

COLECCIÓN
PENSAMIENTO JURÍDICO Y
POLÍTICO CONTEMPORÁNEO

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Avances, límites y desafíos futuros

Coordinación

GUILLERMO VICENTE Y GUERRERO



eBook en www.colex.es



DISCURSO DEL ODIOS CRIMINALIZADO VS. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: UNA FINA LÍNEA DIVISORIA¹

Carmen Alastuey Dobón

*Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Zaragoza*

Sumario. I. Introducción. II. El castigo del discurso del odio en la legislación penal española. III. Doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el conflicto entre la punición del discurso del odio y el respeto a la libertad de expresión. IV. Problemática jurídico-penal y constitucional de la tipificación del discurso del odio. 1. Incitación al odio y difusión de materiales idóneos para incitar al odio. 2. Negación o enaltecimiento de delitos contra la comunidad internacional. V. Propuestas *de lege lata* y consideraciones *de lege ferenda*.

I. Introducción

En el ámbito criminológico, pero también en las esferas social, mediática y política, han adquirido en los últimos años una significativa presencia las expresiones «discurso del odio» (*hate speech*) y «delitos de odio» (*hate crimes*), aunque no existe un consenso sobre cómo deben comprenderse, técnicamente, dichos términos. Sin ánimo de adentrarme en la compleja tarea de delimitar con precisión los contornos de estos conceptos, ofreceré en estas líneas introductorias una somera aproximación a esta terminología

¹ Este trabajo se inserta en una de las líneas de investigación del «Grupo de Estudios Penales» de la Universidad de Zaragoza, grupo de investigación de referencia, subvencionado por el Gobierno de Aragón.

que sirva para situar la problemática tratada en la presente contribución². A la hora de definir el discurso del odio, resulta de obligada referencia la Recomendación (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, en cuya virtud se entiende por tal «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». Esta definición ha sido actualizada por la Recomendación de política general número 15 relativa a la lucha contra el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), de 8 de diciembre de 2015, según la cual el «discurso del odio», a los efectos de la citada Recomendación, «debe entenderse 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 de “raza”, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condiciones personales (...) (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 cuya comisión haya sido comprobada tras recaer sentencia (...) o el enaltecimiento de las personas condenadas por haberlos cometido».

En cuanto a la expresión «delitos de odio», conviene advertir que no coincide ni debe confundirse con la anterior³ pues, por un lado, no todo discurso del odio ha de considerarse necesariamente delito, y, por otro lado, entre los delitos de odio se cuentan también figuras delictivas que no castigan discursos, sino actos. Así, respecto a la primera cuestión, la ECRI, en el Memorandum Explicativo de la citada Recomendación, tras desgranar los diferentes elementos de la definición de discurso del odio que ofrece (apartados 8-20), concluye (apartado 21) que este «tiene que ver con distintas formas

2 Para una ampliación sobre estos conceptos, véanse, sin pretensión de exhaustividad, CÁMARA ARROYO, Sergio, «El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXX, 2017, pp. 146 ss.; LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4.º CP 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 23 ss.; y DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El discurso del odio: análisis del artículo 510 del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 31 ss. y 39 ss.

3 Sobre las consecuencias indeseadas de tratar dichos términos como sinónimos, véase GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, «El efecto perverso de la recepción del fenómeno de los “delitos de odio” en el sistema penal español», en: TEIJÓN ALCALÁ, M. (dir.), *El odio como motivación criminal*, Wolters Kluwer, Madrid, 2022, pp. 59 ss.

de expresión dirigidas contra una persona o grupo de personas por motivo de sus características personales o estado y, *la acción contra ello no implica necesariamente la imposición de sanciones penales. Sin embargo, cuando el discurso de odio toma la forma de una conducta que sea en sí misma un delito (...), también se puede considerar un delito de odio*⁴. Se adhiere la ECRI en este punto al contenido del denominado Plan de Acción de Rabat, texto que supone la culminación de una iniciativa de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos con la finalidad de «examinar la aplicación de las pautas legislativas, prácticas judiciales y políticas sobre la prohibición de la apología de odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, hostilidad o violencia a niveles nacionales y religiosos, al mismo tiempo que alienta al pleno respeto de la libertad de expresión». Este documento de Naciones Unidas recomienda que se distinga claramente entre a) expresión constitutiva de delito, b) expresión sin relevancia penal, pero que puede justificar un procedimiento civil o sanciones administrativas, y c) expresión que no da lugar a sanciones penales o civiles pero que, aun así, plantea problemas de tolerancia, civismo y respeto a los derechos de los demás. A estos efectos, el texto propone un test, también asumido por la ECRI (apartado 16 del Memorándum explicativo) que permita identificar, en seis puntos, a los que haré referencia más adelante, las expresiones que alcanzan el nivel de riesgo necesario para considerarlas delictivas. Por tanto, el «discurso del odio» solo constituirá «delito de odio» cuando las expresiones que sean manifestación de aquél se encuentren descritas y amenazadas con pena en un precepto penal. Podremos hablar entonces de «delito de discurso del odio» o, como en el título del presente trabajo, de «discurso del odio criminalizado» (*hate speech crime*).

Pero, como acabo de indicar, los delitos de odio no se limitan al castigo del *discurso*, sino que también sancionan *actos* de odio. De hecho, cuando los medios de comunicación utilizan la expresión «delito de odio» suelen hacer referencia a situaciones en las que concurre un delito clásico, que implica la lesión de un bien jurídico individual (contra la integridad física, contra el patrimonio, etc.), agravado por la motivación prejuiciosa del sujeto activo. Según la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE)⁵, un delito de odio es «un acto de índole penal perpetrado por motivos basados en prejuicios». Conforme a la OSCE, puede tratarse de cualquier infracción penal («amenazas, daños a la propiedad, agresiones, asesinato u otros delitos»), que haya sido perpetrada por motivos basados en prejuicios, motivaciones que «pueden definirse, a grandes rasgos, como opiniones preconcebidas, ideas estereotipadas, intolerancia u odio dirigido hacia un determinado grupo que comparte una característica común, como la raza,

4 Sin cursiva en el original.

5 Definición extraída de: https://hatecrime.osce.org/sites/default/files/2022-02/2021_ODI-HR_HC_factsheet_CS_es_FINAL.docx.pdf (fecha de la consulta: 12/02/2024)

el origen étnico, idioma, religión, nacionalidad, orientación sexual, género, identidad de género, discapacidad o cualquier otra característica distintiva». Cabe concluir, por tanto, que entre los delitos de odio se cuentan los que se cometen mediante palabras (delitos de discurso del odio) y los que se cometen mediante actos (delitos de actos de odio)⁶.

El Código penal español, aunque no utiliza la terminología a la que me vengo refiriendo⁷, permite castigar conductas que pueden calificarse, de acuerdo con las definiciones transcritas, como actos de odio o como discursos de odio. No forma parte de los objetivos de este trabajo determinar qué figuras delictivas integran estas categorías, cuestión sobre la que no existe una opinión unánime. Baste indicar al respecto que la caracterización más o menos amplia de los delitos de odio depende, en gran medida, de si se mantiene una concepción de los mismos basada en sus orígenes de derecho antidiscriminatorio dirigido a la protección de colectivos vulnerables y/o minoritarios, como me parece más acertado⁸, o si, por el contrario, se pone el acento exclusivamente en la animadversión de quien realiza los actos o expresa el discurso hacia una o varias personas por razón de su pertenencia a un colectivo, aunque este no sea uno socialmente relegado⁹. Aun desde la primera de las perspectivas indicadas cabe distinguir varios niveles de restricción del concepto de delitos de odio. En el sentido más estricto posible, son delitos de actos de odio las infracciones penales contra bienes jurídicos individuales cuando sea de aplicación la agravante de motivos discriminatorios del art. 22.4.^a CP, si bien, en un sentido más amplio, pueden incluirse, entre otros, los tipos específicamente destinados a la sanción de actos discriminatorios recogidos en los arts. 314, 522 y 512 CP. Por lo que respecta a las figuras delictivas destinadas a la represión penal del discurso del odio, podrían citarse, a título ejemplificativo¹⁰, las amenazas a grupos tipificadas en el art. 170.1 CP, pero el precepto de referencia es, sin duda, el art. 510 CP.

6 Véase al respecto LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *Los delitos de odio*, *op. cit.*, p. 25.

7 Por lo que no estamos ante conceptos estrictamente jurídicos. Sobre ello, respecto a la nomenclatura de «delitos de odio», CÁMARA ARROYO, Sergio, «El concepto de delitos de odio...», *op. cit.*, p. 153.

8 Como indica la ECRI (apartado 22 del Memorándum Explicativo de la mencionada Recomendación) la preocupación por el discurso del odio surge por su aptitud para minar la autoestima o dañar la cohesión de «grupos vulnerables», lo que fundamenta la sugerencia de medidas destinadas a «evitar el desarrollo de actitudes negativas hacia grupos minoritarios».

9 Sobre las causas de la expansión del concepto de delitos de odio y los peligros a los que conduce, véase solo LAURENZO COPELLO, Patricia, «No es odio, es discriminación. A propósito del fundamento de los llamados delitos de odio», en LAURENZO COPELLO, P. / DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (coords.), *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, Granada, 2021, pp. 259 ss. A estas cuestiones me referiré más adelante.

10 Véase una enumeración de las infracciones penales que son o pueden ser consideradas delitos de odio, según cómo se delimite dicho término, LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena,

Entre los delitos de odio, los que sancionan el discurso presentan una problemática específica, estrechamente relacionada con su posible fricción con el derecho a la libertad de expresión, fricción que se torna particularmente acusada cuando se trata de infracciones penales que no describen conductas lesivas para concretos intereses (bienes jurídicos) merecedores de protección, como es el caso en las figuras de incitación al odio —art. 510.1 a) y b) CP— y en las que sancionan el negacionismo o el enaltecimiento de delitos contra la comunidad internacional —art. 510.1 c) CP—, de cuyo análisis crítico me ocuparé en estas páginas. Como tendré ocasión de exponer, estas infracciones penales castigan el denominado discurso del odio como una forma de protección adelantada de determinados colectivos, con base en el peligro, más o menos próximo, de creación de un clima predelictivo. La técnica legislativa utilizada ha dado lugar a la formación de tipos delictivos excesivamente amplios, cuya redacción no se aviene con las exigencias de certeza y taxatividad. Esta expansión del discurso del odio criminalizado provoca efectos indeseados desde la perspectiva del respeto a los principios básicos del Derecho penal, fundamentalmente, aunque no solo, el principio de intervención mínima en sus distintas manifestaciones, desde el momento en que da lugar a un adelantamiento excesivo de las barreras de intervención penal, y, además, y por la misma razón, resulta difícilmente conciliable con el derecho a la libertad de expresión, al tratarse de delitos de opinión. Ambas consecuencias, en efecto, van de la mano: cuanto más acusadas sean las dudas, debido a sus déficits de ofensividad y seguridad jurídica, sobre la legitimidad de un precepto que reprima el discurso, mayor será el peligro de injerencia ilegítima en la libertad de expresión. Subyace, por tanto, la compleja cuestión de determinar los límites de la intervención penal en esta materia; cómo ofrecer una adecuada protección a determinados colectivos y a las personas que forman parte de ellos sin poner en riesgo los principios, penales y constitucionales, rectores de un Estado social y democrático de Derecho.

Planteados así los retos de la punición del discurso del odio, me propongo a continuación, en primer lugar, exponer cuál ha sido el camino escogido por el legislador español, con una breve referencia a la evolución de la legislación penal, después me adentraré en la fundamentación de los motivos por los que, a mi modo de ver, el contenido del art. 510.1 CP no logra equilibrar adecuadamente los intereses en juego, para terminar con algunas propuestas *de lege lata* y consideraciones *de lege ferenda*.

Los delitos de odio, op. cit., pp. 17 s. Véanse también, con diferentes criterios de sistematización, GÜERRI FERRÁNDEZ, Cristina, «La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación», *InDret* 1/2015, p. 6; y FUENTES OSORIO, Juan Luis, «El odio como delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-27 (2017), pp. 8 s.

II. El castigo del discurso del odio en la legislación penal española

Un acercamiento a la evolución de la legislación penal española en la materia que nos ocupa pone de manifiesto la progresiva expansión de las figuras delictivas destinadas a sancionar conductas vinculadas al discurso del odio. La represión penal del discurso se origina a través de la LO 4/1995, de 11 de mayo, que introdujo en el CP de 1973 el delito de provocación a la discriminación (art. 165 ter) y el delito de apología del genocidio —art. 137 bis b)—. En el primero, se castigaba exclusivamente la provocación o incitación pública y directa a la discriminación de determinadas personas o grupos o, mediante la apología, a la comisión de delitos contra los mismos, mientras que el segundo castigaba la incitación pública y directa, por medios apologéticos, a la comisión del delito de genocidio. El Código penal de 1995, aprobado pocos meses después, mantuvo los aspectos esenciales del primer delito, al que ubicó en el art. 510.1, aunque extendió de un modo considerable su ámbito de aplicación: a la provocación a la discriminación añadió la provocación al odio y a la violencia, eliminó la referencia al carácter directo y público de la provocación e incorporó nuevos motivos de discriminación, con la consiguiente ampliación de los grupos diana. Añadió, además, en el apartado segundo del mismo precepto, una figura delictiva de injurias a grupos. De otra parte, el nuevo Código modificó sustancialmente el contenido del derogado art. 137 bis b), pues en el art. 607.2 vigente hasta 2015 ya no se tipificaba la apología del genocidio, de acuerdo con el concepto legal de apología que ofrece el párrafo segundo del art. 18.1 CP, punible solo como forma de provocación, sino que se castigaba la difusión de ideas o doctrinas que negasen o justificasen el genocidio, o pretendiesen la rehabilitación de regímenes o instituciones que ampararan ese tipo de prácticas. La aprobación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal, supuso el tercer hito en esta evolución, consumándose el referido proceso de expansión.

La LO 1/2015 modificó sustancialmente la regulación penal destinada al castigo de las diferentes manifestaciones del discurso del odio. Como aspecto positivo de la reforma cabe señalar la tipificación conjunta de las conductas antes sancionadas en dos preceptos distintos, desde el momento en que el negacionismo es considerado una modalidad de discurso del odio, pero, por lo demás, los aspectos esenciales de la regulación se hacen merecedores de una valoración muy crítica. El art. 510 CP consta ahora de seis tipos básicos distribuidos en dos apartados, donde se castigan todas las manifestaciones posibles del discurso del odio. El primero sanciona con prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses (a) 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 de diversa índole, redactados con cierta redundancia, y ampliados por LO

6/2022, relativos a la raza, etnia, con especial referencia al antisemitismo y al antigitanismo, origen nacional, ideología, creencias, situación familiar, sexo, orientación o identidad sexual, género, aporofobia, enfermedad o discapacidad; (b) produzcan, posean o difundan materiales con contenido idóneo para provocar dicho efecto incitador; o (c) nieguen o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado o enaltezcan a sus autores, cuando ello favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos grupos o individuos. El segundo apartado del precepto prevé una pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses para (a) los actos de humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los citados grupos o de personas que los integran, (b) la elaboración o distribución de materiales con ese contenido y (c) el enaltecimiento o justificación pública de delitos cometidos contra esos colectivos o sus miembros. El extenso art. 510 contempla, además, varios tipos agravados (apartados 3 y 4) y recoge otras previsiones en materia de consecuencias jurídicas (apartados 5 y 6).

Como he adelantado en el epígrafe anterior, las reflexiones que siguen se dedican exclusivamente a las figuras delictivas recogidas en el apartado 1 de este precepto, dado que en ellas es más acusado el conflicto con la libertad de expresión. Todas estas conductas presentan, como eje vertebrador, un componente incitador, con la particularidad de que la estructura de los tipos permite el castigo de formas de incitación sumamente débiles, en la medida en que basta con que se trate de un discurso idóneo para favorecer un clima hostil. El grupo de conductas descritas en el apartado 2 del art. 510 presenta una problemática parcialmente distinta que aquí solo se apuntará brevemente. La modalidad típica prevista en la letra a) de dicho apartado plantea, en principio, menos problemas de legitimidad desde la perspectiva constitucional que las figuras tipificadas en el apartado 1. En efecto, tal y como expondré a continuación, el Tribunal Constitucional (TC) mantiene reiteradamente la tesis de que las conductas que impliquen un descrédito, menosprecio o humillación de personas o grupos por razón de determinadas condiciones o circunstancias personales, étnicas o sociales han de quedar al margen del amparo constitucional, por atentar contra la dignidad de la persona. Ello no significa, empero, que esta figura quede por completo libre de objeción. En este caso, las posibles dudas de constitucionalidad vendrían representadas no tanto por su falta de adecuación a la doctrina del TC cuanto por la discutible interpretación del derecho al honor y de la dignidad de la persona efectuada por este Tribunal en su jurisprudencia sobre el discurso del odio, apartada de su significado personalista¹¹. Por otra parte, desde un

11 Véanse al respecto ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «Opiniones constitucionales», *InDret* 1/2018, pp. 16 ss.; y TERUEL LOZANO, Germán M., «Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 114, 2018, pp. 32 ss.; así como la crítica al art. 510.2 CP desde este enfoque en ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «Diversidad cultural, intolerancia y Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 18-11 (2016), pp. 47 ss.

enfoque estrictamente penal, la ausencia de contornos precisos en la descripción típica suscita dudas interpretativas que se han visto reflejadas en la aplicación práctica del precepto. Dichas dudas van referidas, fundamentalmente, a los posibles solapamientos con otros tipos penales, como las injurias o los delitos contra la integridad moral, así como con la agravante de motivos discriminatorios, a la que los tribunales parecen dejar un escaso margen cuando el discurso de odio se acompaña de actos¹². Más criticable resulta la sanción, en la letra b) del apartado 2, de la apología de cualquier delito cometido por motivos discriminatorios, sin que se exija componente incitador alguno. Se crea así un tipo con un contenido mucho más amplio que el descrito en la letra c) del art. 510.1, y alejado de los requisitos que exige el TC para considerar compatible con la libertad de expresión el castigo de expresiones apologéticas¹³.

El Preámbulo de la LO 1/2015 alegaba como motivo principal justificativo de la reforma la necesidad de adaptar la legislación española a la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. Adicionalmente, la reintroducción en el Código penal de la figura de negación del genocidio, que había sido declarada inconstitucional por la STC 235/2007, se justificaría por su adaptación a la doctrina plasmada en dicha sentencia, al haber incorporado al tipo la exigencia de que las conductas supongan una incitación al odio u hostilidad contra minorías. Sin embargo, en mi opinión, ninguno de los dos argumentos fundamenta sólidamente la reforma¹⁴. Por lo que respecta al primero, ciertamente la Decisión Marco instaba a los Estados miembros a castigar una serie de conductas constitutivas de discurso con contenido incitador a la violencia o al odio, pero una lectura comparativa de dicho texto y del tenor literal del art. 510.1 anterior a 2015 pone claramente de manifiesto lo innecesario de la reforma para cumplir con los compromisos internacionales¹⁵. Es más, en cuanto a

12 Véase una crítica a algunos pronunciamientos judiciales que aplican la figura y una acertada propuesta de interpretación restrictiva en LAURENZO COPELLO, Patricia, «Un delito en busca de justificación: la humillación o descrédito de colectivos discriminados». *Azafes. Rev. filos.*, n.º 23, 2021, pp. 89 ss.

13 Véase al respecto el epígrafe siguiente. Sobre el art. 510.2 c), críticamente, PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: «El retorno de la censura y la caza de brujas de anarquistas», en MIRÓ LLINARES, F. (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 102 s.; y LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *Los delitos de odio*, op. cit., pp. 83 ss.

14 De otro parecer, GASCÓN CUENCA, Andrés, *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 193 ss., quien, no obstante, se muestra crítico con la retipificación del negacionismo (p. 197).

15 Véase, al respecto, TERUEL LOZANO, Germán M., «La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código penal», *InDret* 4/2015, pp. 4-6.

las conductas de promoción o incitación al odio, lo cierto es que el vigente art. 510 CP posee un alcance sancionatorio mucho más amplio que el demandando por la Decisión Marco¹⁶, donde no se reclama el castigo tanto de las incitaciones directas como de las indirectas, ni se proscribe la tipificación exclusiva de la incitación a cometer delitos. Además, el legislador español decidió no incorporar ninguno de los elementos restrictivos mencionados en el art. 1.2 del citado texto, en virtud del cual, los Estados miembros «podrán optar por castigar únicamente las conductas que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes». En cuanto al argumento que pretende justificar la represión penal del negacionismo, es muy discutible, como intentaré poner de manifiesto, que el precepto haya conseguido reflejar adecuadamente la doctrina constitucional.

La reforma de 2015 acusó la influencia de algunas voces procedentes de la fiscalía especializada en delitos de odio y discriminación que abogaban por revertir la interpretación restrictiva que venía realizando la jurisprudencia del art. 510.1 CP en su versión inicial, y que había dado lugar a una escasa aplicación del precepto, tendencia calificada como «preocupante»¹⁷. Por el contrario, a mi modo de ver, el legislador debió atender las opiniones de la doctrina dominante que, en los veinte años de vigencia de los arts. 510 y 607.2 CP, tras realizar una bien fundamentada crítica del contenido de ambos preceptos¹⁸, se había esforzado por formular distintas propuestas de inter-

16 En este sentido, por ejemplo, PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, «El retorno de la censura...», *op. cit.*, pp. 96 s.

17 En este sentido se manifestó AGUILAR GARCÍA, Miguel Ángel, «La reforma del art. 510 del Código penal», *La Ley Penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 86, 2011, pp. 1 ss., en particular pp. 8 ss., donde consideraba que dicha interpretación restrictiva era contraria a los mandatos de las normas internacionales ratificados por España y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y realizaba una serie de propuestas de reforma del art. 510.1 CP que fueron plasmadas en la nueva regulación. Sin embargo, llama la atención que, posteriormente, la propia Fiscalía General del Estado (FGE), en su Circular 7/2019 sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código penal, haya reconocido, en idénticos términos a los aquí señalados, que el texto del vigente art. 510.1 excede lo reclamado por la Decisión Marco.

18 Sobre la problemática de la regulación del discurso del odio anterior al 2015, desde la perspectiva del respeto al principio de intervención mínima del Derecho penal, véanse, por todos, LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código penal*, Universidad del País Vasco, Zarautz, 1999, pp. 216, 362 ss.; y GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *El Derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 261, 321 ss. Sobre las fricciones con el derecho a la libertad de expresión, LAURENZO COPELLO, Patricia, «La discriminación en el Código Penal de 1995», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIX, 1996, pp. 265 y 269; y BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, *La discriminación en el Derecho penal*, Comares, Granada, 1998, pp. 92, 138 s. En particular, respecto al delito del art. 607.2, CUERDA ARNAU, M.ª Luisa, «El denominado delito de apología del genocidio. Consi-

pretación restrictiva, en un intento de aminorar las objeciones detectadas en dichas figuras delictivas¹⁹. Que estas tesis calasen en la jurisprudencia, y tuviese lugar, por tanto, una activación muy excepcional de los referidos preceptos, a la vista de la problemática que presentaban, no suponía, según entiendo, motivo alguno de preocupación. Sí es de lamentar, en cambio, que la reforma de 2015 haya acrecentado los defectos de esta regulación.

III. Doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el conflicto entre la punición del discurso del odio y el respeto a la libertad de expresión

Con el fin de determinar cuál es el grado de adecuación de los tipos penales que sancionan el discurso del odio a los postulados constitucionales en materia de libertad de expresión, es preciso atender al contenido de las sentencias del TC en las que se pronuncia sobre esta cuestión. De entre todas ellas, en realidad solo la STC 235/2007 se adentra en el análisis de las bases de constitucionalidad de las figuras delictivas que aquí tratamos, esto es, las dedicadas al castigo del discurso del odio en sentido estricto, en su redacción anterior a la reforma de 2015. Previamente, el TC se había ocupado del discurso racista y negacionista del Holocausto como límite a la libertad de expresión en dos sentencias de los años 90, en las que enfoca la cuestión desde la perspectiva del conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor²⁰. En fechas más recientes, el TC ha analizado los límites de la libertad de expresión en supuestos en los que se le ha solicitado amparo tras haber recaído condena por el delito de injurias al Rey (STC 177/2015) y por enaltecimiento del terrorismo (SsTC 112/2016 y 35/2020), figuras delicti-

deraciones constitucionales», en: QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 1125 ss.; y SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marta, «El peligro de las palabras. A propósito del delito de apología del genocidio», en: CUERDA RIEZU, A. / JIMÉNEZ GARCÍA, F. (dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 307 y 310; con referencia al delito del art. 510.1, ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-14 (2012), pp. 16 ss.

- 19 Del análisis de estas propuestas de interpretación restrictiva me ocupé en ALASTUEY DOBÓN, Carmen, «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código penal de 2015», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-14 (2016), pp. 8 ss., 24 ss.
- 20 Así, en la STC 214/1991 estima el recurso de amparo interpuesto por Violeta Friedmann contra la sentencia de Sala Primera del Tribunal Supremo que había confirmado su falta de legitimación activa para interponer una demanda de protección civil del derecho al honor contra León Degrelle por la divulgación de manifestaciones vejatorias contra el pueblo judío. En la STC 176/1995 no se otorga el amparo al director de la publicación «Hitler=SS», con contenido neonazi, que había sido condenado por un delito de injurias.

vas consideradas por el TC manifestaciones de discurso del odio. Desde mi punto de vista, no es adecuado catalogar estas infracciones penales como delitos de odio, puesto que no forman parte del Derecho antidiscriminatorio dirigido a la protección de colectivos tradicionalmente relegados²¹. Particularmente rechazable se muestra esa desnaturalización de la noción de discurso del odio cuando se recurre al concepto para excluir determinadas expresiones del ámbito de protección constitucional sin ulteriores argumentos²². Con todo, las afirmaciones que realiza el TC en su sentencia 112/2016²³ al desgranar los parámetros de constitucionalidad del delito de enaltecimiento de terrorismo (art. 578 CP) a partir de la doctrina sentada en la STC 235/2007, permiten extraer algunas conclusiones sobre las características que han de cumplir determinadas incitaciones públicas a la realización de actos para poder considerarlas acordes con el texto constitucional, por lo que también me referiré, siquiera brevemente, al contenido de esta sentencia.

En la STC 235/2007 el TC resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la AP de Barcelona respecto al entonces vigente art. 607.2 CP, a raíz del caso de la «Librería Europa», declarando inconstitucional la sanción de la negación del genocidio y conforme a la Constitución la justificación del mismo delito, siempre que esta modalidad típica se interpretase de acuerdo con los criterios que proporciona la misma sentencia. El TC analiza en este pronunciamiento el discurso del odio a la luz del art. 20.1 a) CE, por lo que, más allá de su transcendencia en la valoración de las figuras delictivas de perfil negacionista y/o apologético del genocidio, en particular del holocausto nazi, la sentencia también extendió su alcance a la interpretación del antiguo art. 510.1 (provocación al odio, violencia o discriminación) y debe ser tenida en consideración en la exégesis de las manifestaciones del discurso del odio previstas en el actual art. 510 CP.

21 Véase una crítica al uso que realizan el TC y la Sala Segunda del Tribunal Supremo del concepto de «discurso del odio» en ALCÁ CER GUIRAO, Rafael, «Opiniones constitucionales», *op. cit.*, pp. 4 ss.; y LAURENZO COPELLO, Patricia, «No es odio, es discriminación...», *op. cit.*, pp. 262 ss.

22 Así la STC 177/2015, en cuyo FJ 4 se afirma: «Es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado “discurso del odio” son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, las que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política y aun la eliminación física, de quienes no comparten el ideario de los intolerantes», por lo que considera que la quema de la fotografía del Monarca que motivó la condena por el delito del art. 490.3 CP avala «categóricamente el significado netamente incitador al odio», argumentos que llevan al TC a desestimar el recurso de amparo. El TEDH, en su sentencia de 13 de marzo de 2018 (asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España), estima que en este caso se había producido una violación del derecho a la libertad de expresión y, entiende, en la línea de los votos discrepantes que acompañaban a las STC 177/2015, que la quema de retratos del Rey no puede entenderse como una forma de discurso del odio ni de provocación a la violencia.

23 En el mismo sentido STC 35/2020 FJ 4.

Como punto de partida, el TC señala la relevancia de los derechos consagrados en el art. 20.1 CE, pues «no son sólo expresión de una libertad individual básica sino que se configuran también como elementos conformadores de nuestro sistema político democrático». La libertad de expresión, en cuanto «condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática». Profundizando en el contenido de este derecho fundamental, afirma que «la libertad de expresión comprende la libertad de crítica aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige». «Al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera (...) incluso las que ataquen al propio sistema democrático» pues «la Constitución protege también a quienes la niegan». De manera que «la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población». En este sentido, recuerda que «en nuestro sistema —a diferencia de otros de nuestro entorno— no tiene cabida un modelo de “democracia militante” esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución». Por todo ello «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». En este punto, recuerda que, como expuso en su sentencia 214/1991 (caso Violeta Friedmann), «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 (...) quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (...), pues (...) sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos» (FJ 4).

Por supuesto, lo anterior no significa que en opinión de nuestro TC la «libre transmisión de ideas» sea «un derecho absoluto». A este respecto, indica que «en concreto, por lo que hace a las manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo (...) el art. 20.1 no garantiza “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 ello implicaría admitir violaciones de los principios de igualdad y dignidad de la persona. Por atentar contra la dignidad humana «carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas», e igualmente, y por el mismo motivo, queda fuera de dicha cobertura «el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia». El amplio margen que el TC concede a la libertad de expresión encontraría, por tanto, su límite «en las manifestaciones vilipendia-

doras, racistas o humillantes o en aquellas que incitan directamente a dichas actitudes». «Es pues el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social el que, en estos casos, priva de protección constitucional a la expresión y difusión de un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo» (FJ 5).

La doctrina sobre el contenido y límites de la libertad de expresión expuesta por el TC en esta sentencia debe confrontarse con la del TEDH, que parte de premisas diferentes, de las que se deduce una mayor restricción de la libertad de expresión²⁴. Sin ánimo de adentrarme en la profusa jurisprudencia del TEDH dirigida a determinar qué conductas calificadas como discurso del odio pueden verse amparadas por la libertad de expresión (art. 10.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 —CEDH—)²⁵, debe reconocerse que en general el Tribunal de Estrasburgo concede un escaso margen a la libertad de expresión en los supuestos de discurso del odio. En particular, en los casos de negacionismo del holocausto nazi se sirve de la cláusula de abuso de derecho del art. 17 CEDH, y los excluye de plano del ámbito de protección del Convenio, precepto que, como expone nuestro TC en la sentencia que analizamos, «no tiene parangón en nuestro ordenamiento constitucional» (FJ 5). En cambio, otros supuestos de negacionismo y los casos de incitación al odio y a la violencia, son reconducidos al art. 10.2 CEDH por lo que, si bien en la mayoría de las ocasiones el Tribunal no estima las pretensiones de quienes consideran vulnerada su libertad de expresión, al menos lleva a cabo un juicio de ponderación de los intereses en conflicto. Como especialmente representativa de esta línea jurisprudencial restrictiva de la libertad de expresión en un caso de incitación al odio, cabe citar la sentencia del caso *Féret c. Bélgica* de 16 de julio de 2009. En este polémico pronunciamiento, acompañado de un voto particular firmado por tres de los siete magistrados que componen la Sala, se reiteran manifestaciones ya plasmadas en fallos anteriores, como el relativo al caso *Günduz c. Turquía* de 4 de diciembre de 2003, en las que el Tribunal estima «necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que pro-

24 Sobre estas diferencias, véase ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «Víctimas y disidentes. El “discurso del odio” en EE. UU. y Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 103, 2015, pp. 50 ss.

25 Al respecto pueden verse, por ejemplo, ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 97, 2013, pp. 309 ss.; y TERUEL LOZANO, Germán M., «La libertad de expresión...», *op. cit.*, pp. 7 ss.; GASCÓN CUENCA, Andrés, *El discurso del odio...*, *op. cit.*, pp. 56 ss.; ROIG TORRES, Margarita, *Delimitación entre libertad de expresión y «discurso del odio»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 42 ss.; y CORRECHER MIRA, Jorge, «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», *InDret* 2/2021, pp. 103 ss.

paguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia» y considera que el discurso del odio que resulte insultante para personas o grupos no se beneficia de la protección del art. 10 del CEDH. Afirma el TEDH que la incitación al odio «no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo», y argumenta que los ataques «contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación (...) son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población»²⁶.

No obstante, como con razón se ha indicado, «la no censura del TEDH de una persecución penal en un determinado Estado no es lo mismo que una afirmación positiva de los criterios que deben informar un estándar jurídico-penal de incitación xenófoba respetuoso con la libertad de expresión»²⁷. Por otra parte, es importante señalar que un examen sosegado de las sentencias del TEDH pone de manifiesto que su jurisprudencia admite diversas lecturas, dado que, pese a las afirmaciones generales que hemos reproducido *supra*, puede concluirse que en realidad el Tribunal de Estrasburgo no considera amparadas por la libertad de expresión exclusivamente las incitaciones a actos violentos o discriminatorios, que son algo distinto de las meras incitaciones genéricas a sentimientos de odio u hostilidad.

Volvamos a la STC 235/2007. Tras referirse el TC al contenido y límites de la libertad de expresión, en los términos indicados *supra*, la sentencia se centra en el ahora derogado art. 607.2, situando en primer lugar el precepto en el contexto de otros tipos penales, particularmente, los arts. 615 y 510.1. Entiende el TC que el apartado segundo del art. 607 contiene «un tipo penal independiente» del previsto en el apartado primero del mismo precepto —donde se tipificaba el delito de genocidio—, en el que ya no se requiere el dolo específico concretado en el propósito de destruir a un grupo social, sino que castiga la difusión de determinadas ideas y doctrinas sin exigir «expresamente elemento suplementario alguno», por lo que «en principio se trata de una difusión en cierto modo “neutra”». Por eso, considera que «las conductas descritas en el precepto cuestionado consisten en la mera transmisión de opiniones». «La literalidad del ilícito previsto en el art. 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo

26 Como señala ALCÁZER GUIRAO, Rafael, «Libertad de expresión...», *op. cit.*, pp. 335 s., el TEDH no entra a analizar si la concreta acción es apta para incitar a la violencia o a la intimidación, esto es, si representa un peligro concreto y actual, sino que se conforma con atisbar un peligro potencial y abstracto. Concluye, por ello, que este criterio se aproxima al *bad tendency test* que el Tribunal Supremo estadounidense mantenía en los años 30, y que fue posteriormente abandonado y sustituido por la tesis del *clear and present danger*.

27 Así, LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de *lege lata*», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 7, 2012, p. 329.

xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta a cometer genocidio (...). Las conductas descritas tampoco implican necesariamente el ensalzamiento de los genocidas ni la intención de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas». «(...) La literalidad del precepto, en la medida en que castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (...) constituye un límite infranqueable para el legislador penal». «No estamos ante un supuesto de limitación de la libertad de expresión por parte del Código penal, sino que éste interfiere en el ámbito propio de la delimitación misma del derecho constitucional». E insiste: «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» (FJ 6).

A partir de aquí, se pregunta el TC si es posible llevar a cabo una interpretación del precepto conforme con la Constitución, y concluye que la respuesta ha de ser negativa por lo que respecta a la conducta de negación del genocidio, pues «la mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuridicidad, afecta al ámbito de la libertad científica». «La mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane». No puede afirmarse «que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, ni tampoco que toda negación per se sea capaz de conseguirlo». «En consecuencia, la referida conducta permanece en un estado previo al que justifica la intervención del derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados de la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión» (FJ 8).

«Diferente es la conclusión a propósito de la conducta consistente en difundir ideas que justifiquen el genocidio. Tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. 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 (...) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio» (FJ 9).

En definitiva, considera el TC que es legítimo el castigo de la difusión pública de las ideas justificadoras cuando dicha difusión «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*²⁸. 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 hacia determinados 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)²⁹.

Resulta confusa la equiparación que realiza el Tribunal en estas conclusiones entre la incitación indirecta al genocidio y la provocación mediata a la discriminación, al odio o a la violencia. Si entendemos la justificación del genocidio como ensalzamiento del crimen y de su autor y exigimos, además, como hace el TC, la intención de incitar indirectamente a su comisión, nos estamos refiriendo claramente a un supuesto de apología *stricto sensu*. El TC vendría así a declarar conforme a la Constitución, excepcionalmente, dada la gravedad del delito de genocidio, un supuesto de apología desvinculado de los requisitos de la provocación (art. 18 CP). Sin embargo, no queda claro si se estaba haciendo referencia a un criterio distinto con la alusión a la justificación del genocidio que suponga una provocación al odio hacia determinados grupos. En mi opinión, podía considerarse que el TC no pretendió adelantar las barreras de la intervención penal a una fase previa a la apología del genocidio y, por tanto, el art. 607.2 había de interpretarse como justificación del genocidio realizada con intención de incitar indirectamente a su comisión. Sin embargo, como veremos, esta confusión fue aprovechada por el legislador de 2015 para crear un tipo que no se limita a la represión penal de la incitación indirecta al genocidio.

28 La sentencia incurre en este punto en ciertas contradicciones, pues termina considerando conforme a la Constitución la justificación del genocidio que implique una incitación aunque sea *indirecta* a su comisión, mientras que en otros lugares de la sentencia parece exigir que la incitación sea *directa*: «el amplio margen que el art. 20.1 ofrece a la difusión de ideas (...) encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquellas que incitan directamente a dichas actitudes» (FJ 5); y, aún más claramente: «el precepto resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio» (FJ 7). Sin embargo, como veremos a continuación, lo que pretende el TC es dotar de un ámbito de aplicación propio al art. 607.2, que lo distinga de la conducta tipificada en el art. 510.1.

29 Las cursivas han sido añadidas.

Al margen de los supuestos particulares de negacionismo que, como veno indicando, constituyen el objeto nuclear de la sentencia, el diverso punto de partida del TC respecto a la postura mantenida por el TEDH repercute asimismo en la interpretación que nuestro Alto Tribunal realiza de otras manifestaciones del discurso del odio. El TC dice partir, al igual que el TEDH, de la definición de discurso del odio recogida en la Recomendación (1997) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, pero lo cierto es que la restringe, pues lo define como «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». Y es esta manifestación del discurso del odio la que queda fuera de la libertad de expresión: «las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o (...) aquellas que inciten directamente a dichas actitudes» (FJ 5).

En efecto, en los últimos pasajes de la sentencia, cuando el TC enmarca el art. 607.2 en el contexto de otros preceptos con los que se encuentra relacionado, considera que la interpretación realizada de la justificación del genocidio, como «modalidad específica de incitación al delito» «dota al precepto de un ámbito punible propio y específico», distinto de la provocación directa al delito de genocidio (art. 615) y diferenciable también de la conducta del art. 510.1 que el Código «define como de “provocación” y la refiere “a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones (...)”» (FJ 9). Según entiendo, de aquí se deduce que el TC concebía el delito del art. 510.1 entonces vigente como una provocación directa a la discriminación, al odio y a la violencia, haciendo factible así la distinción entre ese delito y la justificación del genocidio del art. 607.2, configurada como incitación indirecta a su comisión³⁰.

La tesis expuesta por el TC en su sentencia interpretativa dictada en relación con la antigua figura delictiva de justificación del genocidio cobró actualidad y obtuvo refrendo mediante la STC 112/2016, donde se analiza la compatibilidad del delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP) con el respeto a la libertad de expresión. Tras realizar una serie de consideraciones generales sobre el contenido y límites de la libertad de expresión, tomando como base la STC 177/2015³¹, el Tribunal destaca «la similitud estructural» que presentan los tipos de enaltecimiento del terrorismo y justificación del

30 De la misma opinión, por ejemplo, ALCÁZER GUIRAO, Rafael, «Discurso del odio...», *op. cit.*, p. 23. De otro parecer, LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *Los delitos de odio*, *op. cit.*, p. 55.

31 Recuerda, en este sentido, el «carácter preeminente» de este derecho en los sistemas democráticos, pero también su «carácter limitado cuando entra en conflicto con otros derechos o intereses constitucionales, como sucede, por ejemplo, con aquellas expresiones que son manifestación del discurso del odio y que cabe interpretar como incitaciones a la violencia, discriminación contra colectivos, etc.». También alude a «los riesgos derivados de la utilización del ius puniendi en la respuesta estatal ante un eventual ejercicio, extralimitado o no, de la libertad de expresión por la desproporción que pueda suponer acudir a esta potestad y el efecto desaliento que ello puede generar» (FJ 2).

genocidio (antiguo art. 607.2), argumento que utiliza para extender al primero las tesis que había defendido en la STC 235/2007 respecto del segundo. Conforme a este planteamiento, dispone el TC que la sanción penal del enaltecimiento del terrorismo solo respetará el citado derecho constitucional cuando se haya acreditado la existencia de una incitación, al menos indirecta, a la violencia terrorista (FJ 3). Además, se apoya en la jurisprudencia del TEDH en la materia para concluir que el castigo de las conductas de enaltecimiento del terrorismo «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», que identifica con una incitación pública a la violencia (FJ 4); y así: «Incitar supone siempre llevar a cabo una acción que ex ante implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta» (FJ 6).

De estas sentencias pueden extraerse conclusiones relevantes para valorar el modo en que se criminaliza el discurso del odio, u otros discursos extremos, en la vigente regulación penal. Conforme a la opinión del TC, cuando se trata de delitos de especial gravedad, que ponen en riesgo «la esencia misma de la sociedad», como el terrorismo o el genocidio, es admisible, excepcionalmente, la punición de expresiones apologéticas (enaltecimiento o justificación públicos de esos delitos o de sus autores), siempre que dichas conductas expresivas constituyan una incitación, al menos indirecta, a la comisión de esos delitos. A esta tesis puede objetarse, desde luego, que da lugar a una restricción excesiva de la libertad de expresión, al no atreverse a dar el paso de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico el criterio estadounidense del *clear and present danger*³². Al respecto, mantienen su validez los argumentos tradicionalmente alegados en contra del castigo de la apología *stricto sensu*. Por un lado, limita en demasía la libertad de expresión dejar fuera de su amparo la incitación meramente indirecta al delito, por mucho que el delito a cuya comisión se incite sea uno de extrema gravedad³³. Por otro lado, es evidente que se adelanta la intervención penal a un momento todavía muy lejano a la comisión del delito. Y ni esa excesiva limitación del derecho a la libertad de expresión ni ese extraordinario adelanto de las barreras de protección penal parecen justificadas en nuestro contexto social. Con

32 En este sentido, entre otros autores, TERUEL LOZANO, Germán M., «Cuando las palabras generan odio...», *op. cit.*, p. 35; y NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Libertad de expresión y Derecho penal: la criminalización de los discursos extremos*, Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 184, 269, 275.

33 Como señala RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 317, la diferencia entre acción y expresión «se diluye hasta hacerse indistinguible cuando no se exige ni la incitación a una concreta acción lesiva, ni la probabilidad, ni la inminencia de que una acción tal se produzca como consecuencia de la incitación o la provocación, sino tan solo el peligro potencial, la incitación indirecta y la provocación mediata».

todo, proyectando esta doctrina hacia el Derecho vigente, debe reconocerse que la tesis del TC permite restringir notablemente el ámbito de aplicación del delito de enaltecimiento del terrorismo, pues queda «vedada la posibilidad de sancionar meras expresiones o discursos ofensivos, hostiles, hirientes o antidemocráticos, si respecto de los mismos no se puede constatar la presencia de una finalidad de incitación, al menos indirecta, a la violencia o comisión de delitos»³⁴. Idéntico requisito mínimo debe exigirse, en consecuencia, en los tipos que castigan formas de apología del genocidio. Pero enseguida veremos que el legislador de 2015 no incorporó estas exigencias al tipificar dicha figura —510.1 c) CP—.

Esta doctrina del TC también repercute en el juicio que se formule sobre la represión penal del resto de las manifestaciones del discurso del odio con contenido incitador. Conformándonos con poco, podríamos entender que los requisitos mencionados son extrapolables a toda incitación al odio punible, esto es, que solo serían legítimos, por castigar conductas no amparadas por la libertad de expresión, los tipos que exigiesen una incitación, como mínimo, indirecta, a la comisión de delitos y propiciasen una situación de riesgo para personas o derechos. Pero las afirmaciones del TC abren la puerta a otra interpretación más favorable a la libertad de expresión: el castigo de la incitación indirecta a delinquir solo se justifica, «excepcionalmente», por la gravedad de los delitos que se atisban en el horizonte, el terrorismo y el genocidio; ahora bien, fuera de esos ámbitos, es decir, cuando el objeto de la incitación es otro, la sanción del discurso debe cumplir condiciones más rigurosas para permanecer dentro de los cauces constitucionales. Por eso la STC 235/2007 se refería al art. 510.1 como un supuesto de provocación, en el que la incitación a la violencia o discriminación debía ser directa. Ninguna de estas pautas, ni siquiera las menos exigentes, han sido tenidas en cuenta en la redacción del art. 510.1 a) —ni mucho menos en el art. 510.1 b)—. La conclusión es que tras la reforma de 2015 existen, más que nunca, sólidas razones para dudar de la constitucionalidad del precepto.

IV. Problemática jurídico-penal y constitucional de la tipificación del discurso del odio

Como se indicaba en las líneas introductorias de esta contribución, la repercusión constitucional de la punición del discurso del odio desde la perspectiva de los límites de la libertad de expresión se encuentra íntimamente relacionada con la problemática jurídico-penal que presentan las figuras delictivas dedicadas al castigo del discurso. Veamos, por tanto, cuál es el diagnóstico que cabe realizar del discurso del odio criminalizado analizando sus características principales.

34 NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Libertad de expresión...*, op. cit., p. 168.

1. Incitación al odio y difusión de materiales idóneos para incitar al odio

La infracción penal de referencia en el castigo del discurso del odio —art. 510.1 a)—, a la que abreviadamente denominaré delito de incitación al odio, describe con gran amplitud e imprecisión tanto las conductas típicas (fomentar, promover o incitar directa o indirectamente) como los objetos de la incitación (odio, hostilidad, discriminación o violencia). En mi opinión, esta construcción tan laxa fue buscada deliberadamente por el legislador, aunque resulta incompatible con las exigencias de certeza y taxatividad que han de regir la tipificación penal. Se trataba, en efecto, de desconectar el precepto de cualquier posible interpretación restrictiva tendente a aproximar los requisitos típicos a las características de la provocación de delitos (art. 18 CP), exégesis que había sido defendida mayoritariamente en la doctrina antes de la reforma de 2015 y asumida en cierto modo por la jurisprudencia, lo que dio lugar, como he avanzado, a una activación muy excepcional de la figura de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia. Ciertamente, la regulación anterior presentaba algunas trabas que impedían identificar plenamente la provocación descrita en el art. 510.1 con el acto preparatorio de provocación del art. 18, que exige una incitación directa y pública a la perpetración de delitos, teniendo en cuenta que los conceptos de discriminación, violencia y odio no implican necesariamente la realización de un comportamiento delictivo³⁵, pero la antigua redacción del art. 510.1 facultaba una interpretación restrictiva. Partiendo de que la provocación genérica y la modalidad tipificada en el art. 510 compartían la misión de adelantar las barreras de tutela penal por la «idoneidad (de las conductas) para poner en peligro ciertos bienes de especial importancia», podrían trasladarse al art. 510.1 parte de los elementos de la provocación genérica: la publicidad y la exigencia de que constituya una incitación directa —esto es, que se oriente expresamente e inequívocamente a la consecución de los efectos que el provocador se propone—. Por lo demás, bastaría con que la provocación tuviera por objeto hechos antijurídicos, aunque no necesariamente ilícitos penales³⁶. El TS, en la sentencia 259/2011, sobre el famoso caso de la librería Kalki, se hizo eco de estos planteamientos, —que habían encontrado, por cierto, refrendo constitucional en la STC 235/2007— absolviendo del delito de provocación al odio³⁷.

35 En este sentido, GÓMEZ MARTÍN, Víctor, «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», en: MIRÓ LLINARES, F. (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 182 s.

36 Véase, en este sentido, LAURENZO COPELLO, Patricia, «La discriminación...», *op. cit.*, pp. 253 ss., con la excepción, en cualquier caso, de la provocación al odio, que recogería incitaciones que solo de un modo indirecto podrían concretarse en actos de discriminación prohibida o de violencia (pp. 264 s.).

37 STS 259/2011, de 12 de abril, FJ 1: «la utilización del término provocación ha conducido

Pero con la reforma de 2015, aunque se incorpora, acertadamente, la exigencia de publicidad, el verbo típico «provocar» es sustituido por las conductas de fomento, promoción o incitación; además, al indicarse expresamente que caben en el tipo las incitaciones indirectas, queda vedada una posible interpretación de la figura en términos semejantes al acto preparatorio de provocación. Por otra parte, entre los objetos de la incitación, no solo se mantiene la referencia al odio, fuertemente criticada, sino que se añade el no menos problemático concepto de «hostilidad». Si con la regulación anterior a 2015 ya resultaba difícil defender que la incitación había de dirigirse en todo caso a la comisión de delitos, la nueva regulación lo imposibilita³⁸. Los conceptos de discriminación y violencia pueden, al menos, reconducirse a hechos ilícitos, pero no sucede lo mismo con el odio, que no es más que un sentimiento, ni con la hostilidad. Ni siquiera se exige una incitación explícita a la realización de actos concretos, dado que aquella ya no tiene que ser directa necesariamente, por lo que el tipo permite castigar incitaciones implícitas a que terceros desarrollen sentimientos de odio u hostiles hacia determinados grupos de personas o sus integrantes.

La regulación se orienta a evitar la creación de un caldo de cultivo, una situación de crispación, en definitiva, un *clima* favorable a la potencial realización de comportamientos hostiles, violentos o discriminatorios hacia determinadas personas por razón de su pertenencia a ciertos grupos³⁹. No se pone en duda que la pretensión sea loable, pero ello no justifica una interven-

a sostener que es preciso que se cumplan los requisitos del artículo 18, salvo el relativo a que el hecho al que se provoca sea constitutivo de delito (...). En cualquier caso, es preciso que se trate de 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». Se había manifestado en el mismo sentido la AP de Barcelona (sección 2.ª) en su sentencia 259/2010, de 26 de abril, relativa al caso de la «Librería Europa» (FJ 9). Posteriormente, esta interpretación fue acogida en la sentencia 787/2012, de 29 de junio de la AP de Barcelona (Sección 5.ª), en un caso de reparto de panfletos en campaña electoral: la provocación «debe ser directa, concreta, amenazante, definitiva y grave (...). La provocación genérica, indirecta, no cabe en el precepto». «La discriminación debe interpretarse en sentido estrictamente jurídico, debe tratarse de actos que infrinjan el mandato del artículo 14 de la Constitución Española, y tratarse de hechos ilícitos» (FJ 3). En el mismo sentido también la sentencia n.º 104/2013, de 1 de febrero, de la AP de Barcelona (sección 3.ª) —véase FJ 3—.

38 Así también, entre otros muchos, FUENTES OSORIO, Juan Luis, «El odio como delito», *op. cit.*, p. 27; y LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *Los delitos de odio*, *op. cit.*, p. 67.

39 Como señala GALÁN MUÑOZ, Alfonso, «Delitos de odio, discurso del odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?», *Revista Penal*, n.º 46, 2020, p. 46, se sancionan manifestaciones «que contribuyen a crear un clima de hostilidad que pone en peligro (...) a los integrantes de tales colectivos minoritarios, bien porque su aparición puede dar lugar a ataques delictivos contra los mismos, bien porque puede generar, cuanto menos, actuaciones o actitudes discriminatorias contra ellos, aunque no lleguen a ser delictivas».

ción penal tan adelantada⁴⁰. A ese respecto, conviene poner de manifiesto que en la letra a) del art. 510.1 no se sancionan los actos hostiles, violentos o discriminatorios cuya ejecución, en última instancia, se intenta conjurar. Dichas conductas, de llegar a realizarse, podrían subsumirse en otros preceptos (delitos contra la integridad moral, lesiones, denegación de prestaciones, etc.). Pero tampoco se castiga en la figura que analizamos la creación del clima que puede favorecer su comisión, por la sencilla razón de que una incitación individual no puede desencadenarlo, a no ser que el contexto social sea propicio, sino que es objeto de represión penal la mera promoción del clima, esto es, la antesala del clima. El precepto faculta, en última instancia, la sanción de expresiones meramente molestas o de mal gusto, quedando en manos del juez la reconducción de los elementos típicos a cauces más ajustados a los parámetros constitucionales⁴¹.

La configuración típica del delito de incitación al odio complica la labor de identificar el bien jurídico protegido⁴². Si ya no se castiga (o no solo)⁴³ la

40 Sobre ello, GARCÍA ARÁN, Mercedes, «De las reformas bienintencionadas con resultados regresivos: el delito de promoción del odio», en: MORALES PRATS, F. / TAMARIT SUMALLA, J. M.^a / GARCÍA ALBERO, R. (coords.), *Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 867 ss.

41 Como señala FUENTES OSORIO, Juan Luis, «El odio como delito», *op. cit.*, p. 41, la sanción penal del odio mediante preceptos de estas características manifiesta «una gran fe en el comportamiento responsable del juez-censor».

42 La doctrina ha formulado diferentes tesis sobre el bien jurídico protegido en la figura delictiva que tratamos, en su mayoría tendentes a considerar el delito como pluriofensivo. Véanse, por ejemplo, PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, «El retorno de la censura...», *op. cit.*, p. 92, quien considera que en los casos de incitación a la discriminación se castiga la puesta en peligro abstracto del derecho a la igualdad del colectivo, en los casos de incitación a la violencia el peligro para seguridad del grupo y el derecho a la igualdad del colectivo, y en la incitación al odio no existe bien jurídico alguno; TERUEL LOZANO, Germán M., «La libertad de expresión...», pp. 38 s.: derecho a la no discriminación, dignidad humana en sentido supraindividual y paz pública; LAURENZO COPELLO, Patricia, «La discriminación...», *op. cit.*, pp. 236 ss., particularmente p. 241, quien opina que en todo trato discriminatorio se ven implicados dos bienes jurídicos: uno individual, «el derecho a ser tratado como un ser humano igual a los demás», relacionado con la dignidad personal, y otro colectivo, «el modelo de convivencia plural y multicultural del que parte nuestra Constitución», si bien entiende que ambos aspectos no gozan de la misma trascendencia a la hora de fundamentar los tipos, sino que prima la perspectiva individual; y, en sentido similar, GÓMEZ MARTÍN, Víctor, «Incitación al odio ...», *op. cit.*, p. 187, en cuya opinión se describen conductas que lesionan «un bien jurídico mixto individual-colectivo: el derecho fundamental a la igualdad y la protección de determinadas minorías vulnerables (...)».

43 La SAP de Barcelona (sec. 5.^a) de 27 de abril de 2018 confirma la condena por el delito de incitación al odio al vicepresidente del partido «Democracia Nacional», quien al finalizar una manifestación celebrada en Barcelona con motivo del día de la Hispanidad tomó la palabra ante una concurrencia de unas 200 personas y, refiriéndose a un «periodista independentista» a quien identificó por su nombre, le llamó «rata» y pidió a los asistentes que si le veían le diesen «una buena hostia». Se trata de un caso claro de provocación a un delito de lesiones que, sin embargo, no se castiga a través del acto

provocación a la comisión de delitos, no parece acertado considerar el delito como uno de peligro abstracto para bienes jurídicos individuales⁴⁴. Dado que la conexión causal entre la expresión incitadora y las hipotéticas posteriores conductas de los receptores del mensaje es muy débil, en los delitos que castigan la promoción de un clima predelictivo (o previo a la realización de actos ilícitos) la distancia de las conductas punibles con la lesión de la libertad individual, la integridad física, la integridad moral, o incluso el derecho a la igualdad, es abismal⁴⁵. La protección de esos intereses puede verse solo como la «ratio legis». Otra opción es entender orientado el objeto de tutela hacia bienes jurídicos supraindividuales antepuestos. En el Código penal alemán, el tipo básico del delito de incitación al odio (§ 130 I) requiere que las conductas sean aptas para perturbar la paz pública, lo que explica que la doctrina alemana mayoritaria aluda a dicho concepto como bien jurídico protegido en ese delito. Acertadamente, los penalistas españoles se habían mostrado hasta ahora impermeables a esta influencia, con el argumento de que la vaguedad e indefinición del concepto lo hacen inservible para desempeñar las funciones de legitimación y de interpretación de los tipos propias del bien jurídico⁴⁶. Huyendo de esta vía, pero en la misma senda tendente a la identificación de un bien jurídico supraindividual, cabe defender que el delito trata de proteger las condiciones básicas necesarias para que los miembros de los grupos referidos en el precepto «puedan desarrollar sus actividades como sujetos de pleno derecho en la sociedad»⁴⁷. A mi modo de ver, en aras de ofrecer una interpretación *de lege lata*, esta tesis explica mejor el conteni-

preparatorio del art. 18 con la posible aplicación de la agravante de actuar por motivos discriminatorios por razón de la ideología (art. 22. 4.ª CP).

- 44 Así, no obstante, HÖRNLE, Tatjana, «La protección de sentimientos en el StGB», en: HEFENDEHL, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 388 s., en relación con el muy similar al español delito del § 130 I del Código penal alemán, criticando la postura dominante en Alemania, que reconduce el objeto de protección al concepto de «paz pública». Sobre ello véase a continuación en el texto. En semejantes términos, con matices, GALÁN MUÑOZ, Alfonso, «Delitos de odio...», *op. cit.*, p. 58.
- 45 Así, FUENTES OSORIO, Juan Luis, «El odio como delito», *op. cit.*, pp. 12 y 14. Reconoce HÖRNLE, Tatjana, «La protección...», *op. cit.*, p. 389, que estos delitos adelantan considerablemente la punibilidad, «ya que para la aparición de una lesión o de un peligro concreto para víctimas concretas es preciso un paso intermedio: las personas incitadas por el agitador deben realizar los hechos punibles como resultado de su decisión responsable». Pero la brecha se agranda si la incitación punible no va dirigida directamente a la realización de actos delictivos.
- 46 En este sentido, entre otros, LAURENZO COPELLO, Patricia, «La discriminación...», *op. cit.*, p. 238, indicando que, al tratarse de un bien muy difícil de precisar, también el efecto del comportamiento punible sobre él acaba siendo totalmente difuso.
- 47 En este sentido, LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *La intervención penal...*, *op. cit.*, p. 351 y, respecto a la regulación vigente, el mismo, *Los delitos de odio*, *op. cit.*, p. 58: «condiciones de seguridad existencial de grupos y colectivos especialmente vulnerables», con matices en las páginas que siguen.

do del art. 510.1 a), lo que no significa que se persiga aquí otorgar validez a la criminalización de toda expresión del discurso del odio, de manera que se considere poseedor de relevancia penal «cualquier comportamiento que contenga una manifestación discriminatoria»⁴⁸. En este sentido, conviene tener en cuenta, primero, que no resulta sencillo precisar qué conductas lesionan dicho bien jurídico y, segundo, que, en cualquier caso, las que describe el precepto solo suponen un peligro abstracto para el mismo⁴⁹. La mayoría de ellas, según su sentido gramatical, están muy lejos de alcanzar la lesividad mínima necesaria para justificar su represión penal⁵⁰.

La tendencia expansiva del precepto se pone también de manifiesto en el modo en que son descritos los colectivos a los que se pretende proteger al prohibir el discurso. Como viene señalando la doctrina, del tenor literal cabe colegir que estos colectivos se delimitan por su «estatus» (raza, etnia, sexo, género, etc.), y no por la pertenencia a una de las «clases» que conforman dichos estatus (caucásicos o negros, hombres o mujeres, etc.), con la excepción de los colectivos judío y gitano. Esta descripción permite considerar, por tanto, que el delito protege a todos los colectivos incardinables en los estatus citados, aunque no sea un grupo vulnerable, minoritario o tradicionalmente discriminado⁵¹. Así lo entiende la FGE en su Circular 7/2019, donde reconoce que el origen del delito está relacionado con la protección de colectivos desfavorecidos, pero concluye que la vulnerabilidad del colectivo no es un elemento del tipo que deba ser acreditado, como tampoco lo es el valor ético que pueda tener el sujeto pasivo, por lo que, en su opinión, por ejemplo, la incitación al odio hacia el colectivo de personas de ideología nazi puede ser incluida en este

48 Véase esta crítica en FUENTES OSORIO, Juan Luis, «El odio como delito», *op. cit.*, pp. 17 ss.; y, en similares términos, GALÁN MUÑOZ, Alfonso, «Delitos de odio...», *op. cit.*, p. 58.

49 LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *Los delitos de odio*, *op. cit.* p. 63. Véase también MIRÓ LLINARES, Fernando, «Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión», en: MIRÓ LLINARES, F. (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 51 s. El TS ha afirmado que se trata de un delito de peligro abstracto para un bien jurídico «generalmente colectivo, difuso, inmaterial» (STS 675/2020, de 11 de diciembre).

50 Landa exige un «contexto de "crisis"» (*Los delitos de odio*, *op. cit.* pp. 62 s.) para que la conducta sea típicamente relevante. Como dice ALCÁZER GUIRAO, Rafael, «Diversidad cultural...», *op. cit.*, p. 52, si la situación de marginación no está socialmente arraigada, la conducta que incite a la discriminación apenas tendrá capacidad lesiva, por lo que, incluso al margen de toda consideración al ejercicio de la libertad de expresión, «la escasa lesividad inherente a estas conductas debería suscitar serias dudas» acerca de su punición. FUENTES OSORIO, Juan Luis, «El odio como delito», *op. cit.*, p. 29, considera en cambio que este criterio carece de capacidad restrictiva porque «siempre hay un contexto de crisis social o del colectivo», a no ser que se exija un riesgo cierto de genocidio, en cuyo caso el art. 510 nunca podría aplicarse.

51 En este sentido, GALÁN MUÑOZ, Alfonso, «Delitos de odio...», *op. cit.*, p. 49, señalando que esta configuración típica aleja los delitos de odio españoles de su concepción originaria, basada en la protección de minorías vulnerables; y LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *Los delitos de odio*, *op. cit.*, pp. 58 y 138.

delito⁵². Tampoco los tribunales exigen que el grupo diana sea uno discriminado o vulnerable. La STS 437/2022, de 4 de mayo, considera correctamente aplicado el art. 510.2 a) en un caso de agresión a un grupo de simpatizantes de la selección española de fútbol en una carpa instalada en Barcelona. Aunque el ataque se produjo por la vinculación de la carpa con todo lo relacionado con la nación española, entiende el TS que la vulnerabilidad del colectivo afectado no es un elemento del tipo. Parte el TS en esta sentencia de que el art. 510 pretende proteger la igualdad, con lo que castiga «la creación de la desigualdad que se origina con el odio al diferente por cualquiera de las razones o de la pertenencia a los grupos reflejados en el tipo penal. Pero el término “minorías” o el término “colectivos desfavorecidos” no está previsto ni exigido en el tipo penal, no es un elemento del tipo, dado que se debe proteger el principio de igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 CE) y la prohibición absoluta de discriminación prevista en el art. 14 CE, por tanto (...) protege a toda la sociedad, sean los afectados minoría o mayoría, estén o no estén desfavorecidos en la actualidad o en el pasado».

Puede apreciarse, en definitiva, que la estructura y características del art. 510.1 a) CP lo alejan considerablemente de los estándares de constitucionalidad referidos en el epígrafe anterior. Al configurarse como un delito de peligro abstracto para un bien jurídico supraindividual e inmaterial, el tipo no exige que el discurso produzca un daño a un «derecho o interés constitucional» que justifique la limitación de la libertad de expresión. Pero tampoco se requiere una incitación, ni directa ni indirecta, a la realización de concretos actos ilícitos que causen dicho daño, sino que basta con una promoción o incitación a sentimientos de odio u hostilidad.

Estas consideraciones críticas son trasladables a la figura contenida en el art. 510.1 b) CP, que anticipa la intervención penal en mayor medida, en concreto, al momento de la venta o distribución de materiales idóneos por su contenido para que se lleve a cabo la conducta tipificada en la letra a) y, todavía antes, a la producción o elaboración de esos materiales e incluso a su mera posesión con la finalidad de distribuirlos. A mi modo de ver, este tipo penal supone un clarísimo atentado a la libertad de expresión⁵³, además de no superar ni siquiera un test poco exigente de compatibilidad con los principios penales más elementales.

También en este caso se aprecia la voluntad del legislador de asegurar la criminalización de conductas que hasta la reforma de 2015 eran consideradas impunes por nuestros tribunales, al entender que no reunían los requisitos típicos del art. 510.1, de acuerdo con la exégesis restrictiva del tenor literal que venía realizándose. Como argumentó el TS en la sentencia 259/2011, de 12 de abril, tratándose de editores o librerías, la posesión de ejemplares de

52 Al respecto, críticamente, CORRECHER MIRA, Jorge, «La banalización del discurso del odio...», *op. cit.*, pp. 122 s., 125 ss.

53 En este sentido, PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, «El retorno de la censura...», *op. cit.*, p. 99.

temática discriminatoria y excluyente con la finalidad de proceder a su venta o a su distribución «no supone por sí misma un acto de difusión de las ideas más allá del mero hecho de poner sus soportes documentales a disposición de los posibles usuarios y por lo tanto, nada distinto de lo esperable de su dedicación profesional, sin que (...) se aprecie solo por ello una incitación directa al odio la discriminación o violencia contra esos grupos (...) y sin que (...) se venga a generar un clima de hostilidad que suponga un peligro cierto de concreción en actos específicos de violencia contra aquellos» (FJ 10). Sirva recordar que el precepto no exige que el editor o el librero se adhieran al contenido del mensaje reflejado en los textos, por lo que, en efecto, se les castiga únicamente por realizar «lo esperable de su dedicación profesional». Tras esta constatación, lo de menos es indicar la evidente vulneración del principio de proporcionalidad que supone castigar estos hechos con la misma pena que la establecida para las conductas descritas en la letra anterior del precepto.

2. Negación o enaltecimiento de delitos contra la comunidad internacional

El art. 510.1 c) CP dota de una nueva regulación y ubicación al antiguo delito de justificación del genocidio del art. 607.2. En dicho precepto se sanciona la negación, trivialización grave o enaltecimiento públicos de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o de sus autores, siempre que de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los grupos que fueron objeto de esos delitos.

En el nuevo precepto se distinguen dos tipos de conductas. En primer lugar, aunque el tenor literal no utiliza el término «apología», con la clara intención de evitar una interpretación en los términos del art. 18.1 CP, es obvio que las conductas de enaltecimiento⁵⁴ del delito o de su autor tienen un contenido apologético. Sin embargo, la apología que se tipifica aquí es más débil que la apología *stricto sensu* a la que nos hemos referido *supra*. Es decir: si, al menos desde la STC 235/2007, había que entender que lo sancionado en el art. 607.2 era la justificación del genocidio como incitación indirecta a la comisión del delito, dicha tesis no ha sido acogida en la letra c) del art. 510.1, dado que esas conductas de enaltecimiento no han de dirigirse a la incitación ni siquiera indirecta *a un delito* de genocidio sino, anticipando más la intervención penal, al favorecimiento de un clima de violencia, hostilidad,

54 Sorprende que, pese a declarar el legislador que esta descripción típica se inspira en la STC 235/2007, no se mencione la justificación de esos delitos, cuando precisamente esa conducta fue la declarada conforme a la Constitución si se interpretaba como incitación indirecta a su comisión. Al respecto, LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *Los delitos de odio*, *op. cit.*, p. 78.

odio o discriminación hacia ciertos grupos. Por tanto, nos encontramos aquí de nuevo ante un delito que castiga la promoción de un clima, que remite directamente a algunas conductas tipificadas en el art. 510.1 a) CP y se solapa con ellas⁵⁵. Expresado de otra forma, el enaltecimiento de esos delitos o de sus autores se configura como una modalidad de incitación indirecta al odio u hostilidad contra los grupos víctimas de aquellos delitos, por lo que su tipificación independiente resulta en realidad superflua, sin más valor que el meramente simbólico. El legislador ha decidido, en consecuencia, igualar por abajo todos los tipos que castigan el discurso con contenido incitador, extendiendo la represión penal a expresiones que no representan más que peligros hipotéticos de hacer surgir en otros la decisión de realizar actos hostiles o discriminatorios contra ciertos colectivos.

En segundo lugar, se reintroduce en el Código penal la negación de esos delitos o su trivialización. Tras la declaración de inconstitucionalidad del castigo de la negación del genocidio, por considerarlo incompatible, como hemos visto, con los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la libertad ideológica, esta previsión sorprende sobremanera, máxime si se atiende al texto de la Decisión Marco, en cuyo considerando 15 tiene en cuenta que las consideraciones relativas a la libertad de expresión «han originado en varios Estados miembros garantías procesales y normas especiales en la legislación nacional en cuanto al establecimiento o a la limitación de la responsabilidad». Y, por ello, en el apartado segundo del art. 7 dispone que «la presente Decisión Marco no podrá tener por efecto el exigir a los Estados miembros la adopción de medidas que contradigan principios fundamentales relativos a las libertades de asociación y expresión (...) tal como se derivan de tradiciones constitucionales». De aquí se deduce claramente que el Estado español no hubiese incumplido sus compromisos internacionales si hubiera optado por no tipificar esa conducta⁵⁶.

En vez de eso, el legislador afirma que de acuerdo con la STC 235/2007 el delito de negación del genocidio no vulnera derechos constitucionales si se interpreta que su aplicación debe limitarse a los supuestos en los que la conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías, y por esa razón incorpora el requisito típico en virtud del cual la negación o trivialización de esos delitos ha de promover o favorecer un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación. Pero ya sabemos que no es este el modo de argumentar del TC, quien distingue entre negación y justificación del genocidio, y considera que solo en el caso de la justificación cabe la interpretación restrictiva que conduce a concebirla como una modalidad de apología *stricto sensu*. A la negación no le aplica el mismo criterio, y acierta, por la sencilla

55 En el mismo sentido, PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, «El retorno de la censura...», *op. cit.*, p. 101.

56 De la misma opinión, BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, «La justificación y enaltecimiento del genocidio en la reforma del Código Penal de 2015», *InDret* 2/2016, p. 11.

razón de que no cabe imaginar cómo la negación del genocidio puede representar una incitación indirecta a la comisión del delito⁵⁷. Del mismo modo, resulta difícil imaginar que la negación o la trivialización del genocidio, etc., puedan favorecer la creación de un clima favorable a la violencia y hostilidad contra esos grupos de personas. Estimo, en consecuencia, adelantando las conclusiones que se van a exponer en el último epígrafe, que esta modalidad típica debería derogarse.

V. Propuestas de *lege lata* y consideraciones de *lege ferenda*

En lo que atañe al delito de incitación al odio, la amplitud e imprecisión en la descripción de las conductas típicas y en la caracterización de los colectivos a los que se pretende proteger reclaman, mientras el precepto siga vigente en sus actuales términos, un ejercicio de interpretación restrictiva dirigida a aminsonar el riesgo de expansión incontrolada del instrumento penal⁵⁸. En cuanto a la delimitación de las conductas típicas, ya hemos visto que el tenor literal veta una interpretación en términos semejantes a la provocación, por lo que es preciso transitar otras vías. Con la pretensión de limitar el número de expresiones con contenido incitador que habría de abarcar el art. 510.1 a) CP, un importante sector de la doctrina propone aplicar los criterios sugeridos en el Plan de Acción de Rabat de 5 de octubre de 2012 para identificar las expresiones de odio con relevancia penal, recogidos también en la Recomendación de Política n.º 15 de la ECRI de 8 de diciembre de 2015⁵⁹. Dicho test de rele-

57 Así, GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 344 s.

58 Un ejemplo de aplicación del precepto mediante una interpretación literal del mismo puede verse en la STS 72/2018, de 9 de febrero (caso de los tuits machistas). Se confirma allí la condena por incitación al odio —discutible, en mi opinión— con el argumento de que «el elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de (...) 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, 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. Estos refieren la antijuridicidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo. El tipo penal requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio pues esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación. De alguna manera son expresiones que por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad».

59 En este sentido, entre otros, LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *Los delitos de odio*, op. cit., pp. 71 s.; y DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, «Fórmulas para una interpretación restrictiva de los delitos de odio», en LAURENZO COPELLO, P. / DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (coords.) *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, 2021, pp. 302 s.

vancia exigiría tener en cuenta: 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 para ejercer influencia sobre los demás (con motivo de ser por ejemplo un líder político, religioso o 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 audiencia (si tiene o no los medios para o si es propensa o susceptible de mezclarse en actos de violencia, intimidación hostilidad o discriminación). Esta propuesta *de lege lata* me parece acertada. De hecho, la aplicación de este test de relevancia por parte de los jueces y tribunales hubiese permitido excluir del ámbito típico conductas sobre las que ha recaído sentencia condenatoria por incitación al odio⁶⁰.

Una segunda vía de restricción vendría representada por la limitación de los colectivos protegidos a los socialmente vulnerables o tradicionalmente discriminados. Aunque la literalidad del precepto no exija que la diana de la expresión incitadora sea un grupo vulnerable o un miembro de esos grupos, es factible una interpretación teleológico-restrictiva basada en el origen y sentido de la categoría de los delitos de odio como pertenecientes al derecho antidiscriminatorio, entendido, en el caso que nos ocupa, desde la perspectiva supraindividual del colectivo⁶¹. Enfocada la cuestión en términos de decidir si

60 Así, en el caso Germanwings —incitación al odio contra catalanes en una red social— (SJI de Cerdanyola del Vallès 25/2017, de 15 de marzo), donde tampoco se cumple el requisito que a continuación refiero en el texto, o en el caso de los tuits machistas citado *supra*. Al respecto, véanse GÓMEZ MARTÍN, Víctor, «Odio en la red. Una revisión crítica de la reciente jurisprudencia sobre Ciberterrorismo y Ciberodio». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 20, 2018, pp. 446 ss.; y TAPIA BALLESTEROS, Patricia, «El discurso de odio del art. 5101.a) del Código penal español: la ideología como un caballo de troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación», en: DEL-CARPIO-DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M. (dirs.) / DE PABLO SERRANO, A. L. (coord.), *Entre la libertad de expresión y el delito*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 55 s.

61 Comparto, por tanto, el parecer de LAURENZO COPELLO, Patricia, «La manipulación de los delitos de odio», en: PORTILLA CONTRERAS, G. / VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (dirs.). *Un juez para la democracia. Libro Homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 463, en cuya opinión «los delitos de odio solo adquieren algún sentido como categoría jurídico penal si se los observa desde el Derecho antidiscriminatorio, como una forma más de generar, mantener o profundizar situaciones de exclusión o marginación de determinados colectivos socialmente subordinados, con la consecuencia de reducir las posibilidades de conducción de vida autónoma de sus miembros. Si se les desliga de los grupos discriminados y se busca su esencia únicamente en un sentimiento de aversión o incluso

las figuras delictivas del art. 510 CP que sancionan el discurso del odio (incitador o injurioso) se adscriben al «modelo de la animosidad» o al «modelo de la selección discriminatoria»⁶², estimo que pertenecen al segundo⁶³, pues las motivaciones del autor, sin ser por completo irrelevantes, pasan a un segundo plano, siendo, en cambio, decisivo, el efecto discriminatorio que se produce (o, matizaríamos, que se quiere producir) en el colectivo al que pertenece la víctima. Este habrá de ser necesariamente uno tradicionalmente discriminado, pues solo en ese caso puede producirse un efecto de discriminación. Debería descartarse de plano, en consecuencia, que realicen el tipo del art. 510.1 a) las expresiones que promuevan el odio hacia grupos mayoritarios, dominantes o que no son ni han sido tradicionalmente objeto de discriminación, dado que las condiciones para el pleno disfrute de sus derechos en sociedad, mientras mantengan dicho estatus, no se verán socavadas⁶⁴.

En cuanto a la figura del art. 510.1 c), se impone asimismo una exégesis restrictiva, más ajustada a los parámetros constitucionales. Desde este punto de vista solo procederá su aplicación cuando las expresiones apologéticas supongan, por su contenido, una incitación indirecta a la comisión de los delitos contra la comunidad internacional referidos en el texto.

En cualquier caso, la puesta en práctica de los anteriores criterios de interpretación restrictiva, de llevarse a cabo, no conseguiría remediar los déficits de constitucionalidad y de legitimidad de la criminalización del discurso del odio sintetizados en estas páginas, por lo que procede plantear *de lege ferenda* la reforma del precepto o su derogación. Es obvio que el Derecho penal es capaz de contribuir al objetivo de proteger a colectivos vulnerables o tradicionalmente relegados socialmente, sin necesidad de limitar la libertad de expresión, mediante la creación de delitos que castiguen discriminaciones efectivas (por ejemplo, arts. 511 y 512 CP) o agravando las penas de los delitos de lesión de bienes jurídicos individuales cuando estos se cometan con un móvil discriminatorio (art. 22.4.º CP). De lo que se trata es de averiguar si, adicionalmente, es posible reservar algún espacio para el castigo del dis-

de hostilidad hacia un grupo social cualquiera, sus perfiles se desdibujan y desaparece el motivo que concede legitimidad a una respuesta penal específica».

62 Véase una descripción del *animus* (u *hostility*) *model* y del *discriminatory selection model* y sus diferencias en CANCIO MELIÁ, Manuel / DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, ¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 61 s.

63 De otra opinión, CANCIO MELIÁ, Manuel / DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, ¿Discurso de odio...?, *op. cit.*, p. 69, por considerar que cuando la redacción típica menciona la palabra «motivos» hay que entender que la tipificación penal se realiza desde la perspectiva del *animus model*. Ello es válido, a mi entender, para la agravante de motivos discriminatorios, lo que queda claro desde la introducción del inciso final del art. 22.4.º CP por la LO 8/2021.

64 Cfr., no obstante, desde diferentes planteamientos, LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *Los delitos de odio*, *op. cit.*, p. 58; GALÁN MUÑOZ, Alfonso, «Delitos de odio...», *op. cit.*, pp. 58 s.; y NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Libertad de expresión...*, *op. cit.*, p. 246.

curso del odio sin que se produzca una injerencia ilegítima en el derecho a la libertad de expresión. Responder a esta pregunta fundamentalmente requiere un espacio mucho más amplio del disponible aquí. Sirvan unos breves apuntes para ilustrar los términos por los que discurre el debate.

Mantener en el Código penal un precepto que tipifique el discurso del odio con contenido incitador puede sustentarse, en primer lugar, en el argumento de que la sanción del discurso viene exigida por los compromisos internacionales adquiridos por España y, en segundo lugar, en que dicha tipificación no es *per se* inconstitucional⁶⁵. Por mucho que el TC destaque el «carácter preeminente» de la libertad de expresión, otorga a este derecho un «carácter limitado cuando entre en conflicto con otros derechos o intereses constitucionales», lo que sucedería, por ejemplo, con «aquellas expresiones que son manifestación del discurso del odio y que cabe interpretar como incitaciones a la violencia, discriminación contra colectivos, etc.» (STC 112/2016, FJ 2). Si la libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino que encuentra sus límites en laafección a otros derechos o intereses de rango constitucional, solo las incitaciones que afecten a estos últimos quedarán fuera del amparo constitucional y podrán ser, en su caso, objeto de sanción penal⁶⁶. Ya hemos visto *supra* cuándo se da esta circunstancia, en opinión del TC, en el caso del discurso terrorista y en el apologético de crímenes contra la comunidad internacional. En lo atinente al resto del discurso incitador, es evidente que no concurre en el fomento, promoción o incitación, directa o indirecta al odio o a la hostilidad. A mi modo de ver, estas modalidades típicas deberían suprimirse⁶⁷. Digámoslo claro: déficits de lesividad y constitucionalidad aparte, nadie sabe qué es la incitación al odio o a la hostilidad. Se trata de términos (el odio y la hostilidad) que, por su imprecisión, no han de utilizarse en la descripción de los tipos penales, aunque, sobre todo el primero, formen parte del lenguaje político, periodístico, o criminológico, para hacer referencia a

65 Así, CANCIO MELIÁ, Manuel / DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, *¿Discurso de odio...?*, *op. cit.*, p. 39.

66 Dejo fuera de consideración, ni mucho menos por juzgarla irrelevante, la discusión sobre si el asunto debe enfocarse, como parece hacer el TC, desde la perspectiva de que existe un ejercicio legítimo de la libertad de expresión y otro ilegítimo sancionable penalmente (discurso del odio), o si, más bien, lo adecuado es partir de que el discurso del odio no supone en ningún caso un ejercicio de la libertad de expresión, sino que está excluido de su ámbito. Véanse, al respecto, NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Libertad de expresión...*, *op. cit.*, pp. 76 ss., 255 ss., en defensa del segundo punto de vista; y ROLLNERT LIERN, Göran, «El discurso del odio y los límites de la libertad de expresión: de la "zona intermedia" a los estándares internacionales», en: MIRÓ LLINARES, F. (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, pp. 256-258.

67 De la misma opinión ROIG TORRES, Margarita, *Delimitación entre libertad de expresión...*, *op. cit.*, p. 220. MIRÓ LLINARES, Fernando, «Derecho penal y 140 caracteres...», *op. cit.*, pp. 52 s., entiende que la incitación directa al odio y a la hostilidad, así como la incitación indirecta a la violencia, en tanto que ofensas, y no daños (sobre esta distinción, *ibidem*, pp. 27 ss.), podrían ser objeto de sanción penal, con restricciones, aunque no con pena de prisión.

una categoría de delitos que comparten determinadas características (delitos de odio, delitos de discurso del odio), y aunque se utilicen en textos jurídicos internacionales que, huelga recordarlo, no tipifican delitos⁶⁸.

En el otro extremo, es asimismo indudable que la incitación directa y pública a la comisión de delitos por motivos discriminatorios no puede considerarse amparada por la libertad de expresión. Nos situamos en este caso en el marco del acto preparatorio de provocación o en el de la apología, punible solo como forma de provocación (art. 18 CP). No parece haber dudas en que la intervención penal es legítima en ese caso. Ahora bien, entre una incitación directa a delinquir y una incitación directa o indirecta al odio o a la hostilidad existe una amplia zona intermedia⁶⁹ donde cohabitan las expresiones incitadoras cuyo tratamiento jurídico penal resulta más complejo. En esta zona intermedia se ubican, en primer lugar, la incitación indirecta al genocidio [(art. 510.1 c)] y al terrorismo (art. 578), pero también, en segundo lugar, y entre otras, las demás modalidades del discurso del odio incitador que ahora castiga el art. 510.1 a): la incitación indirecta a la violencia o discriminación delictivos y la incitación directa o indirecta a la violencia o discriminación que constituyan hechos antijurídicos, pero no delictivos. Pese a que el castigo de las primeras ha sido refrendado por el TC, no ha cesado el debate social y jurídico sobre su punición, significativamente, en los últimos años, respecto al art. 578 CP. Dejando de lado estos supuestos, se trata de dilucidar si el Derecho penal debe intervenir solo en el caso de incitaciones directas y públicas a delinquir⁷⁰, lo que supone un retorno a las tesis tradicionalmente defendidas, o si es admisible que su radio se extienda a ese otro discurso, ahora punible, que se encuentra en la zona intermedia. En mi opinión, aunque se considere que dichas expresiones no quedan abarcadas por la libertad de expresión, procedería explorar otras vías de intervención, pues no todo discurso del odio ha de ser delito⁷¹. El peligro del efecto desaliento sobre un posible ejercicio

68 Al respecto, con toda la razón, REY MARTÍNEZ, Fernando, «Discurso del odio y racismo líquido», en: REVENGA SÁNCHEZ, M. (dir.). *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá / Defensor del Pueblo, Madrid, 2015, pp. 53-55, 62 s.

69 Sobre esta categoría, ROLLNERT LIERN, Göran, «El discurso del odio...», *op. cit.*, pp. 263 s.

70 Así, entre otros, FUENTES OSORIO, Juan Luis, «El odio como delito», *op. cit.*, pp. 44, 49; y NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Libertad de expresión...*, *op. cit.*, pp. 105, 240 s., 268, 281 s., con base en la adopción del criterio anglosajón del test de *Brandenburg* («peligro claro e inminente»). Restringido el castigo del discurso del odio a estos supuestos, plantea esta autora la innecesariedad de mantener una regulación específica, habida cuenta de que la provocación genérica ya ofrece una respuesta a dichas conductas (*ibidem*, pp. 277 ss.). Este es otro asunto sobre el que convendría debatir.

71 Así, CANCIO MELIÁ, Manuel / DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, *¿Discurso de odio...?*, *op. cit.*, pp. 91 ss., FUENTES OSORIO, Juan Luis, «El odio como delito», *op. cit.*, p. 42 s.; ALCÁ CER GUIRAO, Rafael, «Diversidad cultural...», *op. cit.*, pp. 24 s.; REY MARTÍNEZ, Fernando, «Discurso del odio...», *op. cit.*, p. 67; y GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, «El efecto perverso...», *op. cit.*, pp. 59 ss.

legítimo de la libertad de expresión⁷² desaconseja incluso la punición de las conductas más próximas a la provocación de delitos, las incitaciones indirectas a delinquir.

Bibliografía

- AGUILAR GARCÍA, Miguel Ángel**, «La reforma del art. 510 del Código penal», *La Ley Penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 86, 2011, pp. 1 ss.
- ALASTUEY DOBÓN, Carmen**, «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código penal de 2015», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-14 (2016).
- ALCÁZER GUIRAO, Rafael**, «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-14 (2012).
- «Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 97, 2013, pp. 309 ss.
- «Víctimas y disidentes. El “discurso del odio” en EE. UU. y Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 103, 2015, pp. 45 ss.
- «Diversidad cultural, intolerancia y Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-11 (2016).
- «Opiniones constitucionales», *InDret* 1/2018.
- BERNAL DEL CASTILLO, Jesús**, *La discriminación en el Derecho penal*, Comares, Granada, 1998.
- «La justificación y enaltecimiento del genocidio en la reforma del Código Penal de 2015», *InDret* 2/2016.
- CÁMARA ARROYO, Sergio**, «El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXX, 2017, pp. 139 ss.

72 Sobre este efecto en el caso del art. 510.1 CP advierten ALCÁZER GUIRAO, Rafael, «Discurso del odio...», *op. cit.*, pp. 16 y ss.; GALÁN MUÑOZ, Alfonso, «Delitos de odio...», *op. cit.*, p. 60; y CORRECHER MIRA, Jorge, «La banalización del discurso del odio...», *op. cit.*, pp. 130 ss. En general, sobre la doctrina del efecto desaliento, por todos, CUERDA ARNAU, M.^a Luisa, «La doctrina del efecto desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *InDret* 2/2022, *passim*.

- CANCIO MELIÁ, Manuel / DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto**, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2019.
- CORRECHER MIRA, Jorge**, «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», *InDret* 2/2021.
- CUERDA ARNAU, M.^a Luisa**, «El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales», en: **QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F.** (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 1125 ss.
- «La doctrina del efecto desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *InDret* 2/2022.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto**, «Fórmulas para una interpretación restrictiva de los delitos de odio», en **LAURENZO COPELLO, P. / DAUNIS RODRÍGUEZ, A.** (coords.) *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, Granada, 2021, pp. 285 ss.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario**, *El discurso del odio: análisis del artículo 510 del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- FUENTES OSORIO, Juan Luis**, «El odio como delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-27 (2017).
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso**, «Delitos de odio, discurso del odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?», *Revista Penal*, n.º 46, 2020, pp. 41 ss.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora**, *El Derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- «El efecto perverso de la recepción del fenómeno de los “delitos de odio” en el sistema penal español», en: **TEIJÓN ALCALÁ, M.** (dir.), *El odio como motivación criminal*, Wolters Kluwer, Madrid, 2022, pp. 51 ss.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes**, «De las reformas bienintencionadas con resultados regresivos: el delito de promoción del odio», en: **MORALES PRATS, F. / TAMARIT SUMALLA, J. M.^a / GARCÍA ALBERO, R.** (coords.), *Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 867 ss.
- GASCÓN CUENCA, Andrés**, *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Aranzadi, Pamplona, 2016.
- GIL GIL, Alicia**, *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999.

- GÓMEZ MARTÍN, Víctor**, «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», en: **MIRÓ LLINARES, F.** (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 177 ss.
- «Odio en la red. Una revisión crítica de la reciente jurisprudencia sobre Ciberterrorismo y Ciberodio». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 20, 2018, pp. 411 ss.
- GÜERRI FERRÁNDEZ, Cristina**, «La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación», *InDret* 1/2015.
- HÖRNLE, Tatjana**, «La protección de sentimientos en el StGB», en: **HEFENDEHL, R.** (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 383 ss.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena**, *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código penal*, Universidad del País Vasco, Zarautz, 1999.
- «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 7, 2012, pp. 297 ss.
- *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4.º CP 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- LAURENZO COPELLO, Patricia**, «La discriminación en el Código Penal de 1995», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIX, 1996, pp. 219 ss.
- «La manipulación de los delitos de odio», en: **PORTILLA CONTRERAS, G.** / **VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.** (dirs.). *Un juez para la democracia. Libro Homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 453 ss.
- «No es odio, es discriminación. A propósito del fundamento de los llamados delitos de odio», en **LAURENZO COPELLO, P.** / **DAUNIS RODRÍGUEZ, A.** (coords.), *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, Granada, 2021, pp. 257 ss.
- «Un delito en busca de justificación: la humillación o descrédito de colectivos discriminados». *Azafea. Rev. filos.*, n.º 23, 2021, pp. 83 ss.
- MIRÓ LLINARES, Fernando**, «Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión», en: **MIRÓ LLINARES, F.** (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 21 ss.

- NÚÑEZ CASTAÑO, Elena**, *Libertad de expresión y Derecho penal: la criminalización de los discursos extremos*, Aranzadi, Pamplona, 2022.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo**, «El retorno de la censura y la caza de brujas de anarquistas», en **MIRÓ LLINARES, F.** (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 87 ss.
- REY MARTÍNEZ, Fernando**, «Discurso del odio y racismo líquido», en: **REVENGA SÁNCHEZ, M.** (dir.). *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá / Defensor del Pueblo, Madrid, 2015, pp. 51 ss.
- RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa**, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- ROIG TORRES, Margarita**, *Delimitación entre libertad de expresión y «discurso del odio»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- ROLLNERT LIERN, Göran**, «El discurso del odio y los límites de la libertad de expresión: de la “zona intermedia” a los estándares internacionales», en: **MIRÓ LLINARES, F.** (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, pp. 255 ss.
- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marta**, «El peligro de las palabras. A propósito del delito de apología del genocidio», en: **CUERDA RIEZU, A. / JIMÉNEZ GARCÍA, F.** (dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 283 ss.
- TAPIA BALLESTEROS, Patricia**, «El discurso de odio del art. 5101.a) del Código penal español: la ideología como un caballo de troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación», en: **DEL-CARPIO-DELGADO, J. / HOLGADO GONZÁLEZ, M.** (dirs.) / **DE PABLO SERRANO, A. L.** (coord.), *Entre la libertad de expresión y el delito*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 25 ss.
- TERUEL LOZANO, Germán M.**, «La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código penal», *InDret*, 4/2015.
- «Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 114, 2018, pp. 13 ss.