho Penal configuran un límite general al legislador penal, en esa idea de la tutela de bienes jurídicos. En consecuencia, los insultos, el lenguaje injurioso, el discurso del odio; tal vez, en determinadas ocasiones, acarreen un límite a las opiniones libres.

No existen derechos ilimitados ni absolutos. Así pues, el límite al ejercicio de la libertad de expresión supondrá una modulación que afectará a sus facultades y garantías. Y se justificará, en la propia necesidad<sup>4</sup> de proteger otros derechos y bienes jurídicos protegidos por la Constitución. Por supuesto, con la atención a la previsión del art.10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación a los límites que estipula.

El propio carácter abierto de los preceptos constitucionales, entre los que se ubica la libertad de expresión, conduce a la necesidad de un desarrollo legislativo. Con todo, el legislador estará sujeto a la CE, y, por ello, regula o limita las condiciones del ejercicio, si

bien, respetando el contenido esencial del derecho fundamental.

El discurso del odio no aparece como un límite literal, ni en el art.20.4 CE ni en el art. 10.2 CEDH. Se conceptúa al discurso del odio como: aquellas conductas expresivas que contienen humillación y desprecio hacia grupos diana (odio intolerante); también, las conductas de incitación pública a la violencia; y, la apología o negación flagrante de genocidios. Ahora bien, el propio art.20.4 CE menciona el respeto a los derechos reconocidos en el Título I, incluyéndose aquí la no discriminación y la dignidad, entre otros derechos fundamentales.

Por ende, se faculta a la legislación penal la recepción de los discursos del odio como límites al ejercicio de la libertad de expresión. Dado que el derecho penal opera para el favorecimiento del ejercicio de derecho a costa de limitar otros. Por otro parte, las cláusulas limitadoras del art.10.2 CEDH como son: la seguridad nacional, la prevención del delito y la protección de los derechos ajenos o la moral; pueden ajustarse a cualidades de la protección penal mediante los discursos del odio.

Sin obviar, otros límites implícitos en la Constitución para preservar otros bienes o derechos constitucionales.

En resumen, sin entrar en mayor detalle, la metodología de una teoría general de los derechos fundamentales con una consideración de la dimensión institucional de la libertad de expresión, llevará a limitar a la misma y aplicar determinados criterios de ponderación cuando entre en conflicto con otros derechos fundamentales. La protección penal con la tipología de los discursos del odio será una medida limitadora a la libertad de expresión.

Aunque, como veremos sucesivamente, esa medida limitadora debe estar justificada y ser

---

<sup>4</sup> Considera que la limitación de un derecho fundamental debe ser proporcionada a la finalidad

objetivamente perseguida por la norma que limita (Aguar de Luque, 1993, 30).

razonable para cumplir con el fin establecido. Y, el test de proporcionalidad -no exclusivo- facilita ese examen. Se desarrolla un juicio sobre las medidas limitadoras, por si vulneran las normas constitucionales.

No resta que la legitimidad constitucional de los castigos penales de los discursos del odio, deba valorarse en la cuestión del bien jurídico a proteger. Como se ha dicho, se debe proponer un bien jurídico que sea respetuoso o compatible con la libertad de expresión, en una vocación abierta del ordenamiento constitucional.

En este punto, De Pablo Serrano y Tapia Ballesteros (2017) analizan las cuestiones del bien jurídico y abogan por el derecho a la igualdad y a no ser discriminado. Ya que, se encuentran con varios problemas. El primero de ellos, es que tanto la dignidad como el honor son concepciones con dimensión individualista.

Además, la dignidad como bien jurídico es algo abstracto y difuso; y, el honor no carece de suficiente peso. Estos<sup>5</sup> y otros autores, abogan por pivotar sobre el bien jurídico igualdad y derecho a no ser discriminado. Del mismo modo, la profesora Laurenzo Copello (2021) los integra en el catálogo de delitos antidiscriminatorios. Ya que implica un menosprecio o una profundización en la marginación de determinados colectivos, negando la igualdad humana.

La protección por parte de los tipos penales (discurso del odio) de los arts. 510 y 578 del CP se centrarán en que la incitación al odio o la violencia no contribuyen a la introducción de cuestiones de interés en el libre mercado de las ideas. Sino al contrario, facultarán la intimidación e imposición por un lenguaje violento. Entre otros problemas, la expansión

penal como la actual, debe considerar la vigencia de los derechos fundamentales.

Por ejemplo, no tendrá una misma justificación, si la restricción a una manifestación se incluye en el ámbito del discurso político o refiere a una cuestión privada; o si el contexto se enmarca en una actividad artística, o a una actividad personal. No será lo mismo una expresión contra un colectivo o grupo vulnerable, que contra una institución<sup>6</sup>.

Ya que, la intervención estatal se justifica ante discursos de odio discriminatorios (Tapia Ballesteros, 2021, 313), en el propio mandato constitucional dirigido a los poderes públicos para asegurar que la igualdad de los individuos sea real y efectiva; y en el derecho fundamental a la no discriminación del art.14 CE.

#### **4. ¿Qué se entiende por discurso del odio y delito de odio?**

Los discursos del odio provienen de la expresión hate speech de la doctrina jurídica norteamericana. Este término no resulta exclusivo a expresiones escritas sino también actos simbólicos o símbolos.

A grandes rasgos, agrupa distintas expresiones que contienen desprecio y humillación. Aunque como reconoce Laurenzo Copello (2021, 257), el término se ha convertido en un cajón de sastre en el que cabe cualquier conducta que venga condicionada por un sentimiento de animadversión del autor.

En nuestro ámbito se origina -y da paso a los delitos de odio- esencialmente, a partir de las Recomendaciones de Política General núm.7. sobre la legislación nacional para combatir el

<sup>5</sup> Consideran que tendría un componente individual pero también una dimensión colectiva que refuerza la antijuridicidad del comportamiento (De Pablo Serrano y Tapia Ballesteros, 2017).

<sup>6</sup> "Su aplicación, sin embargo, no ha estado libre de polémica, por cuanto en algunas ocasiones se ha banalizado o trivializado el concepto de discurso del

odio, desconectándolo de su finalidad antidiscriminatoria y protectora de los grupos vulnerables, para extenderlo a la protección de instituciones como la Monarquía o la bandera" (Holgado González, 2022, 21).



racismo y la discriminación racial; junto a la Recomendación general núm. 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) y de su memorándum explicativo. Tras una anterior Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal.

Por tanto, en vistas a la lucha contra el racismo se reconoce a los estados miembros la posibilidad de penalizar cualquier instigación, ayuda, incitación o tentativa de cometer delitos contemplados en sus apartados.

Además, la mencionada Recomendación núm.15 conceptualiza el concepto de discurso de odio, “como fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones” variadas. Igualmente, afirma que “puede adoptar la forma de negación, trivialización, justificación o condonación públicas de los delitos de genocidio, los delitos de lesa humanidad o delitos en caso de conflicto armado..., o el enaltecimiento de las personas condenadas por haberlos cometido”.

Más importante, recuerda “que el discurso de odio puede tener por objeto incitar a otras personas a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a quienes van dirigidas, o cabe esperar razonablemente que produzca tal efecto, y que ello constituye una forma de expresión especialmente grave”.

De este modo, se recomendó una actuación adecuada por parte de los estados miembros contra el uso en público de discurso de odio

que quepa suponer razonablemente que va a tener el efecto de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación. Con medidas lo menos restrictivas y eficaces al respeto de la libertad de expresión.

Como apuntó Alustey Dobón, (2016, 34) el legislador creó con el nuevo art.510 CP unos tipos penales que se situó en las antípodas de las pautas y reclamaciones doctrinales. Y, ni cumplió con los compromisos internacionales ni se ajustaba a la doctrina sentada en aquel momento por el Tribunal Constitucional.

El problema principal surge con la banalización en la práctica judicial del concepto de discurso del odio. Además de la identificación del discurso de odio con el delito de odio. No todo hate speech será directamente hate crime. Lo que inconscientemente lleva a tratar siempre el problema con una respuesta penal.

Fue con la Recomendación nº (97) 20 del Comité de Ministros, cuando el término discurso de odio se definía<sup>7</sup> como: toda “forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo y etnocentrismo agresivo, y de discriminación y hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante” (Traducción propia del original).

Con ello, sirvió de base jurídica para la modificación y regulación de los delitos de odio en el Código Penal español.

Así pues, se castiga las conductas de incitación pública a la violencia o al odio y su propagación contra un grupo de personas o un miembro del grupo; la apología o negación

---

<sup>7</sup> Consideramos que se propuso una definición amplia de las formas de expresión pública (Al Hasani Maturano, 2023, 159).

flagrante de crímenes de genocidio o contra la humanidad.

Como apunta Coleman (2018, 27-30), la terminología acuñada en la Comisión y Consejo de Europa resulta imprecisa y con una carga de subjetividad. En línea a la mayoría de autores, no evidencia una definición legal que cumpla con los criterios constitucionales. Puesto que, muchos discursos molestos u ofensivos no siempre tienden a la provocación de una violencia, ni incitan al odio. O ni tan siquiera cumple con la definición de la categoría del discurso del odio en sentido estricto.

Nos referimos a expresiones dirigidas contra una persona integrante de un grupo social especialmente vulnerable por determinadas características; con la intencionalidad directa y con un contenido ofensivo hacia las características significativas del grupo.

## 5. Conclusiones

Como se ha puesto de relieve, la censura del discurso causa un daño a la libertad de expresión, y en última instancia a la democracia. En el voto particular de jueces del TEDH, en el caso Féret c. Bélgica ya se avisó que los conceptos de insulto, ofensa y odio no han sido bien delimitados ni precisados en las leyes penales. Por ejemplo, apuntamos que las “restricciones mediante leyes penales contra el discurso de odio deberán fundamentarse en incitaciones a la violencia inminente y no violencia potencial hipotética” (Al Hasani Maturano, 2023, 162). Y como las convicciones influyen en lo que realmente consideramos peligroso o no. Lo que lleva a la extensión de cualquier discurso de odio a considerarlo como delito de odio.

La determinación hasta dónde llega el ejercicio legítimo de la libertad de expresión y cuándo se lesiona otro derecho o bien jurídico constitucionalmente relevante, lleva un análisis en profundidad caso por caso.

A ello se suma, la respuesta “aun cuando no se esté dentro del campo estrictamente perteneciente al ejercicio legítimo de aquella

libertad, puede que se haya producido una extralimitación del mismo que no posea una dimensión y gravedad tales como para justificar el recurso a la sanción penal” (Cabellos Espiérrez, 2022, 15).

La ampliación en los Tribunales del discurso del odio en los últimos años, tras la doctrina mantenida en el Caso Féret c. Bélgica del TEDH, de 16 de julio de 2009, resulta manifiesta. En especial, tras la declaración en la misma y en otras sentencias posteriores, de que la incitación al odio no requiere ningún acto violento. Esto es, se apunta a que la incitación no requiere un llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo.

Así pues, cualquier frase injuriosa o humillante se excluye del derecho a la libertad de expresión. Se equiparará el odio con la mera intolerancia. Lo que ha supuesto una crítica firme por parte de la mayoría de la doctrina, tildando esta posición como una banalización del discurso del odio.

Lógicamente, la prevención de formas de expresión que propaguen, que inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia será importante para las sociedades democráticas. En cierta medida, para el TEDH el criterio de incitación es menos relevante si los mensajes odiosos se dirigen contra grupos vulnerables que sufren discriminación. De ahí, el rechazo a la doctrina del *clear and present danger* (Valero Heredia, 2017, 331). A saber, no será necesario una incitación directa a la violencia.

La dimensión institucional de la libertad de expresión (positiva) ha sido utilizada para considerar que aquellos discursos que no contribuyen a la formación de una esfera pública libre deben suprimirse. Comoquiera, se observa que la jurisprudencia reciente acoge una concepción de opinión pública libre que excluye directamente todo lo que no contribuya a un debate político o cuestión de interés público.

Este criterio, como remarca Cabellos Espiérrez (2022, 40): “puede dejar fuera en la práctica muy variadas formas de expresión y supeditar

totalmente la libertad de expresión al ámbito de la participación política, acaparando la dimensión institucional de dicha libertad todo el contenido de esta negándole su vertiente de autonomía personal”. Términos como el de “necesidad” o “existen otras alternativas comunicativas” llevarán al sometimiento de prueba imposible a quien demande la libertad de expresión. Una expansión de cualquier manifestación o expresión que moleste o sea de mal gusto.

De modo similar, Teruel Lozano (2021, 415) advierte de ese riesgo de funcionalización de la libertad. La consecuencia de exclusión automática de mensajes que no contribuyan a la formación de la opinión pública libre.

Además, en el plano judicial, se visualiza ese abuso a incorporar extensivamente las expresiones ofensivas como discurso del odio, y sirviendo como criterio de delimitación negativa del derecho fundamental.

En este sentido, Alcácer Guirao (2018, 6) afirma que la jurisprudencia se ha valido de la carga peyorativa del término de cara a justificar esa restricción de la libertad de expresión. Así, afirma: “Esa maniobra de prestidigitación conceptual se lleva a cabo a partir del vaciamiento del concepto, excluyendo esa dimensión antidiscriminatoria e identificando <discurso de odio> con la mera manifestación general de hostilidad” (Alcácer Guirao, 2018, 8).

Y con esa técnica se excluye *a limine* la conducta expresiva del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión. No se analizan otras cuestiones, como el efecto desaliento.

Los límites a la libertad de expresión deben superar el juicio previo de adecuación y el posterior juicio de proporcionalidad, de cara a la valoración de los bienes en conflicto y la lesividad de esa conducta que necesariamente debe restringirse. A pesar de que el legislador diseñara un delito de peligro abstracto hipotético. Bastaría así, un peligro de aptitud para justificar esa intervención penal.

Esto se observa significativamente en el art.578 CP, cuando los Tribunales reconocían delictivo aquellas manifestaciones enaltecedoras que crean un caldo de cultivo o una atmósfera proclive a acciones terroristas, la antesala del delito mismo. Sin embargo, como anota Teruel Lozano (2021, 432), con la STC 35/2020 se realiza una relectura del delito apologético. El reproche comienza a justificarse mediante su peligrosidad y los aspectos del caso (contenido, efectos del mensaje, receptores, etc.). Supuso un gran avance, que los discursos apologéticos se midan por la intencionalidad instigatoria y por el carácter incitador idóneo para generar un peligro cierto.

No existen respuestas fáciles, aunque coincidimos con Teruel Lozano (2018, 42) en que “se hace necesario perfilar con más precisión los cánones y criterios abstractos que definen los límites de la libertad de expresión precisamente para dotar de un mayor espacio para su ejercicio”.

Por otro lado, como bien apunta Gordon Benito (2023, 648-650), la identificación del contenido esencial de la libertad de expresión por parte de los Tribunales resulta aconsejable y debe realizarse antes del planteamiento de encaje a un tipo penal. Lo que evitaría el vaciamiento de contenido del derecho fundamental y las incongruencias entre los pronunciamientos.

Además no parece suficiente que se despoje de cobertura constitucional por una lesión a otros bienes constitucionales, sin el complemento de la ponderación.

Pues no cabe duda que, la sanción penal, a través de los delitos de odio, en los órganos judiciales deberían mantener un concepto unitario del discurso del odio (Roig Torres, 2020, 82-83). La conversión en un cajón de sastre que de cobijo a cualquier forma de intolerancia no representa una intervención mínima penal.

En esa línea apunta Landa Gorostiza (2021, 77-78): “sólo propuestas que retomen la perspectiva colectiva del daño y que se

centren en ir construyendo criterios claros pero restrictivos de delimitación por grupos de sujetos pasivos (grupos diana), podrán ayudar a racionalizar una deriva interpretativa que, de lo contrario, puede acabar convirtiendo a los delitos de odio en una suerte de contraprograma de lo que debería ser el derecho penal del hecho en un Estado de Libertades.

Si se impone una visión individualista del daño, como nudo refuerzo penal del principio de igualdad, no haremos sino multiplicar las penas por los hechos en atención al foro interno”.

## Referencias

- AGUIAR DE LUQUE, Luis. (1993). “Los límites de los derechos fundamentales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº14, pp. 9-34.
- ALCACER GUIRAO, Rafael. (2018). “Opiniones Constitucionales”, en *InDret*, 1/2018, pp. 1-39.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. (2020). *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Marcial Pons.
- AL HASANI MATURANO, Amir. (2023). *Discurso del odio y libertad de expresión. Análisis del ámbito político y artístico*, Aranzadi.
- ALONSO, Lucia, y VÁZQUEZ, Victor Javier. (dirs.), (2017). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica.
- ALUESTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> Carmen., (2016). Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº.18, pp. 1-38.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel. (2022). “¿Un problema de metodología? las dificultades de la jurisprudencia constitucional para enjuiciar con pautas estables el castigo de formas y discursos potencialmente lesivos de reivindicación, crítica o protesta”, en *Revista de Derecho Político*, n.º 113, enero-abril, pp. 13-43.
- <https://doi.org/10.5944/rdp.113.2022.33556>
- CANCIO MELIÁ, Manuel, y DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto. (2019). *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal*, Aranzadi.
- COLEMAN, Paul. (2018). *La censura maquillada. Cómo las leyes contra el discurso del odio amenazan la libertad de expresión*, Dykinson. <https://doi.org/10.2307/j.ctv9hvtjv>
- CUERDA ARNAU, María Luisa. (2020). “Libertad de expresión y crítica política a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Teoría&derecho*, nº13, pp. 215-231.
- DE PABLO SERRANO, Alejandro. (2017). “Límites jurídico-penales del discurso (puro) del odio. Sociedad del desprecio y discurso del odio”. En Alonso, L.; Vázquez, V.J. (dirs.): *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, pp. 145-160.
- DE PABLO SERRANO, Alejandro, y TAPIA BALLESTEROS, Patricia. (2017). “Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal”, en *Diario La Ley*, nº 8911.
- GORDON BENITO, Iñigo. (2023). *Delitos de odio y ciberodio. Una revisión acerca de las posibilidades de filtrado penal del discurso a través de los arts. 22.4 y 510.3 CP*, Tirant lo Blanch.
- HOLGADO GONZÁLEZ, María. (2022). “Libertad de expresión y discurso político intolerante”, en *Revista de estudios jurídicos*, nº 22, pp. 1-28. <https://doi.org/10.17561/rej.n22.7429>
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena. (2021). “El delito de incitación al odio (artículo 510 cp): quo vadis”, en *Azafea. Revista filosofía*, 23, pp. 57-81. <https://doi.org/10.14201/azafea2021235781>
- LÓPEZ GUERRA, Luis. (2021). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Según la*

- jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Tirant lo Blanch. 333.  
<https://doi.org/10.18042/cepc/redc.110.11>
- MILL, Stuart. (1984). *Sobre la libertad*, Alianza Editorial.
- MILTON, John. (2005). *Aeropagítica*, FCE.
- REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. (2015). “Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?” en Revenga Sánchez, M. (dir.): *Libertad de expresión y discursos de odio, Cuadernos de la Cátedra Democracia y Derechos Humanos*, 12, pp.15-32.
- ROIG TORRES, Margarita. (2020). *Delimitación entre libertad de expresión y discurso del odio*, Tirant lo Blanch.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. (1991). “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista española de derecho constitucional*, nº32, pp. 73-114.
- TAPIA BALLESTEROS, Patricia. (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”, en *Política Criminal*, vol. 16, nº 31 (junio), pp. 284-320. <https://doi.org/10.4067/S0718-33992021000100284>
- TERUEL LOZANO, Germán Manuel. (2018). “Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 114, pp. 13-45. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc114.01>
- TERUEL LOZANO, Germán Manuel. (2021). “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los delitos de opinión que castigan discursos extremos: comentario a la STC35/2020 y más allá”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 47, pp. 411-436. <https://doi.org/10.5944/trc.47.2021.30724>
- VALERO HEREDIA, Ana. (2017). “Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº110, pp. 305-



# El discurso de odio y la protección de derechos fundamentales. Un análisis de su efectividad e impacto en el ámbito laboral

Hate speech and the protection of fundamental rights. Analysis of the impact on society and the workplace from a legal perspective

**Miriam Judit Gómez Romero**

UCAM Universidad Católica de Murcia

mjgomez@ucam.edu

ORCID 0000-0002-4733-6295

## Resumen

El discurso de odio tiene una intención discriminatoria que se dirige a una persona o a un colectivo que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad frente al resto, este es el caso de los migrantes, refugiados y demandantes de asilo que sufren sistemáticamente este tipo de comportamientos. En los últimos años se ha registrado un aumento de los discursos de odio en todas las esferas de la vida cotidiana y también en la esfera pública. El artículo analiza los instrumentos legales que existen a nivel internacional, regional y nacional centrándose en las lagunas y barreras que obstaculizan una efectiva protección de los derechos fundamentales de las personas migrantes en España. Se analizan así diferentes situaciones reales de personas migrantes en España y otras que no siendo migrantes pertenecen a colectivos vulnerables y que son claros ejemplos de discriminación por razón de nacionalidad, etnia, raza o contexto cultural, se observan y apuntan diversas conductas susceptibles de ser calificadas como delitos de odio haciendo una referencia al impacto del discurso de odio en las relaciones laborales.

**Palabras clave:** Delito de odio, Discurso de odio, Discriminación, Migrantes.

## Abstract

Hate speech has a discriminatory intention and occurs against groups or people who are in a situation of greater vulnerability compared to the rest, this is the case of migrants, refugees and asylum seekers who systematically suffer this type of behavior. In recent years there has been an increase in hate speech in all spheres of daily life and also in the public sphere. This paper analyzes the legal instruments that exist at the international, regional and national level, focusing on the gaps and barriers that hinder effective protection of the fundamental rights of migrants in Spain. Also, the paper analyzes real situations of migrants in Spain and other clear examples of discrimination due to nationality, ethnicity, race or cultural context that may be classified. Paying special attention to the impact of hate speech in the workplace.

**Key words:** Hate crime, Hate speech, Discrimination, Migrants.

**Cómo citar este trabajo:** Gómez Romero, Miriam Judit. (2024). El discurso de odio y la protección de derechos fundamentales. Un análisis de su efectividad e impacto en el ámbito laboral. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (3), 96-107. <https://doi.org/10.46661/respublica.9547>

**Recepción:** 16.01.2024

**Aceptación:** 23.02.2024

**Publicación:** 13.03.2024



Este trabajo se publica bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional.



## **1 Introducción**

No encontramos una línea definitoria decisiva de los delitos de odio, entre otras acepciones podemos definirlos como manifestaciones violentas que suponen no solo un impacto directo para la víctima o víctimas sino también para el grupo directo a las que las mismas pertenecen. En los últimos años hemos asistido a una acentuación del discurso del odio en algunos países, este estudio se centrará en los países europeos con especial atención a la situación y legislación española.

Es una realidad que los delitos de odio se suceden a lo largo y ancho del globo, sin embargo, encontramos algunos estados en los que no se recogen datos, la razón principal suele ser que estos países no cuentan con una recogida eficaz de los mismos que muestre la existencia de los delitos de odio.

La problemática deriva en graves violaciones de derechos fundamentales que, de no encontrar las adecuadas formas de actuación, dan lugar a la división de sociedades, a la creación de guetos, al aumento generalizado de la violencia, a una tendencia xenófoba y racista en las aulas, y en definitiva a la degeneración y división de la sociedad.

Desafortunadamente, en los últimos años, estamos asistiendo a un crecimiento generalizado del discurso del odio en Europa y en España y es inminente la necesidad de un análisis que sirva como base y ayude a colmar eficazmente todas y cada una de las lagunas que actualmente encuentran los instrumentos legislativos prestando especial atención a las causas que generan el aumento de esta conducta y a las barreras que impiden la protección real y efectiva de las personas o grupos de personas en situación de vulnerabilidad.

En este ámbito y junto con la regulación de los delitos de odio en nuestro sistema jurídico penal, es importante la formación desde las escuelas, institutos de educación superior, universidades y otros centros a la formación de actores tan importantes y vinculados como lo son los jueces, los fiscales, la policía y las

fuerzas de seguridad a fin de que entiendan, prevengan y actúen de manera eficaz.

## **2 El discurso de odio y la protección de la igualdad de trato y no discriminación.**

No existe un consenso internacional limitado sobre cómo definir los delitos de odio. Para algunos, el delito de odio es cualquier conducta delictiva motivada por el odio contra identidades o comunidades o minorías protegidas. Para otros, los delitos de odio captan todos los comportamientos maliciosos motivados por el odio, que van desde comportamientos regulados por el derecho penal, derecho civil o no regulados (Chakraborti, 2014). Esta definición se superpone con lo que a menudo se definen como incidentes de odio, es decir, todos los comportamientos maliciosos motivados por odio que caen por debajo del umbral de la criminalidad.

Cualquiera que sea la forma en que lo definamos, el discurso de odio constituye un problema social grave que tiene un impacto directo sobre las víctimas y en la sociedad en general (Cavalcante Carvalho, 2018).

En los distintos niveles, es decir, en el universal, el regional y el nacional encontramos una regulación clara en la que parece que algunas fronteras siguen difuminadas, o deberían de estar más claras a la hora de clasificar ciertas conductas y este es el caso en el que se mueve el respeto del derecho fundamental de la libertad de expresión y la búsqueda de equilibrio entre la protección de este derecho y la prevención del discurso de odio.

Refiriéndonos por tanto al primer bloque de derechos, amparado por la protección universal de los derechos humanos en el ámbito del derecho internacional, contamos con numerosos instrumentos jurídicos que han abordado la cuestión de la igualdad y no discriminación a lo largo de la historia de la humanidad, encontramos ya y partiendo del año 1789 en la Declaración de los Derechos

del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Nacional constituyente francesa, la proclamación e igualdad expresada en su artículo 1 “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”, más cercano a nuestro tiempo y de obligada mención es el artículo 1 de la declaración de Derechos Humanos del año 1948, “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, seguidamente en el tiempo encontramos en esta misma línea la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 y un año más tarde la consideración de la igualdad de trato y no discriminación aparece en Pactos internacionales del año 1966, el de los Derechos Civiles y Políticos y el de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Siguiendo con la contextualización internacional, es de destacar el tratamiento de la igualdad y no discriminación en la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones del año 1981, o la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2007.

Además y en relación con la igualdad de trato y trato digno, la Asamblea General de la ONU adoptó en 1991 los principios de Naciones Unidas a favor de las personas de edad (Liz Rivas y Palacios García., 2023). Atendiendo ahora a las relaciones laborales, y mirando al panorama internacional de legislación cabe destacar que la Organización Internacional del Trabajo, también ha elaborado importantes normas relativas al derecho a la igualdad y no discriminación, como el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración de 1951 o el 111 sobre discriminación en materia de empleo y ocupación de 1958. (Gómez Romero M. J., 2023)

Así en relación con el discurso de odio, el ordenamiento internacional prescribe dos conjuntos de normas muy diferentes, una de ellas se encuentra en el artículo 4 de la

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y el otro en los artículos 19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial fue el primer tratado internacional que abordó directamente la cuestión del discurso de odio y sus disposiciones en el artículo 4 distinguen seis categorías de actividades que los Estados Parte están obligados a considerar como delitos punibles por la ley y que se enuncian a continuación: difusión de ideas basadas en la superioridad racial, difusión de ideas basadas en el odio racial, incitación a la discriminación racial, actos de violencia por motivos raciales, incitación a actos de violencia por motivos raciales, la prestación de asistencia, incluso de carácter financiero, a actividades racistas.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, por su parte, exige que las medidas adoptadas de conformidad con el artículo 4 tengan debidamente en cuenta los principios establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que incluyen la igualdad, no discriminación y libertad de expresión y el artículo 5 de la convención establece la igualdad ante la ley en el disfrute de un gran número de derechos, incluida la libertad de expresión.

La norma principal del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre el discurso de odio establece en su artículo 20.2 que cualquier apología del odio nacional, racial o religioso que constituya un acto de discriminación, hostilidad o violencia estará prohibida por la ley.

En referencia al segundo de los bloques, es decir el análisis de los instrumentos legales en el ámbito regional europeo, se aprecian asimismo un gran número de disposiciones e instrumentos que persiguen la efectividad de la igualdad de trato y no discriminación, empezando por el Tratado de la Unión europea que en su artículo 2 coloca la no discriminación como uno de los valores

comunes de la Unión y la lucha contra la discriminación como uno de los objetivos de la misma. No puede quedar sin mención en este punto la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea con su artículo 20 en el que establece la igualdad de todas las personas ante la Ley y su artículo 21 dedicado al principio de no discriminación. (Monoreo Pérez, 2022)

El desarrollo europeo en relación con la discriminación, ha dado lugar a diversas directivas encaminadas hacia la consecución del objetivo de protección frente a la discriminación, algunos ejemplos son, la Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la Directiva 2006/54 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, o la Directiva 2010/41/UE, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, entre otras.

Paralelamente a la adopción de propuestas legislativas, desde la Comisión Europea se han ido desarrollando una serie de estrategias y documentos políticos entre los que cabe destacar, el compromiso estratégico para la igualdad de género, la Estrategia Europea sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030, la adopción de un marco europeo de estrategias nacionales de inclusión de los gitanos hasta 2020 o la lista de acciones de la Comisión Europea para avanzar en la igualdad de las personas LGBTI.

A lo largo de los años, el Consejo de Europa ha trabajado de múltiples maneras para contrarrestar el discurso de odio. El trabajo de la división de medios e Internet en esta área se basa en una “perspectiva de libertad de expresión” que se centra en la cooperación con los estados miembros en la preparación, evaluación, revisión y adaptación al Convenio

Europeo de Derechos Humanos de cualquier ley y práctica que imponer restricciones a la libertad de expresión.

La división también busca fomentar la alfabetización mediática y digital en todos los estados miembros, crear conciencia sobre el discurso de odio y sobre los riesgos que este plantea para la democracia y los individuos, reducir los niveles de aceptación del discurso de odio y desarrollar un consenso sobre los instrumentos políticos europeos a fin de combatir el discurso de odio (Chakraborti, 2014).

### **3 El discurso del odio y su regulación en España**

Antes de examinar los instrumentos legislativos para combatir el discurso de odio y prevenir los delitos de odio en España, resulta conveniente definir el concepto de igualdad de trato y no discriminación, el cual puede ser estudiado desde diferentes perspectivas y aplicado a todas las actividades y situaciones de nuestra vida diaria, así existe en algunos ordenamientos jurídicos una concepción casi universal de la igualdad, mientras que en el nuestro, encontramos ya dentro de nuestra constitución una división de principios constitucionales que nos permiten diferenciar el principio de igualdad y el de no discriminación; así el artículo 14 de la Constitución Española o el artículo 9 establecen la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que esta igualdad sea real y efectiva, concepto este de efectividad en relación con la igualdad que ha sido objeto de diferentes posturas doctrinales y también ha sido el motivo del nacimiento de nuevos instrumentos legislativos encaminados a este fin (Casas Baamonde, 2019).

La no discriminación constituye un complemento que sirve de garantía al derecho de igualdad y al pleno disfrute de los derechos fundamentales y libertades públicas, como se describe en el preámbulo de la Ley 15/22 (Monoreo Pérez, 2022). Una de las novedades principales que aporta esta ley es la

ampliación de los supuestos de discriminación, esto lo encontramos atendiendo al ámbito subjetivo de la aplicación misma (art. 2). Asimismo, la LO 15/22 con el fin de garantizar la tutela del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, establece una serie de procedimientos, mediante un nuevo establecimiento del régimen de infracciones y sanciones, que pretende una compensación real a las víctimas de discriminación (Asquerino Lamparero, 2022).

Siguiendo con esta definición por tanto en España encontramos la igualdad de trato y no discriminación en un lugar privilegiado encontrándose en capítulo dedicado a los derechos fundamentales de nuestra constitución, en los artículos 10 y 14.

Es de destacar, en relación con las decisiones e instrumentos de la Unión Europea la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, la cual ha sido traspuesta con éxito al ordenamiento jurídico español, encontramos así la modificación de los artículos 510 y siguientes del código penal y la agravante del artículo 22.4 del código penal, este último enumera un *numerus clausus* de supuestos que suponen las motivaciones que constituirán agravante y consisten en: “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

Así los jueces y tribunales aplicando este artículo tendrán en cuenta la motivación que ha llevado a actuar al sujeto activo del delito, la existencia de un delito base y la discriminación. El artículo 170 del código penal también suponen un agravante del tipo si las amenazas de un mal que constituyere

delito van destinadas a un grupo étnico, cultural, religioso (...)

Junto con estas agravantes encontramos el artículo 314 del código penal al que nos referiremos más adelante y que se refiere al delito de la discriminación laboral.

Los artículos 510 y 510 bis del código penal serán los encargados de tipificar la conducta de fomento, promoción o incitación al odio, hostilidad discriminación o violencia contra grupos o individuos por su pertenencia a un grupo, por motivos racistas, antisemitas, anti gitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad.

Se observa de este análisis que estas conductas delictivas comparten el sujeto pasivo, que estará constituido por un grupo de personas o un individuo que pueda representar a un grupo vulnerable, mientras que el sujeto activo puede ser cualquiera, lo cual provoca que se encuentren tipificadas estas conductas dentro de los delitos comunes. Además, se exige en los apartados 1 y 2 del artículo 510 la motivación racista o discriminatoria como elemento subjetivo, lo cual lleva a pensar que este delito no admite una tipificación de imprudencia y solo podrá tipificarse como delito doloso. (García Domínguez, 2020)

#### **4 Minorías y discurso de odio en España. Especial referencia a los migrantes**

Una de las cuestiones que caracterizan la globalización es la movilidad de personas, encontramos personas que abandonan sus países de origen por multitud de razones, con un porcentaje elevado que lo hacen en busca de unas mejores condiciones, bien porque escapan de una guerra, de persecuciones políticas o violaciones graves de derechos humanos en sus países, de desastres

naturales, de persecuciones por razón de ideología, identidad u orientación sexual, escapan del hambre, del paro o de la pobreza, sea cual fuere la causa, según informa la Organización Internacional de Migraciones, existen más de 286 millones de personas migrantes en el mundo.

Este fenómeno migratorio ha modificado la sociedad actual, las sociedades se han tintado de una multiculturalidad que la mayoría de las veces no se encuentra viviendo en armonía, sino más bien, encontramos barreras que hacen que en la misma sociedad existan asentamientos de minorías raciales, sociales y étnicas donde no siempre se ven respetados y protegidos los derechos fundamentales de todas estas personas.

De forma casi simultánea se han ido desarrollando situaciones de riesgo que conforman una sociedad caracterizada por el individualismo lo que conlleva a un aumento exponencial de los niveles de inseguridad y por lo tanto del miedo, lo cual facilita automáticamente el desprecio al diferente.

Se observa una tendencia en Europa y en los últimos años, un crecimiento elevado y preocupante del discurso del odio hacia las personas migrantes, o hacia personas de diferentes razas aunque no pertenezcan a este colectivo, tanto es así que hemos visto un rechazo al migrante manifestado de manera abierta y reflejado en discursos políticos y en las redes sociales por grupos de personas y en diferentes ámbitos (Liz Rivas y Delgado Morán, 2019). La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia ha emitido diferentes informes donde se constata que esta tendencia se repite y se comprueba una señal de alarma xenófoba en los diferentes Estados de la Unión Europea. (García Domínguez, 2020)

En España vemos casos desde nivel individual hasta el nivel institucional, en lugares como Huelva se ha constatado la dificultad que encuentran las personas migrantes para realizar el trámite del empadronamiento, lo cual supone una barrera para el acceso a los

servicios públicos y a la regularización de su situación.

Según el informe elaborado por Andalucía Acoge, el 90,3% de los trabajadores migrantes entrevistados en Huelva y el 91,7 de los de Níjar (Almería) reconocieron tener la "máxima dificultad" para encontrar un alojamiento mejor que las chabolas que habitan, hechas en su mayoría con plásticos, cartones y restos de palés. "Incluso disponiendo de una situación administrativa regular, contrato e ingresos suficientes, se les negaba el alquiler en muchos casos y en algunos de los municipios de Huelva ni siquiera había viviendas en alquiler disponibles" (Andalucía Acoge, 2022).

La otra cara de la moneda es la delincuencia subyacente, y es que de la situación de dificultad en el acceso a la documentación administrativa que permita realizar el trámite del empadronamiento se aprovechan redes organizadas en la zona que llevan a cobrar de 100 a 600 euros por facilitar a estas personas el trámite de empadronamiento, práctica similar existe de manera generalizada en España en relación con la consecución de cita previa a fin de agilizar el trámite de consecución de Numero de Identificación de Extranjero (NIE), estas redes establecen los precios en función de la demanda y aprovechan la necesidad que tiene estas personas de obtener esta documentación que es la puerta para el pleno disfrute de sus derechos básicos, acceso a servicios municipales y poder acreditar su situación y condición de vecino, documentación que es importante no solo en el presente de estas personas si no también para la futura acreditación de su condición de arraigo. (Reviejo, 2023)

En este contexto encontramos además un papel importante jugado por las redes sociales de un lado y los medios de comunicación por otro, haremos aquí diferencia a la descalificación que sufren colectivos enteros de personas migrantes, a las *fake news* y al impacto de estas concepciones que se está asentado en sociedades como la española, en relación con colectivos vulnerables como

puede ser el de los menores migrantes sean estos acompañados o no.

A la vulnerabilidad que caracteriza a este colectivo se le suma la falta de arraigo personal y familiar. De forma injustificada y discriminatoria se les hace responsables de la inseguridad y la delincuencia que se sufre en determinados barrios dando lugar a actos de acoso, hostilidad y violencia, así, en este contexto la fiscalía provincial de Barcelona ha interpuesto dos querellas por delitos tipificados en el artículo 510.2. del código penal con base en la difusión en redes sociales de videos con *fake news* que vinculaban violencia y agresiones sexuales con este colectivo.

En este mismo sentido asistimos el pasado 22 y 23 de diciembre de 2023, a los hechos denunciados por el equipo jurídico de Afrofeminas a la fiscalía general, cuando se produjeron insultos racistas en las redes sociales que atentaban contra la dignidad de cuatro menores racializadas. Los hechos se sucedieron tras la publicación de un video en una red social en el que cuatro niñas del colegio San Ildefonso participaban en el sorteo anual de la lotería nacional de navidad española, las menores recibieron decenas de insultos racistas con calificaciones que dañan la dignidad y acusan al colectivo de crear inseguridad en la sala donde se realiza el sorteo. Estos mensajes constituyen un ataque directo a la dignidad de estas niñas y deben de ser investigados a fin de identificar a los responsables con la dificultad que se oponen las investigaciones de estos delitos en las redes sociales (Afrofeminas, 2024).

A continuación se analiza el impacto que tiene el discurso de odio en el colectivo de las personas migrantes en el ámbito de las relaciones laborales.

## **5 El impacto del discurso de odio en las relaciones laborales**

Como hemos venido advirtiendo, el discurso de odio no tiene una definición particular en

el ámbito de los derechos humanos; es un término utilizado para describir un discurso amplio que es extremadamente negativo y constituye una amenaza a la paz social, entendemos por discurso de odio todo tipo de expresión que incite, promueva, difunda o justifique la violencia, el odio o la discriminación contra una persona o grupo de personas, o que las denigre, en razón de sus intereses personales reales o atribuidos, o de sus características o estatus tales como "raza", color, idioma, religión, nacionalidad, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, sexo, identidad de género y orientación sexual.

Como se apuntaba al inicio de este artículo, podemos encontrarnos con el discurso del odio en diferentes ámbitos de la vida y como no podía ser de otro modo, también lo encontramos bien presente en las relaciones de trabajo, lugar en el que las personas en España pasan más de un tercio de las horas del día, especialmente las personas migrantes, las cuales en numerosas ocasiones se someten a intensas y largas jornadas de trabajo superiores a las que están dispuestos a realizar las personas trabajadoras españolas.

El principio de trato igual y no discriminación merece una especial atención en el ámbito de las relaciones laborales; si hacemos un recorrido a nivel nacional con la mirada puesta en las relaciones de trabajo, el primer texto legal que merece mención es el Estatuto de los Trabajadores y en especial su artículo 17 dedicado a la no discriminación en las relaciones laborales, también se han dictado leyes contra la discriminación por motivos concretos que incluyen medidas específicas en materia de empleo, como lo es la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y así llegamos sin necesidad de enumerar todas y cada una de las leyes en materia laboral que han introducido al protección de la igualdad y no discriminación, a la Ley integral Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. La doctrina laboralista ya había puesto de

manifiesto que a pesar de los reales riesgos de discriminación presentes en las etapas precontractuales apenas existían actuaciones inspectoras que persiguieran los comportamientos infractores a lo que se unía la escasa percepción que el candidato tenía de que se hubiera atentado a su derecho a no ser discriminado y la nula atención que nuestros convenios dirigían a las fases de selección y reclutamiento. Quizás, por ello, la ley incluye una referencia específica de respeto a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo incluyendo los criterios de selección y los sistemas de acceso en el sector público y privado.

Por lo que respecta al ámbito subjetivo, la ley 15/22 toma como referencia el artículo 14 de la Constitución y, junto a los seis motivos de discriminación recogidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), incorpora expresamente los de enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, identidad sexual, expresión de género, lengua y situación socioeconómica, por su especial relevancia social y mantiene la cláusula abierta que cierra el mencionado artículo (Gómez Romero M. J., 2023).

La llegada de la Ley 15/22 tiene por lo tanto un impacto importante en el ámbito laboral, aspectos como el acceso al empleo se ven en ocasiones tintados con manchas de discriminación o tratamiento desigual por causas de edad, discapacidad o mayor probabilidad a sufrir accidente laboral, convirtiéndose el proceso de selección en un momento delicado en el que entran en juegos varios factores que llevan en ocasiones a que la elección del candidato definitivo venga realizada con sesgos de discriminación o trato desigual.

Como ya se apuntaba en líneas anteriores y haciendo referencia al delito de odio, no podemos pasar por alto junto con las disposiciones de la ley de Infracciones y sanciones del orden social RDL 5/2000, 4 de

agosto junto a la tipificación que realiza el código penal en su artículo 314 del delito de discriminación laboral, tipificando como acto grave la discriminación laboral directa o indirecta.

Hasta el momento se ha realizado un esquema radiográfico de la normativa que asiste a colectivos vulnerables cuando hablamos de igualdad de trato y no discriminación en las relaciones laborales, con especial atención a las personas migrantes, ahora procederemos a analizar algunas de las situaciones que se suceden sistemáticamente en España y que contrastan esta protección de derechos fundamentales y prevención del discurso del odio con la realidad a fin de analizar la efectividad real de estos instrumentos legales y de dilucidar las posibles barreras que impiden la prevención del discurso de odio, del trato desigual y de la aparición de conductas xenófobas y racistas.

En la realidad laboral española, si atendemos al factor trabajador migrante, encontramos un porcentaje muy alto de estas personas dedicadas a la agricultura, analizando los tipos de contratos y condiciones laborales de las personas trabajadoras en el campo agrícola español, observamos situaciones contractuales de los trabajadores de este sector muy heterogéneas pero dentro de las que encontramos una línea común que será el carácter eventual de las relaciones contractuales, esta característica como no puede ser de otro modo lleva a unos niveles altísimos de inestabilidad en el empleo de los trabajadores y trabajadoras del este sector que llegan a firmar varios contratos temporales a lo largo de un único año llegando a trabajar entre 6 y 10 meses al año, dependiendo del área geográfica y gracias al encadenamiento de contratos referentes a diferentes campañas. El problema se agudiza cuando atendemos al trabajo sumergido o informal. Se trata de una situación que es difícilmente mensurable debido a su ocultamiento.

Según una La OIT estima que doce millones de personas migrantes se dedican a la agricultura



y calcula que alrededor del 61,2% de la mano de obra agrícola de la Unión Europea tendría un empleo informal (Bales, 2018). Además, la salud de los trabajadores está sujeta a importantes riesgos en estos enclaves, en este sentido cabe señalar que las condiciones físicas y psicológicas no son más que "el final visible de una sucesión de acontecimientos que describen un entorno doloroso para determinados individuos". (Castellanos Ortega, 2009).

Los trabajadores agrícolas suelen ver cómo sus jornadas laborales se intensifican y prolongan como respuesta a periodos de intensa actividad mientras sus tareas se caracterizan por la repetición de movimientos monótonos, generalmente acompañados de la repetición de posturas que intensifican el riesgo de sufrir lesiones.

No podemos olvidar que a estas condiciones se suman las dificultades que se encuentran en la mayoría de las tareas que se realizan en el campo agrícola, como son los trabajos al aire libre donde se deben soportar temperaturas extremas, la otra cara de la moneda se caracteriza por centros de trabajo con excesiva humedad y espacios mal ventilados. Es importante señalar que estas condiciones también intensifican las posibilidades de sufrir enfermedades derivadas de esta agricultura intensiva y que deben calificarse como enfermedades profesionales y accidentes de trabajo, según los casos.

Además de estos aspectos, cabe destacar otros como la informalización de las relaciones laborales y la creciente ruptura del vínculo directo entre trabajadores y empleadores como causas que dificultan la negociación colectiva, a lo que se suma el número de trabajadores en situación irregular que encontramos en el sector, condición que los hace aún más vulnerables y que supone una barrera en el cumplimiento de aplicación del artículo 17 del estatuto de los trabajadores.

Una serie de incidentes ocurridos en 2019 evidenciaron las deplorables condiciones de

los inmigrantes con trabajos agrícolas estacionales en territorio español, "sus vidas corren peligro", fue una de las declaraciones del relator especial de Derechos Humanos de la ONU refiriéndose a las personas que actualmente cultivan fresas. en España y que viven en barrios marginales cercanos a campos agrícolas. Los relatores especiales forman parte de lo que se conoce como Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos, que es el mayor organismo de expertos independientes del sistema de Derechos Humanos de la ONU, con esto nos referimos al nombre que reciben los mecanismos independientes de investigación y seguimiento del Consejo que abordan situaciones de países específicos o cuestiones temáticas en todas partes del mundo haciendo referencia a estados que forman parte de las Naciones Unidas.

Este hecho también fue denunciado por otro relator especial de la ONU sobre pobreza extrema y derechos humanos, Olivier De Schutter, quien también afirmó que las autoridades españolas son responsables de garantizar a las personas trabajadoras migrantes unas condiciones de trabajo dentro del marco legal internacional incluido el derecho a una atención sanitaria adecuada (Delgado Morán y Teano, 2020).

El estudio exhaustivo sobre la responsabilidad del empleador no puede, sin embargo, determinarse por la ineficacia de las autoridades estatales en la aplicación de la legislación nacional o en la aplicación de los estándares internacionales de Derechos Humanos, sino que la responsabilidad también debe recaer inequívocamente en quienes abusan de sus derechos por su posición, violando los derechos fundamentales de estas personas, provocando situaciones cercanas a la esclavitud y que ponen en peligro la vida de los más vulnerables. (ONU, 2020)

A lo anterior se suma, entre otros casos, el de las mujeres migrantes y es que la situación se agrava cuando en la misma persona coinciden las características de mujer y migrante.

Siguiendo con el análisis del sector agrícola español, en este sentido destaca por su crudeza la situación denunciada referente a las llamadas temporeras de Marruecos en Huelva, el número de estas mujeres que llegan a los campos españoles con contratos de temporada procedentes supera ya el número de trece mil, la mayoría de las veces trabajan por encima del límite legal de jornada laboral y se les paga por debajo del salario mínimo.

Recientemente hemos conocido las denuncias de estas mujeres que han sufrido y sufren sistemáticamente abusos sexuales, violencia y trato vejatorio en los campos de la fresas de Huelva, la mayoría de ellas durante años encontraron barreras psicológicas, culturales y técnicas para acudir a la justicia, muchas de ellas fueron despedidas durante el periodo de prueba, estas mujeres experimentando barreras reales que dificultan el efectivo acceso a la justicia, no denuncian mientras continúan sufriendo vejaciones, insultos agresiones y abusos sexuales (Castellanos Ortega, 2009).

A pesar del número elevado de mujeres que trabajan en la fresa de Huelva parece que durante años ha habido un absoluto desconocimiento de los jueces de esta problemática, por una parte, por la falta de denuncias y por otra también debido a la escasa efectividad de los mecanismos de control relativos a la protección de los derechos fundamentales de estas personas.

A finales de 2018, se puso en funcionamiento el Plan de Responsabilidad Ética, Laboral y Social, el cual tampoco ha resultado ser eficiente por supuestamente dejar el control en la patronal, como ha sido denunciado por la asociación Temporeras en lucha, que además manifiesta que el discurso de odio contra migrantes y mujeres sistemáticamente se deja ver en los campos de Huelva acompañando la destrucción de la dignidad de estas personas con la destrucción del medio ambiente. El último informe de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa incluye los crímenes de odio y crímenes motivados por prejuicios,

pero falla cuando trata de proporcionar información sobre discriminación o discurso de odio debido a la falta de consenso sobre si estos actos debieran ser o no considerados como tales. Cuanto más vaga es una teoría, menos ayuda a controlar el fenómeno. Esto se aplica a teorías narrativas débiles, que pueden contrastarse con teorías sólidas que permitan explicar los fenómenos precisamente formalizados.

Es necesario crear una teoría clara que permita además crear protocolos de actuación eficientes.

## **6 Conclusiones**

No se puede negar que ha habido una proliferación de los instrumentos legales de protección de los colectivos vulnerables frente al discurso de odio en España y que esto ha supuesto un avance considerable, sin embargo, es realmente preocupante el aumento de las situaciones de delitos de odio a los que se ven expuestas estas personas.

De un lado, es de destacar positivamente la creación de herramientas que permiten el reporte de estos datos, y, por otro lado, es preocupante el papel que juegan las redes sociales y las *fake news* en relación con esta cuestión, lo cual se está convirtiendo la regulación de las nuevas situaciones en un desafío cada vez mayor para el legislador.

Las autoridades pertinentes y el conjunto de la sociedad deben de tomar medidas efectivas para prevenir la proliferación del discurso de odio en los centros de trabajo, en los medios de comunicación, en los centros sanitarios, en las escuelas y en las redes sociales, así como en todos los ámbitos de la vida en sociedad. Estaremos a la espera de un desarrollo de una legislación que permita avanzar en la protección de las personas más vulnerables atendiendo a las situaciones concretas en la que se encuentran.

Queda mucho trabajo por hacer a fin de establecer indicadores claros que proceda a identificar con mayor claridad las barreras y causas de la inefectividad de los instrumentos

legislativos actuales de modo que el fenómeno de violencia hacia la población migrante se revierta en acciones concretas a favor de su dignidad y justicia, con acciones positivas, por parte del Estado, de las personas y de toda la sociedad civil en su conjunto.

## Referencias

- Afroféminas (3 de Enero de 2024). "Afroféminas presenta denuncia por delitos de odio por los insultos racistas recibidos por 4 niñas de San Ildefonso en redes sociales". <https://afrofeminas.com/>
- ANDALUCIA ACOGE (19 DE ABRIL DE 2023) "La situación de extrema vulnerabilidad de mujeres en los asentamientos en Huelva" <https://acoge.org/vulnerabilidad-exclusion-mujeres-huelva/>
- ASQUERINO LAMPARERO, Maria José, (2022). "La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación", en *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2022*,
- BALES, kevin, (2018). "Slavery from Space: Demonstrating the role for satellite remote sensing to inform evidence-based action related to UN SDG number 8". *ISPRS Journal of Photogrammetry and Remote Sensing*, volume 142 páginas 380 -388, Elsevier. <https://doi.org/10.1016/j.isprsjprs.2018.02.012>
- CASAS BAAMONDE, Maria Emilia, ( 2019). "La igualdad de género en el Estado constitucional". *Revista de derecho erecho Social, núm. 88*, 13-54. Bormazo
- CASTELLANOS ORTEGA, Mari Luz, (2009). "Mujer, inmigrante y temporera: ¿triple dis-criminación?" *Revista Internacional de Ciencias Sociales n. 28*, 21-28. Tirant lo Blanch
- CAVALCANTE CARVALHO, Alana Micaelle, (2018). "Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de la violencia sexual contra mujeres con discapacidad". *Journal of Feminist, Gender and Women Studies* (7), 15–25.UAM Ediciones. <https://doi.org/10.15366/jfgws2018.7.002>
- CHAKRABORTI, Neil y GARLAND, Jon (2014). " Responding to Hate Crime: The Case for Connecting Policy and Research". 1st ed., Bristol University Press, 2014. JSTOR, <https://doi.org/10.2307/j.ctt16d69xh>
- DELGADO MORÁN Juan. José, & TEANO Fulvia. (2020). Gendering migration: securitization and integration media narratives in Europe. *Vergentis. Revista de Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III*, 11, 93-126
- DOMÍNGUEZ AMORÓS Marius y MAYORDOMO RICO, Maribel, (2006). "El lado oculto del empleo. La desigualdad de género y el modelo de trabajo". En Miranda VARA, MARIA Jesús. *Estudios sobre género y economía* (pág. 166 y ss.). Madrid: Akal. Colección Economía Actual.
- GARCIA DOMINGUEZ, Isabel (2020). "El tratamiento penal de los delitos de odio en España con la adopción de una perspectiva comparada" en *Anuario Iberoamericano de derecho internacional penal, pag 1-27*.
- GOMEZ ROMERO Miriam Judit (2023). "Las infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación". En Kahale Carrillo Djamil Tony, *Una mirada laboralista a la igualdad de trato y no discriminación* (págs. 125-134) Laborum.
- GOMEZ ROMERO, Mriam Judit y GARCIA GARCIA, Rafael (2023). "Ramadan precepts and compliance with labor risk prevention. Health, consequences and recommendations". *Revista do Direito, n. 70*, 147-162.

LIZ-RIVAS, Lenny, y PALACIOS GARCÍA, María, Ángeles. (2023) La violencia y agresión a las personas durante la Tercera Edad, *Cuadernos de psicosociobiología de la agresión: educación y prevención*. Dykinson. pp. 101-122.

<https://doi.org/10.14679/2709>

LIZ-RIVAS, Lenny & DELGADO-MORÁN, Juan. José. (2019). Women's Media Narratives in Migration, en: "Los nuevos escenarios en las relaciones internacionales: retos, amenazas y oportunidades", coord. por Emilio José García Mercader; César Augusto Giner Alegría (dir.), Thomson Reuters/Aranzadi, pp. 283-297.

MONOREO PEREZ, Jose Luis (2022). "Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación". *Revista crítica de relaciones de trabajo*, nº 4 pag11-42. Laborum. <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.7148>

ONU, N. (24 de julio de 2020). La situación de los trabajadores migrantes estacionales en España pone sus vidas en peligro. *Noticias ONU. Mirada global Historias humanas*. <https://news.un.org/es/story/2020/07/1477881>



# El discurso del odio desde una perspectiva constitucional: cuando el castigo penal (casi) nunca sirve para proteger a personas vulnerables

Hate speech from a constitutional perspective: how criminal punishment rarely serves to protect vulnerable people

**Cristina Ortega Giménez**

Universidad Miguel Hernández de Elche  
c.ortega@umh.es  
ORCID 0000-0001-5422-8463

## Resumen

En la presente investigación se presta atención a la injerencia que supone el castigo penal en el ejercicio de la libertad de expresión, y se propone acudir a esta vía en casos de apología expresa de la violencia contra colectivos considerados históricamente vulnerables. Para contrarrestar el resto de mensajes intolerantes se exploran, a continuación, alternativas al proceso penal como la tutela civil y la reparación del daño mediante herramientas propias de la justicia restaurativa. Además, se alude a los medios de comunicación como constructores de la realidad social y a la labor que pueden desempeñar en la creación de un 'discurso de defensa activo' de las minorías. Todo ello nos conduce a abordar, en último término, la educación en derechos humanos entendida como un proceso continuo mediante el cual la población es consciente del significado de los derechos adquiridos y aprende a ejercerlos sin dañar al otro. Fomentar este tipo de educación podría resultar más efectivo que las sanciones jurídicas para frenar el odio, y promover una cultura constitucional que favorezca la libertad en igualdad para toda la ciudadanía.

Palabras clave: Libertad de expresión, Justicia restaurativa, Medios de comunicación, Educación, Odio.

## Abstract

This research pays attention to the interference of criminal punishment in the exercise of freedom of expression, and proposes to resort to this route in cases of express apology of violence against groups considered historically vulnerable. To counteract the rest of the intolerant messages, alternatives to the criminal process are explored below, such as civil protection and reparation for damage using restorative justice tools. Furthermore, the media are referred to as builders of social reality and the work they can play in creating an 'active defense discourse' of minorities. All of this leads us to address, ultimately, human rights education understood as a continuous process through which the population is aware of the meaning of acquired rights and learns to exercise them without harming others. Promoting this type of education could be more effective than legal sanctions in curbing hatred, and promoting a constitutional culture that favors freedom and equality for all citizens.

Key words: Freedom of speech, Restorative justice, Media, Education, hate.

**Cómo citar este trabajo:** Ortega Giménez, Cristina. (2024). El discurso del odio desde una perspectiva constitucional: cuando el castigo penal (casi) nunca sirve para proteger a personas vulnerables. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (3), 108–127. <https://doi.org/10.46661/respublica.9544>

Recepción: 15.01.2024

Aceptación: 04.03.2024

Publicación: 13.03.2024

Este trabajo se publica bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional.

## 1 Introducción

Charles Baudelaire afirmaba que “el odio es como un borracho en el fondo de una taberna que constantemente renueva su sed con la bebida”. Una frase que ejemplifica el último “Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España 2022” que revelaba cómo esta clase de delitos había aumentado un 4% con respecto al año anterior. El Ministerio del Interior confirmaba así la tendencia en alza de este fenómeno examinado desde 2014, donde los delitos de odio por motivos racistas y xenófobos eran los más numerosos, pues representaban el 43,5% del total de las denuncias<sup>1</sup>. Estos datos entroncaban con una advertencia que hacía el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en numerosas sentencias, sobre la necesidad de proteger adecuadamente al colectivo migrante y refugiado, ya que constituye el principal grupo “diana” de estos delitos (véase, a modo de ejemplo, el asunto *Féret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009).

## 2. Análisis de la regulación del discurso odio en España: ¿tienen los intolerantes el derecho a exigir ser tolerados?

En este contexto social de aumento de la discriminación (Bueno de Mata, 2023), cabría plantearse si los intolerantes tienen derecho a exigir ser tolerados, si los tolerantes -o víctimas de discriminación- tienen derecho a no tolerar a los intolerantes; y, en caso de responder afirmativamente a la cuestión anterior, en qué supuestos pueden los tolerantes ejercer tal derecho y cómo (Valiente Martínez, 2022). Precisamente, el TEDH ha entendido que para evitar los riesgos que conlleva el abuso de la libertad de expresión en las sociedades democráticas, eran necesarias la sanción y la prevención de

aquellas manifestaciones que difundiesen o promoviesen el odio basado en la intolerancia (entre otros, asunto *Erbakan c. Turquía*, de 6 de julio de 2006).

Al respecto, resulta oportuno señalar que nuestro Ordenamiento Jurídico español no castiga el odio en sí porque, tal y como recordó el Tribunal Constitucional en su STC 35/2020, de 25 de febrero de 2020, no se pueden prohibir sentimientos, pensamientos o ideas. Sin embargo, sí se sanciona la comisión de un delito motivada por el odio, y la incitación al mismo llevada a cabo mediante la palabra. De esta forma, surge uno de los conceptos más complicados de abordar en el ámbito del Derecho: los denominados delitos de odio.

Frente a designaciones clásicas como ‘delitos protectores del principio de igualdad’ o ‘normativa penal antidiscriminatoria’, durante los últimos años la expresión “delitos de odio” ha ido ganando peso en la doctrina y notoriedad en el panorama mediático (Landa Gorostiza, 2018). La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) los identifica con:

toda infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo (...) que comparta una característica común como la raza real o perceptiva, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad intelectual o física, la orientación sexual u otro factor similar<sup>2</sup>.

Esta definición tuvo su reflejo en la regulación que lleva a cabo nuestro Código Penal que diferencia entre actos de odio (*hate crimes*) y discursos de odio (*hate speech*). Los primeros se recogen en el artículo 22.4º del Código

<sup>1</sup> Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España (2022). Documento disponible en <https://www.interior.gob.es/opencms/export/sites/default/.galleries/galeria-de-prensa/documentos-y->

[multimedia/balances-e-informes/2022/Informe\\_Evolucion\\_delitos\\_odio\\_2022.pdf](https://www.osce.org/multimedia/balances-e-informes/2022/Informe_Evolucion_delitos_odio_2022.pdf).

<sup>2</sup> Decisión nº 4/03 del Consejo Ministerial de la OSCE.

Penal que agrava conductas básicas cometidas por razones racistas, xenófobas y/o discriminatorias. Tómese como ejemplo el caso de un ciudadano español que golpeó a otro de origen africano causándole una tetraplejía inmediata; y se le condenó por un delito de lesiones con la concurrencia de la agravante de discriminación racista.

En los hechos probados se demostró que la agresión fue acompañada de expresiones indicativas del rechazo al colectivo al que pertenecía la víctima: “Negro hijo de puta”, “mono”; o frases en las que afirmó que “no debía estar en España porque su sitio era un jardín zoológico donde estuviera con otros monos como él”<sup>3</sup>.

Por otra parte, el discurso de odio criminalizado lo encontramos en el art. 510 CP (arquetipo de esta modalidad delictiva, según jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo<sup>4</sup>), que en su párrafo primero, letra a), castiga la incitación pública al odio contra colectivos vulnerables<sup>5</sup>.

La primera condena del Tribunal Supremo, conforme a la redacción actual del art. 510.1.a) CP, fue la STS 72/2018, de 9 de febrero de 2018, que enjuiciaba unos comentarios publicados en la red social Twitter con claro ánimo discriminatorio hacia las mujeres. Algunos de ellos se transcriben a continuación: “53 asesinadas por violencia de género machista en lo que va de año, pocas me parecen con la de putas que hay sueltas”.

<sup>3</sup> SAP 717/10, de 28 de junio de 2010.

<sup>4</sup> STS 646/2018, de 14 de diciembre de 2018, FJ Único; reiterada en la STS 47/2019, de 4 de febrero de 2019, FJ2, y en la STS 185/2019, de 2 de abril de 2019, FJ3.

<sup>5</sup> “1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad”.

<sup>6</sup> “2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses: a) Quienes lesionen la

“Y 2015 finalizará con 56 asesinadas, no es una buena marca pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos esa cifra, gracias”.

El Tribunal apreció un delito de incitación pública grave (art. 510.1.a) CP) con aplicación del subtipo agravado del art. 510.3 CP por su gran difusión en Internet. En suma, se le impuso al autor una pena de 2 años y 6 meses de prisión, y multa de nueve meses con una cuota diaria de 40 €.

Asimismo, en el artículo 510.2 CP, párrafo primero, se sanciona la difamación a los mismos mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito<sup>6</sup>. A modo de ejemplo práctico, destaca la SAP de Barcelona 10887/2022, de 8 de noviembre, que condena a un guardia civil por propagar un vídeo falso para estigmatizar al colectivo de menores migrantes no acompañados.

En el texto que lo acompañaba, el sujeto afirmaba: “Aquí tenéis el video del MENA marroquí de (...), a esos que les vamos a dar la paguita hasta los 23 años, los niños de Pirata. Por cierto, luego para más INRI la viola, estos energúmenos y estas manadas de marroquí no saldrán en los medios”.

La grabación se correspondía, en realidad, con una agresión sucedida en China y había sido difundida por las autoridades para lograr la identificación del autor mediante la colaboración ciudadana. En dicha sentencia se entiende probado que el vídeo, que formaba parte de un conjunto de publicaciones falsas

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, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad, 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”.



de naturaleza xenófoba y racista divulgadas con anterioridad<sup>7</sup>, contribuía a aumentar entre la población los prejuicios y estereotipos hacia este colectivo especialmente vulnerable.

Dada la evidente lesión de la dignidad por motivos discriminatorios, la conducta se entendió subsumible en el art. 510.2 CP, concurriendo los subtipos agravados de los artículos 510.3, 510.5 y 510.6 CP; y por todo ello se le condenó a la pena de 15 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el periodo de la condena; multa de 9 meses con una cuota diaria de 6 euros e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos.

En ambas modalidades ejemplificadas (incitación y difamación colectiva), el discurso de odio se erige como límite legítimo a la libertad de expresión, pues va más allá de la mera ofensa o la calumnia. Su importancia reside, en primer lugar, en que denota una cosificación de otro ser humano, un desprecio hacia su dignidad por el mero hecho de ser diferente.

En segundo lugar, pretende dotar de una apariencia de legitimidad al trato discriminatorio de una persona que, como víctima de esa manifestación de odio, no puede ser “marginada” en favor de una “supuesta” libertad de expresión de un individuo que “carece de la más elemental consideración hacia otro miembro de su misma especie”<sup>8</sup>. En este sentido también se ha pronunciado el TEDH (asunto *Féret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009):

Este tipo de discursos atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para

la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos.

Por su parte, Landa Gorostiza (2018, pp. 59 y 60) sintetiza a la perfección los efectos que este peligro o amenaza conllevan en el sentimiento de paz en el que, teóricamente, se encuentra cualquier ciudadano con respecto a sus derechos:

El discurso de odio busca minar las bases mismas de la convivencia en una sociedad democrática abogando por enfrentar a unos grupos contra otros, [...] el discurso envenena y aspira a sembrar la cizaña de tal manera que determinados colectivos resulten privados de un estatus normal e igualitario de ciudadano que pueda disfrutar de todos sus derechos fundamentales [...] hasta que se les excluya de la ‘primera clase’ de la ciudadanía y se les relegue a una cierta inferioridad.

Esta última circunstancia es denominada por el autor como el “vagón de cola” al que irían a parar todos aquellos colectivos que no son merecedores de ser apreciados como “ciudadanos” o lo que es lo mismo: que no pertenecen a “la primera clase” de la sociedad.

Tratando de responder a la pregunta que hacíamos al principio de este epígrafe, sobre la necesidad -o no- de tolerar a los intolerantes, comprendemos que existe un deber de contrarrestar las distintas manifestaciones que adopta el odio, sin que ello implique avalar siempre su persecución penal. En un escenario ideal, deberíamos tolerar la transmisión de ideas peligrosas, confiando en que la ciudadanía sabrá enfrentarlas y no contaminarse por ellas (Vázquez Alonso, 2024). Pero la realidad es que las instituciones han depositado dicha

<sup>7</sup> La importancia de esta sentencia reside también en que se alude, por primera vez, a la utilización de las denominadas *fake news* (noticias falsas) para perpetrar un delito de discurso de odio, esto es, difamar de forma global e injusta, y con manifiesto desprecio hacia la verdad, a un grupo vulnerable.

<sup>8</sup> Así lo entiende la Fiscalía General del Estado en su Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. Documento disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771).

confianza en las sanciones jurídicas para combatir los discursos de odio.

Como profundizaremos más adelante, el Derecho penal no puede ser el único freno ni el equivalente a lo inmoral o incorrecto desde un plano ético. Hemos de encontrar un equilibrio entre proteger y asegurar el libre ejercicio de los derechos por parte de las minorías relegadas al ‘vagón de cola’ de la sociedad, y promover el punitivismo como forma de resolver los conflictos.

### **3. Discurso de odio vs. Libertad de expresión: claves para una convivencia ‘pacífica’**

El discurso de odio se configura como un delito de peligro abstracto<sup>9</sup>. Por ello, basta con que la conducta del sujeto resulte peligrosa para el bien jurídico protegido, aunque no llegue a ponerlo en peligro de lesión inmediata o próxima.

En este supuesto, la voluntad dolosa del “agitador” busca despertar en un destinatario plural la agresión contra una minoría especialmente vulnerable (Landa Gorostiza, 2022, p. 62). No obstante, para que la conducta se configure como típicamente relevante se ha de dilucidar -por un observador imparcial- si en el contexto en que esta aparece, genera ‘crisis’, es decir, si podría producir una emulación inminente.

De esta forma, adquieren especial relevancia los requisitos de idoneidad necesarios para apreciar la concurrencia del tipo penal. Los examinamos, detenidamente, a continuación:

A) De acuerdo con la jurisprudencia del TC en esta materia, el juzgador está obligado a realizar un examen previo a la aplicación del art. 510 CP donde valore si la conducta constituye un ejercicio legítimo de la libertad de expresión (entre otras, STC 177/2015, de 22 de julio). Ante la ausencia de este examen previo o su realización sin incluir en él la

conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, el castigo no será constitucionalmente admisible (STC 29/2009, de 26 enero). Este examen resulta lógico si recordamos el carácter predominante de la libertad de expresión en nuestro Estado de Derecho. El TEDH, desde el caso *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, ha reiterado en numerosas ocasiones que esta constituye uno de los “fundamentos esenciales” de una sociedad democrática y una de las “condiciones primordiales de su progreso”.

En línea con esto, se ha de tener presente que no toda conducta no amparada por la libertad de expresión encaja en el art. 510 CP. Nos referimos a los denominados “discursos odiosos” (Presno Linera, 2021): expresiones que exteriorizan aversión, hostilidad u odio, pero como no cumplen los requisitos del tipo penal o no se dirigen contra alguno de los colectivos protegidos, no se pueden sancionar por esta vía. Y ello aunque desde la óptica de la ética nos produzcan repugnancia y se alejen de los valores constitucionales clásicos.

Sirvan como ejemplos ilustrativos de “discursos odiosos” los comentarios publicados en la red social Twitter tras el asesinato de dos guardias civiles en 2017:

"Matan a un nazi en Zaragoza y a dos guardias civiles en Teruel... si es que últimamente todos son buenas noticias en Aragón".

"Odio tanto a la policía que ojalá un día los hiyadistas tiren una bomba en una comisaría y ver el sufrimiento de las víctimas... (...), me burlo de la memoria de los guardia civiles perros malditos".

Es claro el profundo rechazo moral que pueden generarnos expresiones de este tipo. En palabras del Tribunal Supremo, en su sentencia 1404/2023, de 11 de abril:

<sup>9</sup> En general, los delitos de odio se configuran como delitos de peligro abstracto, con la única excepción de la infracción de resultado tipificada en el primer inciso del art. 510.2.a) CP

(Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio).

Congratularse del trágico fallecimiento de alguien repugna a la mayoría de las personas en cuanto [es] contrario a un elemental principio de humanidad. Sentimiento de repulsa que se acrecienta cuando la muerte sobreviene desempeñando un servicio público que redundaría en beneficio de la colectividad.

Pese a ello, las declaraciones no han de ser entendidas como propias de un discurso de odio, pues no se dirigen contra uno de los colectivos protegidos en el art. 510; y carecen de la envergadura ofensiva suficiente para atentar contra la dignidad del Cuerpo de Seguridad del Estado<sup>10</sup>.

Huelga recordar que una prohibición en exceso de la libertad de expresión puede producir lo que se ha llegado a denominar *chilling effect* (efecto disuasor o de desaliento), entendido como la inhibición del ejercicio legítimo de los derechos naturales, en este caso de la libertad de expresión, ante la amenaza de sanción legal.

A tal efecto, recuérdese el asunto *Benítez Moriana and Íñigo Fernández c. España*, de 9 de marzo de 2021, donde se condena a España por vulneración del derecho a la libertad de expresión de dos activistas que criticaron la actuación de una jueza a través de una carta publicada en un medio de comunicación local.

El Alto Tribunal consideró que nuestro país no solo contravino el mandato recogido en el art. 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>11</sup>, sino que con las altas penas impuestas a los ciudadanos (más de 10.000 euros a cada uno de ellos por supuesta vulneración del derecho al honor de la jueza)

se contribuyó a la creación del denominado *chilling effect* entre la población.

No obstante, que los discursos odiosos no puedan ser sancionados jurídicamente, en favor de la protección de la libertad de expresión, no implica que los poderes públicos no tengan la responsabilidad de reaccionar ante ellos. De hecho, el artículo 9.2 de la Constitución Española les exige;

promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, lo que requiere, como bien especifica el precepto, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Es decir, que contrarresten la proliferación del odio sembrando herramientas resilientes como la promoción de una adecuada tolerancia que nos permita convivir en armonía. Los discursos odiosos, y su correlación con otros fenómenos como el racismo, constituyen una peligrosa ‘semilla’ para el florecimiento de discursos de odio que ponen en jaque la construcción de una sociedad igualitaria.

B) Continuando con el análisis de los requisitos de idoneidad necesarios para apreciar la concurrencia de un delito de discurso de odio, como segunda condición a examinar destaca la necesidad de justificar la intervención penal para evitar una prohibición en exceso.

Como apuntábamos al término de la letra A), es evidente que existe la obligación de interpretación restrictiva de los tipos penales,

producción del hecho, lo que no permite abarcar las instituciones del Estado, susceptibles de ser protegidas por otras vías”.

<sup>11</sup> “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa”.

---

<sup>10</sup> Insiste el Tribunal Supremo en la fundamentación de la sentencia citada que “por más amplio que se quiera interpretar el concepto de grupo protegido, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no poseen las condiciones de vulnerabilidad previstas por razón del principio de igualdad y no discriminación. Este no está trazado en función de las instituciones y poderes del Estado, sino de los ciudadanos y (...) grupos que se identifican desde los principios del pluralismo político, ideológico y religioso. Es preciso restringir el alcance del concepto a su núcleo originario: el combate contra la desigualdad para proteger a colectivos que puedan ser calificados de históricamente vulnerables en el marco de

lo que viene a significar que una limitación de un derecho fundamental solo puede justificarse en la puesta en peligro o perjuicio de otro bien constitucional (principio de ofensividad del Derecho penal que establece que este solo puede intervenir frente a amenazas de lesión o peligro para bienes concretos).

C) Colectivos vulnerables: tal y como ocurre con la circunstancia agravante (art. 22.4º), para que concurra el tipo penal la conducta debe dirigirse contra un elenco cerrado de categorías enumeradas en el art. 510 CP (situación familiar, origen nacional, aporofobia, etc). Si bien es cierto que nuestra Constitución no menciona la vulnerabilidad como tal, sí que prevé la protección pública de grupos que hoy consideramos vulnerables.

Por citar dos ejemplos: en el art. 3 CE se establece la protección jurídica de los extranjeros y demandantes de asilo; mientras que en el art. 14 CE se prohíbe la discriminación por nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otra circunstancia personal o social, etc. Esto explicaría la delimitación que hace el Código Penal con respecto a los colectivos específicos objeto de tutela.

De este modo, resultan de gran utilidad los criterios que Díaz López (2012, p. 230 y ss.) propone para poder identificarlos. Partiendo también de la construcción conceptual elaborada por el TEDH y nuestro TC, se entendería ese carácter de vulnerabilidad conforme a:

1) Que el grupo en cuestión haya sido fuente, históricamente, de prejuicios y discriminación. Por ejemplo, aunque no exista una minoría con una identidad colectiva ‘discapacitada’ análoga a la que puede existir con base en una determinada raza, no cabe duda de que la enfermedad o la discapacidad (enfermos de lepra, de SIDA, ciegos, etc.) ha

sido fuente histórica y vigente de prejuicios y discriminación.

2) Que la vulnerabilidad se reconozca como tal en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) o en los tratados y acuerdos internacionales en materia de igualdad ratificados por España. Así, se admitió la identidad sexual como una de esas condiciones personales, a pesar de que el art. 14 CE no la mencionaba expresamente (Díaz López, 2012).

3) Que exista cierta vocación de permanencia de la condición discriminada. Es decir, las condiciones personales que nos ocupan han de ser en su dimensión absolutas (todas las personas tienen una identidad o una orientación sexual, etc., sea cual sea esta). Por tanto, se trata de elementos que, con vocación de permanencia, definen la identidad de una persona.

4) Dicha condición debe encontrarse desligada en cierta medida de la elección circunstancial. A pesar de las evidentes dificultades que supondría probar este criterio, lo esencial es que la elección de la víctima tenga cierta vocación de permanencia.

En definitiva, el concepto de ‘grupo vulnerable’ posee un carácter relacional, dado que su reconocimiento depende de factores históricos, sociales e institucionales. Como apunta Presno Linera (2022), existen grupos que pueden ser vulnerables en unos países y en otros no, en un momento determinado y en otro no, etc.

Además, la vulnerabilidad también es particular, pues las personas que pertenecen a estos colectivos son más vulnerables que otras. Finalmente, el concepto siempre implica una situación de inferioridad, exclusión o estigmatización<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> En línea con esto, nos parece interesante destacar el asunto *M. D. y A. D. c. Francia*, de 22 de julio de 2021, donde el TEDH juzgó el internamiento en un centro de extranjeros de una mujer de Mali y su hija de cuatro meses de edad. En la sentencia, el Alto Tribunal advirtió a los Estados de que la vulnerabilidad, que es todavía mayor en el caso de los menores

extranjeros, prevalece sobre el hecho de que sus progenitores sean migrantes en situación de irregularidad. Esto obliga a los países de acogida a ejecutar las medidas pertinentes para asegurar su protección; y evitar, así, situaciones de

D) Incitación voluntaria: la Recomendación nº15 ECRI define la intencionalidad de la siguiente forma:

Se puede considerar que existe intención de incitar cuando la persona que utiliza el discurso de odio, de forma inequívoca, hace un llamamiento a los demás para que cometan los actos pertinentes; o se puede deducir por la contundencia del lenguaje utilizado y otras circunstancias destacables, como la conducta previa del orador<sup>13</sup>.

En este sentido, se propone un test de relevancia del riesgo (a partir del Plan de Acción de Rabat aprobado por la ONU en 2012) formado por un conjunto de indicadores que deben tenerse en cuenta para evaluar si la conducta juzgada incitaría al odio: (1) el contexto social y político, (2) la categoría del hablante, (3) la intención de incitar a la audiencia contra un grupo determinado, (4) el contenido y la forma del discurso, (5) la extensión de su difusión, y (6) la probabilidad de causar daño, incluso de manera inminente<sup>14</sup>.

Estos requisitos se erigen como condiciones obligatorias a tener en cuenta por los tribunales cuando hayan de juzgar un caso relativo al discurso de odio que provoque una limitación en el campo de actuación de la libertad de expresión. Así lo ha realizado el TEDH en sentencias como el asunto *Vejdeland y otros c. Suecia*, de 9 de febrero de 2012; o el caso *Féret c. Francia*, de 16 de julio de 2009.

En esta última, El Tribunal Europeo consideró especialmente algunos indicadores como el contexto electoral en el que se publicaron octavillas con mensajes racistas contra extranjeros, señalando que en este tipo de escenario “el impacto del discurso racista y xenófobo se vuelve mayor y más dañino”.

También subrayó que los discursos racistas del ex parlamentario europeo Daniel Féret contenían eslóganes que estigmatizaban a ciertos colectivos con “palabras poco claras e indocumentadas sobre causas y efectos y la creación de amalgamas irracionales haciéndoles responsables de delincuencia e incluso terrorismo”.

Además, en relación con la naturaleza de la audiencia, el TEDH advertía de que la cautela debe ser máxima cuando los mensajes suscitan “sentimientos de desprecio, rechazo e incluso odio hacia los extranjeros entre el público, y particularmente entre el público menos informado”<sup>15</sup>.

Más adelante, en la STEDH de 20 de octubre de 2015, *Balázs c. Hungría*, el Alto Tribunal plantearía los denominados “indicadores de polarización radical”, que han de valorarse junto al citado Test de Rabat: circunstancias o acciones del agresor que, cuando se consideran de forma individual o en conjunto con otros factores, sugieren que el delito fue motivado por odio o discriminación hacia una persona o grupo específico (por ejemplo, la percepción de la víctima, la pertenencia del sospechoso a grupos caracterizados por su

---

inferioridad, exclusión o estigmatización que pueden convertirse en permanentes.

<sup>13</sup> Recomendación General nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y su Memorandum explicativo, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), del Consejo de Europa, p. 30, apartado 15. Documento disponible en: <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-%20n-15-on-combating-hate-speech-%20adopt/16808b7904>.

<sup>14</sup> Se recomienda la lectura del artículo de Tur Ausina, Rosario.; De Lara González, Alicia.; y Ortega Giménez, Cristina., (2023). “El Caso Vinicius Jr: ¿discurso de odio, discurso odioso... y pan y circo?”, en *Diario La Ley*, nº 10266. En él sometemos los ataques racistas cometidos contra el futbolista Vinicius Jr a esta prueba de umbral, con el fin de dilucidar la existencia de un discurso de odio. Acceso en abierto: <https://acortar.link/dHL7Zg>.

<sup>15</sup> El Sr. Daniel Féret era el presidente del partido político belga National Front, así como el editor de sus publicaciones. Entre julio de 1999 y octubre de 2001 se distribuyeron panfletos y carteles del Front que los tribunales nacionales entendieron que incitaban al odio, la discriminación y la violencia. Por citar un ejemplo, uno de ellos -que contenía el programa del partido- proponía “la repatriación de los inmigrantes”, la oposición a “la islamización de Bélgica” o “reservar el asilo político a los ciudadanos europeos realmente perseguidos por razones políticas”. Tras ser condenado en su país, el Sr. Féret acudió ante el TEDH alegando una violación del artículo 10 CEDH. Pero el Alto Tribunal no le concedió el amparo porque afirmó, entre otras conclusiones, que “recomendar la discriminación racial como solución a los problemas derivados de la inmigración puede causar tensión social y minar la confianza en las instituciones democráticas”.

animadversión contra colectivos diana, tatuajes o simbología que porte el individuo relacionada con el odio, etc).

En todo caso, se ha de especificar que dichos indicadores no constituyen un hecho concluyente de que se haya cometido un delito de odio, sino más bien una prueba indiciaria de la motivación subyacente del autor para cometer el ilícito (Bueno de Mata, 2023).

#### **4. Propuesta de interpretación sobre la regulación de los discursos de odio: la necesidad de buscar vías preventivas**

Los actos de odio (22.4º) y el discurso de odio tipificado en las diferentes modalidades del art. 510 CP se erigen como los principales instrumentos con los que cuenta el operador jurídico para perseguir y sancionar esta clase de delitos.

Con respecto a la modalidad de *hate speech*, es amplísima la doctrina que confronta este precepto con los estándares internacionales para poner de manifiesto la “exageración punitiva” en la que incurrió nuestro legislador cuando introdujo la reforma de este precepto a través de la LO 1/2015 (entre otros, Lorenzo Copello, 2019; o Alcácer Guirao, 2020, p. 220, que habla de una “sobrecriminalización de las conductas expresivas a través del art. 510 CP”).

También se ha puesto de manifiesto la deficiente redacción del artículo. En este sentido, Gascón Cuenca (2015) critica la incorporación en el art. 510.1 a) de los términos incitación, promoción y fomento, pues resultan innecesarios por su significado similar, lo cual aporta un contenido superfluo al precepto, dificulta su comprensión y puede generar confusión a la hora de decidir si

concurren los elementos del tipo penal. Tampoco debemos olvidar la problemática en torno a la infradenuncia de los delitos de odio<sup>16</sup> (Pina Castillo y Hernández-Prados, 2023); y la dificultad que conlleva probar la motivación discriminatoria del presunto agresor (STEDH de 14 de enero de 2020, asunto *Beizaras and Levickas c. Lithuania*).

Esta última circunstancia incluso podría obligar a los investigadores a indagar en el fuero interno del autor, lo que supondría una manifestación del denominado ‘Derecho penal de autor’, que abandona el derecho penal que juzga la responsabilidad en base a unos hechos cometidos; y aboga por vincular la pena a la personalidad o a las características que llevan a un individuo a quebrantar la Ley. Esta especie de “delito de pensamiento” (Díaz López, 2012, p. 86 y ss.) resulta, sin duda, contrario a nuestro Estado de derecho.

Debido a estas controversias (y a otras tantas que escapan al objeto de esta investigación<sup>17</sup>), entendemos que el castigo penal de un discurso de odio debería representar un complemento “simbólico, mínimo, residual y blindado de cualquier sospecha de ilegítima interferencia ideológica” (Landa Gorostiza, 2018, p. 144).

Por lo tanto, la vía penal habría de utilizarse, únicamente, para condenar la apología de la violencia contra colectivos vulnerables (población migrante, refugiada, etc), sin que quepa, en ningún caso, una ampliación maniquea del concepto a otros grupos que no comparten dicha característica restrictiva de vulnerabilidad (clase política, fuerzas de seguridad, etc).

De esta forma se evitaría el riesgo de intrusión en el ámbito esencial de los derechos fundamentales, y en particular en la esfera de

---

<sup>16</sup> La falta de denuncias de los delitos de odio se debe, según las mismas autoras, a diversas barreras a las que se enfrentan los grupos vulnerables a la hora de revelar estos hechos, como el temor a recibir discriminación adicional, ausencia de acceso a servicios de apoyo, idioma, entre otros. A todo esto hemos de añadir la falta de confianza en el sistema de justicia que se erige como una de las principales causas de la infradenuncia (Nieves Gómez et. al, 2021).

<sup>17</sup> Para un estudio en profundidad del art. 510 CP, se recomiendan las obras de Landa Gorostiza, Jon-Mirena., (2018). *Los delitos de odio*, Tirant Lo Blanch; y Landa Gorostiza, Jon-Mirena y Garro Carrera, Enara., (2018). *Delitos de odio: Derecho Comparado y Regulación Española*, Tirant Lo Blanch.

la libertad de expresión donde su limitación siempre se expone a una sospecha de abuso del control ilegítimo del libre mercado de las ideas<sup>18</sup>.

Cabe recordar que el Tribunal Supremo ha reiterado en numerosas sentencias la función de *ultima ratio* que ha de cumplir el Derecho penal:

Convertir en dogma la apelación al Derecho penal, como instrumento para resolver los conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar (...) inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos” (STS 670/2006, de 21 de junio de 2006).

De lo contrario, una utilización excesiva del mismo incurriría en un “rechazable moralismo”, al justificar la intervención del Derecho penal con el solo fin de defender “valores”, así como en un “insostenible paternalismo”, al pretender excluir de la esfera pública determinados discursos en virtud de que puedan inculcar determinadas opiniones, actitudes o emociones (Alcácer Guirao, 2020, p. 262).

Pese a la amenaza que supone para las sociedades democráticas la utilización desmedida de las sanciones penales, nuestro país parece haber convertido la *ultima ratio* de la jurisdicción penal en una *prima ratio* a modo de política antidiscriminatoria (Landa Gorostiza, 2020). La asunción del Derecho penal como único freno a los discursos enardecidos (Vázquez Alonso, 2024) puede deberse “a un factor emocional que impele al legislador a proteger a los más desfavorecidos de ataques injustos” (Valiente Martínez, 2022) o a la polarización de una sociedad que “rinde

culto al delito como única forma de control de los individuos” (Beni, 2023).

En cualquier caso, el fenómeno criminal siempre ha sido una de las principales cuestiones que ha ocupado la actividad de los medios de comunicación (Fuentes Osorio, 2005), pero no solo estos han promocionado excesivamente la legislación penal como forma de resolución de los conflictos sociales, sino también otros sujetos responsables como la clase política, en general, o el Gobierno, en particular, que ha formalizado una cuestionable denuncia por discurso de odio tras el apaleamiento de un muñeco que representaba al presidente Pedro Sánchez en la sede de Ferraz (Madrid)<sup>19</sup>.

Sin embargo, como advertíamos, la razón llama a la cautela cuando el Estado ha de aplicar el recurso más lesivo con el que cuenta; y nos impele a desarrollar mecanismos no penales, pues su puesta en funcionamiento “sigue siendo en España la gran asignatura pendiente” (Landa Gorostiza, 2020, p. 30).

## 5 Alternativas a la regulación penal para sancionar el discurso de odio: la tutela civil y la restauración del daño

El empleo de la vía administrativa para castigar el discurso de odio ofrece serias dudas en lo relativo a la constitucionalidad de las sanciones (entre otros: Teruel Lozano, 2018; Valiente Martínez, 2022), pues la libertad de expresión es un derecho fundamental y sus posibles restricciones deben ampararse en una ley orgánica. Parte de la doctrina critica la expansión sancionadora administrativa en materia de discursos de odio (Presno Linera, 2021) y,

<sup>18</sup> La alegoría del libre mercado de las ideas fue formulada en un célebre voto disidente por el juez O. W. Holmes, en el asunto *Abrams v. United States*, 1919.

<sup>19</sup> El PSOE presentó una denuncia ante la Fiscalía para que investigase la comisión de un delito de odio tras los acontecimientos ocurridos la pasada Nochevieja de 2023 en la sede del partido en la calle de Ferraz. Durante aquella noche, varios manifestantes colgaron y apalearon un muñeco que representaba al presidente del Gobierno, Pedro Sánchez. Con

independencia de la repulsa que, desde un plano ético, pueda producir este hecho, no cabría entender a la figura del presidente (ni al partido que lidera) como una minoría vulnerable necesitada de especial protección. Huelga recordar que los representantes políticos han de soportar críticas de tal intensidad que la animadversión radical hacia ellos quedaría protegida por el ejercicio legítimo de la libertad de expresión (entre otras, STEDH de 13 de marzo de 2018, *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, nº 51168/15 y 51186/15).

especialmente, el hecho de que los organismos públicos se arroguen la facultad de prohibir la difusión de mensajes en la vía pública a través de ordenanzas municipales “dispares y sometidas a los avatares propios de la política municipal” (Valiente Martínez, 2022)<sup>20</sup>.

En contraposición a la vía administrativa, la tutela civil se erige como una opción hasta ahora apenas considerada en lo relativo a los delitos de odio, quizá debido a las desventajas propias de esta jurisdicción: los procesos son costosos, lentos y, en ocasiones, desiguales para las partes (Valiente Martínez, 2022).

Pese a ello, no ha de olvidarse que el primer caso de discurso de odio juzgado en España (el caso Violeta Friedman, STC 214/1991, de 11 de noviembre) fue un proceso civil.

Además, el apartado octavo de la Recomendación de Política General nº 15, relativa a la lucha contra el discurso de odio prevé la exigencia de responsabilidades civiles por el uso del discurso de odio, toda vez que el daño que este ocasiona “es la mayoría de las veces un daño moral para los afectados”, aunque pueden darse situaciones en las que se demuestre que dicho discurso también ha supuesto para las víctimas daños materiales: rechazo de una oportunidad de empleo o pérdida de la capacidad para trabajar por problemas de salud derivados de una incitación reiterada al odio contra alguien -o contra el grupo al que pertenece- en base a sus características personales o identitarias<sup>21</sup>.

En cualquier caso, la figura del daño moral se encuentra consolidada en nuestra jurisprudencia, y la Ley Orgánica 1/1982, de 5

de mayo, igualmente alude a la compensación por daños morales en caso de intromisiones ilegítimas en el derecho al honor (art. 9). Cabría entonces preguntarse si es posible medir los daños que origina el discurso del odio para aplicar estos mecanismos.

En general, los procesos por responsabilidad civil se centran en la identificación del daño y su posible cuantificación, es decir, “la víctima y sus necesidades son el eje del proceso” (Valiente Martínez, 2022).

El art. 1902 del Código Civil español reconoce la legitimación pasiva, ya que permite presentar acciones contra el que “por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia”, quien, además, “está obligado a reparar el daño causado”.

Por su parte, el legitimado activamente para dicha interposición sería el perjudicado, así como las personas designadas a tal efecto en su testamento, sus herederos legítimos o, a falta de todos los anteriores, el Ministerio Fiscal. Pero la legitimación activa presentaría una serie de problemas en los supuestos en los que el discurso del odio se dirigiese contra un amplio grupo de personas.

Autores como Valiente Martínez (2022) se plantean si “¿todos los integrantes de un determinado grupo tendrían derecho a personarse como parte demandante y reclamar una indemnización por daños?”.

Para solventar esta dificultad, el Tribunal Constitucional reformuló el concepto de ‘interés legítimo’ en el citado caso de Violeta Friedman y reconoció la legitimación procesal

---

<sup>20</sup> A colación, es conocido el polémico caso de la manifestación que la ‘Asociación Madrileña de Ateos y Librepensadores’ y la asamblea vecinal ‘La Playa de Lavapiés’ quisieron organizar durante la festividad católica del Jueves Santo de 2012. Esta consistía en la celebración de la procesión de la ‘Virgen del Santísimo Coño Insumiso’, perteneciente a la Hermandad del Santo Latrocinio. Dicha manifestación fue prohibida en esa fecha y en el itinerario previsto por la Delegación del Gobierno en Madrid, que argumentó que su celebración el mismo Jueves Santo supondría un problema de orden público, pues su fin era eminentemente ofensivo para quienes participarían en el culto católico. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en su STSJM 209/2014, de 14 de abril, avaló dicha

decisión al entender, entre otras razones, que se había llevado a cabo en estricto cumplimiento del principio de proporcionalidad que debe regir toda limitación del derecho de reunión. Es decir, con la prohibición de la procesión citada se logró la garantía del orden público sin peligro para personas o bienes. Con independencia del fallo, creemos que no deben ser los organismos públicos, como el del caso propuesto, los que limiten el ejercicio de derechos fundamentales o resuelvan, en primera instancia, conflictos de esta índole.

<sup>21</sup> Recomendación General nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio, *Op. cit.*, p. 88, apartado 147.



de todos los miembros de grupos étnicos y religiosos (Gascón Cuenca, 2012).

Así, en la conocida STC 214/1991 de 11 de noviembre, el TC afirmó que “nuestra Ley fundamental no otorga la legitimación activa exclusivamente a la víctima o titular del derecho fundamental infringido, sino a toda persona que invoque un interés legítimo”. Es decir, los integrantes de un colectivo al que fuese dirigido un discurso de odio en cuestión, ostentarían el derecho a litigar ante los tribunales para reivindicar la protección del honor del grupo al que perteneciesen.

Con el fin de evitar que cada afectado potencial presentase su propia reclamación en función del daño que entiende que ha sufrido y se generase una multitud de procesos, la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 11 y ss. ofrece una posible solución: las demandas colectivas, en las que para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, se legitima a “asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos” (art. 11 bis).

Lo cierto es que cada vez existen más asociaciones para la defensa de los derechos de las víctimas, como la Fundación Secretariado Gitano o el Movimiento contra la Intolerancia<sup>22</sup>. Por consiguiente, nada impediría aplicar esta figura a posibles procesos civiles por discurso de odio y ampliar su alcance a los daños morales (Valiente Martínez, 2022).

Encauzar la persecución de los discursos de odio mediante la vía civil comporta una serie de ventajas evidentes: se mantiene el control judicial en el ejercicio de los derechos fundamentales, se pueden construir analogías a la hora de juzgar los distintos casos conflictivos; y se proporcionaría una mayor

seguridad jurídica con base en la consolidada jurisprudencia relativa al derecho de daños.

A la misma vez, se evitaría interferencias desmedidas en la libertad de expresión protegida en el marco constitucional, pues la vía penal quedaría relegada para el castigo de las acciones más graves, como la expresa apología de la violencia.

En lo referido a la cuantificación de la posible indemnización, Martínez-Calcerrada (2013, p. 66) plantea la siguiente problemática: “¿Qué suma, aparte de la reparación *in natura*, ha de satisfacer el autor de las lesiones por esas cicatrices residuales, o por esos quebrantos psicofísicos de la víctima debidamente acreditados?”.

A la hora de medir económicamente los daños que puede producir un discurso de odio, apunta el mismo autor: “Se observa una discordancia en el binomio de la restauración, ya que no se puede reparar con dinero algo que, en su naturaleza, no es así evaluable”.

Cabe recordar que la indemnización no cumple únicamente una función resarcitoria, sino también una punitiva (Martínez-Calcerrada, 2013).

Es por ello que Valiente Martínez (2022) plantea una iniciativa acertada: en lugar de que un ciudadano indemnice a miles de personas por un comentario racista, dicho resarcimiento podría dirigirse a financiar acciones que fomenten la integración de los colectivos afectados.

Esta propuesta se vincularía con las herramientas propias de la justicia restaurativa: un movimiento “que propugna la reparación integral del daño causado por el delito como objetivo fundamental, y el consenso entre víctima, infractor y sociedad como método para la óptima solución del conflicto” (Flores Prada, 2015, p. 7).

---

<sup>22</sup> Igualmente, la intervención del *amicus curiae* podría resultar de gran utilidad para la resolución de estos conflictos. Esta figura originaria del derecho anglosajón alude a la persona física o jurídica que, sin estar legitimada como parte en un

litigio, interviene voluntariamente como defensor del interés general y para aportar información objetiva ante el tribunal.

La justicia restaurativa se trata de una práctica que, poco a poco, se ha ido asentando en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno; y que supone una importante modernización del sistema de justicia, pues se centra en un aspecto más relacional y comunitario para la solución de los conflictos.

Téngase en cuenta que el acceso a servicios restaurativos se reconoce en el art. 15 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Igualmente, la reparación del daño se erige como un deber recogido en la reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (arts. 25 y 27).

A modo de ejemplos de la aplicación de herramientas restaurativas, la organización inglesa *Why me?* puso en marcha en 2019 un proyecto dirigido a realizar formación en materia de justicia restaurativa para agrupaciones LGBTQI, con el fin de incrementar el acceso de víctimas de delitos de odio a estos servicios.

Por otro lado, la Oficina Metropolitana de Policía también recibió instrucción específica para que el personal encargado de atender casos de delitos de odio mejorase su abordaje.

Los encuentros restaurativos que siguen el modelo *Why me?* se producen de la siguiente forma: se reúnen la persona dañada y la que ha infligido el daño (*a harmed and a harmer*), con acompañantes de ambas (*supporters*) escogidas por ellas mismas; y con la facilitación de una o dos profesionales.

El encuentro se divide en dos partes: una centrada en hablar de lo sucedido y las emociones relacionadas con los hechos, y una segunda donde las participantes discuten

cómo puede repararse el daño (Nieves Gómez et. al, 2021, p. 90 y ss.).

También en Oregón (Estados Unidos) destaca el caso de un individuo que telefoneó al Centro Cultural Islámico amenazando de muerte a la comunidad musulmana en represalia por los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001.

El Fiscal a cargo de la investigación contactó con la Junta Comunitaria de Responsabilidad que operaba en el barrio del ofensor para iniciar un proceso restaurativo. De este modo, se iniciaron una serie de encuentros que culminaron con una disculpa pública del autor; y su compromiso de acudir a reuniones sobre la cultura islámica y a colaborar en la concienciación social sobre el racismo y la discriminación<sup>23</sup>.

Por último, en España (concretamente en Ciudad Real y en Valencia) hallamos la iniciativa “Redes” (Fundación CEPAIM), basada en el acompañamiento y orientación para víctimas de odio y discriminación; y en la búsqueda de mecanismos dirigidos a restaurar el daño, evitando acudir a un proceso judicial e involucrando a toda la sociedad<sup>24</sup>.

Sin duda, la justicia restaurativa aportaría respuestas eficaces para la reparación del daño causado por un discurso de odio, y beneficios satisfactorios para las partes implicadas.

Entre ellos, permite otorgar a la víctima una serie de competencias para participar activamente en el proceso de reparación y sanación del daño (como expresar y dialogar sobre sus sentimientos y emociones).

A su vez, el infractor no solo tiene la oportunidad de asumir la responsabilidad del

---

<sup>23</sup> En el contexto español, se pueden consultar otros casos resueltos mediante un enfoque restaurativo en la obra Mazkieran, Mikel.; Urionaguena Villa, Jone.; De Assas Aguirre, María.; y Rubio Olascoaga, Irene., (2020). *Reparar para curar. Guía de actuación para la resolución de incidentes y delitos de odio y discriminación con enfoque restaurativo*, Federación SOS Racismo, documento disponible en línea en

<https://sosracismo.eu/wp-content/uploads/2021/06/20201217.-Reparar-para-curar.pdf>.

<sup>24</sup> Texto de la noticia disponible en <https://www.latribunadeciudadreal.es/Noticia/Z3BA78527-D69D-3FED-A33D6098FA0D69B7/202204/Cepaim-plantea-justicia-restaurativa-en-delitos-de-odio> [Fecha de consulta: 27 de diciembre de 2023].

hecho, sino de comprenderlo en su totalidad y pedir perdón por ello<sup>25</sup>.

En este sentido, la deshumanización de la víctima es un elemento fundamental para cometer un delito de odio (Alises Castillo, 2022), y la justicia restaurativa puede humanizar al perjudicado a ojos del victimario para que sea consciente del dolor que ha producido a otro ser humano.

Asimismo, con las herramientas restaurativas se apuesta por una sensibilización de todos los operadores sociales, no solamente de los colectivos perjudicados, sino de otros que puedan verse afectados por el ilícito penal, como familiares o miembros de la comunidad a la que pertenece la víctima (Yáñez García-Bernalt, 2023).

Pero, ante todo, la justicia restaurativa fomenta una mayor concienciación del fenómeno discriminatorio; y promueve una cultura de la diversidad y respeto igualitario (Mazkiaran et. al, 2020).

## **6 La prevención del discurso de odio: el ‘discurso de defensa activo’ de los medios de comunicación**

Una cuestión relevante que subyace a lo largo del estudio de la regulación y la condena de los discursos de odio es si el Derecho debe señalar determinados discursos para castigarlos mediante sanciones -ya sean penales, administrativas o civiles-.

Al respecto, García García (2017) opina que el uso del Derecho no siempre es lo más

oportuno, a lo que Nastasache y Martín Jiménez (2021, p. 19) especifican que “el recurso al Derecho Penal se justifica por la necesidad de combatir el odio con la mayor contundencia posible, pero ello no significa que los pasos que se están dando en esta dirección sean acertados”.

Por otro lado, la irrupción de la Inteligencia Artificial (IA) también ha traído consigo el desarrollo de sistemas automatizados para detectar el ciberodio<sup>26</sup>, como el modelo algorítmico SocialHater (BERT)<sup>27</sup>.

Pero la realidad es que este tipo de tecnología avanzada tampoco solucionará la cuestión de fondo que se esconde tras el incremento de los delitos de odio, ya sea en el espacio físico o en línea: “Una sociedad inmadura, con escasa formación emocional, educación crítica y cultura cívica” (Benítez Eyzaguirre, 2017, p. 4). Emplear la IA para probar delitos de odio en Internet, endurecer las penas o ampliar los casos en los que puede intervenir el Derecho no solucionarán el problema si no contamos con medidas de corte social y educativo que lo afronten desde su origen.

Asimismo, como bien señalan varios autores (Fuentes Osorio, 2017; Alcácer Guirao, 2020), acudir a sanciones penales y, con ello, al sacrificio de la libertad de expresión, no ha garantizado el derecho que tienen las minorías “a expresar libremente su forma de ser y de sentir sin temor a ser agredidos simplemente por sus características identitarias” (Laurenzo Copello, 2021, p. 90).

<sup>25</sup> Sobre los efectos del perdón en los procesos de curación de las víctimas, véase Echeburúa Odriozola, Enrique., (2013). “El valor psicológico del perdón en las víctimas y en los ofensores”, en *Eguzkilore: Cuaderno del instituto vasco de criminología*, nº 27, pp. 65-72.

<sup>26</sup> En un sentido amplio, nos referimos a todas aquellas conductas motivadas por el odio y llevadas a cabo a través de Internet. Estas comprenden tanto las que son penalmente típicas, como en las que se percibe un componente de intolerancia que no es relevante en términos penales, sin perjuicio de que su lesividad pueda tener respuesta en otro ámbito (Moretón Toquero, 2012, p. 5). Sobre ciberodio véase también GORDÓN BENITO, Íñigo., (2023). *Delitos de odio y ciberodio. Una revisión acerca de las posibilidades de filtrado penal del discurso*, Tirant lo Blanch.

<sup>27</sup> Desarrollado en colaboración con la Oficina Nacional de Lucha Contra los Delitos de Odio (ONDOD), se trata de un modelo algorítmico multimodal que no solo analiza el texto de un mensaje publicado, sino que tiene en cuenta la interpretación del contexto y el comportamiento del usuario que lo ha difundido (Valle-Cano et. al, 2023). Según los autores, nos encontraríamos ante un sistema que mejora y supera notablemente a los anteriores detectores de odio en Internet. Dado que todavía se halla en proceso de implementación, deberemos prestar atención a sus avances, así como a la problemática existente en torno a su uso por parte por las autoridades competentes: la dificultad de distinguir entre discurso de odio y mensajes odiosos, la posible injerencia en la libertad de expresión y/o en el derecho a la privacidad de los usuarios, complejidades a la hora de interpretar el lenguaje natural humano, etc.

Tampoco el uso del Derecho como castigo -ni la democratización de la comunicación que han supuesto las redes sociales- parece haber fomentado un ejercicio más responsable e integrador de la libertad de expresión por parte de la ciudadanía en general.

La alternativa a reprimir jurídicamente el discurso de odio, en cualquiera de sus modalidades, podría ser asegurar por otras vías que los grupos minoritarios, que constituyen potenciales víctimas del odio y la discriminación, dispongan realmente “de posibilidades expresivas de respuesta, que accedan en condiciones de igualdad a los medios de comunicación, que puedan, en suma, hacerse oír socialmente” (Alcácer Guirao, 2020, p. 200 y ss).

Siguiendo al mismo autor, estas herramientas contribuirían a la construcción de un “discurso de defensa activo de las minorías” que podría resultar más efectivo que el Derecho para contrarrestar los mensajes discriminatorios y favorecer una cultura de los derechos humanos.

En relación con esto, los medios de comunicación desempeñan un importante papel en su actividad diaria de informar al público sobre lo que acontece; en 1964 Marshall McLuhan ya acuñó la expresión “El medio es el mensaje”.

Aunque desde hace tiempo se habla de una “degradación generalizada del periodismo” (Díaz Nosty, 2015, p. 12), favorecida en gran medida por la precariedad laboral y las continuas injerencias de los poderes políticos y económicos en la labor de los periodistas (David Jiménez, 2019), los medios siguen siendo auténticos creadores de la realidad social (Van Dijk, 2011).

De tal forma que la comunicación eficaz que realizan sobre ciertos mensajes seleccionados previamente, bajo un enfoque específico,

posee el poder de penetrar en las mentes de los individuos como “una bala” (Freidenberg, 2004).

Sin duda, este proceso implica consecuencias directas en la forma de comportarnos ante determinados fenómenos, como el odio o la discriminación.

Para cumplir con su originario deber de servicio público (esencial para vivir en una democracia real y garantista), las palabras que escojan para elaborar sus informaciones han de ser fieles al hecho que narran y respetuosas e inclusivas con respecto a sus protagonistas, dado que “la información constituye un bien social para todos (...), no un simple producto o mercancía” (García Avilés, 2015, p. 293).

Por lo tanto, si la representación de cuestiones de interés público se lleva a cabo de forma polarizada, mediante el uso de un lenguaje excluyente; desoyendo a algunos colectivos y omitiendo los derechos que les corresponden (nutriendo así una “espiral del silencio” perversa y perdurable en el tiempo, Noelle-Neumann, 1993), más sencillo resultará que la ciudadanía asimile que ciertos colectivos son una amenaza para la estabilidad de las sociedades que los acogen. Nos encontraremos, entonces, ante un caldo de cultivo perfecto para la proliferación de discursos de odio<sup>28</sup>.

Dada su influencia, los medios de comunicación han de poner en práctica un periodismo responsable, comprometido con el desarrollo libre e igualitario de los ciudadanos a los que se dirigen; un periodismo beligerante en el reconocimiento y promoción de los derechos fundamentales. Esto es, al fin y al cabo, un ‘discurso de defensa activo’ de las personas vulnerables.

Un paso efectivo en esta línea podría ser la prohibición generalizada de comentarios anónimos en las noticias publicadas en sus

---

<sup>28</sup> Sobre los efectos del lenguaje y sus percepciones en el ejercicio de los derechos y libertades de la ciudadanía, véase ORTEGA GIMÉNEZ, Cristina., (2023). *El lenguaje de los derechos de las personas migrantes: entre la libertad y la*

*discriminación* (Tesis doctoral). Universidad Miguel Hernández de Elche.

canales web y perfiles sociales, lo que conllevaría la obligación de que los usuarios se identificasen mediante algún tipo de mecanismo certero (nombre y apellidos, correo electrónico, etc).

A pesar de las dificultades que dicha práctica conllevaría (con respecto a la publicación de datos personales o a la facilidad para burlar los sistemas de autenticación), sería un buen punto del que partir porque el anonimato y el uso de pseudónimos son factores que, por la sensación de impunidad que ofrecen, alientan la expresión de discursos de odio (Cabo Isasi y García Juanatey, 2017).

En cambio, la identificación personal fomentaría el autocontrol y la responsabilidad de los usuarios que no podrían valerse de las posibilidades de *feedback* que otorgan las redes sociales y los medios para transmitir inquina o discriminación hacia ciertos colectivos.

Otra práctica a llevar a cabo sería incorporar a las noticias que versen sobre discriminación, información de denuncia para que, aquellos que hayan sido víctimas de un delito de odio (tanto actos como discursos), puedan dar traslado ante las autoridades competentes.

Al respecto se adjunta una guía elaborada por la Oficina Nacional de Lucha Contra los Delitos de Odio (ONDOD), principal institución española encargada de la detección y freno de esta clase de delitos. En ella, se pueden encontrar recursos de atención a las víctimas, información sobre oficinas especializadas en delitos de odio por territorios, teléfonos a los que llamar, pasos a seguir para formalizar una denuncia, etc<sup>29</sup>.

En suma, el aumento de la discriminación social y la era de la posverdad<sup>30</sup> o “emotivización de la política” (Sartori, 2012), que vivimos en la actualidad, obliga a los medios de comunicación a defender los valores de la democracia y, sobre todo, a

reforzar su compromiso con la defensa de los derechos de los más débiles y discriminados: “Nadie debe ser neutral (...), los medios han de oponerse, de forma clara, a la violencia y al lenguaje del odio” (Código Europeo de Deontología del Periodismo, 1993).

## 7 Conclusiones

Los discursos que destilan odio o violencia son uno de los problemas más importantes de la era digital (Paz et. al, 2020), pero la sobrecriminalización de los mismos no parece ser la solución idónea para erradicarlos (Laurenzo Copello, 2019).

Cuando hablamos de discurso de odio, no podemos olvidar la importancia que posee la libertad de expresión para la formación de una opinión pública libre, incluso si dicha libertad se alimenta de ideas que “chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población” (STEDH de 7 de diciembre de 1976, *Handyside c. Reino Unido*; STEDH de 13 de marzo de 2018, *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*; STEDH de 8 de junio de 2023, *Fragoso Dacosta c. España*).

Tales son las demandas del pluralismo, valor superior de nuestro Ordenamiento Jurídico (art. 1.1 CE), sin el cual no existiría una verdadera sociedad democrática.

Con la intención de hallar un equilibrio entre la protección de los grupos vulnerables y el respeto al derecho a la libertad de expresión, en la primera parte de esta investigación se realiza una propuesta de interpretación jurídica del discurso de odio.

Entendemos que deberían encauzarse por la vía penal únicamente los casos de apología expresa de la violencia contra colectivos vulnerables.

Para el resto de discursos o mensajes intolerantes, se descarta la vía administrativa (por la posible inconstitucionalidad de las

<sup>29</sup> Documento disponible en <https://oficinacional-delitosdeodio.ses.mir.es/publico/ONDOD/denunciar.html>.

<sup>30</sup> Esta implica una distorsión deliberada de la realidad primando las emociones y creencias frente a los hechos objetivos.

sanciones); y se examina, *sensu contrario*, la tutela civil y la reparación del daño moral mediante la justicia restaurativa. Este procedimiento permite una participación más activa de la víctima en la investigación del delito y el resarcimiento por el perjuicio ocasionado.

En futuras investigaciones, continuaremos explorando la aplicación y efectividad de herramientas restaurativas en estos supuestos.

Por otra parte, el aumento de la intolerancia en nuestro país no disminuirá si los instrumentos legales con los que cuentan los operadores jurídicos no van acompañados de otros de corte socioeducativo. En este sentido, resulta fundamental la labor de los medios de comunicación como constructores de la realidad social (Van Dijk, 2011).

Estos no solamente desempeñan una tarea de servicio público, basada en el derecho de la ciudadanía a ser informada (art. 20 CE), sino que han de actuar como auténticos “perros guardianes” de la democracia (STEDH de 5 de octubre de 2016, *Ziembinski c. Polonia*), lo que supone favorecer el establecimiento de una cultura constitucional (Häberle, 2002), donde todas las personas ejerzan sus derechos en un ambiente tolerante, libre e igualitario.

Esta función de los periodistas como formadores o vigilantes de los derechos (Ramón Reig, 2009) guarda relación con la propia idea de ‘educación en derechos humanos’: un proceso continuo mediante el cual la sociedad aprende a conocer sus

derechos, a defenderlos y a ejercerlos sin dañar al otro.

Si tenemos en cuenta que el objetivo de los discursos de odio es señalar, marginar o eliminar del espacio público a los que se considera diferentes, el Consejo de Europa (2010<sup>31</sup>) apuesta por este tipo de educación para que seamos capaces de “apreciar la diversidad”; así como de defender una “cultura universal de los derechos humanos” que logre un estado de bienestar para todos los ciudadanos de la Unión Europea.

Asimismo, el TEDH ha recordado en varias ocasiones, como en el asunto *Nachova y otros c. Bulgaria*, de 6 de julio de 2005, que en democracia, “la diversidad no ha de ser percibida como una amenaza, sino como una riqueza para la sociedad”.

La educación también puede actuar como mecanismo adecuado para detectar la existencia de discursos odiosos basados en el empleo de un lenguaje sibilino que se escuda en una zona gris aparentemente neutral, ubicada entre la libertad y la discriminación; pero que merma la dignidad de los colectivos a los que se dirige como si se tratase de un lenguaje de odio abiertamente excluyente.

Como hemos visto, nuestro Ordenamiento Jurídico tan solo da respuesta a los delitos de odio, “la punta del iceberg de las conductas discriminatorias” (Nieves Gómez et. al, 2021, p. 102); pero no aborda los incidentes que no encajan en los tipos penales y que son más difíciles de percibir dada la sutileza que los caracteriza (por ejemplo, los microrracismos<sup>32</sup> o la discriminación líquida<sup>33</sup>).

---

<sup>31</sup> Carta del Consejo de Europa sobre la educación para la ciudadanía democrática y la educación en derechos humanos. Recomendación CM/Rec(2010)7. Documento disponible para su lectura en <https://rm.coe.int/16804969d9>.

<sup>32</sup> Alude al empleo reiterado de estrategias comunicativas con construcciones lingüísticas basadas en términos “sutiles”, “suaves” o “de bajísima intensidad” (Martínez Soos et. al, 2018, p. 6), que las convierten en casi invisibles. Esto a su vez provoca que, en ocasiones, las personas que los sufren no sean del todo conscientes de que dichas actitudes atentan contra su honor y dignidad. Por ejemplo, asumir que una persona es extranjera solo por su apariencia física o utilizar expresiones

diarias que infravaloran ciertas culturas o etnias, como “Vistes como un gitano” o “Esto es trabajo de chinos”.

<sup>33</sup> La discriminación o el racismo líquido (en referencia a la conocida obra *Modernidad líquida* de Zygmunt Bauman) es un término utilizado por Rey Martínez (2015) para definir una nueva forma de racismo que “disimula la hostilidad racial al utilizar un lenguaje tan políticamente correcto como falso; genera una aceptación pública a las personas extranjeras pero un rechazo privado; desplaza la idea biológica de raza hacia la cultura (‘nuestra cultura’ frente a la de otros) y la desigualdad hacia la diferencia” (no habría discriminación, sino legítima diferencia, exaltando un enfoque multicultural y no intercultural).

Aunque todos ellos sean percibidos como actitudes “antisociales de importancia menor” (Nieves Gómez et. al, 2021, p. 102), su repetición en el tiempo comporta efectos devastadores para quienes los sufren.

En definitiva, la educación en derechos humanos se erige como un poderoso instrumento de contención del odio y la discriminación, indispensable para construir un ‘discurso de defensa activo’ que logre que ninguna persona quede relegada al vagón de cola de la sociedad.

## Referencias

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. (2020). *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- ALISES CASTILLO, Charo. (2022). *Guía de delitos de odio LGTBI: menos odio, más respeto y más tolerancia*, Consejería de Mujer, Igualdad, LGTBI, Familias y Política Social, Dirección General de Mujer y Diversidad de Género.
- BENI, Elisa. (2023). “El culto al delito”, en *El Nacional*.cat,[https://www.elnacional.cat/es/opinion/culto-delito-elisa-beni\\_1084605\\_102.html](https://www.elnacional.cat/es/opinion/culto-delito-elisa-beni_1084605_102.html)
- BENÍTEZ EYZAGUIRRE, Lucía. (2017). *Enredados en el odio y sus discursos*, en *Contar sin odio, odio sin contar. Visibilidad y contranarrativas del discurso del odio en los medios para futuros periodistas*, RICCAP, pp. 4-12.
- BUENO DE MATA, Federico. (2023). *Particularidades probatorias del discurso de odio en Internet: identificación de indicadores de polarización radical mediante sistemas algorítmicos*, en *Miró Llinares, Fernando (dir.), Digitalización y algoritmización de la justicia*, en *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, nº39, <http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i39.41635>.
- CABO ISASI, Álex y GARCÍA JUANATEY, Ana. (2017). *El discurso de odio en las redes sociales: un estado de la cuestión*, Área de Derechos de Ciudadanía, Cultura, Participación y Transparencia.
- DEL VALLE-CANO, Gloria. QUIJANO-SÁNCHEZ, Lara, LIBERATORE, Federico, y GÓMEZ ESTEBAN, Jesús. (2023). “SocialHaterBERT: A dichotomous approach for automatically detecting hate speech on Twitter through textual analysis and user profiles”, en *Expert Systems with Applications*, vol. 216, 119446, 1-17, doi: <https://doi.org/10.1016/j.eswa.2022.119446>.
- DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto. (2012). *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal* (Tesis doctoral). Universidad Autónoma de Madrid.
- DÍAZ NOSTY, Bernardo. (2015). “La banalización del periodismo”, en *Cuaderno de Periodistas*, nº 31, <https://www.cuadernosdeperiodistas.com/la-banalizacion-del-periodismo/>.
- ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique. (2013). “El valor psicológico del perdón en las víctimas y en los ofensores”, en *Eguzkilore: Cuaderno del instituto vasco de criminología*, nº27, pp. 65-72. <http://hdl.handle.net/10810/23049>
- FLORES PRADA, Ignacio. (2015). “Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de justicia penal”, en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje (RIEDPA)*, nº 2.
- FREIDENBERG, Flavia. (2004). “Los medios de comunicación de masas: ¿también son actores?”, en *USAL*, pp. 1-17.
- FUENTES OSORIO, Juan Luis. (2005). “Los medios de comunicación y el Derecho Penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-16, pp. 16:1-16:51.
- FUENTES OSORIO, Juan Luis. (2017). “El odio como delito”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 19. 19-27. <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-27.pdf>

- GARCÍA-AVILÉS, José Alberto. (2015). Comunicar en la sociedad red. Teorías, modelos y prácticas, Editorial UOC.
- GARCÍA GARCÍA, Javier. (2017). “Respuestas y problemas jurídicos frente al discurso del odio”, en *Contar sin odio, odio sin contar. Visibilidad y contra-narrativas del discurso del odio en los medios para futuros periodistas*, RICCAP, pp. 73-84.
- GASCÓN CUENCA, Andrés. (2012). “Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 26, pp. 310-340.
- GASCÓN CUENCA, Andrés. (2015). “La nueva regulación del discurso del odio en el Ordenamiento Jurídico español: la modificación del artículo 510 CP”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 32, pp. 72-92.
- GÓMEZ, Nieves, PALACIOS, Anna, y PÉREZ, Luisa. (2021). *Justicia restaurativa en casos de odio y discriminación*, Institut de Drets Humans de Catalunya.
- GORDÓN BENITO, Íñigo., (2023). *Delitos de odio y ciberodio. Una revisión acerca de las posibilidades de filtrado penal del discurso*, Tirant lo Blanch.
- HÄBERLE, Peter. (2002). *La Constitución como cultura*, Universidad del Externado de Colombia.
- JIMÉNEZ GARCÍA, David. (2019). *El director*, Libros del K.O.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. (2018). *Los delitos de odio*, Tirant Lo Blanch.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, y GARRO CARRERA, Enara. (2018). *Delitos de odio: Derecho Comparado y Regulación Española*, Tirant Lo Blanch.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. (2020). “Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 22(19), pp. 1-34. <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc22-19.pdf>
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. (2022). “El delito de incitación al odio (artículo 510 CP): Quo Vadis”, en *Azafea: Revista De Filosofía*, nº 23(1), pp. 57–81, doi: <https://doi.org/10.14201/azafea2021235781>.
- LAURENZO COPELLO, Patricia. (2019). *La manipulación de los delitos de odio*, en Portilla Contreras, Guillermo y Velásquez Velásquez, Fernando (eds.), *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Dykinson. <https://doi.org/10.2307/j.ctv103xbt5.27>
- LAURENZO COPELLO, Patricia. (2021). “Un delito en busca de justificación: la humillación o descrédito de colectivos discriminados”, en *Revista Azafea*, nº23, pp. 83-106. <https://doi.org/10.14201/azafea20212383106>.
- MARTÍNEZ SOOS, Paula, Rodríguez Meneses, Julia, Rodríguez Téllez, Isabel, y Serrano García, Ana Belén. (2018). “La invisibilidad de los microracismos”, en *Revista E-innova*, pp. 1-13.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, Luis. (2013). “La responsabilidad civil y el daño moral”, en *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, nº 1, pp. 57-67.
- MAZKIARAN, Mikel, URIONAGUENA VILLA, Jone, DE ASSAS AGUIRRE, María, y RUBIO OLASCOAGA, Irene. (2020). *Reparar para curar. Guía de actuación para la resolución de incidentes y delitos de odio y discriminación con enfoque restaurativo*, Federación SOS Racismo. <https://sosracismo.eu/wp-content/uploads/2021/06/20201217.Reparar-para-curar.pdf>.
- MCLUHAN, Marshall. (1994). *Comprender los medios de comunicación. Las extensiones del ser humano*, Editorial Paidós SAICF.
- MORETÓN TOQUERO, María Aránzazu. (2012). “El ciberodio, la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 27, pp. 1-18.



- NASTASACHE, Alina, y MARTÍN JIMÉNEZ Berta. (2021). Libertad de expresión, delitos de odio y VIH: a propósito de un cartel. <https://www.sidastudi.org/resources/inmag ic-img/DD75099.pdf>.
- NOELLE-NEUMANN, Elisabeth. (1993). *The Spiral of Silence-Our Social Skin*, The University of Chicago Press.
- ORTEGA GIMÉNEZ, Cristina. (2023). *El lenguaje de los derechos de las personas migrantes: entre la libertad y la discriminación* (Tesis doctoral). Universidad Miguel Hernández de Elche.
- PAZ, María Antonia.; MONTERO DÍAZ, Julio, y MORENO-DELGADO, Alicia. (2020). "Hate speech: A systematized review", en *Sage Open*, nº10(4). <https://doi.org/10.1177/2158244020973022>.
- PINA CASTILLO, María, y HERNÁNDEZ PRADOS, María de los Ángeles. (2023). *La infradenuncia de los delitos de odio*, Dykinson. <https://doi.org/10.2307/jj.5076324>
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel. (2021). Capítulo 12. Del odio como discurso al odio como delito, pasando por el discurso del odio. En Ríos Vega, Luis Efrén y Spigno, Irene(eds.), *Estudios de casos líderes europeos y nacionales. Vol. XIV. La libertad de expresión en el siglo XXI. Cuestiones actuales y problemáticas*, Tirant Lo Blanch, pp. 323-354.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel. (2022). Capítulo 2. La vulnerabilidad, en Favieres, Paloma (ed.), *Igualdad de trato y no discriminación: discurso de odio y delito de odio hacia la población migrante y refugiada*, Comisión Española de Ayuda al Refugiado, pp. 30-53.
- REIG, Ramón. (2009). "Bases teóricas y documentales para el estudio de la Estructura de la Información y el análisis estructural de los mensajes", en *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, nº 15, pp. 385-407. <https://revistas.ucm.es/index.php/ESMP/article/view/ESMP0909110385A>
- REY MARTÍNEZ, Fernando., (2015). "Racismo líquido", en Público, <https://blogs.publico.es/otrasmiradas/3829/racismo-liquido/>
- SARTORI, Giovanni., (2012). *Homo videns: la sociedad teledirigida*, Taurus. <https://doi.org/10.5354/0717-9162.2003.10669>
- TERUEL LOZANO, Germán Manuel. (2018). "Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 114, pp. 13-45, doi: <https://www.cepc.gov.es/sites/default/files/2021-12/3855101teruel-lozano.html>. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc114.01>
- TUR AUSINA, Rosario, DE LARA GONZÁLEZ, Alicia, y ORTEGA GIMÉNEZ, Cristina. (2023). "El Caso Vinícius Jr: ¿discurso de odio, discurso odioso... y pan y circo?", en *Diario La Ley*, nº 10266, <https://acortar.link/dHL7Zg>
- VALIENTE MARTÍNEZ, Francisco. (2022). "El resarcimiento de los daños causados por el discurso del odio", en *Revista de Filosofía moral y política*, nº67,doi:<https://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/1230/1431>. <https://doi.org/10.3989/isegoria.2022.67.08>
- VAN DIJK, Teun. (2011). *Discourse Analysis of Racism*, en Stanfield, J. (ed.), *Rethinking Race and Ethnicity in Research Methods*, Routledge.
- VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J. (2024). "La libertad de odiar", en *El Mundo*.
- YÁÑEZ GARCÍA-BERNALT, Irene. (2023). "Reflexiones sobre los delitos de odio y las víctimas especialmente vulnerables", en *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, nº 8, pp. 45-78, <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2023.i8.03>.



# La investigación y prueba de los delitos de odio. Especial referencia a la prueba indiciaria

The investigation and proof of hate crimes. Special reference to  
circumstantial evidence

**José Neftalí Nicolás García**

joseneftali.nicolas@um.es

ORCID: 0000-0003-2100-2198

## Resumen

Desde los inicios de la humanidad la población del mundo se ha mostrado en continuo movimiento, originando los llamados flujos migratorios, respondiendo estos movimientos a diversas razones, entre otras, el trabajo, la familia, la violencia, persecuciones y educación. Los delitos de odio nacen en una sociedad multiétnica y se desarrollan sobre la base de tres factores esenciales: la discriminación, la protección de los colectivos más vulnerables y la necesidad de proteger los valores de nuestra comunidad. En este contexto el odio puede ocasionar amenazas e incluso alterar el orden social, por ello el concepto de odio adquiere suma importancia desde el punto de vista penológico y encuentra su tipificación en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, si bien es necesario llevar a cabo por parte de las autoridades policiales y judiciales una investigación exhaustiva para conseguir prueba suficiente que sustente una condena penal. La mayoría de ocasiones hay que acudir a la prueba indiciaria para acreditar la motivación de la comisión del delito por razones de odio, es decir, probar el odio discriminatorio y su proyección en el delito depende de la prueba indiciaria.

Palabras clave: Discriminación; Odio; Delitos; Investigación; Prueba indiciaria

## Abstract

Since the beginning of humanity, the world's population has been in continuous movement, originating the so-called migratory flows, these movements responding to various reasons, among others, work, family, violence, persecution and education. Hate crimes are born in a multiethnic society and develop based on three essential factors: discrimination, the protection of the most vulnerable groups and the need to protect the values of our community. In this context, hate can cause threats and even alter the social order, which is why the concept of hate becomes extremely important from a penological point of view and is classified in Organic Law 10/1995, of November 23 of the Penal Code, although it is necessary to carry out an exhaustive investigation by the police and judicial authorities to obtain sufficient evidence to support a criminal conviction. In most cases, it is necessary to resort to circumstantial evidence to prove the motivation for committing the crime for reasons of hate, that is to say, proving discriminatory hatred and its projection in the crime depends on the circumstantial evidence.

Key words: Discrimination; Hate; Crimes; Investigation; Circumstantial evidence

**Cómo citar este trabajo:** Nicolás García, José Neftalí. (2024). *La investigación y prueba de los delitos de odio. Especial referencia a la prueba indiciaria.* Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología, (3), 128–148. <https://doi.org/10.46661/respublica.9522>

**Recepción:** 29.12.2023

**Aceptación:** 12.02.2024

**Publicación:** 13.02.2024



Este trabajo se publica bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional.

## 1. Introducción

El odio es un término conocido en el ámbito de la criminología. Es un concepto que se emplea para referirnos a aquellas conductas caracterizadas por el insulto y la ófon, es decir, comportamientos que se desvían de la norma y cuyo denominador común es la abominación hacia una persona o colectivos determinados.

Desde el punto de vista del derecho penal no existe una concepción unánime respecto al concepto de delitos de odio. Sin embargo, estamos ante una sociedad marcada por la globalización en la que este tipo de delitos son más visibles y se han convertido en una autentica preocupación en todos los países europeos.

Los delitos de odio son impulsados por sentimientos de rechazo e intolerancia que conllevan a la marginación y discriminación de determinados grupos de la sociedad. No podemos aprovechar la libertad de expresión para traspasar los límites del respeto y encubrir conductas delictivas amparadas en el odio<sup>1</sup>.

Como hemos manifestado anteriormente, en las últimas décadas el racismo y la intolerancia se han incrementado notablemente en todos los países del mundo incluyendo España. Podemos pensar que ese racismo e intolerancia se debe a factores de carácter sociológico, entre los que cabe mencionar el aumento de la inmigración y la pluralidad de culturas que conviven en nuestro país.

Así las cosas, desde los inicios de la democracia, las infracciones motivadas por la

discriminación, la intolerancia y el racismo han experimentado en España un aumento progresivo e importante y, por ende, los delitos de odio.

No podemos olvidar que la existencia de las redes sociales son una herramienta para cometer estos ilícitos penales. Así, a través de las redes sociales se produce la comunicación en masa y se abre la puerta a la difusión de mensajes alentadores de la violencia, el odio y la hostilidad hacia el extranjero.

Las instituciones gubernamentales, tanto españolas como europeas, se enfrentan un grave problema, por ello aúnan sus fuerzas para buscar soluciones a estos delitos. En este sentido, la Unión Europea puso en marcha la firma del Código de Conductas con las empresas dedicadas a la tecnología y se ha constituido un Grupo de Alto Nivel del que forma parte, entre otras, la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) y la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), con el objeto de combatir y prevenir los crímenes de odio, prestando especial atención a la difusión del odio de forma online<sup>2</sup>.

La FRA lleva a cabo una labor de asesoramiento a los gobiernos de las diferentes naciones y a las instituciones de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales, y especialmente en aspectos como la discriminación, el racismo y xenofobia, derechos de las víctimas, protección de datos, derechos del niño y acceso a la justicia<sup>3</sup>.

Por su parte, la UNESCO también ha puesto de manifiesto, a través de diversos informes, que

---

<sup>1</sup> CÁMARA ARROYO, Sergio. (2017) "El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión" en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. LXX. pp. 139-225.

<sup>2</sup> CABO ISASI, Alex; GARCÍA JUANATEY, Ana, (2016). El discurso del odio en las redes sociales: un estado de la cuestión. *Ajuntament de Barcelona*. Recuperado de: [https://ajuntament.barcelona.cat/bcnvsodi/wp-](https://ajuntament.barcelona.cat/bcnvsodi/wp-content/uploads/2015/03/Informe_discurso-del-odio_ES.pdf)

[content/uploads/2015/03/Informe\\_discurso-del-odio\\_ES.pdf](https://ajuntament.barcelona.cat/bcnvsodi/wp-content/uploads/2015/03/Informe_discurso-del-odio_ES.pdf) (consultado 13/12/2023).

<sup>3</sup> AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (FRA). ¿Qué hace la FRA?. Recuperado de: [https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/european-union-agency-fundamental-rights-fra\\_es](https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/european-union-agency-fundamental-rights-fra_es) (consultado el 13/12/2023).

en las redes sociales está latente el discurso de la intolerancia y el odio contra concretas minorías y la imperiosa necesidad de abordar estrategias para mitigarlo<sup>4</sup>.

La UNESCO es la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, que apuesta por el desarrollo del ser humano bajo la premisa del respeto mutuo y el diálogo entre culturas para alcanzar la paz duradera<sup>5</sup>.

En suma, los delitos de odio se han convertido en un problema de gran magnitud que alteran el orden social, de ahí, que la mayor parte de los organismos nacionales e internacionales elaboren mecanismos para combatirlos. Pues no es tolerable, que la ira y el odio queden impunes y, además, se aproveche internet y las redes sociales para la difusión de ideologías que animen al insulto, humillación, homofobia o cualquier otra conducta intolerante hacia determinadas personas o colectivos<sup>6</sup>.

## 2. Aproximación al significado de los delitos de odio y otros conceptos claves.

En este epígrafe trataremos de realizar una aproximación a determinados conceptos que resultan de interés para la calificación de este tipo de ilícitos penales. Para ello, nos apoyaremos esencialmente en el marco normativo europeo y directrices marcadas por organizaciones internacionales.

### 2.1 Conceptualización del delito de odio.

Podemos afirmar que no existe una única nomenclatura para aludir a los delitos de odio, por ello en ocasiones se emplea indistintamente los términos delitos de odio y crímenes de odio. Sin embargo, puede resultar más correcto utilizar el término crímenes de odio para referirnos a los delitos de genocidio y lesa humanidad<sup>7</sup>.

Atendiendo a la semántica, la palabra odio procede del latín «*odium*» y es definida como la «*antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea*». El vocablo deseo procede del latín «*desid um*» y se refiere al «*movimiento afectivo hacia algo que se apetece*»<sup>8</sup>.

El odio en cuanto a que desea el mal constituye una emoción. Si tenemos en cuenta que nuestro código penal vincula varios tipos penales con los delitos de odio (como la agravante del artículo 22.4<sup>a</sup> del Código Penal o el artículo 510 del mismo texto legal), observaremos que hacen referencia a los motivos. El término motivo procede del latín «*mot vus*» y un motivo significa la razón que mueve para realizar algo. Por su parte, la palabra discriminar (del latín *discrimin re*) significa tratar a una persona o colectivos de personas de forma inferior por su raza, religión, ideología, etc<sup>9</sup>.

En este contexto, tenemos que subrayar que existe una estrecha relación entre odio y delito. El odio se identifica con una emoción que impulsa el incremento de la fuerza, por lo

---

<sup>4</sup> CABO ISASI, A., GARCÍA JUANATEY, A. Ob. Cit. p. 6.

<sup>5</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA (UNESCO). Cultura. Recuperado de: <https://www.unesco.org/es/culture> (consultado el 13/12/2023).

<sup>6</sup> LIZ-RIVAS, Lenny & PALACIOS GARCÍA, María, Ángeles. (2023) La violencia y agresión a las personas durante la Tercera Edad, en *Cuadernos de psicosociobiología de la agresión: educación y prevención*. Universidad Complutense de Madrid. ISSN: 2695-9097. Dykinson. pp. 101-122.

<sup>7</sup> CÁMARA ARROYO, Sergio. Ob. Cit. p. 9.

<sup>8</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2023). Diccionario de la lengua española. Recuperado de: <https://dle.rae.es/odio#otras> (consultado el 13/12/2023).

<sup>9</sup> DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto (2020). Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio en Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado. Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia.

que sirve de motor para fomentar la comisión de delitos en los que la fuerza es imprescindible, como son los actos violentos.

Por tanto, la expresión delitos de odio define el motivo que impulsa al autor a realizar el delito, que no es otro que su propia intolerancia y rechazo hacia un concreto colectivo de personas por razón de su origen, ideología, raza, religión, sexo o cualquier otro motivo de carácter discriminatorio<sup>10</sup>.

Para la OSCE<sup>11</sup> los delitos de odio comprenden la base del delito y el motivo basado en diversos prejuicios. Además, el infractor elige a su víctima por su vinculación a una raza, etnia, religión, etc., y comete este tipo de delitos por su intolerancia y a fan de discriminar a determinadas personas por sus rasgos característicos.

Por último, cabe mencionar que el término delitos de odio es utilizado por diversas organizaciones e instituciones internacionales, como son la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (ODIHR) y la Comisión Europea para el Racismo y la Intolerancia (ECRI)<sup>12</sup> del Consejo de Europa.

## 2.2. El delito de odio, los estereotipos y la discriminación.

La palabra estereotipo, está formada por los vocablos griegos stereós (sólido) y tipo (modelo, molde) y significa idea concebida y aceptada de forma general por un grupo o sociedad de forma inmutable<sup>13</sup>.

El término estereotipos, se emplea para considerar que todos los miembros de un grupo tienen las mismas características. Esta palabra choca con la realidad, pues ciertamente todas las personas que pertenecen un colectivo concreto no presentan paridad en sus características individuales.

La conducta discriminatoria encuentra su fiel aliado en los estereotipos y prejuicios, como motor impulsor del animus discriminatorio. Entre la diversidad de prejuicios y estereotipos podemos mencionar, la negativa de un empresario a contratar a un inmigrante o que la mayoría de los inmigrantes son unos delincuentes.

En cuanto a la palabra discriminación, proviene del latín «*discriminatio*» y significa aquella acción o efecto de discriminar<sup>14</sup>.

El Comité de Derechos de las Naciones Unidas, establece como definición de discriminación la siguiente:

*«[...] el término “discriminación”, tal y como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce*

---

<sup>10</sup> GÓMEZ MARTÍN, Víctor; MARQUINA BERTRÁN, Marta; DE ROSA PALACIO, Miriam; MARÍA TAMARIT, Josep; AGUILAR GARCÍA, Miguel Ángel, (2015). Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación.

<sup>11</sup> La OSCE es la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa. Con 57 estados de Europa, Asia Central y América del Norte constituye la organización de seguridad regional más amplia del mundo.

<sup>12</sup> La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia se funda en el año 1994. Es un organismo independiente del Consejo de Europa para vigilar los derechos humanos y cuya labro primordial es luchar

contra el antisemitismo, el racismo, la discriminación, xenofobia e intolerancia religiosa..

<sup>13</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2023). Diccionario de la lengua española. Recuperado de: <https://dle.rae.es/estereotipo> (consultado el 15/12/2023).

<sup>14</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2023). Diccionario de la lengua española. Recuperado de: <https://dle.rae.es/discriminaci%C3%B3n?m=form&m=form&wq=discriminaci%C3%B3n> (consultado el 15/12/2023).

*o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas».*

Para la organización Accem<sup>15</sup>, la discriminación consiste en la desigualdad de trato hacia la persona o grupo de personas por razón de sus caracteres, lo que implica la privación de gozar de todos aquellos derechos que les asisten y cuyo disfrute ostenta toda persona.

En este clima, la definición de discriminación la podemos hallar tanto en la normativa europea que lucha contra las prácticas discriminatorias como en la española<sup>16</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico destacan en materia de lucha contra la discriminación, entre otras, las siguientes normas:

- Constitución Española de 1978, que proclama en su artículo 14 el derecho a la igualdad y a la no discriminación, enumerando los motivos por los que rechaza la práctica discriminatoria.
- Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.
- Ley 63/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito y el Real Decreto 1109/2015 que lo desarrolla.

Asimismo, podemos decir que existen cuatro tipos de discriminaciones: la discriminación directa, la indirecta, por asociación y por error.

La discriminación directa se produce cuando una persona en situación análoga a otra recibe un trato desigual y desfavorable por motivos que se encuentran bajo protección normativa. Un ejemplo de este tipo de discriminación se produce cuando se prohíbe la entrada a un establecimiento de una persona por pertenecer una concreta etnia.

La discriminación indirecta se origina cuando una norma e incluso criterio aparentemente neutro sitúa a una o varias personas en una posición desventajosa en relación con otras por motivos discriminatorios. Por ejemplo, para acceder a determinadas ayudas sociales se le exige a la población extranjera documentación que han de conseguir en el país de origen.

La discriminación por asociación consiste en excluir a una o varias personas, en virtud de su relación o contacto con otras personas que son discriminadas por alguno de los motivos protegidos legislativamente. Este tipo de discriminación está presente, por ejemplo, cuando se ataca a un miembro de una organización sin ánimo de lucro, que defiende los derechos de los inmigrantes de una determinada nacionalidad.

En este tipo de discriminación se puede apreciar la agravante de discriminación prevista en el artículo 22. 4ª de la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ya que considera que son circunstancias agravantes cometer el delito por motivos:

*«[...], racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la*

---

<sup>15</sup> Accem es una organización sin ánimo de lucro, apartidista y aconfesional, cuya finalidad es la defensa de la igualdad, deberes y oportunidades para todas las personas, con independencia de su origen, raza, religión, identidad sexual, género o grupo social.

<sup>16</sup>GÓMEZ MARTÍN, Víctor; MARQUINA BERTRÁN, Marta; DE ROSA PALACIO, Miriam; MARÍA TAMARIT, Josep; AGUILAR GARCÍA, Miguel Ángel, Ob. Cit. pp. 25-27

*víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta».*

La discriminación por error es aquella que consiste en discriminar a una persona por vincularla equívocamente a unas características propias de un colectivo determinado al que en realidad no pertenece. En estos casos al igual que ocurre en la discriminación por asociación se puede aplicar la agravante del artículo 22. 4ª del Código Penal.

Como ejemplo a este tipo de discriminación, podemos mencionar el caso en el que a una persona se niega la entrada en un establecimiento bajo la creencia que pertenece a una etnia concreta cuando en realidad nada tiene que ver con aquella.

En este contexto de discriminación, debemos hacer mención al acoso, represalias discriminatorias y a la discriminación múltiple.

Desde el punto de vista del marco normativo europeo el acoso es una práctica discriminatoria, cuando se lleva a cabo un comportamiento desviado de la norma vinculado a un motivo protegido y, cuyo fin sea agredir la dignidad de la persona e incluso crear una ambiente intimidatorio y hostil.

En el Código penal español (CP en adelante), el acoso discriminatorio encuentra su encaje en función de los hechos y circunstancias que concurren.

Así, se puede apreciar acoso discriminatorio en un delito de amenazas cometido a colectivos (artículo 170 del CP<sup>17</sup>), el acoso previsto en el artículo 172. 1 ter del CP e incluso en aquellos actos lesivos para la dignidad previsto en el artículo 510. 2. a del CP<sup>18</sup>.

Constituyen ejemplos de acoso discriminatorio, los insultos por parte de un grupo de alumnos a otro alumno por razón de su religión o en un centro de trabajo cuando los compañeros humillan a otro trabajador por razón de su sexo<sup>19</sup>.

La represalia discriminatoria consiste en la animadversión hacia una persona que ha mostrado su desacuerdo con alguna práctica discriminatoria. Este tipo de represalia se

---

<sup>17</sup> El artículo 170. 1 del CP, establece que: “Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior”.

<sup>18</sup> Artículo 510. 2. a del CP preceptúa que: “2. 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 racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a

*una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad, 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”.*

<sup>19</sup> PALACIOS GARCÍA, María, Ángeles. & LIZ-RIVAS, Lenny. (2022). El hostigamiento o delito de “stalking” en el trabajo. en *Cuadernos de psicobiología de la agresión: educación y prevención*. Universidad Complutense de Madrid. ISSN: 2695-9097. Dykinson. pp. 91-102.

puede apreciar en los delitos penados en el artículo 464 del CP<sup>20</sup>.

En cuanto a la discriminación múltiple, manifestar que se produce cuando una persona es discriminada debido a dos o más motivos discriminatorios. Entre las notas características de la discriminación múltiple podemos señalar:

- Que es una discriminación aditiva, puesto que el efecto que produce los diversos motivos discriminatorios puede ser diferenciado. Por ejemplo, un hombre con cierta edad puede ser discriminado en el ámbito laboral por su ideología, y en el acceso a cualquier prestación pública por su ratio de edad.
- Que la discriminación se sustente en la mezcla de varias características.

En consecuencia, estamos ante una amplia variedad de modalidades discriminatorias, que transgreden los derechos de las personas, por ello todos los países ha de seguir trabajando para luchar contra cualquier tipo de discriminación.

### 3. Los delitos de odio y discriminación en la legislación española.

Una buena parte de la doctrina española considera que el Código Penal protege el derecho fundamental a la igualdad y la no discriminación proclamada en el artículo 14 de la Constitución Española. Sin embargo, la controversia surge, cuando al elemento que

motiva la conducta discriminatoria se adiciona otro elemento más, que es el odio y, obtener como resultado los llamados delitos de odio y discriminación.

El Código Penal español no prevé un capítulo específico para este tipo de delitos, no obstante, pese a esa laguna, haremos un breve recorrido por el articulado del texto legal que tipifica el odio y, por ende, la discriminación<sup>21</sup>.

De este modo, el artículo 22.4 del CP preceptúa la agravante por motivos discriminatorios. Una parte de la doctrina es partidaria, de que se trata de una agravante que responde a una circunstancia de carácter subjetivo, cuyo móvil es la negativa al principio de igualdad. Otra parte de la doctrina defiende que la circunstancia puede estar basada en la intención de acoquinar a la víctima y los miembros de su grupo.

Ante esta diversidad de opiniones es preferible considerar que la agravante del artículo 22. 4<sup>a</sup> del CP resulta aplicable en el caso de que el infractor cometa el ilícito penal por motivos discriminatorios o racistas, al considerar, que el sujeto pasivo reúne la aptitud objeto del móvil, es decir que pertenece a una etnia, religión, etc..

Asimismo, podemos expresar, que esta agravante se construye sobre la base de un amplio abanico de razones discriminatorias.

No obstante, aunque el artículo 22. 4 del CP presenta sus lagunas, no podemos perder de vista, que los delitos de odio y discriminación vulneran la dignidad del individuo

---

<sup>20</sup> Artículo 464 del CP establece que: *“1. El que con violencia o intimidación intentare influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a veinticuatro meses.*

*Si el autor del hecho alcanzara su objetivo se impondrá la pena en su mitad superior.*

*2. Iguales penas se impondrán a quien realizare cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el apartado anterior, por su actuación en procedimiento judicial, sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos”.*

<sup>21</sup> GÓMEZ MARTÍN, Víctor; MARQUINA BERTRÁN, Marta; DE ROSA PALACIO, Miriam; MARÍA TAMARIT, Josep; AGUILAR GARCÍA, Miguel Ángel, Ob. Cit. pp. 170-182



estrechamente unida a sus circunstancias tanto personales como sociales, por lo que el referido precepto agrava la pena por motivos discriminatorios.

Respecto al artículo 170. 1 del CP, señalar que, regula las amenazas dirigidas a colectivos. En este ilícito penal se identifican los siguientes rasgos fundamentales:

- El autor tiene como finalidad causar el temor en todos o en una buena parte de los miembros que componen el colectivo.
- La amenaza ha de ser identificable con un mal susceptible de delito y, ha de ser idónea para lograr atemorizar.

En cuanto al sujeto pasivo del delito, éste ha de tener un rasgo común que identifique a las personas que constituyen el grupo. Si bien, el sujeto pasivo puede ser tanto una persona concreta, que el sujeto activo por confusión considere que pertenece al colectivo que quiere amedrentar, como personas que ajenas al colectivo comparte sus mismas ideas.

Por otra parte, tal y como se ha reflejado en el epígrafe anterior, también se puede apreciar un cierto enfoque discriminatorio en los delitos contra la integridad moral previsto en el artículo 173. 1 del CP<sup>22</sup> y, en los actos que

atentan contra la dignidad previsto en el artículo 510. 2. a del CP<sup>23</sup>.

El artículo 314 del CP prevé el delito de discriminación en el ámbito laboral enumerando un catálogo de causas discriminatorias, al preceptuar que:

*“Quienes produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses.”*

Llegados este punto, también debemos referirnos de forma sucinta a los delitos de provocación a la discriminación, el odio o la violencia.

El artículo 510. 1. a del CP<sup>24</sup> constituye un instrumento para combatir tanto el racismo

---

<sup>22</sup> El artículo 173.1 párrafo primero del CP, establece que: “1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”.

<sup>23</sup> El artículo 510. 2. b, establece que: “2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses: b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o

*discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución. [...]”.*

<sup>24</sup> El artículo 510. 1 del CP, establece que: “1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad. b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra

como la discriminación por cualquier motivo protegido. De esta forma el precepto castiga la incitación al odio, a la discriminación o a la violencia.

En este sentido tenemos que precisar que, a lo largo de los años, se ha ido imponiendo en las diversas legislaciones de los países europeos la necesidad de luchar contra estas conductas ilícitas, penando las conductas que inciten a la violencia, al odio o la discriminación. Y esto es así, dado a la exigencia que marca la normativa europea en la contienda contra el racismo y la xenofobia. De esta forma, dentro del marco normativo de la Unión Europea destaca la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Centrándonos en la legislación española, por un lado, se tipifica los delitos consistentes en expresiones incitadoras al odio, hostilidad, discriminación o violencia, como es el caso del artículo 510. 1. a. de nuestro CP y, por otro lado, se prevé agravar la pena para la comisión de delitos motivados por la discriminación.

En relación con la apología de los delitos de genocidio debemos de remitirnos al artículo 510. 1. c que tipifica los delitos de negación, trivialización grave o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra personas o bienes en caso de conflicto armado.

El mismo precepto en su apartado 2. b, tipifica el enaltecimiento o justificación de cualquier delito cometido contra un colectivo, una parte

---

*clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad. c) Quienes públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y*

de este o alguno de sus miembros por alguno de los motivos discriminatorios previstos en el tipo A.

Para concluir, en relación con los delitos de genocidio y lesa humanidad, el Código Penal Español dedica un capítulo para este tipo de delitos, encontrándose su regulación en el artículo 607 y 607 bis del CP.

#### **4. La prueba de los delitos de odio en el proceso penal.**

En los delitos de odio, uno de los principales problemas a los que nos enfrentamos en el proceso penal radica en la dificultad de probar el motivo que ha llevado al infractor a la comisión del tipo delictivo, es decir, probar el odio discriminatorio y su proyección en el delito.

El principal problema que presenta el artículo 22. 4ª del CP a lo largo de los años es probar en el proceso la concurrencia de los elementos necesarios para que resulte viable aplicar el referido precepto. Por ello, resulta imprescindible la investigación policial en relación a la motivación del autor para concluir sobre la procedencia de aplicar el artículo 22. 4ª del CP, además de ser fundamental para la adopción de medidas cautelares para garantizar la integridad de las víctimas.

En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puso el acento en la necesidad, dentro de lo posible, que las

*bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos, u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos”.*

autoridades policiales indaguen en la motivación del sujeto activo<sup>25</sup>.

Un elemento de especial importancia, para la aplicación del artículo 22. 4<sup>ª</sup> del CP sería que en el seno de la investigación policial se obtuviera la confesión del autor y su ulterior ratificación en sede judicial. Sin embargo, esta confesión no se suele obtener, tal y como arroja la práctica forense.

Por tanto, lo interesante de la cuestión es que la investigación policial aporte suficientes indicios sobre la motivación que hagan posible probar la concurrencia del odio discriminatorio, permitiendo a los fiscales formular acusación y a los jueces condenar por ello, es decir, que suponga prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia de todo justiciable reconocida en el artículo 24.2 de la Constitución Española. Por ello resultan esenciales las primeras investigaciones realizadas por la policía<sup>26</sup>.

Asimismo, también cabe mencionar, que las reglas de nuestro sistema penal hacen que en ocasiones resulte improcedente aplicar el artículo 22. 4<sup>ª</sup> del CP, por lo que en cuanto a esta clase de prueba tendremos que tener en cuenta la jurisprudencia al respecto.

En este contexto, la prueba indiciaria requiere de un análisis adecuado de los diferentes indicios, que permitan concluir, que el sujeto cometió el delito motivado por el ánimo discriminatorio. Sobre la validez y requisitos de la prueba indiciaria como prueba de cargo nos centraremos más adelante.

Por tanto, el artículo 22. 4<sup>ª</sup> del CP resultará aplicable cuando, fuera de la duda razonable, el autor hubiera cometido el delito motivado por el odio discriminatorio.

Por otro lado, conviene recordar que la falta de cifras y datos fiables por delitos que vienen motivados por el odio, hace que se produzca una falta de conciencia sobre la gravedad del problema no solo en la sociedad en general, sino también en aquellas personas que tienen la obligación legal de investigar estos delitos, las cuales en muchas ocasiones tienden a minimizar los hechos y, en consecuencia, se produce un menor castigo del delincuente.

Ello ocurre especialmente con la investigación y castigo de delitos leves, donde desde el primer momento no se profundiza en la motivación del delito y, en consecuencia, no se valora otros bienes jurídicos que pueden verse afectados, como la dignidad y la integridad moral de la víctima.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado de forma reiterada la obligación de los Estados de investigar en profundidad y de una forma eficaz todos los incidentes que puedan tener una motivación racista, xenófoba u otros motivos discriminatorios. A modo de ejemplo, podemos citar las siguientes sentencias:

1. Caso Nachova y otros contra Bulgaria, demandas nº 43577/98 y 43579/98, sentencia de la Gran Sala, Estrasburgo, 6 de julio de 2005.
2. Caso Moldovan y otros contra Rumanía, demandas nº 41138/98 y 64320/01.
3. Asunto Secic contra Croacia, 31 de mayo de 2007.
4. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Beauty Salomon contra España, demanda nº 47159/08,

---

<sup>25</sup> LÓPEZ DÍAZ, Juan Antonio (2012). *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal*. Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Madrid. pp. 1-518. Recuperado de: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/11312> (consultado el 17/12/2023).

<sup>26</sup> LUQUE JUÁREZ, José María, & Liz-Rivas, Lenny, (2021) Factores ligados a la violencia de género, evaluados en

la valoración policial del riesgo, en; "Vulnerabilidad de las víctimas desde la perspectiva de género. Una visión criminológica". Víctor Rodríguez González (dir), Ana María Fuentes Cano, Dña. Tara Alonso del Hierro y D. Jonathan Torres Téllez.(coords), Dykinson, pp. 243-256.

sentencia, Estrasburgo, 24 de julio de 2012.

En esta última sentencia

*«El Tribunal considera que, cuando investigan incidentes violentos las autoridades del Estado, tienen la obligación de tomar todas las medidas razonables para descubrir si existía una motivación racista y para establecer si los sentimientos de odio o los prejuicios fundados sobre el origen étnico han jugado un papel en los acontecimientos. Ciertamente es que es a menudo extremadamente difícil en la práctica probar la motivación racista. La obligación que el Estado tiene de investigar sobre las eventuales connotaciones racistas en un acto violento es una obligación de medios y no de resultados. [...] el Tribunal ha constatado que las autoridades españolas habían vulnerado el artículo 3 del Convenio en tanto que no habían conducido una investigación efectiva sobre el incidente. [...] El Tribunal toma nota de que en las demandas de 21 y 25 de julio de 2005 la demandante mencionaba los insultos racistas que habían sido proferidos por los policías [...] estos argumentos no han sido examinados por los tribunales encargados del asunto [...] sin efectuar una investigación más profunda sobre las actitudes pretendidamente racistas. [...] A la luz de los elementos de prueba proporcionados, el Tribunal estima que las decisiones adoptadas por las jurisdicciones internas no han tomado en consideración la vulnerabilidad específica de la demandante, inherente a su calidad*

*de mujer africana ejerciendo la prostitución. Las autoridades han faltado así a la obligación que les correspondía en virtud del artículo 14 de la Convención, combinado con el artículo 3 de tomar todas las medidas posibles para determinar si una actitud discriminatoria habría podido o no jugar un cierto papel en los acontecimientos».*

Un problema que también se produce frecuentemente en los atestados de todas las fuerzas y cuerpos de seguridad y en algunas ocasiones en las declaraciones que se obtienen en los juzgados es que se observa una ausencia de referencia a la motivación del autor en la comisión de las infracciones penales con contenido discriminatorio, limitándose a tramitar la agresión<sup>27</sup>, el insulto, la coacción, etc., como cualquiera otra más.

La descripción de la motivación a través de los datos que se obtienen no solo de las declaraciones de víctimas o de implicados, sino también de la correcta realización de actas de inspección ocular por la policía, debidamente acompañadas de reportajes fotográficos o videográficos que recojan vestigios como símbolos, anagramas, vestimenta o tatuajes de los presuntos autores, son de máxima importancia para la correcta calificación jurídico-penal de los hechos y, en especial, para la apreciación de la agravante del art. 22.4 CP, todo ello, además, con importantes repercusiones en la posible adopción de medidas cautelares como la prisión provisional o la prohibición de acercamiento del autor a la víctima.

En este sentido, los policías y los jueces y fiscales deben contar con la suficiente formación para detectar un delito motivado por el odio o la discriminación y saber, por tanto, enfocar la investigación para su debida acreditación. Un déficit en la formación de

---

<sup>27</sup> Liz-Rivas, Lenny (2018). Algunas bases neurológicas sobre la violencia y la agresión, en ;"Conflictos y diplomacia, desarrollo y paz, globalización y medio ambiente " coord. Por Emilio José García Mercader,

Claudio Payá Santos; César Augusto Giner Alegría (dir.), Juan Jose Delgado Morán (dir.), Thomson Reuters/Aranzadi, pp. 943-955.

estos profesionales en los conocimientos relativos al principio de igualdad y no discriminación, impide detectar con el rigor necesario los casos de discriminación y dar la respuesta adecuada, con la consiguiente frustración para las víctimas<sup>28</sup>.

Y es que, tal y como avanzábamos anteriormente, la investigación de los delitos de odio debe ser detallada y minuciosa para averiguar con de forma inequívoca la motivación del hecho. En pocas ocasiones la motivación discriminatoria es evidente y no plantea problemas para ser detectada, por ejemplo, cuando los hechos constitutivos del delito implican el uso de palabras o símbolos que muestran dicha motivación y la víctima pertenece a un colectivo minoritario, o cuando el acusado admite que el delito fue motivado por sus prejuicios racistas, xenófobos, homófobos, etc.

Pero en muchas ocasiones la motivación discriminatoria no es obvia y, al tratarse de conductas definidas por su motivación, su naturaleza de delito de odio puede quedar enmascarada si, con ocasión de la investigación policial o judicial, no se llegan a detectar aquellos datos o indicios que revelan dicha motivación como origen y causa de la acción criminal.

En estos casos, el éxito depende de los conocimientos y las acciones emprendidas por el primer agente de policía que tuvo conocimiento de los hechos e inicia las primeras diligencias en el lugar de la escena de los hechos y realiza las primeras entrevistas con la víctima y los testigos presenciales de los hechos, entre otros. Las señales o indicadores que apuntan a la comisión de un delito de odio se basan en hechos objetivos, circunstancias o acciones del agresor que, bien de forma independiente, o bien en conjunción con otros hechos y circunstancias, sugieren a

través de la prueba indiciaria que el delito fue motivado por odio o discriminación.

## 2.1. La prueba indiciaria

Tal y como señala el Tribunal Supremo, en Sentencia 314/2015, de 4 de mayo, acreditar la motivación del autor al cometer el delito supone introducirnos en un terreno valorativo que, sin duda, se presta a la discrecionalidad; por tanto, nos encontramos ante la averiguación, en términos de carga de prueba, de un elemento motivacional que solo podrá deducirse de indicios.

La prueba circunstancial o indirecta puede sustentar una condena penal ante delitos motivados por odio y discriminación a falta de prueba de cargo directa siempre que parta de datos fácticos plenamente probados y que los hechos constitutivos del delito o su motivación se deduzcan de los indicios aportados por la acusación, y ello a través de un proceso mental razonado, acorde con las reglas del criterio humano y de la lógica y detallado expresamente en la sentencia condenatoria (SSTC 61/2005, 137/2005).

El valor como prueba de cargo de la prueba de indicios ha sido admitido tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo.

El Tribunal Constitucional ha sostenido desde sus primeras sentencias sobre la materia (SSTC 174/1985, 175/1985, 24/1997, 157/1998, 189/1998, 68/1998, 220/1998, 44/2000 y 117/2000) y el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de febrero de 2015, *que a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia*.

El Tribunal Constitucional ha considerado como requisitos imprescindibles que los

<sup>28</sup> LUQUE JUÁREZ, José María, & Liz-Rivas, Lenny, (2021) Factores ligados a la violencia de género, evaluados en la valoración policial del riesgo, en; "Vulnerabilidad de las víctimas desde la perspectiva de género. Una visión criminológica". Víctor Rodríguez González (dir), Ana

María Fuentes Cano, Dña. Tara Alonso del Hierro y D. Jonathan Torres Téllez.(coords), Dykinson, pp. 243-256.

indicios han de estar plenamente probados, debiendo ser plurales (pues su propia naturaleza periférica les priva de idoneidad para fundar por sí mismos la convicción judicial), aunque excepcionalmente se admite el indicio único cuando tenga singular potencia acreditativa o un significado especialmente relevante; los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados o indicios, y, sobre todo, que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y por último, es necesario que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común.

Más recientemente, lo ha explicado con detalle y claridad el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 598/2021 de 7 de Julio, Rec 10097/2021, al señalar que como requisitos a la hora de evaluar el alcance de la prueba indiciaria concurrente en el proceso penal es preciso que el Juez o Tribunal hagan referencia a cada una de las siguientes cuestiones en la sentencia para alcanzar el convencimiento de que los hechos han ocurrido tal cual se reflejan en la misma:

1. Se contó con indicios probados y no con meras "probabilidades".
2. El Tribunal explicó por qué la suma de los indicios determinan la condena, en su caso, así como la solidez y concatenación de esos indicios que son reseñados.
3. La condena se ha fundado en la creencia del Tribunal de que "están convencidos" de que ocurrieron así, sin duda alguna, porque la suma de esos indicios "que explican con detalle" es lo que les lleva a esa convicción.

4. Existe una adecuada motivación acerca de la concurrencia de los indicios y su "relevancia probatoria".
5. Se relacionan los indicios con detalle en la sentencia.
6. Los indicios reúnen el requisito de la pluralidad. Se explicitan en la sentencia.
7. El Tribunal ha explicado no solo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido.
8. En la explicación del Tribunal los indicios se alimentan entre sí para configurar la condena, y ello exige un alto grado de motivación, que en este caso se ha expuesto.
9. Existe en la explicación dada en la sentencia un enlace lógico y racional entre el indicio o afirmación base y la afirmación consecuencia.
10. Queda plasmado el proceso deductivo que lleva a cabo el Tribunal en toda su extensión, permitiendo así un control de la racionalidad del hilo discursivo mediante el que el órgano jurisdiccional afirma su inferencia.
11. La inducción o inferencia es razonable, es decir, que no solamente no es arbitraria, absurda o infundada, sino que responde plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia.
12. Los indicios expuestos mantienen una correlación de forma tal que forman una cadena que vaya conformando el iter para llegar al proceso mental de convicción.
13. Existe una "probabilidad prevaleciente" con respecto a aquellas otras hipótesis explicativas de los mismos indicios.

A mayor abundamiento, podemos citar una serie de parámetros que, sin exigencia de agotamiento y concurrencia en su totalidad, se pueden tener en cuenta para que la prueba de indicios permita validar la presencia de prueba de cargo. Es importante tener en cuenta que en este caso se trata de parámetros o consideraciones de referencia que no es preciso que concurren todos, sino que son criterios recogidos por el propio Tribunal Supremo que han sido recopilados en la sentencia 532/2019, de 4 de noviembre, con la siguiente denominación:

“Reglas o principios para entender concurrente la prueba indiciaria como suficiente para dictar una sentencia condenatoria”.

De lo expuesto podemos concluir y relacionar los siguientes principios o reglas que es preciso tener en cuenta para admitir que los indicios concurrentes y relacionados por el Tribunal son suficientes para dictar sentencia condenatoria:

1. No pueden confundirse los indicios con las sospechas. Para enervar la presunción de inocencia debemos contar con indicios probados y no con meras "probabilidades" de que el hecho haya ocurrido como señala la acusación. Una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades.
2. El Juez o Tribunal no puede ni debe fundamentar el fallo de la Sentencia en su simple y puro convencimiento subjetivo. No se trata de que el juez, Tribunal o Jurado se convenzan de que el acusado cometió el hecho, sino de que "expliquen" por qué la suma de los indicios determinan la condena, en su caso, así como la solidez y concatenación de esos indicios, y no su debilidad.

3. La condena no puede fundarse en la creencia del Juez, Tribunal o del Jurado de que "creen" que los hechos ocurrieron como relatan, sino que "están convencidos" de que ocurrieron así, sin duda alguna, porque la suma de esos indicios "que deben explicar con detalle" es lo que les lleva a esa convicción.
4. Se exige del Tribunal una adecuada motivación acerca de la concurrencia de los indicios y su "relevancia probatoria". Así, en la operación deductiva deberán señalarse:
  - a.- En primer lugar, cuáles son los indicios probados, y
  - b.- En segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal manera que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de los indicios.
5. Elementos y requisitos en la prueba indiciaria:

*Elementos:*

- 1) Una afirmación base o indicio. La cita o mención de cuál es el hecho.
- 2) Una afirmación consecuencia. La referencia en la sentencia de lo que se deduce de él.
- 3) Un enlace lógico y racional entre el primero y el segundo de los elementos que lleva a la condena por la suma de los indicios plurales.

*Requisitos:*

- 1) Que exista una pluralidad de indicios. No puede precisarse, de antemano y en abstracto, su número (STS de 22 de julio de 1987), y con ello se niega cualquier posibilidad de que un indicio aislado pudiera servir para construir una presunción.
- 2) Que esta pluralidad de indicios estén demostrados mediante prueba

directa. Construir una inferencia sobre meras afirmaciones de parte sería tan peligroso como arbitrario. Se precisa objetividad.

- 3) Que de manera indispensable, entre el hecho demostrado o indicio y el que se trate de deducir haya un enlace preciso, concreto y directo según las reglas del criterio humano, y
- 4) Que el órgano judicial motive en su Sentencia el razonamiento de cómo ha llegado a la certeza del hecho presunto.
- 5) Es el proceso deductivo se aplican las máximas de experiencia, que se trata de "reglas que ofrece la experiencia sobre la base de la forma en que ordinariamente se desarrollan los acontecimientos" (STS 1159/2005, de 10 de octubre).
6. La exigencia de la motivación en la sentencia respecto a la concurrencia de indicios y su consecuencia es más fuerte y debe ser más precisa que en los casos de prueba directa, ya que está es clara y diáfana, pero no lo son los indicios, porque si lo fueran sería prueba directa y no indiciaria.

Es preciso que el órgano judicial explique no solo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el Juez ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia. (STS 506/2006, de 10 de mayo).

7. Los indicios se alimentan entre sí para configurar la condena, y ello exige un alto grado de motivación para que el acusado sepa por qué se le condena en ausencia de prueba indiciaria. Esa

evocación ideal de la relación entre los hechos -indicio y *thema probandum*-, es lo que permite inferir un término a partir de la comprobación del otro. En otros términos, se trata del "Razonamiento inductivo propio de la prueba de indicios" (STS de 18 de enero de 1995).

8. Si el órgano jurisdiccional no cumple con el deber constitucional de motivación es imposible tener acceso al proceso de inferencia llevado a cabo, y por consiguiente resulta imposible saber si el razonamiento es "arbitrario, absurdo o irracional".
9. La clave de la teoría de la prueba de indicios o prueba indirecta radica en el enlace lógico y racional entre el indicio o afirmación base y la afirmación consecuencia. Si el enlace no es ni lógico ni racional, y por supuesto basado en prueba directa que acredita los indicios o afirmaciones base, no puede llegarse a la afirmación consecuencia.
10. Cuando el Tribunal "suma" los indicios en su proceso final tras el juicio se llega a hablar de una, denominada, "certeza subjetiva", que lleva a la "convicción judicial", y ésta dimana de un pensamiento lógico y racional, es decir, que no sea ni absurdo, ni caprichoso, ni en definitiva un pensamiento construido por el Juzgador Sentenciador, basado en su propio capricho, o en su propia convicción moral.
11. La autoría que determina una condena no es "la mejor explicación posible a lo ocurrido". Que sea lógico no determina la condena, sino que la suma de los indicios que se citan permite al Tribunal que, de una forma razonada y explicativa, fijar que los hechos se produjeron de esa manera y no de cualquier otra, porque si hubiera dudas no se podría condenar. No es una sentencia de "sospechas", sino de



convicciones respecto a que la suma de indicios determinan y llevan al Tribunal a concluir con seguridad que el delito lo cometió el acusado.

12. Se trata, al fin y al cabo, de partir de la constatación de unos hechos mediatos para concluir otros inmediatos
13. El proceso deductivo que debe llevar a cabo el Tribunal ha de quedar plasmado en toda su extensión, permitiendo así un control de la racionalidad del hilo discursivo mediante el que el órgano jurisdiccional afirma su inferencia. Ha de quedar al descubierto el juicio de inferencia como actividad intelectual que sirve de enlace a un hecho acreditado y su consecuencia lógica.
14. La inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir, que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.
15. Los indicios deben mantener una correlación de forma tal que formen una cadena que vaya conformando el iter para llegar al proceso mental de convicción que se conforma por la suma de los datos y la prueba de cada uno de ellos.
16. Tanto esta Sala del Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional pueden y deben controlar la razonabilidad del discurso explicado por el órgano jurisdiccional que dictó la Sentencia condenatoria basada en la prueba de indicios o prueba indirecta. La puerta procesal que abre este posible control de la razonabilidad del discurso es la posible

vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. Pero ello no se hace invadiendo la inmediación en la valoración de la prueba, sino por la vía del juicio de racionalidad del discurso recogido por el Tribunal.

Es perfectamente revisable, mediante recurso de casación y mediante demanda de amparo, el "convencimiento judicial". Esto no quiere decir que el Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional vayan a revisar las pruebas practicadas ante el órgano sentenciador. Sin embargo, esta Sala del Tribunal Supremo sí que tiene acceso a la Sentencia dictada por el órgano sentenciador, y puede acceder a la motivación plasmada en ella, pudiendo valorar si esta motivación es lógica y racional, o si por el contrario es absurda, ilógica e irracional, y por lo tanto, podrán pronunciarse sobre si el órgano jurisdiccional sentenciador aplicó o no aplicó correctamente la teoría de la prueba de indicios.

El criterio de revisión de esta Sala es, por consecuencia, sólo respecto a la motivación de la condena por los indicios, y si es absurda, ilógica e irracional, pero sin poder entrar en valoración de prueba y la redacción de un indicio si ello afecta a la valoración de prueba.

17. El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse:
  - a.- Tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él),
  - b.- Como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues,

razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa).

Si bien son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de intermediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento "cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada.

18. Puede hablarse, así, de dos tipos de irracionalidad distintos que merecen tratamiento separado.

a.- La falta de lógica y la concurrencia de arbitrariedad o absurdo.

Las deducciones realizadas por el juzgador de instancia no tienen que resultar arbitrarias, incoherentes, descabelladas o absurdas, sino lógicas y razonables según el buen sentido y el recto razonamiento" (STS de 8 de marzo de 1994). Las inferencias deben ser descartadas cuando sean dudosas, vagas, contradictorias" (STS 151/2010, de 22 de febrero). La inferencia es incoherente, absurda y descabellada cuando un indicio se pretende subsumir en una máxima de experiencia en la que no tiene cabida o cuando se emplea una máxima de experiencia que resulta manifiestamente errónea. En definitiva, cuando el hecho presunto "no fluye o se deduce naturalmente de aquellos hechos-base" (STS 19/2009, de 7 de enero).

b.- La falta de conclusividad.

Solo cabe estimar que la garantía de la presunción de inocencia debe tenerse por vulnerada únicamente "cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada" (STS 631/2007, de 4 de julio).

20. La conclusión de una inferencia presuntiva debe considerarse cerrada, fuerte y determinada. "En suma, resultará probada la hipótesis sobre el hecho que se fundamente sobre diversas inferencias presuntivas convergentes cuando esa hipótesis esté dotada de un grado de confirmación prevaleciente respecto de otras hipótesis a las que se refieren otras inferencias presuntivas, mucho más débiles y por tanto incapaces de alterar la firmeza de aquella que se proclama como predominante". (STS 151/2010, de 22 de febrero).

Para que la tesis acusatoria pueda prosperar, consiguiéndose la enervación de la presunción de inocencia, se la debe exigir una "probabilidad prevaleciente" con respecto a aquellas otras hipótesis explicativas de los mismos indicios, entre las que se puede contar la tesis fáctica de descargo.

Esta sentencia ha sido comentada por Rodríguez Monserrat<sup>29</sup>, señalando que: "La meritada sentencia ha supuesto un punto de inflexión en el conocimiento y aplicación de la prueba indiciaria aportando un análisis contundente, claro y conciso sobre todos sus elementos,

Por lo tanto, se reducen las posibilidades de que se cometa un error por parte de los tribunales y, por ende, que se pueda justificar

---

<sup>29</sup> RODRIGUEZ MONSERRAT, Manuel (2020), La validez de la prueba indiciaria: Análisis de los requisitos para su amparo constitucional a la luz de la Sentencia

532/2019, de 4 de noviembre, en Diario La Ley, Nº 9674, Sección Doctrina. Wolters Kluwer.

la especial transcendencia constitucional en la vía de amparo. A pesar de que en los requisitos del citado concepto jurídico indeterminado adquiere especial relevancia la casuística de cada caso concreto (ortega Gutierrez, 2010, pag. 510), la claridad con la que se han elaborado las reglas de indicios reducirán los casos de irracionalidad en la convicción de los tribunales”.

## 2.2. Indicios más comunes en los delitos de odio.

En los delitos de odio existen una serie de indicios muy particulares y bastante frecuentes<sup>30</sup>, en orden a la acreditación de la motivación delictiva, los cuales deben ser debidamente recopilados por la policía e incorporados al atestado policial, con el fin de dotar a fiscales de los suficientes indicios racionales de criminalidad que permitan formular acusación y, en su caso, los jueces puedan fundamentar condenas. Entre estos indicios cabe destacar:

- La percepción de la víctima. Siguiendo las recomendaciones de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa (ECRI), la sola percepción o sentimiento por parte de la víctima de que el motivo del delito sufrido pueda ser racista o xenófobo debe obligar a las autoridades a llevar una investigación eficaz y completa para confirmar o descartar la naturaleza racista o xenófoba de dicho delito.
- La pertenencia de la víctima a un colectivo o grupo minoritarios por motivos étnicos, raciales, religiosos, de orientación o identidad sexual, discapacidad, etc.
- Discriminación por asociación: la víctima puede no ser miembro del grupo objetivo, pero puede ser un activista en solidaridad con el colectivo. Se trata de víctimas que sin pertenecer a un colectivo minoritario son deliberadamente escogidas por su relación con él.
- Las expresiones o comentarios racistas, xenófobos u homófobos que profiera el autor/es al cometer los hechos.
- Los tatuajes o la ropa que lleve puesto el autor de los hechos y que en muchas ocasiones serán, por su simbología relacionada con el odio, muy gráficos para acreditar el perfil del autor y la motivación del delito.
- La propaganda, estandartes, banderas, pancartas, etc., de carácter ultra que pueda llevar el autor de los hechos o que puedan encontrarse en su domicilio si es registrado.
- Los antecedentes policiales del sospechoso por haber participado en hechos similares o por haber sido identificado anteriormente en la asistencia a conciertos de carácter neonazi, asistencia a conferencias, reuniones o manifestaciones de carácter ultra caracterizadas por su hostilidad a colectivos minoritarios.
- El incidente en ocasiones ha ocurrido cerca de un lugar de culto (p. ej., una sinagoga o una mezquita), un cementerio (p. ej., en la parte musulmana) o un establecimiento de un grupo considerado minoritario en la vecindad (p. ej., a la salida de un bar de ambiente gay).
- La relación del sospechoso con grupos ultras del fútbol.
- La relación del sospechoso con grupos o asociaciones caracterizadas por su odio, animadversión u hostilidad contra colectivos de inmigrantes, musulmanes, judíos, homosexuales, etc.
- Enemistad histórica entre los miembros del grupo de la víctima y del presunto culpable.
- Si los hechos ocurren con motivo u ocasión de una fecha significativa para la comunidad o colectivo de destino, (p. ej., un viernes, día de la oración para

---

<sup>30</sup> GÓMEZ MARTÍN, Víctor; MARQUINA BERTRÁN, Marta; DE ROSA PALACIO, Miriam; MARÍA TAMARIT,

Josep; AGUILAR GARCÍA, Miguel Ángel, Ob. Cit. pp. 319-323

musulmanes, o un sábado para los judíos, o el día del orgullo gay, etc.).

- Si los hechos ocurren en un día, hora o lugar en el que se conmemora un acontecimiento o es un símbolo para el delincuente (p. ej., 20 de abril, día del cumpleaños de Hitler).
- La aparente gratuidad de los hechos, particularmente si son violentos y la víctima pertenece a un colectivo minoritario. Cuando tengamos una agresión o unos daños intencionados que no tienen otra explicación verosímil y la víctima pertenece a un colectivo minoritario por su origen, etnia, religión, orientación sexual, el color de su piel o sus rasgos físicos, es altamente probable que tengamos delante un delito de odio y que la motivación real encubierta sea la animadversión a la víctima por su pertenencia o relación con dicho colectivo.

Para una correcta investigación en los delitos de odio, estos indicios u otros de análoga significación deben quedar claramente plasmados en el correspondiente atestado policial, recogiendo de forma literal las expresiones proferidas por el denunciado en las declaraciones de la víctima y/o testigos, aportando informes fotográficos de su ropa y tatuajes y recopilando toda la información que esté al alcance de la policía.

## 5. Conclusiones

Aunque resulte difícil de apreciar, es evidente que el odio, la ira y la agresividad se han convertido en un verdadero problema en la sociedad, que conducen a la práctica de determinados delitos, que provocan en la víctima un perjuicio emocional y favorecen la vulneración de los derechos fundamentales y estigmatización de determinadas personas y colectivos de nuestra sociedad.

El discurso del odio, expresión que se refiere a la incitación a la discriminación y violencia por motivos de odio racial, xenofobia, etc... está presente tanto en España como en el resto de los países de Europa.

El concepto de delitos de odio está estrechamente vinculado a otras figuras, si bien se ha producido una regulación de esta materia por el legislador en el Código Penal español, tomando como referente el marco normativo europeo. No obstante, la normativa encuentra su límite en la libertad de expresión, por ello, el legislador ha de tipificar las conductas desviadas de la norma motivadas por el odio y la discriminación sin conculcar, por ende, el derecho a la libertad de expresión.

En los delitos de odio, uno de los principales problemas a los que nos enfrentamos en el proceso penal radica en la dificultad de probar el motivo que ha llevado al infractor a la comisión del tipo delictivo, es decir, probar el odio discriminatorio y su proyección en el delito.

Por ello, la investigación policial debe aportar suficientes indicios sobre la motivación que hagan posible probar la concurrencia del odio discriminatorio, permitiendo a los fiscales formular acusación y, en su caso, a los Jueces y Tribunales condenar por ello, es decir, que suponga prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia de todo justiciable reconocida en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

Se considera prueba suficiente la prueba de cargo obtenida por indicios, la llamada prueba indiciaria, si bien esta prueba debe cumplir los rigurosos requisitos establecidos a través de la jurisprudencia.

Por último, debemos preguntarnos si la mejor lucha contra este tipo de delitos debiera comenzar por inculcar el respeto y la tolerancia hacia los demás. En este sentido, se llevan a cabo por las instituciones diferentes campañas para mitigar los estereotipos y la intolerancia, pues sólo a través de la educación y la formación será posible combatir el discurso del odio.

## Referencias

VAN ACCEM. Conócenos. Recuperado de: <https://www.accem.es/conocenos/>

- AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (FRA). ¿Qué hace la FRA?. [https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/european-union-agency-fundamental-rights-fra\\_es](https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/european-union-agency-fundamental-rights-fra_es)
- CÁMARA ARROYO, Sergio, (2017) “El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión” en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. LXX.
- CABO ISASI, Alex; GARCÍA JUANATEY, Ana, (2016). El discurso del odio en las redes sociales: un estado de la cuestión. *Ajuntament de Barcelona*. [https://ajuntament.barcelona.cat/bcnvsodi/wp-content/uploads/2015/03/Informe\\_discurso-del-odio\\_ES.pdf](https://ajuntament.barcelona.cat/bcnvsodi/wp-content/uploads/2015/03/Informe_discurso-del-odio_ES.pdf) (consultado 13/12/2023).
- Constitución Española de 1978. Boletín Oficial del Estado, num. 311, de 29 de diciembre de 1978.
- DELGADO-MORÁN, Juan. José, y LIZ-RIVAS, Lenny. (2022) Derecho penal y violencia de género en España. Algunas cuestiones a considerar. *Revista de Direito Brasileira*. Florianópolis, SC, v. 32.n. 12. p.330-343. Mai./Ago. 2022. <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2022.v32i12.8560>
- DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto. (2020). Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio en *Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado*. Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia.
- FUENTES OSORIO, Juan Luis. (2017). “El odio como delito” *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 19-27 (2017) pp. 1-52. <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-27.pdf>.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor; MARQUINA BERTRÁN, Marta; DE ROSA PALACIO, Miriam; MARÍA TAMARIT, Josep; AGUILAR GARCÍA, Miguel Ángel. (2015). Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación.
- LÓPEZ DÍAZ, Juan Antonio (2012). *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal*. 2012. Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Madrid. pp. 1-518. <https://repositorio.uam.es/handle/10486/11312>.
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito. Boletín Oficial del Estado, núm. 101, de 28 de abril de 2015.
- Ley 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.
- Ley 15/2022, de 12 de julio de 2023, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Boletín Oficial del Estado, núm. 167, de 13 de julio de 2022.
- LIZ-RIVAS, Lenny (2018). Algunas bases neurológicas sobre la violencia y la agresión, en ;“Conflictos y diplomacia, desarrollo y paz, globalización y medio ambiente “ coord. Por Emilio José García Mercader, Claudio Payá Santos; César Augusto Giner Alegría (dir.).
- LIZ-RIVAS, Lenny y PALACIOS GARCÍA, María, Ángeles. (2023) La violencia y agresión a las personas durante la Tercera Edad, *Cuadernos de psicobiología de la agresión: educación y prevención*. Dykinson. pp. 101-122. <https://doi.org/10.14679/2709>
- LUQUE JUÁREZ, José María, y LIZ-RIVAS, Lenny,(2021) Factores ligados a la violencia de género, evaluados en la valoración policial del riesgo, en; “Vulnerabilidad de las víctimas desde la perspectiva de género. Una visión criminológica”. Víctor Rodríguez González (dir), Ana María Fuentes Cano, Dña. Tara Alonso del Hierro y D. Jonathan Torres Téllez.(coords), Dykinson, pp. 243-256. <https://doi.org/10.2307/j.ctv282jjsk.15>
- NACIONES UNIDAS. “Cambios demográficos”. <https://www.un.org/es/un75/shifting->

demographics (consultado el 12 de diciembre de 2023).

NACIONES UNIDAS. DERECHOS HUMANOS. ÓRGANO DE TRATADOS. No discriminación: .10/11/89. CCPR Observación General 18 (37º período de sesiones, 1989).  
[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/TreatyBodyExternal/TBSearch.aspx?Lang=sp&TreatyID=8&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/TBSearch.aspx?Lang=sp&TreatyID=8&DocTypeID=11)

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Cultura.  
<https://www.unesco.org/es/culture>

Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE).  
<https://www.osce.org/es>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2023). Diccionario de la lengua española.  
<https://dle.rae.es/odio#otras>

PALACIOS GARCÍA, María, Ángeles. y LIZRIVAS, Lenny. (2022). El hostigamiento o delito de “stalking” en el trabajo. en *Cuadernos de psicosociobiología de la agresión: educación y prevención*. Dykinson. pp. 91-102.  
<https://doi.org/10.2307/j.ctv36k5cdb.13>

Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito. Boletín Oficial del Estado, núm. 312, de 30 de diciembre de 2015.

RODRIGUEZ MONSERRAT, Manuel. (2020), La validez de la prueba indiciaria: Análisis de los requisitos para su amparo constitucional a la luz de la Sentencia 532/2019, de 4 de noviembre, en Diario La Ley, Nª 9674, Sección Doctrina. Wolters Kluwer.



# Delitos de odio, incitación al odio y libertad de expresión. Introducción a los delitos de odio en España

Hate crime, hate speech and freedom of expression. Introduction to hate crimes in Spain

**Tania Vidal López**

Universidad Isabel I. Burgos  
tania.vidal.lopez@ui1.es  
DOI: 0009-0002-6063-4438

## Resumen

Una sociedad basada en estereotipos y prejuicios se convierte en una sociedad llena de odio, en la que se cree erróneamente que cualquier expresión o conducta de discriminación está amparada bajo el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, no cabe todo, hay comportamientos discriminatorios que exceden los límites de los derechos fundamentales, como el derecho de la libertad de expresión. Cuando esto ocurre y se traspasan estos límites, nos encontramos ante unas ideas discriminatorias que se han materializado en una infracción que lesiona la dignidad de otra, y por tanto, supone una infracción grave que debe sancionarse por nuestro ordenamiento.

Palabras clave: Delito de odio, Derecho fundamental, Discriminación, Intolerancia, Victimización.

## Abstract

A society based on stereotypes and prejudices becomes a society full of hate, in which it is mistakenly believed that any expression or conduct of discrimination is protected under the right to freedom of expression. However, not everything fits, there are discriminatory behaviors that exceed the limits of fundamental rights, such as the right to freedom of expression. When this happens and these limits are crossed, we find ourselves faced with discriminatory ideas that have materialized in an infraction that harms the dignity of another, and therefore, represents a serious infraction that must be punished by our legal system.

Key words: Hate crime, Fundamental law, Discrimination, Intolerance, Victimization.

## 1 Introducción

Los estereotipos y prejuicios, desde los inicios de la sociedad, forman parte de nuestra estructura cultural, por lo que las conductas discriminatorias y el discurso de odio ha cobrado un papel relevante a lo largo de la historia, incluso llevado a cabo por ideologías políticas.

Si echamos la vista atrás, podemos observar cómo ciertos grupos minoritarios, por el hecho de pertenecer a esos grupos, se han convertido en víctimas de ataques inhumanos, por ejemplo, los ataques contra los judíos, contra los inmigrantes de color, contra las personas con una orientación sexual diferente a lo que se consideraba convencional y tradicional, etc.

Es en el siglo XX cuando comienza a cuestionarse la legitimidad de estas conductas, y comienza a surgir una corriente que defiende la igualdad y la punibilidad de estas conductas discriminatorias para combatir de forma eficaz estas situaciones.

Por ese motivo, es importante entender que no se trata de un fenómeno novedoso, sino que se trata de un fenómeno en el que hay que incidir para poder ir cambiando este constructo social y avanzar como sociedad.

La valoración de la sociedad ante un comportamiento lesivo contra otras personas debe ser de intolerancia y rechazo. Y en su caso, acompañarlo con una buena y correcta respuesta institucional.

Es necesario incidir en el rechazo de las actitudes intolerantes como sociedad, proporcionando una sensación de seguridad ante estas víctimas tratando de garantizar la punibilidad de estas conductas delictivas, al mismo tiempo que, tratando de minimizar el impacto negativo y dañino de las consecuencias de la victimización de estos delitos.).

## 2. Los delitos de odio

### 2.1. Bias crimes – Hate crimes

En 1985, el FBI comenzó a investigar una serie de delitos ocurridos en Estados Unidos, los cuales tenían una motivación común, pues principalmente se cometían esos delitos a consecuencia de unos prejuicios raciales y étnicos. De ahí surgió el término *Hate crimes* (crímenes de odio).

En esta línea McDevitt et al. (2003) recogen la definición facilitada por el FBI sobre los delitos de odio como “una infracción penal cometida contra una persona o propiedad que está motivada, total o parcialmente, por el prejuicio [bias] del autor contra una raza, religión, discapacidad, orientación sexual, u origen étnico/nacional; también conocidos como Crímenes de Odio (hate crimes)”.

Este concepto fue aceptado por la literatura para referenciar a aquellos delitos contra grupos sociales determinados. En concreto, diferenciaron dos terminologías cuando se introdujo en la legislación estadounidense: los *hate crime* (los crímenes de odio, utilizados en leyes federales) y los *bias crime* (los crímenes por prejuicio, utilizado en la jurisprudencia estatal).

Las corrientes europeas también enlazan estos comportamientos de odio con la existencia de una motivación derivada del prejuicio y la comisión de un delito.

De hecho, los Estados participantes de la OSCE reconocen el delito de odio como aquel acto con índole penal que es perpetrado por motivos que se basan en prejuicios. Para ello, el comportamiento motivado por odio debe cumplir con dos factores.

El primero es ser constitutivo de un delito conforme a la normativa en derecho penal, y en segundo lugar, que se haya perpetrado por motivos que deriven de los prejuicios.

Por tanto, los delitos de odio pueden definirse e interpretarse de muchas formas, incluso es un concepto cambiante que va adaptándose a las necesidades sociales, pero todas las definiciones suelen tener elementos comunes, grosso modo podemos definir estos comportamientos de odio como aquellas infracciones que nacen de los prejuicios



contra una persona por el hecho de pertenecer a un grupo social, que es objeto y motivo de ataques injustos.

Dicho con otras palabras, con los delitos de odio se castiga a aquellas personas que atentan por razones de animadversión a otras personas o colectivos.

Estas razones o motivos de odio basados en prejuicios se entienden como opiniones preconcebidas, estereotipos, intolerancia, odio o rechazo hacia una persona o colectivo por tener unas características determinadas.

En concreto, según la doctrina y jurisprudencia española, el delito de odio puede cometerse por las condiciones personales de la víctima, o por causas de discriminación.

Debemos entender por circunstancias personales aquellas que son susceptibles de encajar con el tipo penal, que, atentando contra ellas, a través de cualquier conducta, se lesione la dignidad de la persona.

Algunas de estas circunstancias que pueden ser susceptibles de estos comportamientos son:

- Etnia y raza.
- Origen o nacionalidad
- Ideología, religión o creencias.
- Sexo o género.
- Orientación e identidad sexual.
- Enfermedad
- Diversidad funcional o discapacidad.
- Pobreza – exclusión social

Estos comportamientos lesivos contra las personas pueden llevarse a cabo de numerosas formas, como: publicar, fomentar, promover o incitar al odio, generando hostilidad, discriminación, o cualquier otro perjuicio hacia una persona por lo que representa; producir, elaborar, poseer, distribuir o facilitar material que comporte ese odio; negar, trivializar o enaltecer los delitos de genocidio; o lesionar la dignidad de

otro mediante humillaciones, menosprecio o descrédito.

Y normalmente suelen materializarse a través de diferentes conductas, como la humillación, los insultos, las agresiones, los daños en la propiedad, etc.

## 2.2. Hate speech

El discurso de odio (hate speech) es un tema controvertido, pues se cuestiona si interfiere con el derecho fundamental de la libertad de expresión.

El artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece la libertad de expresión y de la información, como un derecho inherente en toda persona, el cual comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar cualquier información, opinión o idea, sin que pueda darse una injerencia de autoridades públicas e independientemente de las fronteras.

El artículo 10.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, añade que el ejercicio de este derecho de libertad de expresión también entraña deberes y responsabilidades, al mismo tiempo que se podrá someter a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, siempre y cuando estén previstas en la ley y sean medidas necesarias en una sociedad democrática, con el fin de tratar de garantizar la seguridad nacional, integridad territorial, seguridad pública, defensa del orden, prevención del delito, protección de la salud o moral, protección de la reputación o derechos, entre otros.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en numerosas sentencias abala que la libertad de expresión ocupa una figura esencial en el conjunto de derechos que son garantizados y protegidos por las normas fundamentales de una sociedad democrática, al mismo tiempo que plasma que se trata de un derecho

esencial para garantizar el progreso y desarrollo de cada persona<sup>1</sup>.

Por esta razón, en la gran parte de los países democráticos, se reconoce la libertad de expresión como un derecho fundamental contemplado en la Constitución (España, Francia, EEUU, etc.).

Ahora bien, ¿cualquier expresión puede acogerse a la protección constitucional? ¿el discurso de odio entra en conflicto con el derecho de la libertad de expresión?

Para abordar esta cuestión de si el discurso de odio entra en conflicto con el derecho a la libertad de expresión, observamos que no tiene una respuesta fácil por la dicotomía que se genera. Por este motivo, existe una complejidad para precisar un estándar de protección común, y hay que tener en cuenta cada caso en particular valorando las circunstancias concretas y atendiendo a unos criterios básicos. Algunos de estos criterios básicos a los que atiende el TEDH son la intencionalidad, la naturaleza y forma del discurso o el contexto, entre otros.

Pues emplear expresiones de odio, pese a su motivación, puede no ser constitutivo de infracción, pues la libertad de expresión puede comprender ideas u opiniones que creen inquietud u ofendan a un sector de la población, según afirma el propio TEDH.

Hay que tener en cuenta que la libertad de expresión constituye una libertad crítica aun cuando esta sea desabrida o pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues forma parte del pluralismo y la tolerancia de una sociedad democrática<sup>2</sup>, no obstante, tiene sus límites, por lo que cualquier expresión, por el hecho de serlo, no goza de protección constitucional<sup>3</sup>.

Es decir, la libertad de expresión no puede cubrir el llamado discurso de odio en su

totalidad, tal y como plasmó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 8 julio 1999, caso *Erdogdu* contra Turquía<sup>4</sup>.

### **3. Breve referencia a la penología en España**

El Código Penal Español, configura los delitos de odio en el Capítulo IV, de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, en concreto en su artículo 510, penalizando estas conductas.

En concreto, nuestro ordenamiento jurídico, con su actual redacción, distingue varios grupos de conductas:

- Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten al odio, hostilidad, discriminación o violencia por razón de pertenencia a algún grupo o colectivo, o circunstancias personales.
- Quienes produzcan, elaboren o posean con finalidad de distribuir, difundir o vender cualquier material que se encuadre en la conducta anterior.
- Quienes trivialicen, nieguen o enaltezcan los delitos de genocidio.
- Quienes lesionen la dignidad de otro por comportamientos de humillación, menosprecio o descrédito por las razones del primer apartado.

Las circunstancias personales o motivos discriminatorios pueden deberse a: la etnia o raza; el origen o nacionalidad; la ideología, religión o creencias; el sexo o género; la orientación e identidad sexual; o debido a una enfermedad, diversidad funcional o discapacidad.

Como podemos observar, el legislador español trata de aportar un concepto amplio

---

<sup>1</sup> STEDH (Gran Sala) de 7 de diciembre de 1976, sobre el caso *Handyside v. Reino Unido*, STEDH (Gran Sala) de 12 de septiembre de 2011, sobre el caso de *Palomo Sánchez y otros c. España*.

<sup>2</sup> STC 112/2016 de 20 de junio.

<sup>3</sup> STC 177/2015, de 22 de julio.

<sup>4</sup> STS 185/2019, de 2 de abril.

de discurso de odio, ya que en este tipo penal podrían caber todas las manifestaciones nocivas de carácter intolerante o de desprecio hacia otra persona.

Pero debemos entender que los delitos de odio son aquellas conductas ilícitas donde el autor, motivado por el perjuicio de una condición diferente, ya sea real o percibida, como puede ser el color de piel, la orientación sexual, la ideología, etc., elige a una víctima, o grupo de víctimas por estos factores y menoscaba el normal desarrollo de sus derechos más fundamentales.

Con este comportamiento, el autor del delito no solo lesiona la dignidad o integridad de la propia víctima, sino que menoscaba el normal desarrollo de una sociedad democrática.

Por tanto, la aplicación del tipo penal no es válida para todos los casos donde exista una acción de menosprecio (concepto amplio), sino que se debe respetar el derecho de libertad de expresión y el resto de los derechos fundamentales, y únicamente es aplicable cuando se traspasan los límites de estos derechos.

Es necesario analizar cada caso en particular y tener en cuenta las circunstancias del caso, para garantizar la aplicación adecuada del tipo penal. Pues para poder encuadrarse en el tipo es necesario que el comportamiento origine una infracción que lesione los derechos de una persona, y cuya motivación esté basada en prejuicios.

Es decir, hay conductas intolerantes que no se encuadran en el tipo penal por su baja o nula lesividad (hay que tener en cuenta también el principio de proporcionalidad), entre otros elementos que excluyen la conducta del tipo.

Pero sin duda alguna, cuando un comportamiento sea digno de ser sancionado, por lesionar la dignidad de la persona y motivarse por el odio, debe castigarse la conducta con la finalidad de preservar una sociedad democrática y de derecho, y así poder garantizar el respeto y dignidad de todas las personas que conforman esta sociedad plural.

### 3.1. Situación actual en España

La sociedad avanza indudablemente de una forma imparable tratando de alcanzar una sociedad de bienestar y progreso continuo, no obstante, lejos de reducir la comisión de esta clase de delitos, como consecuencia directa del continuo trabajo de la sociedad en la tolerancia e igualdad, las cifras siguen aumentando, adquiriendo una nueva dimensión.

De hecho, durante la 2ª Comisión de Seguimiento del II Plan de Acción de Lucha contra los Delitos de Odio 2022-2024, el Ministerio del Interior, presentó un informe sobre la evaluación de estos delitos ocurridos en España en el año 2022, explicando que se ha experimentado un crecimiento del 3,7% respecto al año anterior. En concreto, durante el 2022, se investigaron un total de 1869 infracciones penales e incidentes de odio en nuestro país.

Es decir, en vez de mejorar la situación en materia de discriminación, damos un paso atrás. Experimentamos un continuo crecimiento en las cifras de delitos de odio que avocinan una problemática social a nivel global. En particular, los delitos relacionados con motivos racistas y xenofóbicos son los más frecuentes (43,5%), seguidos de los delitos de odio por razón de identidad de género u orientación sexual (24,83).

Los datos muestran una evolución de la comisión de delitos de odio en nuestro país, que reflejan una sociedad intolerante e involucionada en esta materia.

Al mismo tiempo, estos incidentes muestran que estas conductas también han experimentado una evolución con mayores consecuencias negativas, siendo más lesivas y adquiriendo nuevas formas de comisión como el empleo de la tecnología para su desarrollo.

Se trata de un delito que ocurre en todos los ámbitos de la sociedad sin excepción, y que cada vez se amplía a los sujetos objeto y se amplía las herramientas para su comisión. Por ejemplo, es usual que se empleen las redes

sociales e Internet para difundir masivamente y hacer propaganda del discurso de odio.

Este ciberodio lleva consigo unas particularidades y peculiaridades que agravan este comportamiento, ya que alcanzan una gran esfera (el mundo cibernético) con un gran potencial lesivo y casi carente de control.

El ciberodio se vale de la accesibilidad casi ilimitada por los usuarios de la red, y conlleva un potencial expansivo del mensaje mayor y con gran dificultad de intervenir o ser perseguido.

En esta línea, el Ministerio del Interior, tratando de frenar la promulgación masiva de discurso de odio, ha incorporado una herramienta para tratar de estudiar los “tuits” de una red social. En 2018, tras analizar este contenido, confirmaron que cerca de 10.000 “tuits” diarios manifestaban contenido discriminatorio. Es decir, se sitúa cerca del 0,2% al día el índice de odio en España a través de esta red social (Media, 2020).

Con estos resultados, observamos que se trata de una cifra elevada, pero no hay que incidir tanto en el número de contenido de índole discriminatorio, sino en la accesibilidad a ese contenido y el comportamiento lesivo que puede conllevar a sus receptores, por lo que el efecto de las redes sociales puede ser devastador, así como el hecho de que pueda viralizarse ese contenido, alcanzando a un número indeterminado de personas.

En esta línea, España ha realizado diversas acciones en la lucha contra los delitos de odio, como la incorporación de los acuerdos ratificados en la materia a nivel internacional, materializada en la modificación de la ordenanza y normativa para cumplir con las exigencias de los acuerdos, como por ejemplo con la reforma del Código Penal.

Por otro lado, también se han implementado diferentes sistemas e instrumentos para combatir estos delitos de odio. Lo que demuestra que estamos ante un país comprometido e implicado.

No obstante, la situación actual demuestra que nos falta un largo camino para su correcta prevención, y que las medidas orientadas a reducir y difundir este contenido no están siendo completamente eficaces, y que estamos ante un problema difícil de atajar que además emplea plataformas digitales que dificultan la aplicación efectiva de las herramientas destinadas en materia de prevención para mejorar la convivencia multicultural y el pluralismo. Esta dificultad no la encontramos únicamente en nuestro país, sino que es común a nivel internacional.

Pese a ello, hay que destacar que, aunque se trate de un difícil camino, se invierte e incide en su estudio con la finalidad de mejorar la situación actual, y pese a no reflejarse una reducción o estabilizar las cifras de comisión del delito de odio, las medidas adoptadas están orientadas a conseguir una mayor concienciación sobre la importancia de combatir los comportamientos de índole discriminatorio, incluido cuando ocurren por las tecnologías, con el que se espera que, la sociedad acabe teniendo una concienciación plena al respecto y actúe conforme a ese respeto plural.

### **3.2. La cifra negra**

En el Informe sobre la evolución de los delitos de odio realizado por el Ministerio del Interior, se analizan los datos que se tienen constancia, no obstante, se trata de un delito que cuenta con una gran cifra negra. Esto es, hay numerosas conductas discriminatorias que son merecedoras de sanción, pero que no han sido descubiertas, o enjuiciadas, por lo que el índice de criminalidad no las tiene en cuenta por no conocerse de forma oficial.

Para ello, es necesario entender porque existe una gran cifra negra de estos delitos, y según numerosos estudios criminológicos se deben a los siguientes factores (Medina, 2020):

- La víctima considera inútil denunciar, bien por no confiar en la eficacia policial, o bien por la insignificancia que comportan los hechos.

- Percepción de la víctima en que denunciar el hecho no va a cambiar su situación.
- Por vergüenza de sentirse víctima de hechos discriminatorios y la consiguiente falta de solidaridad del resto.
- Por vergüenza a reconocer que se sienten o pertenecen a un grupo o colectivo.
- Por encontrarse en una situación de exclusión social
- Por temor a mayores represalias por parte de los autores del delito.
- Victimización secundaria.
- Normalización de la conducta e ignorancia de que los hechos son constitutivos de delito.
- Sentimiento de culpa.
- Sistema de apoyo inadecuados
- Sistema penal inadecuado en cuando a la resolución del conflicto social base.
- Ser inmigrante ilegal.

Para diseñar una política criminal adecuada respecto a los delitos de odio, es imprescindible conocer todos aquellos delitos que se comentan, con el fin de poder estudiar y abordar la materia de una forma más focalizada y correcta, para así ofrecer un mejor control de la criminalidad, así como la aplicación de las herramientas más apropiadas para su prevención. Por ese motivo, es muy importante incidir en la visibilidad de la comisión de estos delitos y su denuncia.

Por ese motivo, es importante denunciar los hechos y no tolerar los comportamientos discriminatorios. Con ello se hace más visible la problemática, pudiendo incidir en la concienciación social, al mismo tiempo que se mejoran los medios de identificación del delito que pueden facilitar una elaboración de métodos más idóneos para su prevención.

Pese a la existencia de la cifra negra en esos sucesos, así como su difícil de cuantificación, debe estudiarse este suceso, y para ello se

recurre a los datos que sí se conocen, con la finalidad de elaborar una aproximación a los perfiles, tanto del delincuente como la víctima, y con los resultados, tratar de proporcionar las medidas más idóneas, sin olvidar que se trata de un delito que cuenta con una posible gran cifra negra.

A grandes rasgos, el Informe del Ministerio del Interior, tras estudiar los datos conocidos, con los resultados obtenidos revelaron que el perfil del victimario corresponde al de un varón (79%), joven (27,57%, entre 26 y 40 años), español (76,97%), cuya tipología penal principalmente se encaja en hechos de lesiones (27,57%), seguido de amenazas (21,66%).

En cuanto a l perfil de la víctima de estos delitos, los datos reflejaron que se trata de la figura de un varón (59,4%), joven (31,3%, entre 26 y 40 años) y español (60,9%).

#### 4. Conclusiones

Los conceptos de odio y discriminación son susceptibles de interpretarse de numerosas formas, pese a ello, cuando estas supongan una manifestación que lesione la dignidad humana (discurso de odio), posibilita la imposición de límites basadas en los derechos fundamentales con el fin de proporcionar una protección a las víctimas de estas conductas.

Los delitos de odio son actos ilícitos que se llevan a cabo por razones despreciables, como son los prejuicios y la intolerancia hacia lo diferente, llevados a su máxima expresión, por este motivo se enmarcan como una amenaza de gran consideración, no solo para las víctimas directas, sino para nuestra sociedad. Los delitos de odio son una expresión totalmente contraria a los derechos humanos.

En numerosas ocasiones es difícil encontrar un consenso generalizado a la cuestión de dónde finaliza el derecho de libertad de expresión, y dónde comienza la lesión de la dignidad personal a través de un delito de odio. Pues estas manifestaciones discriminatorias suponen un conflicto real por la dicotomía que plantean, por ese motivo, se

hace preciso estudiar cada caso para poder establecer los límites de una expresión ideológica o pensamiento, de un ataque que atente contra la dignidad de una persona.

Para tratar de alcanzar una sociedad democrática y plural es necesario seguir invirtiendo en el estudio de estos sucesos para adaptar las políticas y mecanismos a las necesidades que van surgiendo.

No obstante, aunque los mecanismos y herramientas de prevención deban estar en constante adaptación, de este artículo se desprende un elemento estático, en el que hay que seguir trabajando, ya que afecta de forma directa a la visión y tolerancia de estas conductas ilícitas. En concreto, se trata de crear una concienciación social apropiada.

Es indudable que la insensibilización social ante este tipo de conductas acelera y permite la comisión de estas conductas basadas en la discriminación injusta y negativa, que tienen la capacidad de generar unos efectos devastadores e irreversibles tanto en la víctima del propio delito como en la propia sociedad, al vulnerar los principios fundamentales de una sociedad democrática y plural.

La empatía social es un elemento esencial para la prevención de estos delitos, y tenemos que seguir recorriendo este largo camino del cambio que tenemos por delante con el fin de generar un cambio efectivo en la perspectiva social en esta materia, buscando poder erradicar toda tolerancia a estos comportamientos, y consigo, la erradicación de estas conductas.

Si invertimos en concienciación social efectiva, invertimos en seguridad y protección de la sociedad, al mismo tiempo que reducimos los riesgos de su comisión.

La concienciación social debe promoverse a través de políticas sobre igualdad, que integren una educación temprana de respeto y sensibilización contra estas conductas ilícitas y dañinas, al mismo tiempo que la educación en el buen uso de las tecnologías, para tratar de frenar el contenido discriminatorio que se

difunde en Internet. Ya que el avance de la tecnología y su mal uso favorecen la aparición de nuevas formas de comisión. Cualquier comportamiento de esta índole debe ser considerado como un comportamiento inaceptable y reprochable. Por este motivo, la educación juega un papel esencial para la prevención de estas conductas de odio.

Por este motivo, cualquier política de prevención destinada a incidir en la reducción de la comisión de delitos de odio debe centrarse tanto en el delito de una forma general, como en el resto de los elementos asociados al mismo, así como tener en cuenta la posible cifra negra y los factores de por qué siguen en un ámbito desconocido muchos de los casos, para garantizar una mayor protección a la víctima y garantizar así un estado de derecho.

De todos modos, se trata de un problema contra el que un país no puede combatir de forma unilateral, pues no es suficiente ya que se trata de una problemática globalizada, y aun siendo España un país comprometido y que invierte en la lucha de los delitos de odio, que actualiza y adapta el ordenamiento jurídico, deben sumarse muchos otros elementos para generar cambios sociales efectivos, por lo que queda mucho esfuerzo y trabajo por delante por parte de la comunidad internacional, y en España estamos en el buen camino.

En mi opinión, la elaboración de una ley integral a nivel internacional sería la clave para combatir los delitos de odio, representando el pilar básico en la materia, garantizando una protección a la víctima y combatiendo los comportamientos discriminatorios. Al mismo tiempo, esta ley podría servir como vehículo para impulsar políticas de sensibilización y prevención.

No obstante, esta ley en la práctica posiblemente no sería factible, ya que no todos los países son democráticos o no todos tienen la misma visión sobre estos comportamientos discriminatorios. En un escenario idílico, una ley integral globalizada serviría para la erradicación del odio y la

discriminación, pero en el terreno real, no es posible por la propia naturaleza del ser humano, por lo que la opción que tenemos es seguir invirtiendo en la prevención de estas conductas y desarrollar mecanismos adecuados para la protección de las víctimas.

## Referencias

- ACHUTEGUI OTAOLARRUCHI, Pedro. (2017). Victimización de los delitos de odio. Aproximación a sus consecuencias y a las respuestas institucional y social. *Revista de Victimología* (5), 33-62. <https://doi.org/10.12827/RVJV.5.02>
- LÓPEZ GUTIÉRREZ, Javier et al., (2021). *Informe de la encuesta sobre delitos de odio*. Gobierno de España, Ministerio del Interior. NIPO 126-21-071-6.
- MCDEVITT, Jack., BALBONI, Jennifer., BENNETT, Susan, WEISS, Joan., ORCHOWSKY, Stan., and WALBOLT, Lisa. (2003). Improving the Quality and Accuracy of Bias Crime Statistics Nationally. En B. Perry (Ed.). *Hate and Bias Crime a reader* (76-90). Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780203446188>
- MEDINA ALONSO, Javier. (2020). *Delitos de odio*. [Tesis doctoral, Universidad de Valladolid]. Trabajos Fin de Grado Uva <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/47089>
- MUNIESA TOMÁS, María Pilar et al., (2022). *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España* Gobierno de España, Ministerio del Interior. <https://goo.su/DxznVI>
- OSCE, ODOHR. (2021). *Contribuciones de la sociedad civil a la información anual de la OIDDH relativa a delitos motivados por el odio*. [https://hatecrime.osce.org/sites/default/files/2022-02/2021\\_ODIHR\\_HC\\_factsheet\\_CS\\_es\\_FINAL.docx.pdf](https://hatecrime.osce.org/sites/default/files/2022-02/2021_ODIHR_HC_factsheet_CS_es_FINAL.docx.pdf)
- Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. (BOE núm. 243, de 10 octubre de 1979).
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE núm. 281, de 24 noviembre de 1995).
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos: STEDH (Gran Sala) de 12 de septiembre de 2011. Caso Palomo Sánchez y Otros c. España.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos: STEDH (Gran Sala) de 7 de diciembre de 1976. Caso Handyside c. Reino Unido.
- Tribunal Supremo. Sala de lo Penal: STS 112/2016, de 20 de junio de 2016.
- Tribunal Supremo. Sala de lo Penal: STS 1404/2023, de 11 de abril de 2023.
- Tribunal Supremo. Sala de lo Penal: STS 177/2015, de 22 de julio de 2015.
- Tribunal Supremo. Sala de lo Penal: STS 185/2019, de 2 de abril de 2019.

## Normativa y Jurisprudencia consultada

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 11 de diciembre de 2000. <https://fra.europa.eu/es/eu-charter>



# Delitos de odio, de actos de odio, y causas invisibilizadas. Vinicius y otros casos con problemas en su calificación jurídica

Crimes of hate, acts of hate, and overlooked causes. Vinicius and other cases with legal classification problem

**Gonzalo Barrera Blanco**

Universidad de Cádiz  
gonzalo.barrera@uca.es  
ORCID 0000-0001-9023-1360

## Resumen

No todo lo que tiene relación con las causas de odio contempladas en la Constitución Española es un delito de odio. Doctrinalmente esta afirmación no debe plantear problemas, puesto que es una cuestión de tecnicismos jurídicos y doctrinales. Sin embargo, cuando no se conocen o se ignoran se tiende a generar desconfianza en la norma que, no en todos los casos, será ajena a la realidad del presunto delito cometido, pero se hará un abordaje diferente. Por ello en este trabajo vamos a tomar ciertos casos que han tenido repercusión social para ejemplificar esta problemática de la respuesta jurídica que realmente debería establecerse.

Palabras clave: Odio, Deporte, Racismo, Intolerancia, Discriminación.

## Abstract

Not everything related to the causes of hate contemplated in the Spanish Constitution is a hate crime. From a doctrinal standpoint, this statement should not pose any problems, as it is a matter of legal and doctrinal technicalities. However, when they are unknown or ignored, it tends to generate distrust in the norm, which, not in all cases, will be unrelated to the reality of the alleged crime committed, but a different approach will be taken. Therefore, in this paper, we will consider certain cases that have had social repercussions to exemplify this problem with the legal response that should be established.

Key words: Hate, Sports, Racism, Intolerance, Discrimination.

**Cómo citar este trabajo:** Barrera Blanco, Gonzalo. (2024). Delitos de odio, de actos de odio, y causas invisibilizadas. Vinicius y otros casos con problemas en su calificación jurídica. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (3), 158–166. <https://doi.org/10.46661/respublica.9582>

**Recepción:** 07.11.2023

**Aceptación:** 24.02.2024

**Publicación:** 13.03.2024

 Este trabajo se publica bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional.



## 1. Introducción

La evolución de los supuestos de casos de odio en la actualidad nos conduce a un nuevo escenario en la sociedad, puesto que cada vez somos más conscientes de las situaciones que injustamente venían siendo ignoradas de respuestas jurídico-penales.

Un claro ejemplo de ello lo tenemos en el caso Vinicius en la primavera de 2023<sup>1</sup>.

En como un jugador de fútbol profesional, de camino a un partido, sufrió un “ataque” visceral e injustificado que tenía por fin amedrentarlo.

La rápida y contundente respuesta por parte de las autoridades y responsables para identificar a sus atacantes y tomar medidas contra ellos en el ámbito deportivo<sup>2</sup>, que se encontraría más en un ámbito privado<sup>3</sup>, no impide la intervención de las autoridades desde el ámbito del Derecho penal.

Si bien el caso no está exento de otras polémicas que lo rodean, como ocurre con otros recientes, la pregunta que nos debemos hacer es: ¿Estamos ante un delito de odio?. En un sentido doctrinal vamos a responder que

no, no es un delito de odio; pero no significa que no estemos ante un delito.

## 2. Determinación y distinción de los supuestos.

La existencia de una fiscalía, una sección de las policías, así como una especialidad entre los abogados de los “delitos de odio”, nos puede llevar a pensar que delito de odio es cualquier delito que tenga que ver con un supuesto de odio.

Lamentablemente, debemos decir que esta confusión, aunque razonable, no es la realidad desde el punto de vista doctrinal.

Debemos observar tres aspectos que nos van a arrojar luz de que es lo que realmente ocurre:

1) Doctrinalmente el “delito de odio”<sup>4</sup> es el artículo 510 del Código Penal (en adelante CP), que consiste en la difusión de los discursos de odio según las causas en él contenido<sup>5</sup>. También lo serán aquellos delitos que comparten la misma acción comisiva, aunque reciban otra denominación doctrinal<sup>6</sup>.

Por lo que tenemos que diferenciar este concepto de “delitos de actos de odio”<sup>7</sup>, que

---

<sup>1</sup> Véase noticias como: <https://www.elmundo.es/deportes/futbol/2023/05/23/646d2d3a21efa0815b8b457b.html>

<sup>2</sup> Si bien, aunque en este caso no hay una responsabilidad penal directa del Club deportivo, podemos ver trabajos que hablan de su responsabilidad penal como MENÉNDEZ CONCA, LUCAS GABRIEL (2023).

<sup>3</sup> Nos referimos a medidas como la expulsión por parte del club, que es una entidad privada, de acceso al estadio para futuros eventos.

<sup>4</sup> Mantenemos la línea defendida por BARRERA BLANCO, GONZALO (2022a), que identifican el bien jurídico protegido como la dignidad humana, así como las diferentes definiciones que se da al termino como delito de: discriminación dialéctica, mecanismo contra el ejercicio abusivo de la libertad de expresión en sentido amplio, o la criminalización de los discursos de odio. Igualmente hay que señalar que se alinea este posicionamiento en la comprensión de los delitos de odio como un mecanismo jurídico-penal que tiene por finalidad alcanzar la dignificación de diferentes “grupos

diana” -termino empleado por autores como TERUEL LOZANO, GERMÁN MANUEL (2015)- del odio, sean o no una causa histórica que, en todo caso, quedará igualmente protegida en dicha figura.

<sup>5</sup> Como señalaremos más adelante, no todas las causas previstas en la Constitución Española se recogen el Código Penal, por lo que la causa de discriminación debe ser entendida a los efectos las de la norma penal.

<sup>6</sup> En BARRERA BLANCO, GONZALO (2022a y 2022b) se señala los distintos preceptos penales basados en la figura de la apología y porqué puede decirse que esta es la acción típica. Por ejemplo, la apología del terrorismo o el escarnio religioso.

<sup>7</sup> Siguiendo la misma línea del autor, los actos de odio son aquellos demás supuestos que se vinculan con causas de odio pero que no se refieren a la acción de apología o difusión de un discurso de odio. Si bien esta categoría engloba distintos tipos de acciones, pueden categorizarse en función de si son discriminaciones fácticas, negación de servicios públicos o privados, si el odio es elemento incluido en el tipo (violencia de

son aquellos que de forma específica o particular agravan la conducta típica por causas de odio previstas en el CP. En consecuencia, técnicamente hablamos de dos cuestiones distintas: la criminalización de los discursos de odio y la criminalización de los actos de odio.

Por tanto, lo correcto sería referirnos a ambos supuestos con una terminología independiente, siendo la que proponemos “delitos basados en el odio”<sup>8</sup>.

2) La libertad de expresión en nuestro sistema jurídico no es un derecho sacrosanto como en otros<sup>9</sup>. A consecuencia de ello, tampoco todas las expresiones vinculadas a una causa de odio son delitos de odio, puesto que lo dicho no tiene porqué suponer ser un discurso de odio. Los discursos de odio se identifican con el concepto de apología del artículo 18 del CP<sup>10</sup>.

Por ello, es fácil encontrarnos ante un acto de odio cuya acción se relaciona con un ejercicio igualmente abusivo de la libertad de expresión en sentido amplio<sup>11</sup>.

3) Las causas de odio de la Constitución Española (en adelante CE) no están recogidas en los mismos términos en el CP, ni en los Estatutos de Autonomía. Esta situación, en lo que refieren a la norma penal, implican que no todos los supuestos que podríamos considerar de odio serán tenidos en cuenta para el CP.

---

género) o se puede vincular por una agravante general o específica del tipo (amenazas graves contra ciertos colectivos).

<sup>8</sup> Expresión que sirve para el título de la obra del autor del año 2022.

<sup>9</sup> Como se señala en algunas investigaciones, la percepción de la libertad de expresión no es idéntica en los ámbitos de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (que toma como base la idea de la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América) ni el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (que apuesta por una visión de la ponderación de los derechos afectados en su relación al sacrificio que supone uno frente a otro). Véase BARRERA BLANCO, GONZALO (2022a), op. cit., pp. 74 a 77.

Esta discrepancia entre las normas dará lugar a la invisibilización de ciertos casos y determinadas causas, puesto que no serán penalmente relevantes.

### 3. Análisis del caso Vinicius ¿Odio deportivo o racismo?

#### 3.1. Los elementos y circunstancias

Lo primero de todo que nos debemos plantear es qué conducta se está analizando por parte de los presuntos delincuentes.

Está claro que se atacó de forma verbal; es decir, un ejercicio abusivo de la libertad de expresión.

Está claro que había una connotación deportiva en el momento y que en el contenido se hacía referencia su origen (Brasil) y su raza-etnia (africana).

Si bien es cierto que el caso judicializado solo se refiere a la situación vivida durante el partido<sup>12</sup>, hay constancia de que las ofensas verbales habían empezado fuera, por lo que en algunos supuestos podemos decir que no se circunscribían estrictamente al ámbito deportivo.

Finalmente hemos de analizar el presunto contenido de las ofensas.

Es evidente que dada la congregación de personas de la que estamos hablando es difícil determinar que dijo quién. Pero en el caso concreto destaca aquellas que “calaron” y se

<sup>10</sup> Esta cuestión como han señalado algunos autores como LAURENZO COPELLO, PATRICIA (1996), estaba en el germen de los debates y las enmiendas a la aprobación del CP sobre que la figura que terminaría siendo el artículo 510 tomaba como base las acciones del artículo 18 que se refería al concepto de apología.

<sup>11</sup> Nos referimos con libertad de expresión en sentido amplio a la propia libertad de expresión y opinión, la artística, la de prensa, la literaria, la docente, así como a su manifestación a través de la palabra, textos, pancartas, asistencia a manifestaciones públicas, etc.

<sup>12</sup> Así se ha manifestado en prensa el objeto concreto del procedimiento en este caso.

pudo concretar su contenido. Las expresiones que más destacan en este caso son: la simulación de ruidos de mono, simulando un comportamiento simiesco, y la de “eres un mono”.

### **3.2. La calificación jurídica de los hechos**

En este caso, y teniendo en cuenta las expresiones concretas, es difícil determinar que estemos ante un supuesto de delito de odio, pero eso no implica que no sea un delito de acto de odio.

La calificación correcta de los hechos sería, según el contenido de las expresiones, verbales y no verbales, de delito de injurias.

Si le corresponde una agravante de odio podemos decir que sí.

No es un supuesto del artículo 510 o asimilados en tanto que la descalificación de “mono” no contienen ningún elemento de apología.

No se le pretende considerar un sujeto sin derechos o sobre el que se pretenda justificar una violencia directa o indirecta, ni justifica o ensalza a los autores de la violencia, etc. Es un insulto público, y como tal supone una injuria.

La conexión de la referencia “mono”, en tanto que descalificativo, con respecto a su origen deja claro la asunción de un discurso racista pero no es un discurso, sino un acto de odio.

No puede considerarse una cuestión deportiva, aunque esta influya, ya que la descalificación no hace referencia a su equipo (Real Madrid). Si el insulto fuese “madridista” o “madridista de mierda”, por ejemplo, nos encontraríamos a que esta circunstancia sería una causa de odio atípica para el CP, ya que a diferencia de la CE, las circunstancias o condiciones personales y sociales (en este caso la filiación deportiva) no está contemplada entre las causas de odio agravantes del artículo 22.4<sup>a</sup> del CP.

En el caso de que hubiese sido un insulto respecto a la cuestión del equipo de fútbol, podríamos encontrarnos ante un supuesto falta de antijuridicidad, ya que no habría reproche social entre los piques y el conflicto de intereses deportivos y económicos entre los pertenecientes a cada afición.

De ahí que este caso nos pueda servir para referenciar otros casos cuya calificación como delitos de odio, referidos al artículo 510 del CP, no es correcta.

## **4. Supuestos que tampoco serían correctos referirnos como delitos de odio**

En vista de lo anterior, observamos que el hecho de que los ataques verbales por causas que nos pueden parecer discriminatorias no siempre serán delitos de odio del artículo 510 del CP, lo que no significa que no tengan un reproche penal en su caso.

### **4.1. El niño taurino**

Un caso que queremos señalar es el caso del niño taurino<sup>13</sup>.

En un primer momento se planteó la posibilidad de ser tratado como un delito de odio los tweets que deseaban la muerte a un menor que se consideraba taurino con una enfermedad que le costó la vida a muy corta edad. El caso se resolvió con multa por delito a la integridad moral, ¿por qué?

Por la misma razón, que la situación nos parezca odiosa no significa que el hecho sea un delito de odio.

En este caso, que ya fue juzgado e incluso inicialmente se dispuso la absolución de los acusados, sí que podemos señalar algunas cuestiones sobre su relación con el odio.

Lo primero es que la falta de previsión de las circunstancias o condiciones sociales o

---

<sup>13</sup> Véase noticias como: <https://www.elespanol.com/espana/comunidad->

[valenciana/20220802/multa-tuiteros-desearon-muerte-cancer-queria-torero/692430973\\_0.html](https://www.les.es/valenciana/20220802/multa-tuiteros-desearon-muerte-cancer-queria-torero/692430973_0.html)

personales del CP invisibiliza muchos casos que realmente se dan.

La afición a la tauromaquia del menor y su familia no ampara la violencia verbal contra ellos, ni contra cualquier otro, se comparta o no tal afición. De igual manera que no cabría un ataque desde la posición inversa.

¿Si las condiciones o circunstancias personales estuviesen contempladas en el CP cambiaría el caso?

Si, esas causas de odio que se encuentran en ese “cajón de sastre” de la CE daría la posibilidad de plantearnos estar ante un delito basado en el odio.

Dado que el deseo de muerte no se relaciona con todos los del potencial grupo diana en cuanto al literal del contenido -cosa no relevante en la redacción actual del artículo 510 del CP<sup>14</sup>- sí que se desprende de algunos la negación de los derechos a ser tratado en la sanidad pública; lo que sí es una absoluta negación de la dignidad humana de la persona taurina y en consecuencia un acto de apología, o delito de odio, del artículo 510 del CP.

De la redacción actual del precepto, es verdad que podría considerarse en cuanto a que sólo hacen referencia al menor al trato inhumano y degradante con agravante de odio específica del artículo 510.2.a ya que el contenido del tipo es eso, una agravación específica de del delito de trato inhumano y degradante por causa de odio y con cambio de sede<sup>15</sup>.

#### 4.2. Las notas en el confinamiento por Covid

Otro supuesto es el de las notas en el confinamiento por el Covid-19 a las personas

que trabajaban en servicios declarados esenciales<sup>16</sup>.

Este caso que ya hemos analizado anteriormente es otro ejemplo de caso mal calificado tempranamente.

Resumidamente vamos a señalar las dudas que generaba:

1) La forma “de difusión pública” ya que por el confinamiento precisamente muchas de las notas no eran accesibles o se conocieron porque las víctimas, o gente cercana a ellas, las difundieron.

2) La causa discriminatoria podría ser la enfermedad (que sí sería una causa perseguible) o la profesión (causa de odio atípica en el CP). Probablemente era más correcta la segunda.

3) Contenido más acorde a una coacción para que abandonaran temporalmente el lugar de residencia a que no tuvieran derecho a trabajar o a residir en el lugar por su profesión.

Volvemos a ver que fue un supuesto inicialmente identificado como delito de odio y sin embargo vemos que no responde al contenido del artículo 510 en varios de sus elementos.

#### 4.3. El cartel de las elecciones

Digno de mención es el caso de un cartel en periodo electoral de cierto partido político que comparaba en cifras, de forma forzada, las cuantías que recibían, comparativamente, un menor internado y una mujer mayor pensionista<sup>17</sup>.

En este caso, comentado también por parte de la doctrina<sup>18</sup>, podemos observar que no se

<sup>14</sup> Pues como se señala en BARRERA BLANCO, GONZALO (2022b), op. cit., la regulación del artículo permite considerar que el ataque sea al colectivo o a una persona particular. Cuestión que doctrinalmente ha sido criticada.

<sup>15</sup> Véase el análisis del artículo 510 del CP hecho en BARRERA BLANCO, GONZALO (2022a), op. cit., pp. 132 a 147.

<sup>16</sup> Véase noticias como: <https://www.rtve.es/noticias/20200414/policia->

perseguida-como-delito-odio-mensajes-contratrabajadores-expuestos-coronavirus/2012033.shtml

<sup>17</sup> Véase noticias como: <https://elpais.com/espana/madrid/2021-07-12/el-difuso-limite-entre-el-delito-de-odio-y-la-libertad-de-expresion-que-enreda-a-la-audiencia-de-madrid.html>

<sup>18</sup> Véase VALIENTE MARTÍNEZ, FRANCISCO (2021).

daban los elementos de un delito de odio, aunque inicialmente se instruyó con esa pretensión.

Por la posición dentro del espectro político nacional desde la perspectiva de muchos, dicho cartel incitaba al odio. Sin embargo, la comparación en sí de las cuantías de las ayudas a dos colectivos, más allá del acierto o no en la comparación, entra dentro de los límites de nuestro sistema político no militante<sup>19</sup> y por tanto es posible, y puede que aconsejable, en democracia ser objeto de debate y más en periodo electoral.

El cartel en sí no indica que está bien que uno cobre más que el otro, o si uno de los dos grupos no debería cobrar -digamos que lo deja a la imaginación de cada uno- por tanto, no hay negación de la dignidad humana de ninguno, sólo la necesidad de replantearse que según el partido que se vote y gobierne, esa diferencia pretendida entre las ayudas públicas no sería la que establecería el partido que propone el debate del cambio en esas políticas públicas en concreto. Por ello, no es en sí una difusión de un discurso de odio sino la propuesta legítima de un debate de políticas públicas en un periodo electoral.

En este caso, sólo si hubiese otro contenido, o se relacionase con alguna referencia concreta a que un colectivo no es digno humanamente -es decir, que no tienen derechos o no deberían tenerlos, pero no si la cuantificación económica es acertada o no-, habrá de ser considerado delito de odio, y el cartel objeto de la polémica no era más que polémico, en su caso, por de quién venía.

## **5. La importancia de la visibilización de las causas de odio constitucionales**

Las causas de odio visibilizadas e invisibilizadas actualmente se encuentran tratadas de forma poco homogénea. Esta situación lleva a la atipicidad de supuestos cuya *ratio decidendi* debiera ser idéntica.

Esto se debe, en parte, a las diferencias doctrinales -como que si el bien jurídico es la dignidad humana<sup>20</sup>, el honor colectivo<sup>21</sup> o simplemente la idea de peligro ante ciertas corrientes ideológicas antidemocráticas<sup>22</sup>; o si la figura responde a la idea de un derecho antidiscriminatorio<sup>23</sup> o pro-tolerancia en la sociedad<sup>24</sup>- lo que conlleva que los casos no se vean con las mismas perspectivas.

Tomando como referencia la nomenclatura de las causas enunciadas en la CE, debemos observar como la Carta Magna enuncia causas, no discursos concretos, por lo que debemos entender que la causa engloba a todos los discursos de odio derivados de la misma.

Esto choca con algunos posicionamientos, especialmente los que entienden el artículo 510 del CP desde la perspectiva de un derecho antidiscriminatorio de las minorías que históricamente han sufrido esa penosa situación de forma instituida en la sociedad<sup>25</sup>; pero, sin embargo, desde un posicionamiento pro-tolerancia no se niega la protección a esos grupos ni se relativiza su importancia en la lucha contra la discriminación.

Si no que busca prevenir que la cuestión de la discriminación no tenga su base en el dominio social para ejercer esa discriminación. Por el contrario, busca, precisamente, un trato

---

<sup>19</sup> Cuestión defendida por nuestro Tribunal Constitucional en Sentencias como la STC 177/2015, de 22 de julio, Fundamento Jurídico 2.

<sup>20</sup> Véase otros autores de esta línea como TORRES SOSPEDRA, DIEGO (2018) y CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA (2015).

<sup>21</sup> Véase la postura de DE PABLO SERRANO, ALEJANDRO LUIS (2019) hablando del colectivo LGTBIQ+.

<sup>22</sup> Véase otros autores como LANDA GOROSTIZA, JON MIRENA (2018).

<sup>23</sup> Véase posiciones defendidas por DÓPICO GÓMEZ-ALLER, JACOBO (2004) o FUENTES OSORIO, JUAN LUIS (2017).

<sup>24</sup> Véase BARRERA BLANCO, GONZALO (2022b) op. cit.

<sup>25</sup> Véase KAUFMAN, GUSTAVO ARIEL (2015).

igualitario que, si bien, puede generar cierta polémica, no implica una peor regulación o un retroceso en derechos adquiridos, sino la normalización de la diversidad y la pluralidad en la sociedad.

Es decir, las relaciones de poder y sometimiento históricamente reivindicadas no se hacen cambiando a la posición dominante al sometido, sino igualándolos. Por ejemplo: el voto de la mujer no se hace a costa de quitárselo al hombre; ni los derechos de los afroamericanos se hizo a costa de los demás; ni los derechos del colectivo LGTBIQ+ no se alcanzan suprimiendo los de los heterosexuales.

Por ello, hemos de plantearnos el avance y la conquista de derechos en aquellas causas que penalmente no están siendo consideradas.

¿Acaso una mujer homosexual, casada y con hijos es menos que una mujer heterosexual? ¿Significa esto que la postura pro-tolerancia niega, en este supuesto, la violencia de género? No, se abre a la realidad social existente en el que una mujer no tiene limitaciones para contraer matrimonio, ni adoptar en su caso si lo desea, por lo que la violencia física, psicológica o económica que puedan sufrir ambas personas ha de someterse a la misma *ratio decidendi*.

Con las causas discriminatorias ocurre lo mismo, con la independencia del número de casos, o de su historia, la razón para reprochar cualquier supuesto contenido en las causas es la misma.

Por ello, aunque haya menos casos de discriminación por enfermedades no las hace inexistentes o menos merecedoras de que se tomen medidas iguales a otras causas.

La referencia en la CE a condición y circunstancia social que no aparece en esos términos en el CP, produciéndose la atipicidad de muchas cuestiones y que se convierte en una conquista pendiente de los derechos humanos de los colectivos involucrados en esos distintos discursos de odio que, en algunos casos, son igualmente identificables con un nombre técnico.

Un ejemplo de ello es la gordofobia, pero tenemos otros referentes al clasismo social en el que podemos ver supuestos referidos a la estética gótica o rock metal, el uso de piercings o tatuajes; las aficiones como grupos de música o deportivas, estilos artísticos, a según que trabajos o formas de ganarse la vida, etc.

Estos casos, entre otros, son muchas veces invisibilizados a pesar de que algunos los consideramos relevantes para supuestos de acoso escolar, pero empujados como supuestos de odio a pesar de que incluso sí hay algunos casos que se conocen.

El caso del niño por la afición taurina o los trabajadores de servicios esenciales, por no hablar de otros trabajos como puede ser la industria pornográfica o haber ejercido en el pasado la prostitución, dan pie a mucha discriminación y a la propagación de discursos de odio en la sociedad que quedan impunes por la falta de previsión legal.

Es decir, situaciones tan injustas y terribles como cualquier discurso de odio por motivos religiosos, origen u orientación sexual. Y a eso hemos de sumar la motivación como actos de odio.

En definitiva, la visibilización y la defensa de las causas, más allá incluso de unos pocos discursos concretos es una de las tareas pendientes del CP en la lucha contra la discriminación. Si bien socialmente, también queda pendiente la pedagogía en valores de tolerancia.

## 6. Conclusiones

Hoy en día seguimos viendo muchos casos de delitos basados en el odio, probablemente más de los que todos deseamos, y sin embargo parece que la sociedad se ha desanimado a la hora de combatirlos como si fuese una causa perdida.

Solo unos pocos parecen irse concienciando de la importancia para el desarrollo de nuestra democracia de luchar activamente por la conquista de los derechos humanos de los miembros de la sociedad.

Pero, a pesar de ello, nos encontramos con una norma penal y una prensa que nos devuelven al pesimismo al ver el poco efecto que estos procesos tienen después del primer, e impactante, titular.

No, no todo lo relacionado con un caso de odio o discriminación es técnicamente delito de odio. Por ello, la primera medida ha de ser pedagógica y evitar llamar a las cosas de forma imprecisa o directamente equivocada.

De ahí, habremos de dar más pasos para mejorar nuestro sistema actual que presenta deficiencias importantes -como incluir de forma populista el antigitanismo como si no fuese la raza y la etnia causas ya protegidas o fuese una raza que merece una mejor protección que otras; o considerar sólo la aporofobia en relación con la exclusión social cuando vemos las llamadas “cazas del pijo” o no hubiese discriminación por la poca capacidad económica no vinculada a la marginalidad social- para alcanzar una verdadera igualdad formal de todas las personas y colectivos de nuestra sociedad.

Mientras ignoremos estas cuestiones, el caso Vinicius será uno más de tanto que la sociedad no entenderá como siendo un ataque racista no es un delito de odio racista su condena; si es así ¿Qué esperar del sistema? Nada, lo único que conseguimos es confundir y desalentar, pues aparentemente el sistema no funciona, pero el caso es que sí funciona, aunque no se entienda o no se comparta los resultados ofrecidos.

## Referencias

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. (2020). La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías, Ediciones Jurídicas y Sociales. Marcial Pons.

BARRERA BLANCO, Gonzalo (2021). “La dignidad humana frente a los discursos del odio”, en PÉREZ ADROHER, Ana, LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, María Teresa y HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Eva (Eds.): Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la

globalización. Dykinson pp. 1223-1239. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1ks0fm4.70>

BARRERA BLANCO, Gonzalo (2022a). La deshumanización del Derecho penal en los delitos basados en el odio. Astigi.

BARRERA BLANCO, Gonzalo (2022b). Delitos de odio invisibilizados. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad, N°11: pp. 1-23.

CUERDA ARNAU, María Luisa (2015). “Delitos relativos al ejercicio de los Derechos Fundamentales y las libertades públicas”, en González Cussac, José Luis (Coord.): Derecho penal. Parte especial. Tirant lo Blanch, 4ª Ed.: pp. 716-727.

DE PABLO SERRANO, Alejandro Luis (2019). “La tipificación penal del discurso lgtbifóbico: fundamento filosófico, bien jurídico penal y algunas propuestas de reforma del art. 510 CP”, en Martín Ríos, Blanca (Coord.): La prevención y represión del discurso del odio. Hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia. Aranzadi: pp. 89-111.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (2004). Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena. ADPCP, Vol. LVII: pp. 143-176.

FUENTES OSORIO, Juan Luis (2017). El odio como delito. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 19-27: pp. 1-52.

KAUFMAN, Gustavo Ariel (2015). *Odium dicta*. Libertad de expresión y protección de grupos discriminados en internet. México D.F.: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena (2018). Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4º CP 1995. Tirant lo Blanch.

LAURENZO COPELLO, Patricia (1996). La discriminación en el Código Penal de 1995. Estudios penales y criminológicos, N°19: pp. 221-288.

MENÉNDEZ CONCA, Lucas Gabriel (2023). La responsabilidad penal de los clubes de fútbol. Derecho Penal y Criminología, Vol.

44, N°116: pp. 33-63.  
<https://doi.org/10.18601/01210483.v44n116.03>

TERUEL LOZANO, Germán Manuel (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, Revista para el Análisis del Derecho, N°4: pp. 1-51.

TORRES SOSPEDRA, Diego (2018). Sociedad de la información y libertad religiosa: cuando la libertad de expresión se convierte en hate speech. Anuario de Derecho Canónico: revista de la Facultad de Derecho Canónico integrada en la UCV, N°6, Vol.1: pp. 217- 268.

VALIENTE MARTÍNEZ, Francisco. (2021). “Los límites a la libertad de expresión en el discurso político, con especial mención a las campañas electorales”. En Olivero Guidobono, Sandra y Martínez González, Alfredo José (Coords.): Identidades, segregación, vulnerabilidad: ¿Hacia la construcción de sociedades inclusivas? Un reto pluridisciplinar. Dykinson, pp.: 1535-1553.





# Manifestaciones de violencia y agresividad en los espectáculos deportivos

## Manifestations of violence and aggression in sports events

**Lenny Liz Rivas**

Universidad Antonio de Nebrija

llizri@nebrija.es

ORCID. 0000-0003-1990-7860

### Resumen

El presente trabajo expone el concepto y definición que se le da a la violencia a través de una mirada multidisciplinar de la misma, ya que no es posible realizar un análisis general de la conducta violenta sin tener en cuenta distintas perspectivas. La violencia es un fenómeno que atraviesa todos los tiempos y sociedades, tal es así, que en cualquier contexto social que podamos plantearnos pueden aparecer distintos tipos de violencia o agresión. Este hecho es tan fuerte, que el deporte no es capaz de escapar a la violencia puesto que, este se ha convertido en una importante figura dentro de las sociedades modernas. Pues, a pesar de que el deporte está orientado al deleite de la actividad física, el despertar de esas emociones que nacen del contacto físico, del trabajo en equipo, de la planificación de estrategias y de esa explosión de adrenalina que uno solo puede experimentar haciendo deporte, siempre hay una parte negativa, en este caso, una parte cargada de violencia, que por desgracia y en muchas ocasiones, acaba por engullir la parte lúdica y satisfactoria del deporte.

Palabras clave: Deporte, Violencia, Agresividad, Educación, Intolerancia.

### Abstract

This work exposes the concept and definition given to violence through a multidisciplinary view of it, since it is not possible to carry out a general analysis of violent behavior without taking into account different perspectives. Violence is a phenomenon that crosses all times and societies, so much so that in any social context that we can consider, different types of violence or aggression can appear. This fact is so strong that sport is not able to escape violence since it has become an important figure in modern societies. Well, although sport is oriented towards the delight of physical activity, the awakening of those emotions that are born from physical contact, teamwork, strategy planning and that explosion of adrenaline that one can only experience by doing sport, there is always a negative part, in this case, a part full of violence, which unfortunately and on many occasions, ends up swallowing up the fun and satisfying part of sport.


Key words: Sports, Violence, Aggression, Education, Intolerance.

**Cómo citar este trabajo:** Liz Rivas, Lenny. (2024). Manifestaciones de violencia y agresividad en los espectáculos deportivos. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (3), 167–179. <https://doi.org/10.46661/respublica.10279>

**Recepción:** 18.12.2023

**Aceptación:** 10.02.2024

**Publicación:** 13.03.2024

 Este trabajo se publica bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional.

## **1 Introducción**

El diccionario de la Real Academia Española (RAE, 2009, 23ª edición), define el deporte (de deportar), como una “actividad física, ejercida como juego o competición, cuya práctica supone un entrenamiento y sujeción a normas”. Aun así, esta definición no nos llena suficientemente al no delimitarnos en demasía el campo de referencia. Por esto tomamos como referencia, al igual que Sánchez (2011) la Carta Europea del Deporte (1992).

Aquí se establece una relación entre el deporte y la violencia. En su artículo 2 indica que: “se entenderá por deporte todo tipo de actividad física que, mediante una participación, organizada o de otro tipo, tengan por finalidad la expresión o la mejora de la condición física y psíquica, el desarrollo de las relaciones sociales o el logro de los resultados en competiciones de todos los niveles”; y luego nos dice, que “la presente carta desarrolla los principios éticos y las directrices políticas que figuran en el convenio europeo sobre la violencia”. (Delgado Morán, 2023).

En esta Carta Europea se muestra un interés por la violencia que atañe a los espectadores, pero no incluye las conductas, actitudes y manifestaciones que desde la matriz del deporte mantienen posturas contrarias al desarrollo del individuo.

El concepto de deporte que cada persona va forjando a lo largo de su vida está en continuo cambio y nunca llega a cerrarse del todo, debido a que el término “deporte”, permite una evolución constante gracias a su naturaleza para que surjan nuevas actividades que sean consideradas como deporte, juego o pasatiempo. Con esto podemos determinar que el término deporte se encuentra en una redefinición constante igual que pasa con el fenómeno de la violencia.

Como muestra Sánchez (2011), hablar de violencia del deporte o de violencia en el deporte es algo más que una cuestión de enfoque, es más bien, el fondo de la misma

cuestión. Si pudiésemos definir que el deporte es violento en su conjunto, o en solo una parte, que existe una violencia intrínseca al deporte estaríamos culpando de la violencia a una ficción, ya que el deporte no tiene consistencia si no es a través de representaciones y acciones humanas.

La violencia es una cualidad del hombre y como tal no podemos achacarla a ninguna otra entidad, por tanto, sería más correcto hablar de violencia ocurrida en el ámbito del deporte, y no de violencia del deporte, ya que estaríamos hablando de la propia violencia del hombre manifestada en el deporte.

Finalmente seleccionamos una definición de deporte que se ajuste a lo anteriormente hablado. En la siguiente cita el autor realiza un razonamiento antropológico de la educación física y del deporte, García (1997, como se citó en Sánchez, 2011) nos dice que:

“El deporte es aquella actividad humana compuesta, en mayor o menor medida, por dos conjuntos de elementos: por un lado, las capacidades de desplazamiento, de saltar, lanzar y de luchar; por otro, una serie de valores intrínsecos al hombre, como son lo lúdico, el rendimiento y el ideal de superación. Todo ello, entendido como aquello que el hombre añade a la naturaleza” (p.104).

### **1.1. Relaciones entre violencia y agresividad en el deporte**

La agresividad es definida por la Sociedad Internacional de la Psicología del Deporte (ISSP) como a la aplicación de un estímulo aversivo físico, verbal o gestual de una persona hacia otra (Steward, Tenenbaum, Stinger y Duda, 1996), con lo cual la agresión se entiende como una conducta y no una actitud, un comportamiento con el cual se intenta hacer daño a otras personas.

Tenenbaum et. al., (1996) le dan una clasificación a la conducta agresiva en el deporte según qué tipo de refuerzo primario se obtiene con la acción violenta; por un lado, proponen la agresión hostil de la cual la recompensa obtenida es el daño en sí mismo

que le infringe a la otra persona y, por otro lado, encontramos la violencia instrumental, de la que se obtiene algún objetivo gracias a la agresión. En este segundo caso el objetivo es la recompensa obtenida derivada de la realización de la conducta violenta.

Según estos autores, la violencia sería el componente físico de la agresión. Encontramos que la violencia en el deporte viene dada como la obtención de metas deportivas, con comportamientos que no están directamente ligados con las metas competitivas del deporte en sí, sino que supone y provoca incidentes de agresión incontrolada fuera de las reglas del deporte, saltándose los límites del comportamiento competitivo permitido (Terry y Jackson, 1985).

Como expone Thirer (1993), cuando un jugador lo que pretende con su conducta, no es dañar al contrario, sino lo que encontramos es una alta motivación para conseguir su meta, hablamos de que el jugador trata de ser asertivo y no agresivo.

Esta es una importante pero sutil diferencia, ya que lo que pretende el jugador es dominar al contrario en lugar de hacerle daño. Encontramos gran cantidad de deportes además del fútbol o el baloncesto donde podemos observar grandes dosis de agresividad que puede ser considerada como parte del juego y que es una gran motivación para los jugadores. Sánchez (2011), a su vez, señala que:

“La razón de establecer relaciones entre violencia y deporte estriba en conocer si ciertas actividades humanas, bajo determinadas circunstancias, favorecen o desencadenan de forma más eficiente la violencia” (p.117).

Nos dice que hay que analizar los factores condicionantes de la aparición de la conducta violenta en espectáculos deportivos, ya que es donde se producen la mayor parte de escenas y situaciones violentas que podemos presenciar. Lo que no quita que no exista violencia en el deporte fuera de dichos

espectáculos, sino que su aparición es menor y de otra intensidad.

Elías (1988) ofrece un estudio sobre la violencia en el deporte dentro del patrón civilizador. Dunning (1992), por su parte, reconoce que el fenómeno de la violencia en el deporte introduce una posible contradicción en el proceso de civilización.

Este modelo nos propone unos valores nacidos de formas singulares de socialización, estos valores, han ido evolucionando a medida que sectores cada vez más amplios de la clase obrera se han ido agregando a la sociedad. Todos los deportes son competitivos, lo que produce un estímulo en la agresión y violencia de algunos sujetos. Los niveles de tensión que producen los deportes pueden hacer que se traspase la delgada línea que separa la rivalidad amistosa de la rivalidad hostil, a favor de esta última (Liz-Rivas, & Palacios García, 2021).

En estas circunstancias, y con todas las reglas aceptadas, se trata de contener la violencia y dirigirla por una serie de canales permitidos, donde la rivalidad hostil pueda quedar a un lado temporalmente.

## **1.2. Estrategias para prevenir, y/o reducir la violencia y agresividad en el deporte**

Al igual que existen un conjunto de factores que, en ocasiones, pueden resultar favorecedores de una posible situación violenta y menoscabar la imagen del deporte, existen otros elementos que, de igual forma, pueden ayudar a prevenir o reprimir la violencia en el deporte y, por tanto, a mejorar su percepción.

Cabe señalar entre éstos, la participación y el compromiso de los dirigentes deportivos y políticos, los medios de comunicación, los seguidores, los deportistas retirados de la alta competición que en su momento fueron famosos, los entrenadores, los árbitros, la policía, los psicólogos, los sociólogos..., además de hacer hincapié en otros como la educación, la catarsis y el fomento de las relaciones intergrupales. En cuanto a la enseñanza de los valores, Thirer (1993)

manifiesta que, “hay que hacer conscientes a los niños desde la infancia, a través de la educación, del aspecto negativo de la agresión y la violencia en general, pero también en el contexto del deporte en particular”, postura igualmente defendida por gran parte de la doctrina que sostiene que una de las mejores estrategias para disminuir la violencia es evitar que florezca (Liz-Rivas, 2020).

En este sentido, Thirer (1993) afirma que lo que parece ocurrir es que las personas se comportan de una forma más violenta si ya lo hicieron en el pasado, y cuando perciben agresividad en los demás, con lo que los aficionados de un equipo o de un deporte presentan más probabilidad de llevar a cabo conductas agresivas después de observar acciones violentas en un deporte, como el caso del boxeo, mientras que las reducen cuando observan un deporte menos excitante como por ejemplo el ajedrez. En cuanto a la mejora de las relaciones intergrupales y su aplicación al contexto del deporte, Gómez (2007), asevera que;

“la violencia en el deporte depende de unos procesos que se dan por igual independientemente de la cultura que se trate, aunque indudablemente, haya ciertos factores sociales que influyen y producen que en unas culturas se den más incidentes que en otras. Sin embargo, la naturaleza de los procesos es equiparable. Esto implica que las técnicas para evitar, reducir y/o eliminar la violencia en el deporte se pueden utilizar en cualquier cultura”.

Desde el punto de vista de la psicología social existen diferentes técnicas encaminadas a mejorar las relaciones entre los distintos grupos, y con esto, lograr aminorar los enfrentamientos y episodios violentos:

1. **Contacto Intergrupar:** el contacto entre miembros pertenecientes a diferentes grupos acrecentará las relaciones y reducirá el prejuicio y la tensión entre ellos.

2. **Aportar información que desmienta estereotipos negativos:** cualquier tipo de dato que desdiga la imagen negativa aceptada por la mayoría, hará que los sujetos del exogrupo sean considerados como miembros típicos de su grupo.

3. **Estrategias basadas en los procesos de categorización:** la hipótesis de estas tácticas se basa en la idea de que la discriminación es causada por la categorización, por lo que para mejorar el trato intergrupar se deberían controlar las llamadas de atención de las distintas clases sociales.

4. **Aprendizaje Cooperativo:** proceso consistente en dividir a las agrupaciones grandes en grupos más pequeños, heterogéneos y mezclados, al fin de trabajar en una labor común.

5. **Estrategias basadas en procesos afectivos:** con esta táctica se pretende influir en las emociones y sentimientos para intentar modificar los estereotipos negativos y disminuir los tabúes, mejorando con ello las relaciones entre distintos grupos.

Una de las técnicas aplicadas en nuestro país para frenar la discriminación fue la recategorización. La puesta en marcha de esta estrategia arrojó unos resultados que evidenciaron la posibilidad de cambiar los prejuicios y estereotipos negativos que los miembros de un grupo mostraban hacia los componentes del exogrupo que, tratándose del ámbito deportivo, serían los jugadores del equipo contrario.

### **1.3. La agresividad y violencia como resultado de la obediencia o presión grupal**

Los motivos que provocan la violencia entre grupos pueden ser, de forma general, los mismos que la desencadenan entre individuos particulares, aunque más complejos.

La necesidad de sentir la pertenencia a un grupo o el miedo a la exclusión pueden ser un obstáculo a la autonomía que una persona necesita para resistir la presión grupal, y ocasionar actitudes que vayan en contra de las

propias convicciones, como puede ser el acometer actos violentos (Liz-Rivas, 2018).

Además, existen ciertas situaciones que ocurridas en un contexto grupal pueden contribuir a la aparición de comportamientos antisociales, desviados y violentos.

Entre ellas cabe destacar:

- La transmisión de actitudes y comportamientos.
- Las deformaciones cognitivas que tienen lugar en dicha situación.
- La falta de seguridad en las propias creencias y convicciones.

Puede ocurrir que, bajo determinadas circunstancias, todos los componentes de un grupo puedan compartir graves distorsiones cognitivas que obstaculicen el solucionar los conflictos mediante conductas constructivas.

Este pensamiento grupal distorsionado suele producirse en situaciones de conflicto entre grupos y presenta las siguientes características:

- Inhibición del discernimiento, la autocrítica y la exigencia de unanimidad a los componentes del grupo.
- Creación de estereotipos, sobrevalorando al propio grupo e infravalorando al otro, tanto desde el punto de vista de la competencia como desde un punto de vista moral.
- Aparición de problemas en la toma de decisiones ocasionados por la falta de información, una interpretación inadecuada de la misma, la no previsión de los posibles impedimentos que pudieran producirse y la ignorancia de los riesgos que implica la decisión elegida.

Para prevenir la aparición de conductas violentas como consecuencia de la influencia de los líderes o la presión grupal es conveniente preparar específicamente a las personas contra dicho riesgo, tratando para ello de desarrollar su capacidad de resistencia frente a las posibles situaciones de estrés y

presión que pudieran originar conflictos y enfrentamientos.

#### **1.4. La Sociedad Internacional de la Psicología del Deporte (ISSP, 1965)**

A mediados de los años noventa, la ISSP redactó una serie de recomendaciones encaminadas a disminuir y/o erradicar los episodios de violencia en los espectáculos deportivos. Dicha elaboración debe su origen a las diversas proposiciones que, para paliar este problema, han surgido desde expertos en esta materia como Tenenbaum, Stewart, Singer y Duda (1996), de cuyas sugerencias, la ISSP se valió para confeccionar el siguiente listado:

1. Revisar las sanciones impuestas a las acciones violentas para que el castigo tenga más valor que el refuerzo obtenido con el comportamiento violento.
2. El entrenamiento de los equipos, especialmente en los niveles juniors, debería enfatizar un código de conducta de "juego limpio" entre los deportistas.
3. Se debería prohibir el uso de bebidas alcohólicas en los eventos deportivos.
4. Los directivos habrían de garantizar que las posibilidades de ayudar a alguien si lo necesita sean las adecuadas, y que existiera suficiente espacio para que los espectadores pudieran observar el espectáculo de forma agradable.
5. Los medios de comunicación deberían considerar los hechos violentos como situaciones aisladas en lugar de hacer de ellos un espectáculo.
6. Los medios de comunicación deberían promover una campaña para reducir la violencia y la agresión hostil en el deporte que incluya la participación y el compromiso de los atletas, entrenadores, directivos, árbitros, policías y espectadores.
7. Entrenadores, directivos, atletas, profesionales de los medios de comunicación, árbitros y policías

deberían participar en sesiones de trabajo sobre agresión y violencia para asegurar qué se entiende por agresión, cuál es el coste de los actos agresivos, y cómo estos pueden ser controlados.

8. Entrenadores, directivos, árbitros y profesionales de los medios de comunicación deberían animar a los atletas a realizar conductas prosociales y a castigar a aquellos que realicen comportamientos hostiles.
9. Los atletas deberían participar en programas dirigidos a ayudarles a reducir las tendencias conductuales que pueden llevar a la agresión.

Una contribución muy importante en este sentido fue la aportada por el trabajo de Tenenbaum, Stewart, Singer y Duda (1996), al señalar que, para lograr aminorar las nefastas y negativas consecuencias de la violencia en el deporte, se debe potenciar la adopción de medidas preventivas más que reactivas, además de señalar cómo el comportamiento de los adultos puede influir de forma determinante y decisiva en el proceder de los jóvenes que practican el mismo deporte.

### **1.5. Actitudes y comportamientos a favor de la no violencia**

Apuntan los expertos Mosquera González, Sánchez Pato y Lera Navarro (2000) que es posible diferenciar varios tipos de personas en relación con sus comportamientos y actitudes respecto a la paz y la no violencia en el ámbito deportivo.

Señalan que la descripción y explicación de cada uno de estos tipos viene referida al mundo del deporte por ser el ámbito objeto de estudio, aunque puede ser aplicable a cualquier contexto o debate que se suscite en torno a temas como la educación o la salud.

Se pueden establecer tres tipos distintos de individuos:

- Individuo positivista–espectador: Le interesa obtener datos acerca del mundo del deporte como es el caso de las distintas disciplinas deportivas, las competiciones nacionales e

internacionales, la tabla clasificadora, sucesos, etc., adoptando de esta forma una postura apartada, ausente de crítica, actuando como mero conocedor o espectador.

- Individuo interpretativo: En este caso, el sujeto adopta una postura crítica, enjuiciando el mundo del deporte desde una postura analista. Esta persona toma conciencia de la gravedad que supone la existencia de violencia en el deporte y comienza a implicarse y adoctrinarse en la educación para la no violencia.
- Individuo sociocrítico: Presenta un mayor nivel de participación, complicidad y concienciación con la problemática a erradicar, lo que le empuja a enfrentarse e intentar eliminar y luchar contra todos y cada uno de los factores sociales, situacionales, ambientales, educativos, deportivos..., que se configuran como elementos facilitadores de la aparición de situaciones conflictivas y episodios violentos en los terrenos de juego.

A colación de lo anterior, pero desde una perspectiva más pesimista, recordar a uno de los máximos exponentes de la no violencia y del pacifismo, Mahatma Gandhi, para quien no existiría ninguna persona completamente libre de violencia, ya que ésta sería una característica innata de los seres humanos.

## **2. Las causas de la violencia en el deporte**

Son muchos autores los que han tratado de responder a la pregunta de por qué se produce violencia en el deporte. Debido a que las causas pueden ser múltiples, es probable que la justificación pueda variar según la perspectiva con la que abordemos esta cuestión, ya sea psicológica, sociológica, educativa, etc. Aun así, y al margen de la disciplina que se tome hay algunas explicaciones que han sido aceptadas o que simplemente han surgido desde varios campos. plural.

## **2.1. Agentes internos; sentimientos, motivaciones o sensaciones**

En este apartado, señalar que entendemos como agentes internos los sentimientos, motivaciones o sensaciones que ocurren dentro de un individuo a la hora de practicar deporte. Nos hemos basado en la clasificación que Mosquera (2004) nos ofrece.

La autora expone que las causas de la violencia en el deporte proceden de cuatro ámbitos: el individuo, la sociedad, el contexto propio deportivo y el contexto ajeno.

Abordaremos el ámbito del individuo, en el que se distinguen varias causas de esta violencia en el deporte.

1. En primer lugar, destaca un instinto de agresividad ya existente en la forma de ser de dicha persona. Si este instinto agresivo no se controla, las consecuencias pueden ser fatales.
2. En segundo lugar la falta de autocontrol de los sentimientos que puede verse reflejado en la dificultad para prever las consecuencias de los actos.
3. En tercer lugar, aparece la frustración, ese sentimiento al que muchos pensadores acusan de ser el origen de la violencia.

Si bien la frustración no implica directamente que ocurra un acto violento, sí que aumenta la predisposición para cometerlo. La aparición de este sentimiento puede traducirse en otros sentimientos negativos como son la impaciencia, la resignación, el pesimismo o la falta de objetividad.

Por último, nos encontramos con las limitaciones en las habilidades sociales, que se manifiestan de varias formas: la dificultad de formar parte de un grupo, la necesidad imperiosa de conseguir la aceptación del grupo o la incapacidad de ponerse en el lugar del otro. Todas ellas son particularmente frecuentes entre los más jóvenes, cuya personalidad aún está por moldear y su principal objetivo es destacar y ser el mejor.

Continuamos con la cultura y las características de la sociedad, donde resulta esencial valorar el hecho de que paulatinamente hemos generado una cultura de violencia en la sociedad. Muestra de ello es que, de un modo u otro, nuestra sociedad tolera las situaciones violentas que ocurren a nuestro alrededor hasta el punto de calificarlas como la manera natural de actuar ante ciertas situaciones.

Esto provoca que la violencia sea la herencia de las generaciones venideras que inconscientemente aprenden que los actos violentos son parte de la esencia natural del ser humano y por ese motivo perciben que, por ejemplo, el machismo no representa una actitud sino más bien un canon dentro de nuestra sociedad. Desde pequeños, los distintos medios y la misma sociedad se encargan de enseñarnos a infravalorar el mundo femenino, a excluir a las mujeres de ciertas actividades y a mostrar que no existe igualdad entre géneros (Luque Juárez & Liz-Rivas, 2021).

De este modo comienzan las actitudes de rechazo ante las diferentes caras de la sociedad, no solo las relativas al género, sino también aquellas que implican la raza, el pensamiento o la discapacidad de las personas (Liz-Rivas & Delgado- Morán, 2022). El peso de la culpa recae sobre los dirigentes sociales o deportivos que no educan con el ejemplo, que no se preocupan por transmitir modelos de tolerancia, que fomenten el desarrollo de unas estrategias que logren evitar este tipo de comportamientos.

Es primordial establecer unas normas para alcanzar este fin, unas normas basadas en el compañerismo, en realzar los valores solidarios y colectivistas frente a los individualistas, en respetar las normas de educación y cortesía y en determinar unas reglas que se muestren inflexibles ante los actos violentos dentro y fuera del acontecimiento deportivo.

Dentro del contexto propio deportivo podemos diferenciar dos tipos de factores:

aquellos vinculados al desarrollo del juego propiamente dicho y aquellos vinculados al espectáculo. En el primer grupo de factores se exponen algunos de los motivos por los que se actúa de forma violenta en el deporte.

Por ejemplo, es importante evaluar cómo el deporte en sí mismo puede generar violencia por el simple hecho de implicar contacto físico (choques, caídas, etc.).

Dejando a un lado ese inevitable contacto físico que viene marcado por el carácter propio del juego, llegamos hasta el famoso término del “juego sucio” en el que ese contacto físico se puede transformarse en un cúmulo de trampas, de golpes intencionados, de actitudes de falta de respeto y de engaños al árbitro que, en ocasiones pudiera ser engañado y por consiguiente toma o no decisiones erróneas que luego le son recriminadas.

En relación con los factores vinculados al espectáculo vemos cómo a pesar de la desmedida presencia policial en las instalaciones deportivas, los espectadores aprovechan la multitud para ignorar las normas de comportamiento lanzando objetos al terreno de juego, insultando y generando un ambiente de odio y tensión entre los aficionados.

Finalmente, llegamos al entramado socio-deportivo dentro del cual destacamos nuevamente dos factores: institucionales y vinculados a los medios de comunicación.

Con respecto a los factores institucionales podemos recalcar, por un lado la existencia de una legislación deportiva inapropiada y la abstención de los poderes públicos ante las situaciones de violencia en el deporte ya que no intervienen hasta que la situación es de extrema gravedad provocando así que la violencia crezca y se atrinchiere en nuestras vidas sin castigo alguno.

Además, los organismos se niegan a hacer frente a la realidad y a promover iniciativas y proyectos que detengan la violencia.

Por otro lado, los medios de comunicación se rinden ante la tendencia sensacionalista y se centran en la parte más “morbosa” del deporte actual que es por supuesto la violencia y las cuestiones polémicas que generan odio y hostilidad entre clubes, jugadores, entrenadores, aficionados, etc.

Así, exageran, repiten y añaden protagonismo a la faceta más oscura del mundo del deporte, dejando a un lado el juego limpio, los pequeños logros, los equipos del final de la lista, etc.

Como conclusión podemos afirmar que a pesar de que existen conductas violentas en los contextos deportivos, no es el deporte en sí mismo el culpable. La violencia se encuentra dentro de la persona. La principal causa de que se produzca violencia en el deporte es que éste se convierta en el centro de la vida de la persona y que esta se sienta fuertemente identificada con su equipo.

Esto produce que, cuando el equipo se ve amenazado de algún modo, por ende, la persona se ve igualmente amenazada y tiende a actuar de forma violenta justificando este comportamiento con un acto desinteresado por proteger algo importante en su vida. Sin embargo, la clave para evitar que esto ocurra es encontrar el equilibrio entre razón y emoción.

## **2.2. Algunos agentes externos**

Con respecto a los agentes externos y la importancia que tienen en la interacción de los individuos en los grupos, las teorías psicosociales se centran más en explicar el contexto social y cultural en el que se da lugar a la violencia e intentan explicar cómo la misma sociedad hace uso de la violencia.

Siendo el deporte una actividad cultural, entendemos que hay que hacer hincapié en las teorías que se basan en la interacción social, así pues, son diferentes teorías las que muestran una aproximación para estudiar el comportamiento colectivo y la violencia (Fernández-Rodríguez, & Liz-Rivas, 2019).



### **2.2.1. La Teoría de la influencia social y comportamiento colectivo**

Cuando el individuo se encuentra en una situación difícil, en la cual no se había encontrado antes, el individuo tratará de resolver la situación interactuando con el resto de los miembros del grupo, para así intercambiar información con el fin de poner ideas en común y llegar a una solución. Así mismo, los estudios de la conformidad sugieren que la conformidad es un procedimiento por el cual el individuo puede llegar a modificar su opinión e incluso su conducta, dirigiéndolas a la dirección que mantenga la mayoría.

### **2.2.2. La Teoría de la identidad social**

Tajfel (1986) indicaba que los individuos pueden cambiar su forma de actuar cuando se sienten pertenecientes a un grupo, el individuo busca sentirse identificado con cierto número de sujetos con los cuales siente un vínculo, esto le produce connotaciones favorables al mismo.

Esta teoría se mantiene debido a tres suposiciones, Tajfel y Turner (1986):

“Los esfuerzos de los individuos se dirigen a la consecución de un autoconcepto positivo, manteniendo unos niveles aceptables de autoestima y una identidad social positiva. Los procesos de comparación social, los grupos llevan asociadas las connotaciones positivas o negativas que contribuye a la identidad social del individuo. Las comparaciones intergrupales se establecen con otros grupos sociales en base a dimensiones concretas. Si la identidad social resultante de esta comparación resulta insatisfactoria, el individuo dispone de diferentes alternativas para restablecer una identidad positiva”.

### **2.2.3. La Teoría de la norma emergente**

Killian y Turner (1987) aceptan que la conducta de un grupo se da bajo unas

circunstancias en las que existe una situación ambigua y un estrés, el individuo carece de una capacidad para afrontar dicha situación y busca la pauta que le marque la conducta que ha de seguir. Por tanto, la conducta que sigan ciertos miembros del grupo se convertirá en la norma emergente.

### **2.2.4. La Teoría del etiquetaje**

Esta teoría trata de comprender los comportamientos violentos como la desviación de unos sujetos. Esta desviación no se basa en una serie de características de ciertos grupos o individuos, sino, en un proceso de interacción entre desviados y no desviados; es decir, que para comprender la naturaleza de la desviación primero hay que saber por qué a algunos individuos se les cuelga esa etiqueta y a otros no. La infracción de las normas es la primera señal de la desviación.

En la mayoría de los casos estas acciones ocupan un lugar marginal en la identidad del propio individuo lo que provoca una normalización de dicho acto desviado. No obstante, a veces la normalización no se lleva a cabo y el individuo sigue tras la etiqueta. Se utiliza el término de desviación secundaria para aquellos sujetos que asumían su rol de desviados, casos en los cuales la etiqueta podía llegar a convertirse en algo esencial para ellos y hacer que su comportamiento continúe.

### **2.2.5. Las Teorías funcionalistas.**

Estas teorías son más bien de un corte sociológico, lo que tratan es de esclarecer el contexto social de la naturaleza violenta. Las teorías funcionalistas mantienen que la violencia tiene dos cometidos para con la sociedad.

Por un lado, una función adaptadora, al incorporar en la sociedad nuevos retos, creando la necesidad de innovar y reciclarse, generando a su vez en la sociedad valores de progreso y contribuir a fijar la frontera entre que son considerados comportamientos buenos o malos.

La teoría de la privación relativa, nos dice que las personas que sentían insatisfacción, frustración o descontento provocaban la actuación colectiva, en esta teoría se destaca que las personas cuantifican los logros conseguidos en su vida, comparándolos con los de sus grupos de referencia.

### **2.3. El Alcohol y la violencia.**

El alcohol es uno de los factores de riesgo que pueden agravar que se produzcan conductas violentas en el deporte. Está prohibido vender e introducir alcohol en los estadios. Podemos encontrar precedentes a esta prohibición en el año 450 a.C. donde, en el estadio de Delfos se prohibía el consumo y venta de alcohol para evitar posibles alteraciones que podían causar los seguidores bajo sus efecto.

Aunque curiosamente podemos encontrar ejemplos en sentido contrario, como en el mundial de Brasil 2014 cuando la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA) hizo una petición al gobierno de Brasil para que se pudiese vender cerveza en los estadios, algo que está prohibido por la legislación Brasileña.

### **2.4. Los Grupos radicales.**

Llegados a este punto tenemos que hablar del grupo más representativo de la violencia en el deporte, los hooligans.

La principal motivación del movimiento del hooliganismo es el racismo, y la consecuencia es una violencia dirigida hacia los grupos minoritarios étnicos. Se estima que los Hooligans nacen entre los años 1950 y 1960 y era considerada una nueva forma de reunión para mostrar un intenso patriotismo que dirigía su violencia hacia los grupos de inmigrantes.

Hay que tener muy presente que en esta época comienza la aparición del fútbol en televisión lo que produce un arma de doble filo debido a la facilidad que llegaba a tener la gente para poder ver el futbol desde sus hogares pero también podían ver las conductas violentas que se podían llegar a dar durante el transcurso de los partidos, y por consecuencia se podían llegar a imitar. Como

consecuencia, en Inglaterra en el periodo situado entre 1960 y 1965 se llegaron a doblar los casos de violencia relacionada con el deporte.

Durante el mundial de Inglaterra en 1966 surge un grupo de aficionados simpatizantes del equipo Inglés. Cabezas rapadas y torsos desnudos, además de cánticos injuriosos al equipo contrario y lanzar objetos al campo eran su principal firma.

Este grupo cobra mayor notoriedad a partir del enfrentamiento entre el Liverpool y la Juventus en la final de la copa de campeones celebrada en 1985 en el estadio Heysel en Bruselas, Bélgica, donde se produjo un enfrentamiento entre los seguidores de ambos equipos que acabó con el resultado de 39 muertos, debido a los aplastamientos producidos por el desplazamiento masivo de los seguidores en las gradas.

Este fatal acontecimiento marco un antes y un después, los equipos ingleses fueron alejados de las competiciones internacionales durante cinco años, se consideró a los hooligans los culpables, lo que acarreo un problema social; se produjo una estigmatización focalizada en un grupo de personas y se llevó a vigilar con minuciosidad los espacios donde estas personas solían situarse (generalmente los fondos de los estadios).

Estos grupos radicales fueron perfeccionando su organización, alrededor de los años ochenta y con la llegada de facciones políticas de extrema derecha los hooligans tomaron mucha más presencia en los campos de juego, ya que podrían ser reclutados o captados para integrarse en los grupos xenófobos y racistas de corte político. Se ha llegado a verificar en ocasiones una conexión entre pertenecer a grupos de extrema derecha y autores de actos violentos relacionados con el deporte.

## **3. Entender la violencia en el deporte**

En el siguiente apartado hemos tomado como referencia nueve claves que da Sánchez (2011) para poder comprender en la medida de lo posible la violencia que se da en el deporte, una vez aquí e identificadas ciertas

categorías y subcategorías referidas a la violencia del deporte, tenemos que puntualizar que:

En primer lugar, tenemos que comprender que vivimos en una sociedad y en una cultura de violencia. Admitimos que el deporte se ve suficientemente salpicado de este tipo de conductas violentas, ya que convergen en él una serie de patrones que propician la aparición de esta, como son las características de la sociedad, un determinado contexto ajeno al deportivo o la propia agresividad intrínseca al hombre.

No solamente encontramos la violencia en el deporte espectáculo (principalmente el fútbol es el que más se ve salpicado de estas conductas), sino que también aparece en otras aéreas del deporte, no podemos dejar a un lado que un espectáculo deportivo es antes un espectáculo que no deja de ser la “cabeza de turco” del comportamiento antisocial de algunos.

En segundo lugar, cualquier otro deporte que tuviese un peso similar al del fútbol, en lo referente a su trascendencia y repercusión, también sería objeto del mismo volumen de violencia.

Como ya mencionamos anteriormente, ciertos grupos de movimientos racistas reclutan gente entre los hinchas más radicales que se encuentran en los campos de fútbol. La violencia de la que hablamos se encuentra en el seno de nuestra vida cotidiana, en nuestras relaciones interpersonales y nuestro día a día, y esta violencia cotidiana no hemos sabido tratarla correctamente, lo que provoca que ahora mismo nos sea mucho más complicado delimitarla.

Aunque hayamos apuntado una gran cantidad de factores que existen cuando hablamos de la aparición de la violencia en los espectadores, Elías y Dunning (1992) postulaban que la condición que destaca sobre las demás es la de la interiorización.

Cuando el individuo se da cuenta de que uno de los factores que dan sentido a su vida (su equipo, colores, victorias), se ve amenazado,

el individuo se encuentra con la motivación necesaria como para responder a esos hechos de una manera violenta.

Todos los factores que comulgan con la violencia en el deporte, tienen el mismo nivel de importancia. Durán (1996), como se citó en Sánchez (2011) destaca que:

(...) el origen y mantenimiento social del vandalismo en el fútbol sólo puede entenderse interpretando dicho fenómeno como un entramado de intereses interdependientes y entre los que debajo de unas relaciones claramente conflictivas, se esconde a su vez, una compleja red de intereses comunes entre ellos (p.173).

Es complicado poder identificar las motivaciones humanas, y más aún cuando hay acciones que no podemos considerar racionales.

El ser humano es un ser altamente complejo, con una infinidad de sentimientos que interactúan y lo configuran, por eso para entender bien la violencia, ya sea en el ámbito del deporte o en general, hay que intentar entender, en la medida de lo posible, al propio ser humano.

Para poder tener una visión integral del hombre, tenemos que recurrir a distintos discursos enmarcados en distintas ciencias.

Esto mismo ocurre con la violencia, que es estudiada desde distintos prismas, para poder reunir los diferentes discursos dándoles una unidad de sentido. El techo de la violencia en el deporte viene marcado por el umbral de violencia con el que cuente la sociedad del momento.

Sin embargo, la violencia está presente en los jóvenes, ya que estos son una parte de la sociedad que refleja la violencia del propio sistema. La violencia incomoda hasta tal punto, que provoca que el umbral de tolerancia que permitiría su estudio es particularmente bajo.

Hay que tener en cuenta que asumimos un precio de accidentes o muertes ante

situaciones violentas en el deporte, pero estas deben encontrarse en un espacio diferenciado de tiempo, ya que cuando los medios de comunicación se hacen eco de un inhabitual número de estos sucesos, no podemos asimilarlos con claridad.

#### 4. Conclusiones

La violencia se ha convertido en un problema muy grave que afecta a la sociedad en general, siendo la violencia del deporte uno de estos tipos de violencia. La historia de la violencia puede entenderse como una historia, tanto de las formas de violencia, como de los intentos por limitarla. Uno de los grandes problemas que surgen de la violencia en el deporte, es la difusión que tienen los actos violentos.

Las causas que provocan violencia en el deporte no difieren en demasía de la violencia social, estas causas son universales. Lo que sí varía, es la manifestación de la violencia, pues está influida por factores condicionantes que llegan desde ámbitos concretos.

El deporte no deja de ser una herramienta social que ha logrado tener mucha importancia hoy día, y como tal cumple diferentes funciones sociales, con lo que hay que emplearla correctamente en todas las áreas en las que esté presente.

La cuestión de la violencia en el deporte se debe afrontar de forma multidisciplinar, necesita de la participación de muchos actores de nuestra sociedad: educadores, sociólogos, psicólogos, medios de comunicación, deportistas, dirigentes, el Estado, y la sociedad en general. Todos somos, en cierta medida, responsables de este fenómeno, y es por esto que, debemos hacernos cargo de esta grave situación, tomando conciencia, en primer lugar, del alcance y gravedad de la misma para, posteriormente, contribuir con el fomento de un comportamiento responsable y tolerante a prevenir o reducir esta problemática.

La mejor forma de prevenir este tipo de violencia a largo plazo es la educación, promover una educación para la paz, enseñar a las generaciones futuras como deben

comportarse correctamente y cuál es la finalidad lúdica del deporte.

#### Referencias

- DELGADO MORÁN, Juan. José. (2023). Políticas públicas de seguridad en España. Análisis desde perspectivas criminológicas. *Revista Opinião Jurídica, Fortaleza*, v.21, n.37, p.183- 211, maio/ago. <https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v21i37.p183-211.2023>
- DELGADO MORÁN, Juan. José, & TEANO Fulvia. (2020). Gendering migration: securitization and integration media narratives in Europe. *Vergentis. Revista de Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III*, 11, 93-126
- DURÁN GONZÁLEZ, Luis. Javier, CRUZ FELIU, Jaume, y ROVERSI, A. (1996). Valores sociales y deporte: Fair Play Versus Violencia. Ministerio de Educación y cultura
- ELÍAS, Norbert. (1988). El proceso de civilización. FCE
- ELÍAS, Norbert, y DUNNING, Eric. (1992). Deporte y Ocio en el Proceso de Civilización. Madrid: Fondo de Cultura Económica. Basil Bladwell Publisher.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Juan. Carlos y LIZ RIVAS, Lenny. (2019). Tratamiento basado en resiliencia tras escenarios de exclusión social, en; “Los nuevos escenarios en las relaciones internacionales: retos, amenazas y oportunidades” Thomson Reuters/ Aranzadi, pp.713-724.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Juan. Carlos., DOMÍNGUEZ PINEDA, Neidy. Zenaida., MIRALLES MUÑOZ, Fernando, y LIZ RIVAS, Lenny. (2023). Conductas de riesgo y programas de prevención en adolescentes institucionalizados. *Cuadernos de RES PUBLICA en Derecho y criminología*, (2), 42–56. <https://doi.org/10.46661/respublica.8286>
- GÓMEZ, Ángel. (2007). La Violencia en el Deporte. Un Análisis Desde la Psicología Social. *Revista de Psicología Social*, Vol.22, N° 1, 63-88.

<https://doi.org/10.1174/021347407779697539>

- LIZ RIVAS, Lenny, & DELGADO MORÁN, J.J. (2022). Derecho penal y violencia de género en España. Algunas cuestiones a considerar. *Revista de Direito Brasileira*. v.32.n.12.p.330-343.  
<https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2022.v32i12.8560>
- LIZ RIVAS, Lenny & PALACIOS GARCÍA, Ángeles, María. (2021). La Violencia y la agresión: algunos modelos para explicar su función en “Aproximación multidisciplinar a la criminalidad organizada y al terrorismo internacional” Ed.SOTEC.pp.159-175.
- Liz Rivas, Lenny.(2023). La agresión sexual en los conflictos prolongados. Derecho de intervenir y obligación de proteger. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (1), 71–84.  
<https://doi.org/10.46661/respublica.8044>
- LIZ RIVAS, Lenny (2020). Internalizing and externalizing behavior problems in the development of social competence in children, en Cuadernos de psicopsicobiología de la agresión: educación y prevención. Universidad Complutense de Madrid. Dykinson.pp.91-102.
- LIZ RIVAS, Lenny. (2018). Algunas bases neurológicas sobre la violencia y la agresión, en; “Conflictos y diplomacia, desarrollo y paz, globalización y medio ambiente”. Thomson Reuters/Aranzadi, pp.943-955.
- LUQUE JUÁREZ José. María, y LIZ RIVAS, Lenny, (2021) Factores ligados a la violencia de género, evaluados en la valoración policial del riesgo, en; “Vulnerabilidad de las víctimas desde la perspectiva de género. Una visión criminológica”. Dykinson, pp.243-256.  
<https://doi.org/10.2307/j.ctv282jjsk.15>
- MOSQUERA GONZÁLEZ, María, José., SÁNCHEZ PATO, Antonio, y LERA NAVARRO, Ángela. (2010). No Violencia y Deporte. Editorial Inde.
- MOSQUERA GONZÁLEZ, María .José. (2004). No Violencia en el Deporte y en la Vida. Guía para Madres y Padres. Código de la no Violencia. Xunta de Galicia: Dirección Xeral para o Deporte.
- SACKS, David., PETSCHER, Yaacov, STANLEY, Christopher, & TENENBAUM, Gershon. (2003). Aggression and Violence in Sport: Moving Beyond the Debate. *International Journal of Sport and Exercise Psychology*, 1.  
<https://doi.org/10.1080/1612197X.2003.9671710>
- SÁNCHEZ PATO, Antonio. (2011). Tratado Sobre Violencia y Deporte. ed. Wanceulen.
- TERRY, Peter, & JACKSON, John. (1986). The Determinants and Control of Violence in Sport. *Quest*, 37, 27-37.  
<https://doi.org/10.1080/00336297.1985.10483817>
- TAJFEL, Henri, & TURNER, John. (2004). The Social Identity Theory of Intergroup Relations. Nelson Hall.  
<https://doi.org/10.4324/9780203505984-16>
- TENENBAUM, Gershon., STEWART, Evan., SINGER, Robert., y DUDA, Joan. (1997). Aggression and Violence in Sport: An ISSP Position Stand. *International Journal of Sport Psychology*, 27.