

HIS PRÆVIDE ET PRO...

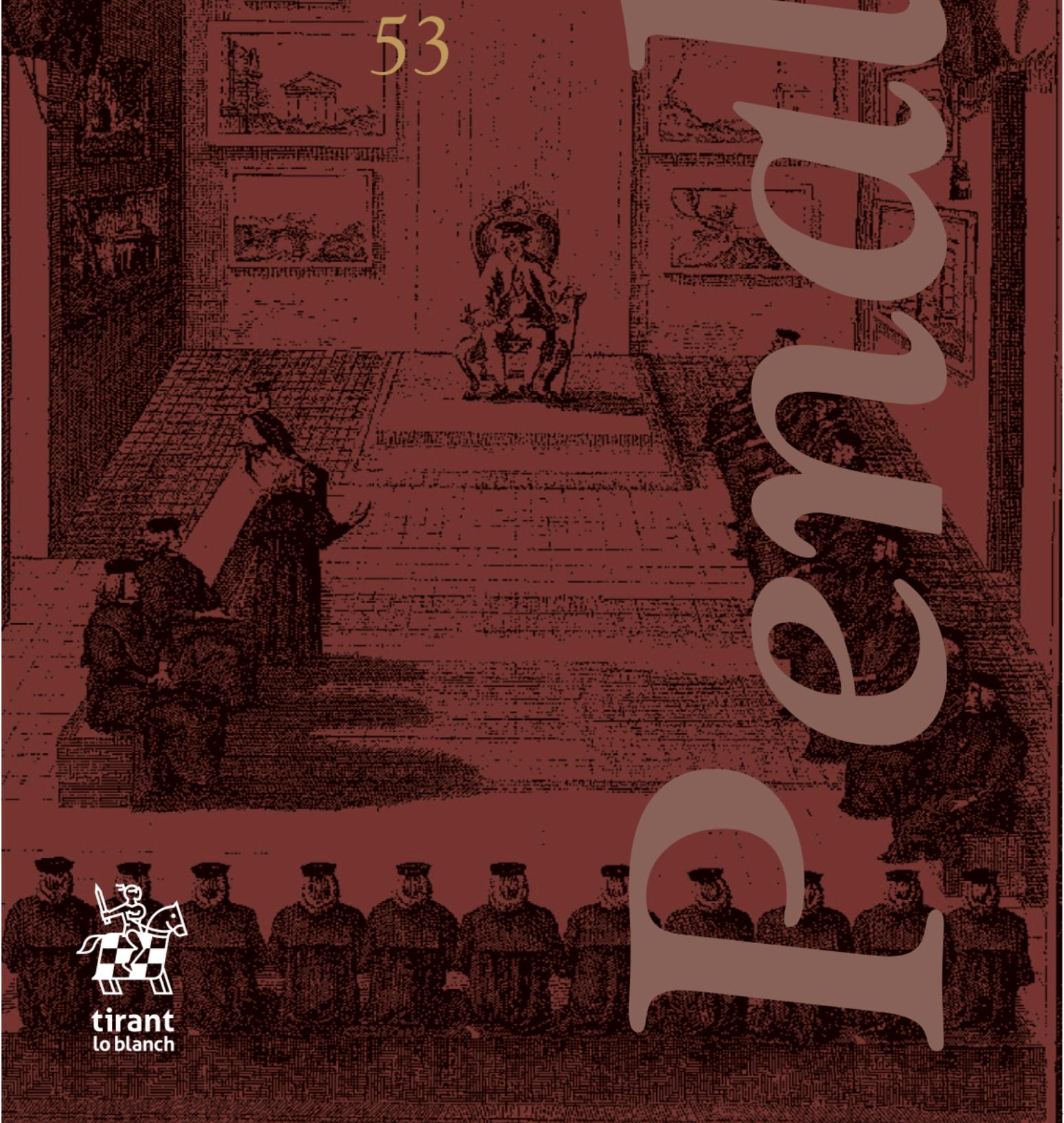
INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

# Revista

Enero 2024

53

# Renal



tirant  
lo blanch

# Revista Penal

Número 53

## Sumario

---

### Doctrina:

– La lucha contra la corrupción en la Unión Europea a través de la OLAF y la Fiscalía Europea, por <i>Álvaro Alzina Lozano</i> .....	5
– Sobre la protección penal del medio ambiente. Especial referencia al ecocidio, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i> .....	22
– Política criminal del Código Penal frente a los hechos delictivos perpetrados con relevancia femenina, por <i>Emiliano Borja Jiménez</i> .....	38
– El ejercicio de políticas recaudatorias a través del Derecho penal: notas críticas sobre el fundamento fiscal de la regularización tributaria, por <i>Miguel Bustos Rubio</i> .....	64
– El nuevo delito del 172 quater, el acoso para obstaculizar el aborto: a vueltas con la expansión del Derecho penal simbólico, por <i>Cristina García Arroyo</i> .....	82
– La legislación antidiscriminatoria italiana a la luz de la legislación y la jurisprudencia supranacional y el nuevo proyecto de Ley contra las discriminaciones de género (la homofobia), por <i>Anna Maria Maugeri</i> .....	96
– El surgimiento de los compliance programs y su relevancia en el enjuiciamiento penal de las personas jurídicas en EE.UU., por <i>Lucas G. Menéndez Conca</i> .....	131
– La protección penal del medio ambiente: especial referencia a la flora como elemento de la biodiversidad, por <i>Daniel Montesdeoca Rodríguez</i> .....	151
– El derecho de defensa ante el Código penal: el nuevo delito de ocultar información sobre el paradero del cadáver, por <i>Elena Núñez Castaño</i> .....	181
– El principio de territorialidad y la participación delictiva transnacional, por <i>Andrés Payer</i> .....	203
– El art. 510 CP a examen: aspectos jurídico-penales de su regulación típica, por <i>Antonio Rodríguez Molina</i> .....	223
– El caso <i>Vos Thalassa</i> . El principio de <i>non refoulement</i> y el reconocimiento de la legítima defensa de los migrantes en caso de devolución a Libia, por <i>Andrea Tigrino</i> .....	242
<b>Sistemas penales comparados: El delito de enriquecimiento ilícito (<i>Illicit enrichment</i>)</b> .....	257

\* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jcferrreolive@gmail.com

### **Secretarios de redacción**

Victor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja  
Carmen González Vaz. Universidad CUNEF, Madrid

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen  
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha  
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca  
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg  
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco  
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco  
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra  
George P. Fletcher. Univ. Columbia  
Luigi Foffani. Univ. Módena  
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha  
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I<sup>o</sup>  
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla  
José Luis González Cussac. Univ. Valencia

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III  
Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña  
Alessandro Melchionda. Univ. Trento  
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide  
Francesco Palazzo. Univ. Firenze  
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa  
Claus Roxin. Univ. München  
José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha  
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg  
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz  
John Vervaele. Univ. Utrecht  
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires  
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Veronika Albach y Christoph Hollman (Alemania)  
Luis Fernando Niño (Argentina)  
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)  
Jiajia Yu (China)  
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)  
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)  
Elena Núñez Castaño (España)  
Federica Raffone (Italia)  
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)  
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)

Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)  
Blanka Julita Stefańska (Polonia)  
Frederico Lacerda Costa Pinto (Portugal)  
Ana Cecilia Morún Solano y John Charles Sirvent Istúriz  
(República Dominicana)  
Svetlana Paramonova (Rusia)  
Baris Erman (Turquía)  
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)  
Pablo Galain Palermo (Uruguay)  
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: tlb@tirant.com  
http://www.tirant.com  
Librería virtual: http://www.tirant.es  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: [http://www.tirant.net/Docs/RSC\\_Tirant.pdf](http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf)



## El art. 510 CP a examen: aspectos jurídico-penales de su regulación típica

Antonio Rodríguez Molina

Revista Penal, n.º 53 - Enero 2024

### Ficha Técnica

**Autor:** Antonio Rodríguez Molina

**Adscripción institucional:** Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Penal, Universidad Pablo de Olavide

**ORCID:** 0000-0003-4730-4864

**Title:** Art. 510 CP under examination: legal-criminal aspects of its typical regulation

**Sumario:** 1. CUESTIONES SOBRE LA SANCIÓN DE LOS DELITOS DE EXPRESIÓN: EL DISCURSO DEL ODIO. 2. ELEMENTOS TÍPICOS DEL ART. 510 CP. 2.1. El problema del bien jurídico. 2.2. La concreción del comportamiento típico: ámbito de aplicación e intentos de concreción desde los *test de severidad*. 2.3. Breves consideraciones sobre los colectivos protegidos: ¿estatus o clases? 3. ¿LEGITIMIDAD DE LOS DELITOS DE DISCURSO DEL ODIO? 4. BIBLIOGRAFIA.

**Summary:** 1. QUESTIONS ABOUT THE PUNISHMENT OF CRIMES OF EXPRESSION: HATE SPEECH. 2. TYPICAL ELEMENTS OF THE ART. 510 CP. 2.1. The problem of protected legal interest. 2.2. The concretion of the typical behaviour: Field of application and attempts at concretisation from the severity tests. 2.3. Brief considerations on the protected groups: status or classes. 3. LEGITIMACY OF HATE SPEECH CRIMES? 4. BIBLIOGRAPHY.

**Resumen:** La criminalización de conductas consistentes en expresión de sentimientos de odio, de discriminación o de hostilidad ha determinado la inclusión de diversos delitos que sancionan la incitación a “odiar” respecto de determinados colectivos o grupos, en principio, necesitados de especial protección. Pero esa restricción de la expresión de los sentimientos o de las opiniones representa una clara colisión con derechos fundamentales como la libertad de expresión, y ello obliga a una interpretación restrictiva de los elementos típicos que configuran estos delitos. Este trabajo se dedica, esencialmente, a tratar de delimitar brevemente estos elementos y a analizar si esa interpretación respetuosa con la libertad de expresión resulta factible.

**Palabras clave:** delitos de odio, discurso del odio, derechos fundamentales, libertad de expresión.

**Abstract:** The criminalisation of conduct consisting of the expression of feelings of hate, discrimination or hostility has led to the inclusion of various offences punishing incitement to “hate” with respect to certain groups or collectives, in principle, in need of special protection. But this restriction on the expression of feelings or opinions represents a clear collision with fundamental rights such as freedom of expression, and this requires a restrictive interpretation of the typical elements that make up these offences. This paper is essentially focused on trying to briefly delimit these elements and to analyse whether such an interpretation respectful of freedom of expression is feasible.

**Key words:** hate crimes, hate speech, fundamental rights, freedom of speech.

**Rec.:** 13-10-2023 **Fav.:** 03-11-2023

### 1. CUESTIONES SOBRE LA SANCIÓN DE LOS DELITOS DE EXPRESIÓN: EL DISCURSO DEL ODIOS

Una de las tendencias más evidentes que puede constatar en el ámbito penal en la sociedad actual es la imparable propensión a sancionar expresiones o emisión de opiniones, esencialmente a través de tipos penales que castigan discursos que no se adecúan a los parámetros que la moral social dominante entiende como adecuados; ahora bien, ello implica el problema de que nos enfrentemos a una directa colisión con derechos fundamentales recogidos por nuestra Constitución<sup>1</sup>. Uno de los principales ámbitos, junto quizás con el discurso terrorista, es el de sancionar lo que se ha denominado discurso del odio, de manera que sin prácticamente restricción o limitación alguna que permita salvaguardar la libertad de expresión se propone, inicialmente, por la normativa supranacional, la sanción de conductas que, por su presencia en determinados medios de comunicación o redes sociales y su emisión en línea, contribuyen exponencialmente a la propagación y viralización de los discursos de “incitación ilegal al odio”<sup>2</sup>.

La expansión en relación con éste ámbito ha llegado hasta el punto de afirmar la posibilidad de implementar instrumentos de inteligencia artificial que serán los que decidan qué es odio o cuando existen indicios de odio mediante el mero análisis de la palabra, de la frase o de aquellos otros parámetros que el programador haya decidido que deben tenerse en cuenta para identificar la existencia o no de una conducta tipificada. En nuestra opinión, el planteamiento ya por sí mismo resulta no sólo cuestionable sino realmente aterrante. ¿Quién es el que finalmente va a decidir qué palabras o expresiones

configurarán un delito de discurso del odio o que implicarán la posibilidad de la intervención penal? Pero todavía resulta más relevante que sea la propia Unión Europea la que permita que las propias compañías “filtren” lo que se diga en la Red, porque ello implica dos graves consecuencias: la primera es la autorización expresa a que nuestras opiniones o ideas expresadas en redes sociales puedan ser permanentemente sometidas a inspección y vigilancia por parte de las compañías propietarias de las mismas, ¿y con qué legitimidad esas compañías realizan ese tipo de acciones de “espionaje” sobre opiniones ajenas?, pero la segunda, más grave aún, no es sólo que espíen, sino que puedan “censurar y decidir” aquello que puede o no puede decirse en un Estado de Derecho, por el único hecho de que la comunicación se lleva a cabo a través de una red social<sup>3</sup>.

De este modo llegamos a una situación en la cual se puede producir que el propio sentimiento u opinión que se plasme en un tuit se pueda considerar delito de discurso del odio con la consiguiente intervención inmediata de ordenamiento jurídico penal y todas las consecuencias que ello lleva aparejado. La mera expresión, pública eso sí, de un sentimiento. Y todo ello, por ejemplo, porque una inteligencia artificial ha determinado en virtud de los parámetros que se le han introducido que se han utilizado determinadas expresiones que le aparecen indicadas como constitutivas de una incitación al odio. No podemos olvidar que *el odio es un sentimiento*<sup>4</sup> que innegablemente puede afectar a otros sentimientos, e incluso que puede afectar, en tanto que resulta hiriente, a la dignidad de quien lo escucha o de quien constituye el grupo diana al que se refiere el mensaje. Señala NÚÑEZ CASTAÑO<sup>5</sup> que

1 ROIG TORRES, *Delimitación entre libertad de expresión y discurso del odio. Postura del TEDH, del Tribunal Constitucional Español y del Tribunal Constitucional Alemán*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 13 y ss.; NÚÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho Penal. La criminalización de los discursos extremos*, Aranzadi, 2022, pp. 20 y ss.; GALÁN MUÑOZ, “Delitos de odio, discurso del odio y Derecho penal, ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?”, en *Revista Penal*, n.º 46, 2020, pp. 44 a 46; ALCÁCER GUIRAO, “Símbolos y ofensas. Crítica a la protección de los sentimientos religiosos”, en *Revista electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 21-15, 2019, p. 19.

2 Respecto a la mayor propagación que determina el empleo de las nuevas tecnologías en relación con la expansión de los delitos del discurso del odio, vid. GALÁN MUÑOZ, “Redes sociales, discurso terrorista y Derecho Penal. Entre la prevención, las libertades fundamentales y ¿los negocios?”, en *La represión penal del discurso terrorista*, Galán Muñoz/Gómez Rivero (direct.), Tirant lo Blanch, Valencia 2021, p. 257 y ss.; MIRÓ LLINARES, “Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión”, en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, 2016, p. 24.; GÓMEZ MARTÍN, “Odio en la Red. Una revisión crítica de la reciente jurisprudencia sobre Ciberterrorismo y Ciberodio”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 20, 2018, p. 412.

3 En relación con la censura que implica esta concreta criminalización y la restricción de derechos que ellos conlleva cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio, Análisis del art. 510 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pp. 170 y ss.; PORTILLA CONTRERAS, “El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas”, en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 103.

4 Ya afirmaba DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “El discurso del odio y el delito de odio de los arts. 510 y 510 bis del Código penal: Necesidad de limitar”, en *Boletín Límites a la Libertad de expresión*, Juezas y Jueces para la Democracia, n.º 5, 2018, p. 19, que resulta cuestionable hablar de delito de odio, dado que “*el odio es un sentimiento y el Derecho penal ni protege ni penaliza meros sentimientos. Y, si odiar no es delito, ¿por qué razón ha de serlo incitar al odio?*”

5 NÚÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal*, cit., pp. 23 y 24.

siendo innegable la necesidad que tiene el Estado de garantizar la convivencia y de compaginar tanto los principios morales como los sentimientos que existan en la sociedad o en un colectivo, ello “no justifica, en modo alguno, la penalización del odio, que no deja de ser otra cosa que un sentimiento, una apreciación, una forma de aprehender aquello que sienten o dicen los demás, y mucho menos si para ello el único recurso que se emplea es un recorte de la libertad de expresar lo que se siente u opina, la libertad de defenderlo con argumentos e incluso la libertad de tratar de convencer a otros”; efectivamente, consideramos que la forma de garantizar una coexistencia pacífica no puede consistir en sancionar o criminalizar a quien opina de manera diferente a la mayoritaria, incluso cuando la opinión pueda llegar a ser ofensiva e hiriente, o incluso en el caso de que pudieran llegar a hacer surgir en terceros ideas negativas o peligrosas hacia determinados grupos o colectivos<sup>6</sup>.

Odiar no es sino un sentimiento, y como tal sentimiento puede ser o no compartido. No existen sentimiento que surjan respecto de un único individuo, siempre son compartidos por grupos mas o menos numerosos de un colectivo. Desde esta perspectiva, el *sentimiento* que sea mayoritariamente compartido, por mucho que resulte hostil para un grupo o sector minoritario, no resulta rechazable ni considerado hostil por cuanto es *socialmente aceptado*; es decir, no es, desde el punto de vista de la moral social y de los poderes públicos, malo, por ejemplo el antifascismo. Pero hay otros *sentimientos*, que igualmente constituyen actitudes internas del autor que se exteriorizan, pero que sólo comparte un sector minoritario (y generalmente muy minoritario) de la sociedad y que choca frontalmente con los principios y concepciones de la moral social mayoritaria; y entonces ese si es un *sentimiento hostil*, malo, hiriente y, por tanto rechazable, como podría ser el caso de la homofobia, la misoginia, etc. Ambos sentimientos el “malo” y el “bueno” en esencia son lo mismo, actitudes de unos sujetos frente a una determinada cuestión, a un determinado grupo o a unas determinadas circunstancias; la diferencia radica en la *aceptación social* de los mismos. Ni uno ni otro son bueno o malos, son sentimientos, y cada persona o grupo social es libre de sentir lo que quiera sentir. Lo que es bueno o malo, o mejor dicho, lícito o ilícito son las conductas, los actos concretos que se llevan a cabo motivados por esos sen-

timientos. En definitiva, expresar el odio a los homosexuales o el odio a los fascistas, intentar convencer a otros de que odien igualmente, no debe estar prohibido, porque es un sentimiento y la expresión del mismo. Lo que si debe estar prohibido y sancionado es pegar a otro por homosexual o fascista, o incitar a terceras personas a que peguen a otros por homosexuales o fascistas. La diferencia radica en que los primeros son actos de comunicación, y los segundos actos de violencia o de incitación a la violencia. Los primeros deberían estar amparados por la libertad de expresión, y los segundos son la comisión de un hecho delictivo.

Desde este planteamiento, que en nuestra opinión debería ser el que se sustentara en un Estado Democrático de Derecho, son numerosos los problemas y cuestionamientos que se derivan de la criminalización de los delitos de discurso del odio, como ya señalamos desde la dificultad de identificar un bien jurídico protegido en tanto que no constituyen conductas que lesionen derechos concretos de otros, hasta la realidad de que la tipificación se basa en la sanción de simples actos de comunicación cuyo contenido puede ser ofensivo o hiriente y reprochable desde la perspectiva del sentir generalizado de la sociedad, pero que no deja de constituir un sentimiento generalizado de la sociedad; aspecto éste que parece convertirse en el único elemento claro que justifique la sanción de este tipo de expresiones. Un aspecto que, los defensores de este tipo de sanciones, emplean con mayor contundencia para tratar de legitimar la intervención penal radica en el relevante papel que representa internet y las redes sociales a la hora de incrementar exponencialmente la incidencia y difusión de este tipo de mensajes, aumentar el número de destinatarios así como las ofensas que podría llegar a ocasionar<sup>7</sup>. Según mantiene GARCÍA ARROYO<sup>8</sup> la tendencia que se acredita en la actualidad es la de establecer un castigo mayor cuando los comportamientos descritos se han llevado a cabo a través de redes sociales y de las nuevas tecnologías o internet. Señalaba GALÁN MUÑOZ<sup>9</sup> que “la red de redes se veía, entonces, como un instrumento barato y accesible para la transmisión y comunicación de los mensajes que podían llevar a sus receptores a cometer delitos terroristas, siendo tales mensajes tan peligrosos que todos los Estados miembros debían castigar su difusión o comunicación independientemente de si hubiesen terminado teniendo éxito o no”.

6 GALÁN MUÑOZ, “Delitos de odio, discurso del odio y Derecho penal”, cit., pp. 45 y 46.

7 Obviamente la posibilidad de que en una red social se incremente de manera incontrolada la expansión del mensaje, el número de destinatarios, el número de retuits, etc. hacen crecer las posibilidades de ofensa u hostilidad o de convicción respecto de determinadas ideas. Cfr. MIRÓ LLINARES, “Derecho penal y 140 caracteres”, cit., p. 32; GÓMEZ MARTÍN, “Odio en la red”, cit., p. 411.

8 GARCÍA ARROYO, “Algunas cuestiones político-criminales sobre el discurso del odio terrorista. ¿el fin de las garantías del Derecho penal democrático?”, en *La represión penal del discurso terrorista*, Tirant lo Blanch, Valencia 2021, pp. 154 y ss.

9 GALÁN MUÑOZ, “Redes sociales, discurso terrorista y Derecho Penal”, cit., p. 257

El problema radica, desde nuestra perspectiva, en que la sanción de la emisión de meros actos comunicativos que determinan que se afecte un sentimiento bien individual o bien colectivo, podría implicar y generalmente implica la vulneración del derecho a la libertad de expresión coartando claramente su libre ejercicio<sup>10</sup> sin que en muchos casos sea preciso que el mencionado ejercicio de la libertad de expresión “*lesione el derecho de nadie en particular*”<sup>11</sup>, aspecto que sería el único que permitiría legitimar una presunta restricción de la libertad de expresión. Por ello sostiene CARBONELL MATEU<sup>12</sup> que “*El problema no es si la decisión política de prohibir ha de ceder ante un derecho fundamental que prevalece sino si existe un derecho fundamental cuya necesidad de tutela justifica la decisión política de prohibir*”. Afirma MENDOZA CALDERÓN<sup>13</sup> que “*la libertad de expresión se configura como un derecho fundamental en nuestro ordenamiento, recogida en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, considerándose que sería uno de los fundamentos de las sociedades democráticas, pues sólo a través de la libertad de expresión se podría crear una opinión pública libre y responsable, siendo el presupuesto necesario para el correcto funcionamiento de una democracia*”.

Y este es, en nuestra opinión, el problema central en relación con los delitos del discurso del odio, que el mero hecho de que puedan resultar reprochables o hirientes no conlleva la posibilidad de prohibir su manifestación, sino que resulta necesario que concurra algún elemento, matiz o plus de desvalor añadido que legitime la posible restricción del ejercicio de un derecho fundamental. Es muy claro a este respecto VIVES ANTÓN<sup>14</sup> al afirmar que “*es evidente que por esa vía, por la penalización de las expresiones de odio, el delito se ha expandido fuera de sus límites, castigando conductas, sin duda, indeseables, porque, al estar amparadas por el amplísimo espacio que precisa la libertad de expresión no pueden ser castigadas*”.

Desde la perspectiva contraria, esto es, aquellos casos en los que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión determine la concurrencia de un mayor

desvalor en tanto que afecta directamente a un derecho fundamental de un tercero, la intervención del derecho penal estaría legitimada, pero probablemente, en nuestra opinión no resultara necesaria por cuanto existen en nuestro ordenamiento jurídico suficientes tipos penales como para dar respuesta adecuada a estos casos, delitos contra el honor, provocación o apología, etc. No es esto, en cambio, lo que ha ocurrido con nuestra legislación que ha dado entrada de manera absolutamente desmesurada y expansiva a los delitos del discurso del odio.

## 2. ELEMENTOS TÍPICOS DEL ART. 510 CP.

El problema a la hora de identificar qué se protege y cómo se protege deriva en realidad de la regulación que hace el legislador del concreto tipo penal que, como expondremos, implica la sanción de actos preparatorios de aquellos que también son actos preparatorios con el consiguiente adelantamiento de la barrera de intervención penal y, como se ha señalado, con el único fundamento de la ofensa o afección de sentimientos<sup>15</sup>. Son, por tantos, diversos los problemas que se pueden identificar en relación con el concreto tipo penal.

### 2.1. El problema del bien jurídico

A la hora de comenzar el estudio de cualquier delito, lo primero es la necesidad e identificación de aquello que se pretende proteger con la regulación típica. Sin embargo, cuando nos enfrentamos a los delitos del discurso del odio, no existe una clara referencia a cuál sería el objeto de tutela, y ello ha dado lugar a una importante controversia en relación a su identificación, probablemente porque no exista ninguno que responda a las características típicas de un concreto bien jurídico que potencialmente se pudiera ver afectado por las actuaciones o comportamientos regulados en el tipo penal. El art. 510 CP se encuentra ubicado en el Título XXI, Capítulo IV, Sección Primera bajo la rúbrica “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizadas por la Constitución”. El título de la Sección da pocas pistas en relación a cual sea el interés que se

10 Sobre la libertad de expresión y su afección por el Derecho penal, vid. NÚÑEZ CASTAÑO. *Libertad de expresión y Derecho penal*, passim.

11 DOMINGO PÉREZ, “La lucha contra el discurso del odio desde el respeto a los derechos fundamentales”, en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 278.

12 CARBONELL MATEU, “Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal”, cit., p. 1416.

13 MENDOZA CALDERÓN, “Discurso del odio e inmigración. La criminalización de la intolerancia en Derecho penal español”, en *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 273.

14 VIVES ANTÓN, “Garantías constitucionales y terrorismo”, en *Terrorismo, sistema penal y Derechos fundamentales*, Valencia 2018, p. 30.

15 LEON ALAPONT, “La descontrolada expansión de los delitos de odio: acerca de la propuesta de incriminar el odio hacia las víctimas de la Guerra civil española y del franquismo”, en *El odio como motivación penal*, La Ley Wolters Kluwer, 2022, p. 214.

protege salvo que debe tener relación con los derechos fundamentales y las libertades públicas, aunque más parece que no se trata de un objeto de tutela derivado de ellos, sino de hechos delictivos que pudieran producirse por el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales.

En el intento de otorgar un bien jurídico identificable que legitime la existencia de este tipo penal, una de las opciones fue el recurso a la dignidad como objeto de tutela. Ciertamente Naciones Unidas ha defendido entre los derechos humanos el derecho a la dignidad de las personas, sin embargo su configuración como “derecho fundamental”, al menos al amparo de nuestro ordenamiento jurídico no resulta tan clara como para poder afirmar que se configura como bien jurídico protegido; efectivamente la dignidad es inmanente a las personas por el mero hecho de serlo, y, precisamente por ello se configura como un valor fundamental que se encuentra reconocido constitucionalmente como tal en el art. 10 CE, dentro de los valores constitucionales que sustentan y fundamentan nuestro Estado de Derecho<sup>16</sup>. Y ello implica que no es un bien jurídico en sí mismo, o incluso que no es un derecho fundamental en sí mismo, sino que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución española y los bienes jurídicos que se protegen o se deben proteger jurídico penalmente tienen su sustento en ese valor constitucional, pero no son ese valor constitucional, ni a la inversa. Los derechos fundamentales, aquellos que pueden servir de base inicial para identificar bienes jurídicos, se encuentran recogidos en el Capítulo II del Título I del Texto constitucional, a partir del art. 14, y aún más esencialmente los contenidos en la Sección Primera “De los derechos fundamentales y las libertades públicas” (arts. 15 a 29 CE). De este modo, derecho fundamental y posible objeto de tutela es la vida, la integridad física, la libertad, etc., siempre desde ese fundamento de la dignidad,

pero en modo alguno ésta última debe considerarse un bien jurídico penal.

A pesar de ello, se sigue sosteniendo por algunos sectores a la dignidad como bien jurídico que se tutela, así, por ejemplo la Circular de la FGE 7/2019<sup>17</sup>, en mi opinión, tal postura por las razones antedichas no resulta factible. Así, tras muchas argumentaciones parte de considerar que el objeto de tutela es la *dignidad humana*<sup>18</sup>, pero junto a esta afirmación, con posterioridad en el mismo apartado 2.1., señala la dignidad en realidad lo que constituye es el fundamento del orden político y la paz social (art. 10 CE), de modo que lo que configura es “*el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales*”<sup>19</sup>, es decir, no estamos, como ya se señaló, ante un derecho en sí mismo, sino ante un valor superior en el que se sustentan y del que se derivan los derechos.

Un sector doctrinal<sup>20</sup> aboga por la seguridad de los colectivos o grupos diana para los que se ha regulado esos delitos del discurso del odio. Obviamente resulta innegable que la seguridad es un derecho fundamental que necesita protección penal, pero al igual que con el resto de delitos que pueden afectar o que afectan a intereses o derechos de otras personas, resulta necesario constatar que efectivamente las conductas realizadas resultan potencialmente ofensivas respecto de esos objetos de tutela, y, como señala NÚÑEZ CASTAÑO<sup>21</sup> “*en modo alguno puede afirmarse automáticamente respecto de conductas que consisten en la expresión o manifestación de determinados mensajes, pensamientos y/o ideas*” que contribuyan a la creación de un clima de inseguridad y miedo respecto de los grupos, colectivos o individuos a los que va dirigido, y que ni siquiera puede acreditarse de manera automática que vayan a provocar un clima de hostilidad. En consecuencia, si al menos *ab initio* la conductas típicas que contiene el precepto que analizamos no reúnen capacidad lesiva

16 Señala expresamente el art. 10.1 CE señala expresamente que “*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento jurídico del orden político y de la paz social*”. No se trata, por tanto, de un derecho sino del fundamento de los derechos que le son inherentes, el valor supremo sobre el que se basan todos los demás.

17 Circular de la FGE 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 del Código Penal, apartado 2.1.

18 Concretamente afirma en su apartado 2.1. que “*para que concurra una infracción de odio será necesario, además, que la acción y omisión sólo pueda ser entendida desde el desprecio a la dignidad intrínseca que todo ser humano posee por el mero hecho de serlo. Surge, en definitiva un ataque al diferente como expresión de una intolerancia incompatible con la convivencia. Precisamente por ello, serán objeto de persecución penal aquellas conductas que supongan una infracción de las normas más elementales de tolerancia y convivencia que afectan a los valores y principios comunes a la ciudadanía, invadiendo la esfera de dignidad propia de cualquier ser humano y que, como tales, deben ser consideradas como un ataque a los elementos estructurales y vertebradores del orden constitucional y, en definitiva, a todo el sistema de derechos y libertades propio de una sociedad democrática*”.

19 Circular de la FGE 7/2019, apartado 2.1. donde hace expresa referencia a la STC 235/2007, de 7 de noviembre.

20 En relación con los distintos objetos de protección que se han barajado señala GALÁN MUÑOZ, la paz pública, la seguridad de los integrantes de determinados colectivos, su dignidad, sus sentimientos de tranquilidad o la moral social mayoritaria, cfr. “*Delitos de odio, discurso del odio y Derecho penal*, cit., p. 46.

21 NÚÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal*, cit., p. 41.

respecto del teórico objeto de tutela, o bien es que ese no es el bien jurídico que se protege, o bien es que las conductas no deberían considerarse delictivas.

La realidad, tal como sostiene FUENTES OSORIO<sup>22</sup>, es que lo que se está protegiendo, o al menos lo que sirve de justificación para la intervención penal, es “*la sensibilidad social, agraviada por manifestaciones que por su contenido (contrario a la moral dominante o al modelo de convivencia plural constitucional) generan o pueden generar desagrado y malestar, pero que todavía no representan per se, una lesión de los intereses concretos de los ciudadanos*”. Se protegen, por tanto *sentimientos*, que implica que el concreto delito carece de legitimidad si “*constituyen el único fundamento de la tipificación penal*”<sup>23</sup>, porque si son sentimientos no son bienes jurídicos; el Derecho penal no puede proteger sentimientos, entre otras cosas porque se trataría de “intereses” que carecerían de objetividad quedando la posibilidad de que concurran o no, de que se afecten o no, en manos de quien los experimente con la consiguiente vulneración de la seguridad jurídica. Pero, tampoco pueden interpretarse a la inversa, es decir, no pueden ser un objeto de tutela, pero tampoco pueden configurar el elemento esencial de una conducta típica merecedora de sanción penal.

Es, por tanto, el primero de los problemas que puede apreciarse respecto de la concreta regulación típica del delito contenido en el art. 510 CP, la teórica imposibilidad de identificar un claro y concreto objeto de tutela.

### 2.2. La concreción del comportamiento típico: ámbito de aplicación e intentos de concreción desde los *test de severidad*

Ya desde sus inicios, la regulación típica de este concreto delito fue objeto de una importante controversia en relación con el verbo típico a emplear a la hora de plasmar positivamente la sanción de los comportamientos que contemplaría el art. 510 CP<sup>24</sup> por cuanto, se hiciera la interpretación que se hiciera, se trataba de sancionar ideas, opiniones y la transmisión

de las mismas, es decir, la intervención del Derecho penal en ámbitos reservados al ejercicio de derechos fundamentales, como la libertad de pensamiento, ideológica, de expresión, etc. A ello se sumaban otra serie de problemas como una clara indeterminación de los elementos típicos, así como la superposición con otras figuras jurídico-penales, como podría ser la provocación regulada en el art. 18 CP<sup>25</sup>. De este modo, la inicial regulación del tipo penal hacía referencia expresa a *los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones* por diversos motivos expresamente señalados en el precepto. El problema del recurso a este verbo “provocar” determinaba, como señalaba GÓMEZ MARTÍN<sup>26</sup> que se hiciera referencia a un concepto, como el de provocación que ya estaba recogido en el texto penal en el art. 18.1 con el cual concurriría, pero a ello, se unía el hecho de que, atendiendo a una interpretación sistemática y en un intento de separar ambos tipos penales, debería concluirse que el art. 510.1 CP contendría “*un acto preparatorio punible: la provocación a la comisión de delitos de discriminación, de odio o con violencia contra grupos o asociaciones por los motivos previstos por el legislador*” que estaría sancionado con una pena autónoma e independiente del concreto acto discriminatorio, de odio o de violencia al que se provocase<sup>27</sup>, pudiendo llegarse a vulnerar de manera evidente el principio de proporcionalidad cuando el acto preparatorio contenido en el art. 510.1 CP implicase una pena más grave que el concreto delito al que se provoca, porque, por ejemplo se trate de un delito leve.

Ciertamente la paradoja que se acaba de exponer se daría, pero sería todavía más grave la lesión del principio de proporcionalidad que la expuesta por GÓMEZ MARTÍN, porque él considera que el art. 510.1 CP en su regulación inicial recogía un acto preparatorio de provocación a la comisión de delitos, pero es que el art. 510.1 CP en su regulación inicial no castigaba la provocación a *actos o delitos de discriminación*, que podrían implicar la afectación directa de bienes jurídicos concretos, sino que sancionaba *la provocación a la*

22 FUENTES OSORIO, “Concepto de odio y sus consecuencias penales”, en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Marcial Pons, 2017, p. 150.

23 CARBONELL MATEU, “Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas más allá de la provocación y la injuria”, en *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Juan M<sup>o</sup> Terradillos Basoco*, Valencia 2018, p. 1414.

24 Precepto que ya desde el Código Penal de 1995 recogía lo que se ha denominado como *Derecho penal antidiscriminatorio*, cfr. DAUNIS RODRÍGUEZ, “El modelo de protección penal frente a comportamientos de odio”, en *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2020, p. 1053.

25 NÚÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal*, cit., p. 221; CANCIO MELIÁ, “Art. 510”, en *Comentarios al Código penal*, Rodríguez Mourullo (Direct.), Madrid, 1997, p. 1274.

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

27 La provocación a la comisión de delitos contenida en el art. 18 CP previa la imposición de la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito correspondiente al que se dirigiera la provocación.

*discriminación, odio o violencia*, esto es, a la creación o surgimiento de ideas o actitudes de rechazo hacia determinados colectivos<sup>28</sup>, esto es, se criminalizaba una determinada forma de pensar y la transmisión de ese pensamiento, de manera que “*su prohibición bajo la amenaza de la pena representaba una manifestación de un Derecho penal de autor que protegía (y protege) los intereses sociales, políticos o económicos moralmente dominantes*”<sup>29</sup>. Ya no se trataba de un acto preparatorio de un delito de discriminación, de odio o de violencia, sino del acto preparatorio (la provocación) de un acto preparatorio (la creación de discriminación, odio o violencia) que pudiera dar lugar a la comisión de un delito (los concretos delitos de discriminación, odio o violencia). Si pudiera identificarse algún bien jurídico concreto, la lejanía del comportamiento tipificado respecto del mismo resulta totalmente innegable.

A pesar de todas las críticas suscitadas en relación con la descripción típica de este delito, la LO 1/2015, de 30 de marzo, procede a modificar de manera importante el mismo, pero lejos de reducir su ámbito de aplicación, en realidad lo amplía de manera notable, si bien prescindiendo, eso sí, de la referencia al término *provocación* que tantas críticas había ocasionado. Por ello, y tal como se establece en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, en la necesidad de trasponer 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, se produce una radical reforma del precepto incluyendo nuevos verbos típicos que no sólo no contribuyen a aclarar la situación, sino que provocan una mayor confusión y, lo que es más grave, una mayor extensión de los comportamientos sancionables. A este respecto resulta necesario señalar que el Art. 1, a) de la mencionada Decisión Marco establece la obligación de los Estados Miembros de adoptar las medidas necesarias para castigar *la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico*. Desde esta perspectiva, en nuestra opinión, debería entenderse que la incitación se refiere a una instigación a la violencia o al odio, y al emplear el término instigación consideramos que se debe reducir a los supuestos en los que ésta sea directa; de hecho, la normativa europea no hace referencia alguna a la modalidad en la que la mencionada incitación se lleve a cabo (directa o indirecta, que sí encontraremos en la regulación nacional). Esta Decisión Marco

determinará la modificación del art. 510.1 a) CP sancionado a *quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo* por las causas expresamente previstas en el precepto.

Son varias las consideraciones que resulta obligado realizar en este punto. En primer lugar, que como suele realizar el legislador español, la regulación contenida en nuestro Ordenamiento jurídico va mucho más lejos y es mucho más amplia que la prevista en la propia normativa europea. Efectivamente, la Decisión Marco de 2008 refiere exclusivamente a *incitar públicamente*, mientras que nuestro art. 510.1 a) al comportamiento de incitación añade dos verbos típicos más como *fomentar o promover*. Aquí son sostenibles dos posturas: o bien entender que se trata de comportamientos sinónimos de manera que lo esencial consiste en hacer surgir en otros determinadas ideas o pensamientos considerados peligrosos, concepción que implicaría un claro desbordamiento del mandato europeo que, como señalamos, consideramos que se refiere a la instigación directa; o bien, considerar que efectivamente el término incitar si se limita a ese comportamiento de instigar directamente, pero en esta caso, volvería a desbordarse por el legislador español el mandato europeo al añadir los comportamientos de fomentar o promover que ya no conllevan una modalidad directa, sino que hacen referencia a aleccionar o transmitir determinado tipo de ideas o actitudes internas que podrían considerarse peligrosas para los sentimientos o sensibilidades de determinados colectivos. De hecho, señala GÓMEZ MARTÍN<sup>30</sup> que el castigo de este tipo de discurso que incitan, fomentan o promueven el odio no encuentra su fundamento en el castigo de determinados pensamientos, sino en el hecho de que implican “*fomentar en terceros algunas actitudes internas de discriminación, odio o violencias hacia las minorías a las que se refiere el precepto*” por cuando podrían afectar la dignidad, libertad o seguridad de un colectivo. En este punto concordamos con la crítica que realiza NUÑEZ CASTAÑO<sup>31</sup> al sostener que “*el problema de esta argumentación, en mi opinión, surge ya en su propia base, esto es, en la afirmación de que no se castigan tendencias o pensamientos por el mero hecho de ser discriminatorios, hostiles o reprochables, de modo que no se castiga el discurso por su propio contenido, sino por el hecho de transmitirse a los demás y que esa transmisión haga surgir en sus destinatarios ideas similares o parecidas, o lo que es lo mismo, no se sanciona el pensamiento pero sí su expresión y comunicación. El derecho a convencer a*

28 BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación en el Derecho penal*, Comares, 1998, p. 76.

29 NUÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal*, cit., p. 223.

30 GÓMEZ MARTÍN, “Incitación al odio y género”, cit., pp. 10 y 11.

31 NUÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal*, cit., p. 227.

*terceros de las propias ideas, de fomentar en otros las mismas, por muy reprochables que estas sean forma parte del núcleo esencial de la libertad de expresión*". Efectivamente, en un Estado de Derecho los pensamientos reprochables, censurables u hostiles no deben sancionarse, pero del mismo modo, tampoco es legítimo castigar la transmisión de esos pensamientos a otras personas, porque la libertad de expresión no sólo abarca la libertad de pensar y de expresar lo que se piensa, sino la de tratar de convencer a otros de la corrección de nuestros pensamientos (siempre que la conducta no implique una incitación directa a la comisión de un acto violento). En realidad, los propios defensores de esta regulación también cuestionan en cierto modo la legitimidad de estas sanciones, y así, GÓMEZ MARTÍN<sup>32</sup> llega a aceptar expresamente que *"desde la perspectiva liberal del Derecho penal del hecho, no es legítimo intervenir penalmente para sancionar personalidades moralmente censurables, como, por ejemplo, la personalidad racista, el homófobo, etc. No es admisible sancionar penalmente al racista o al homófobo por el hecho de mostrar una actitud interna de desprecio hacia quienes son de otra raza u orientación sexual"*, y ello resulta innegable, pero también resulta innegable que no debieran sancionarse los intentos de convencer a otros de esas actitudes internas.

Ante esta situación, algunos autores, como GALÁN MUÑOZ<sup>33</sup> consideran que el hecho de *"fundamentar la pena que se podría llegar a aplicar a quienes difunden tales discursos en el mero peligro de que sus manifestaciones podrían dar lugar a que sus ideas calasen en terceros, tal y como mantienen estos autores, lo único que se hace es trasladar de lugar el problema relativo al cuestionable fundamento último de tal castigo, ya que, al sustentarlo no en las ideas de sus emisores, pero sí en la aparición de las mismas en terceros"* acabaría sancionándose el mero hecho de pensar y manifestar públicamente este planteamiento. Sería, por tanto necesario algún tipo de restricción a este respecto.

Ello da paso a la segunda de las cuestiones que la regulación incluida en la actual regulación del art. 510.1 a) plantea, y es que, a diferencia de lo establecido en la Decisión Marco de 2008, repetimos, la alegada en la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, como fundamento de la reforma, la incitación a la que se refiere puede ser *directa o indirecta*, delimitación que, en modo alguno recoge la normativa europea. Los problemas a este respecto surgen en relación con cualquier de las dos opciones: en primer lugar, en re-

lación con la *incitación directa*, en realidad se trata de una conducta idéntica a la regulada en los arts. 17 y 18 CP, con la exclusiva diferencia, muy relevante eso sí, de que la incitación no tiene por qué ser a la comisión de actos delictivos, como se requiere en la provocación y/o apología genéricas, sino al *odio*, esto es, a un sentimiento. La eliminación de la necesidad de que aparezca, al menos potencialmente, la instigación a la lesión efectiva de un bien jurídico concreto determina la ampliación de la intervención penal al ámbito de la mera opinión y transmisión de la misma. Más grave resulta aún si nos referimos a la *incitación indirecta*, porque aquí ya ni siquiera se sanciona el intento de hacer surgir en otra persona mediante opiniones o expresiones que instiguen directamente a odiar o discriminar, sino que basta la emisión de actos comunicativos que de alguna forma, en alguna manera, puedan resultar discriminatorios o puedan hacer surgir en otros un sentimiento de odio.

Como señala NÚÑEZ CASTAÑO<sup>34</sup>, a pesar de todas las críticas y consideraciones que se han realizado, la descripción típica no deja ningún juego a la interpretación, pero *"es sorprendente que la incitación (directa o indirecta) a actitudes discriminatorias que no puedan considerarse delito, si configuran un delito de discurso del odio; es decir, los concretos comportamientos discriminatorios a los que se incita podrían no ser constitutivos de delito, pero en cambio, la mera incitación a esos comportamientos si lo sería. Sorprendente cuanto menos"*.

El adelantamiento absolutamente desmesurado de la intervención penal a ámbito que, al menos teóricamente, se encuentran dentro del ámbito de la libertad de expresión implica la imperiosa necesidad de tratar de restringir en lo posible el posible ámbito de aplicación del tipo penal.

Ya se ha señalado que, en esencia y a pesar de lo planteado por algunas posturas doctrinales, el art. 510, y, por tanto, el discurso del odio, encuentra su fundamento exclusivo en la sanción de un sentimiento; en concreto, odiar; y como también se ha señalado resulta desde todo punto imposible, no sólo desde el punto de vista naturalístico, sino también jurídico, prohibir un sentimiento, prohibir sentir (odiar, amar, menospreciar, alabar, etc.). Ahora bien, centrados ya en esta máxima, que sin embargo el legislador parece obviar al incluir el art. 510 y las conductas en el sancionadas, resulta necesario distinguir dos situaciones diversas en las que el "odio" se convierte en elemento común; situaciones

32 GÓMEZ MARTÍN, *ibidem*.

33 GALÁN MUÑOZ, "¿Juntos o revueltos? Algunas consideraciones y propuestas sobre la cuestionable fundamentación y distinción de los delitos de odio y del discurso del odio", en *Temas claves de Derecho penal. Presente y futuro de la política criminal en España*, JM Bosch Editor, 2021, p. 302.

34 NÚÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal*, cit., p. 228.

diversas que provocan realidades diversas y comportamientos diversos. Señala GALÁN MUÑOZ<sup>35</sup> que resulta necesario distinguir entre los *delitos de odio* y los *delitos del discurso del odio*, entendiendo que “*mientras que los delitos de odio sancionarían actuaciones que atentarian o lesionarían la igualdad de determinadas minorías, los del discurso del odio lo harían con manifestaciones o comunicaciones que contribuirán a crear un clima de hostilidad que pondría en peligro, precisamente, a los integrantes de dichos colectivos minoritarios, bien porque su aparición pudiese dar lugar a ataques delictivos contra los mismos, bien porque podrá generar, cuanto menos, actuaciones o actitudes discriminatorias contra ellos, aunque éstas no llegasen a ser delictivas*”<sup>36</sup>. Aparecen en esta definición los dos elementos sobre los que girará la potencial justificación e intento de legitimar la existencia de delitos de expresión, o delitos del discurso del odio: la incitación y el clima de hostilidad<sup>37</sup>, y ello implica que la constatación de que en el concreto discurso o expresión se identifique la presencia de una idea hostil o hiriente con idoneidad incitadora de un clima de hostilidad, resultaría suficiente para legitimar la sanción del discurso emitido.

Ello conlleva dos cuestiones de relevancia<sup>38</sup>: en primer lugar, que con la regulación actual del art. 510 y la referencia a la incitación (directa o indirecta) idónea para la creación de un clima de hostilidad se está optando por la sanción del mero acto comunicativo y de transmisión de determinadas ideas con un concreto contenido que resulte rechazable en tanto que idóneas para la creación de un determinado y concreto clima, y, además, que ello implica no sólo la lesión del derecho fundamental a la libertad de expresión, sino la criminalización

de comportamientos que, ab initio, conllevan una escasa lesividad<sup>39</sup>.

Ante esta situación, se ha planteado la necesidad de conjugar la presencia de estos tipos penales que sancionan la producción de estos sentimientos de hostilidad con la vigencia de un derecho fundamental como es la libertad de expresión. Para salvar la posible lesión que la criminalización de estos comportamientos podría determinar se han mantenido diversas propuestas doctrinales en relación con la interpretación del alcance concreto del tipo penal; propuestas que, como señala GALÁN MUÑOZ<sup>40</sup> pueden identificarse con dos grandes líneas. En primer lugar la sanción de discursos intolerantes o de odio que generan un sentimiento de rechazo social y que contribuyen a aportar una sensación general de inseguridad colectiva afectando a un bien jurídico instrumental, lo que denomina *delito de conducta* donde se sanciona la mera emisión de determinados discursos que simplemente conllevan una ofensa de los sentimientos, valores o moral colectiva. Postura que consideramos insostenible por cuanto ninguno de los objetos, intereses o elementos mencionados constituye un bien jurídico que deba protegerse a través del Derecho penal y porque el mero acto comunicativo no conlleva la afección, siquiera potencial de intereses jurídicos individuales concretos<sup>41</sup>. Ya hemos expuesto detenidamente las razones que apoyan la ilegitimidad de la sanción de la afección de mero sentimientos, esencialmente por razones de seguridad jurídica, y la de la prohibición de los mismos y de su expresión y transmisión, en respeto del derecho al legítimo ejercicio de la libertad de expresión.

Junto a ello, una segunda postura, pero que tampoco resulta unánime en sus planteamientos estableciéndose una división dentro de la misma. Como se expone,

35 GALÁN MUÑOZ, “Delitos de odio, discurso del odio y Derecho penal”, cit., p. 46.

36 GALÁN MUÑOZ, “¿Juntos o revueltos?”, cit., p. 303.

37 Este es el denominado *modelo de hostilidad* que encuentra su fundamento en la concepción de que la emisión de un discurso hostil, hiriente, ofensivo, discriminatorio o antidemocrático es una incitación idónea para la creación de un determinado clima de hostilidad, de manera que sería suficiente con la constatación de que en el concreto acto comunicativo se encuentra presente esa idea hostil con idoneidad incitadora de un clima de hostilidad, cfr. GALÁN MUÑOZ, “¿Juntos o revueltos?”, cit., p. 307. Hace referencia a la creación de un *clima de odio* en la base de la criminalización de estas conductas, GARCÍA ARROYO, “Algunas cuestiones político-criminales sobre el discurso del odio terrorista”, cit., pp. 154 y ss.

38 NÚÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal*, cit., p. 127.

39 Precisamente ello ha llevado a considerar que nos encontramos ante delitos de peligro abstracto, cfr. GALÁN MUÑOZ, “Delitos de odio, discurso del odio y Derecho penal”, cit., p. 47; FUENTES OSORIO, “El odio como delito”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-27. 2017, p. 14.

40 GALÁN MUÑOZ, “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitters y titiriteros”, en *Estudios penales y Criminológicos*, XXXVIII, 2018, pp. 272 y ss.

41 Señala MIRA BENAVENT, “Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo”, en *Terrorismo y Contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y Político criminal*, Ratio Legis, Universidad de Salamanca, 2016, p. 104 que se trata de injustos que carecen de un contenido material de lesión o peligro para los bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal de un Estado democrático, implicando la instrumentalización político criminal que se dirige a la criminalización de planteamiento ideológicos radicales, disidentes, peligrosos o simplemente diferentes.

junto a la indiscutible aceptación por todos sus partidarios de dos aspectos esenciales como la negación de la legitimidad de la sanción del mero acto comunicativo, y la necesidad de la presencia de algún tipo de *incitación* en relación con el acto discriminatorio o de odio, aparece la diversificación respecto del tipo de incitación al que nos podemos referir: así, hay quienes sostienen que esa incitación debe ser *directa* a la comisión de un acto de violencia que implique la afección de derechos o bienes jurídicos<sup>42</sup> (*test de Brandemburgo*), mientras que el sector mayoritario considera que resulta adecuada la constatación de una *incitación idónea que produzca un clima social*<sup>43</sup> (*test de Rabat*).

Respecto de la primera de las posturas, se trata de planteamientos en los que, en aras del máximo respeto al derecho fundamental a la libertad de expresión, optan por la doctrina del *direct incitement to a clear and present danger* sostenida en diversas resoluciones el Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos<sup>44</sup> y consideran que la única forma de sostener la legitimidad de la sanción de actos consistentes en discursos o expresión de ideas u opiniones es el recurso a los parámetros establecidos en el *test de Brandemburgo* según el cual, los discursos del odio sólo podrán ser prohibidos cuando constituyan una “*incitación directa al odio violento y sólo en aquellos casos excepcionales en que esa incitación directa provoque inequívocamente a acciones violentas inmediatas e incluso en tal caso, sólo ante la aún más excepcional circunstancia de que los miembros de la audiencia se muestren, de hecho, dispuestos a responder de modo inmediato a la proposición del hablante*”<sup>45</sup>. Son, por tanto, dos los elementos claros que se exigen para sostener la legitimidad de la sanción penal de los discursos: la existencia de una incitación directa a la violencia y la efectividad de la misma respecto de la determinación de otros (los destinatarios) a cometer actos delictivos. Sólo desde esta perspectiva estaría justificada la criminalización de los discursos y la consecuente restricción de la libertad de expresión.

Postura que desafortunadamente no puede sostenerse en relación con la regulación típica contenida en el art. 510 CP por cuanto, aunque se menciona expresamente la incitación directa (y también la indirecta) esta no se refiere a la realización de concretos actos de violencia (*clear and present danger*), sino a la incitación al odio que constituye un mero sentimiento que no tiene por qué acarrear la realización de actos violentos.

En relación con la segunda de las posturas, la doctrina mantiene la necesidad de que la incitación a la que se hace referencia, bien directa, bien indirecta, lo que debe ser *idónea* para crear un determinado *clima social*, porque, de otro modo, se estarían castigando los mero actos comunicativos<sup>46</sup>. De hecho, señala LANDA GOROSTIZA<sup>47</sup> que “*sólo puede perfilarse la prohibición penal de conformidad con el mandato de taxatividad del principio de legalidad si se lleva a cabo una articulación restrictiva de interpretación conforme con sus bases de constitucionalidad que pasa, simultáneamente, por una reducción teleológica del tipo atenta a la dimensión colectiva de su objeto de tutela. Con otras palabras, se debe recurrir a ver en el verbo típico incitar un elemento tendencial*” que vaya encaminado “*a implicar a sectores crecientes de la población en el enfrentamiento colectivo*”; es decir, que se estuviera creando un determinado *clima social de hostilidad* que conllevara un claro potencial real de ser imitado y con capacidad de incorporar adeptos que expandan el discurso de odio u hostilidad. En nuestra opinión, este planteamiento determina nuevamente la persecución exclusiva del discurso reprochable u hostil y junto a ello la expansión del mismo, es decir, convencer a otros de la corrección de las ideas expuestas sin exigir ningún tipo de instigación o inducción a la realización de actos de violencia concreta, con independencia de que estos llegaran o no a llevarse a cabo.

Desde esta perspectiva, queda claro que conductas o actos de comunicación que antes resultaban impunes por considerarse el ejercicio legítimo del derecho a la

42 MIRÓ LLINARES, “Derecho penal y 140 caracteres”, cit., p. 60; CARBONELL MATEU, “Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal”, cit., p. 1431; VIVES ANTÓN, “Garantías constitucionales y terrorismo”, cit., p. 30; NÚÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal*, cit., pp. 133 y ss.

43 GALÁN MUÑOZ, “¿Juntos o revueltos?”, cit., p. 303; CAMARA ARROYO, “Delitos de odio: concepto u crítica: ¿límite legítimo a la libertad de expresión?”, en *La Ley 1800/2018*, P. 14; GÓMEZ MARTÍN, “Incitación al odio y género”, cit., pp. 10 y ss.

44 En concreto el *test de Brandemburgo* adquiere total fuerza efectiva tras la Sentencia *Brandenburg vs Ohio* de 1969 (395 U.S. 444 1969) donde se señala que la protección constitucional a la libertad de expresión no permitía ni siquiera la prohibición de la apología del uso de la fuerza o de la violación de la ley, salvo cuando esa apología estuviera encaminada y dirigida a incitar o provocar una inminente acción ilícita.

45 NÚÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal*, cit., p. 58.

46 Afirma GALÁN MUÑOZ, “¿Juntos o revueltos?”, cit., p. 302, que “*fundamentar la pena que se podría llegara a aplicar a quienes difunden tales discursos en el mero peligro de que sus manifestaciones podrían dar lugar a que sus ideas calasen en tercetos, tal y como mantienen estos autores, lo único que se hace es trasladar de lugar el problema relativo al cuestionable fundamento último de tal castigo, ya que, al sustentarlo no en las ideas de sus emisores, pero sí en la aparición de las mismas en terceros*” realmente se estaría sancionando el mero pensamiento y su manifestación.

47 LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*. Arts. 510 y 22. 4º Cp 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 67 y ss.

libertad de expresión, hoy en día serán sancionables cuando se considere que tienen un contenido hostil que puede implicar un clima de hostilidad o inseguridad, dado que, como sostiene FUENTES OSORIO<sup>48</sup> la regulación típica del art. 510 CP determina que “*la incitación al odio ya no es una incitación en un sentido penal estricto*”, sino que “*equivale, en función de lo indicado, a favorecimiento o promoción de un clima*”. Con ello, se perdería también la perspectiva de la “*idoneidad para la generación de delitos concretos*” conectándose exclusivamente con la producción o “*posible aparición de un simple clima hostil*” respecto de sus destinatarios, convirtiendo este tipo penal en un instrumento preventivo y sancionador desmesuradamente amplio que está encaminado a castigar cualquier tipo de comportamiento discriminatorio, discursos políticamente incorrectos o molestos, pero que no conllevan lesividad ni peligro alguno respecto de los bienes jurídicos de los ciudadanos<sup>49</sup>.

Por ello, se plantea la necesidad de limitar en lo posible el ámbito de aplicación de estos delitos del discurso del odio<sup>50</sup> en pro del derecho a la libertad de expresión. Entiende DAUNIS RODRÍGUEZ<sup>51</sup> que la única forma de poder afirmar la legitimación de la intervención penal es mediante la constatación de que la conducta que pretenda sancionarse conlleve lesividad, de modo que no cualquier comportamiento que incite al odio o a la discriminación resulta adecuado para configurar el tipo delictivo, sino que necesariamente debe constatar un específico potencial lesivo<sup>52</sup>. Y para ello recurren al denominado *test de Rabat* o *test de severidad*<sup>53</sup> que resulta mucho más flexible que el *test de Brandeburgo* respecto de la posibilidad de restringir el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, entendiendo que podría tener relevancia penal en el caso de que concurren determinados requisitos<sup>54</sup>: que el contexto en el que se emplea el discurso del odio en cuestión evidencie la existencia de tensiones graves, atender a la capacidad que tenga quien emite el discurso para ejercer influencia sobre los demás, tomar en consideración la naturaleza y contundencia del lenguaje empleado,

así como el contexto de los comentarios específicos, es decir, si se trata de un hecho aislado o reiterado, la relevancia del medio que se emplea para transmitir en discurso respecto de la publicidad y capacidad de difusión, y, por último, atender a la propensión de la audiencia o destinatarios del mismo a verse o no influenciada por el mensaje.

Son varias las consideraciones que entendemos pueden realizarse respecto de estos requisitos señalados. En primer lugar la indeterminación de alguna de las expresiones empleadas, como por ejemplo que debiera entenderse por *tensiones graves*, ¿resultaría suficiente una mera incomodidad o molestia o es necesario que se produzcan actos de enfrentamiento claros y directos? Porque si la opción es esta última, probablemente podrían calificarse conforme a otros tipos penales ya existentes y que vulneran de manera clara bienes jurídicos individuales como injurias, amenazas, coacciones, acoso, etc.; en segundo lugar, la inseguridad jurídica que acarrea por ejemplo la referencia a la naturaleza y contundencia del lenguaje empleado, porque resulta innegable que la misma va a depender directamente de la valoración subjetiva del destinatario o de quien la escuche, independientemente de la concreta intención o finalidad que llevara el emisor del discurso; en tercer lugar, en relación con el contexto de los comentarios específicos, considerando que tendrá relevancia en el caso de que se realice de manera reiterada y no así cuando sea un hecho aislado, interpretación que no consideramos correcta por cuanto la capacidad incitadora del discurso puede producirse con una única incitación (si por ejemplo esta fuera directa o llevada a cabo por alguien con una elevada influencia en un contexto de conflicto social) o también puede ser necesaria la reiteración del mensaje para tratar de convencer a terceros si no concurren los elementos indicados; en cuarto lugar, respecto a la propensión de la audiencia a verse o no influenciada por el mensaje, implica nuevamente una vulneración de la seguridad jurídica por cuanto, ¿quien determinaría esa propensión en concreto? ¿qué parámetros deberían emplearse para ello? En

48 FUENTES OSORIO, “Concepto de odio y sus consecuencias penales”, cit., pp. 147 y ss.

49 GALÁN MUÑOZ, “¿Juntos o revueltos?”, cit., pp. 305 y ss.

50 DAUNIS RODRÍGUEZ, “El modelo español de protección penal frente a comportamientos de odio”, cit., p. 1054; GALÁN MUÑOZ, “¿Juntos o revueltos?”, cit., pp. 311 y ss.; LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, cit., p. 69.

51 DAUNIS RODRÍGUEZ, “El modelo español de protección penal”, cit., pp. 1054 y ss.

52 Igualmente sostiene LANDA GOROSTIZA, “El discurso del odio criminalizado”, cit., pp. 228 y 229 que “*no basta una llamada a los malos sentimientos, incluso a una vaga e imprecisa coacción o incluso a la discriminación en forma, por poner un ejemplo, de simple boicot, si de ello no se colige, además, de forma clara que todo lo anterior son medios idóneos y buscados dolosamente para colocar a todo un colectivo- o una parte significativa del mismo- en una situación sistemática de inferioridad y de denegación potencial de derechos fundamentales del más alto rango...*”.

53 El test de Rabat se deriva del Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología al odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o a la violencia, de 5 de octubre de 2012.

54 DAUNIS RODRÍGUEZ, “El modelos español de protección penal frente a comportamientos de odio”, cit., pp. 1055 y ss.

definitiva, como señala NÚÑEZ CASTAÑO<sup>55</sup> “nuevamente, como puede apreciarse, los criterios empleados para tratar de restringir la aplicación de la figura contenida en el art. 510.1 CP, no responden en absoluto a la exigencia de un, al menos potencial, peligro para bienes jurídicos ajenos, sino que tienden a sancionarse los mensajes sobre la base de su capacidad de influencia en otros y la creación de un presunto clima de hostilidad contra determinados grupos o colectivos”.

El planteamiento impuesto por el *test de Rabat* es, así mismo, el sostenido por la Fiscalía General del Estado en su Circular 7/2019, de 14 de mayo sobre las pautas para interpretar los delitos de odio del art. 510 CP, aunque ciertamente, entendemos que aporta mayor confusión que claridad en su interpretación. Así, por ejemplo, pone de relieve el potencial peligro que el art. 510 CP implica para la libertad de expresión considerando que resulta necesario aportar criterios restrictivos para la interpretación de esta figura típica<sup>56</sup>, pero al mismo tiempo interpreta de manera amplia cada uno de los elementos típicos que componen el concreto delito de discurso del odio. Sostener la dignidad como bien jurídico del delito que estamos analizando le permite afirmar la legitimidad de criminalizar comportamientos consistentes en incitación indirecta siempre que se permita constatar que ostentan una potencialidad lesiva respecto de la dignidad, sin referencia alguna a derechos o bienes concretos.

Ello no obstante, y siendo consciente de la incontrastable ampliación que ello supondría, reconoce expresamente que no deben sancionarse los simples actos de expresión porque “el legislador no ha podido pretender una sanción penal para cualquier expresión de lo que, en definitiva es un sentimiento humano como el odio. Como señala de forma muy expresiva la STS 4/2017, de 18 de enero, entre el odio que incita a la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no es acogible en la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo”<sup>57</sup>. Esta afirmación parece implicar que exige la presencia de un elemento adicional que determine

un mayor desvalor que el simple acto de comunicación o la emisión de un discurso, pero no opta para ello por exigir la presencia de la incitación directa a la realización de actos delictivos, sino que entiende que “se trata de un concepto esencialmente valorativo, que debe estar apegado a una realidad social que, como tal, es cambiante”. En definitiva, volvemos nuevamente, a la valoración del sentir general, de la moral social, y a la criminalización de aquello que, en cada momento histórico de acuerdo con la moral dominante pueda resultar ofensivo o molesto.

Ante esta situación, busca otorgar unos parámetros, más o menos estables, que permitan eludir la clara indefinición, la inseguridad jurídica y la vulneración de derechos fundamentales, pero que, en nuestra opinión, en absoluto son válidos para lo que se pretende ni permiten otorgar mayor legitimidad a la tipificación penal<sup>58</sup>. No obstante, intenta llevar a cabo la ponderación entre la libertad de expresión y el discurso del odio debe llevarse a cabo a través de cinco criterios<sup>59</sup>: a) que el autor seleccione a sus víctimas por motivos de intolerancia, y dentro de los colectivos vulnerables a los que alude la norma, lo cual tiene poca interpretación dado que el discurso criminalizable es el que sustenta ideas de odio, hostilidad o discriminación hacia otros, en definitiva, que es intolerante y porque en virtud del principio de legalidad los colectivos a los que se refiere no pueden ser otros que aquellos que expresamente contiene la norma; b) que la conducta atemorice no sólo al concreto destinatario, sino a *todo el colectivo* al que pertenece creando sentimientos de lesión de la dignidad, de inseguridad y de amenaza, recurriendo nuevamente a una actitud interna como es un sentimiento y no ya de una sola persona, sino de todo un colectivo que resultará aún más difícil de constatar; c) que las expresiones o discursos atenten contra las normas básicas de convivencia basadas en el respeto y la tolerancia, de manera que toda la sociedad se vea concernida por la expresión de las ideas que contrarían abiertamente los mensajes de tolerancia que el ordenamiento jurídico, como instrumento de control social, expone a la ciudadanía que los hace propios, recurriendo nuevamente a conceptos indeterminados e indeterminables, como el hecho de constatar que *toda* la sociedad se vea concernida por las ideas y la directa conexión con la moral

55 NÚÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal*, cit., p. 233.

56 De hecho, afirma la Circular en su apartado 2.2. que “la especial consideración de la libertad de expresión como elemento esencial de la convivencia democrática obliga a realizar en cada caso concreto una adecuada ponderación que elimine cualquier riesgo de hacer del Derecho Penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático (STC nº 112/2016, de 20 de junio, FJ2)”

57 Circular de la FGE 7/2019, apartado 2.2.

58 Parte para ello de la Recomendación nº 15 de la ECRI que son esencia los establecidos por el *test de Rabat* y complementados por la STS 648/2018, de 14 de diciembre.

59 Circular de la FGE 7/2019, apartado 2.2., párrafo final.

social o el sentir general que en modo alguno pueden fundamentar la criminalización de un discurso rechazable desde su perspectiva<sup>60</sup>; d) que se trate de mensajes graves y serios para la generación del sentimiento de odio<sup>61</sup>, y e) el ánimo que persigue el autor es el de agredir, lo que permitiría excluir las manifestaciones pretendidamente hilarantes y las que se efectúan desde la venganza puntual, desprovistas de la necesaria mesura, limitación que no alcanzamos a entender, por cuanto si el término “agredir” se interpreta como atentar contra un concreto bien o derecho individual, estamos ante la incitación directa a la comisión de actos de violencia, y si se entiende como afectar de manera genérica los sentimientos o la dignidad o la moral social por el contenido reprochable del discurso concreto, obviamente se estará sancionando el mero acto comunicativo que expresamente se había indicado por la Circular FGE 7/2019 que no podía ser objeto de castigo. En el fondo, nos encontraríamos de nuevo en el punto de partida, de manera que de un modo u otro acaba sancionándose justo aquello que se afirmó que no podía ser objeto de sanción: el discurso, el mero acto comunicativo, en tanto que afecta a un concreto sentimiento o moral colectiva.

Ante esta incapacidad tanto de la Fiscalía como de la jurisprudencia de restringir la interpretación de esta figura delictiva a la hora de aplicar el art. 510 CP, GALÁN MUÑOZ<sup>62</sup> intenta realizar una interpretación que permita frenar la imparable expansión de los delitos del discurso del odio, y al mismo tiempo dar respuesta a los problemas que los mismos tratan de solventar en relación con el Derecho penal de la discriminación. De este modo, y siguiendo el planteamiento realizado por GALTUNG respecto de lo que denomina el *triángulo de la violencia*<sup>63</sup>, considera que el tipo penal que estamos analizando guarda relación directa con la denominada *violencia cultural*; por tanto, según entiende, sólo será legítima la sanción de discursos o mensajes “si su ejecución viene a poner en tela de juicio otros

valores fundamentales por representar una forma de incitación, cuanto menos, indirecta o no explícita a la comisión de ataques violentos y graves contra terceros, como sucederá cuando generen una atmósfera, un clima de hostilidad hacia determinados colectivos que favorezca la realización de tales ataques contra quienes los integran”, de manera que lo que se deriva directamente de este planteamiento es que “estas figuras sólo pueden castigar la transmisión de mensajes en la medida en que éstos resulten idóneos por sí mismos para dar lugar a la realización de ataques que también tengan esta trascendencia. Esto es, en la medida en que sancionen mensajes que resulten aptos para inducir la ejecución de actos violentos y delictivos”<sup>64</sup>. En resumen, considera este autor que sólo podrán criminalizarse actos de incitación indirecta a cometer determinados delitos violentos por haber generado un clima de hostilidad que los favorecen e impulsan. El problema, en nuestra opinión, es que el art. 510 CP no sanciona la incitación directa, indirecta o idónea que cree un clima que pueda determinar la comisión de actos violentos, es decir, una violencia cultural que pueda degenerar en una violencia directa, sino que lo que expresamente se sanciona es la creación del propio clima de odio, hostilidad o discriminación, sin que sea necesario que de ello se derive una potencial y futura realización de una violencia directa.

En realidad, como señala NUÑEZ CASTAÑO<sup>65</sup>, respecto al art. 510 CP, al legislador “le resulta irrelevante el hecho de que la incitación indirecta realizada resulte o no idónea para la comisión de futuros actos de violencia, bastaría simplemente con que se fomenten o favorezcan en otros sentimientos de odio, discriminación u hostilidad”. Por tanto, se está sancionando una determinada forma de pensar, unas opiniones o ideas, la transmisión de las mismas y la potencialidad de convencer a terceros de su corrección, sanción que en opinión de GALÁN MUÑOZ<sup>66</sup> carece de legitimidad alguna, y aceptando la existencia de la regulación típica,

60 Señala la STC 176/1995, que “la libertad de expresión comprende la de errar y otra actitud al respecto entra en el terreno del dogmatismo, incurriendo en el defecto que se combate, con mentalidad totalitaria” (FJ Segundo).

61 Dos consideraciones en relación con este cuarto criterio: en primer lugar, en nuestra opinión, si se trata de mensajes graves y serios para incitar a la realización de actos violentos (terroristas o no), ya no estamos ante una incitación indirecta idónea para crear un clima social, sino ante un supuesto de incitación directa relacionado con el *clear and present danger*; si, por el contrario, seguimos entendiendo que el desvalor del comportamiento radica en la generación de unos concretos sentimiento, por mucha incitación directa o indirecta a un determinado clima de hostilidad, se están sancionando ideas y su transmisión, sean estas correctas o incorrectas, aceptables o intolerables y ello supone una afección clara y manifiesta de la libertad de expresión.

62 GALÁN MUÑOZ, “¿Juntos o revueltos?”, cit., pp. 311 y ss.

63 GALTUNG diferencia tres tipos de violencia: estructural, cultural y directa, cfr. GALÁN MUÑOZ, “¿Juntos o revueltos?”, cit., p. 311.

64 GALÁN MUÑOZ, “¿Juntos o revueltos?”, cit., pp. 321 y ss.

65 NUÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal*, cit., p. 239.

66 GALÁN MUÑOZ, “¿Juntos o revueltos?”, cit., p. 324, donde sostiene que no tiene legitimidad la prohibición de discursos, opiniones, actos de apoyo o fomento de alguna forma de violencia cultural por el mero hecho de serlo, porque ello implicaría considerar “no acorde a nuestra Constitución que el art. 510.1 a) CP sancione, como de hecho hace, la difusión de expresiones por el simple hecho de que éstas sean adecuadas para incitar al odio o a la hostilidad”.

considera que deben aplicarse con la máxima restricción y cautela, aunque reconoce que, realmente no es lo que ocurre en la realidad<sup>67</sup>. Tal vez la opción fuera la de aceptar exclusivamente la posibilidad de incitación directa a la comisión de actos violentos, y eliminar del texto penal el castigo de discursos que no respondan a estos parámetros.

### 2.3. Breves consideraciones sobre los colectivos protegidos: ¿estatus o clases?

El último de los aspectos controvertidos al que haremos referencia en relación con la regulación típica del art. 510 CP, es el relativo a la delimitación de los colectivos protegidos, es decir, aquellos que el legislador ha considerado especialmente vulnerables en relación con los discursos o expresiones que conllevan odio, hostilidad, discriminación, etc.

Los delitos contenidos en la art. 510 CP no tienen relevancia exclusivamente por el contenido de un discurso más o menos reprochable, sino porque el mismo se realice (motivación) para provocar un determinado clima de hostilidad hacia los integrantes de determinados colectivos (grupos diana) que, ab initio, se han considerado especialmente vulnerables en comparación con otros. Esta motivación discriminatoria aparece expresamente mencionada en la Circular de la FGE 7/2019, en su apartado 2.2. que la define como elemento esencial diferenciador respecto de otros comportamientos delictivos, configurando una “*expresión de la intolerancia excluyente frente a un determinado grupo o sus integrantes. Lo que se sanciona es el odio que denota una cosificación de otro ser humano, un desprecio hacia su dignidad, por el mero hecho de ser diferente*”, razón por la cual sostiene la inclusión de cualquier tipo de colectivo o grupo social independientemente de que constituya o no una minoría vulnerable<sup>68</sup>.

Como pone de relieve LANDA GOROSTIZA<sup>69</sup> se trata de determinados grupos que, habiendo partido inicialmente del ámbito étnico o racial (esencialmente se hablaba de motivos racistas), sin embargo se ha ampliado hacia otros “*colectivos sociales contruidos sobre el sexo y otras circunstancias (discapacidad, situación familiar, profesional...)*”, a los que habría que añadir, ideología, creencias, género y, tras la LO 6/2022, de 12 de julio, aporofobia, de manera que, en su opinión, “*la normativa anti-odio mantiene una orientación de protección de minorías vulnerables pero se va expan-*

*diendo a proyectarse sobre todo tipo de colectivos (minorías o no, vulnerables o no) que en el contexto se vean amenazados y agredidos*”.

El problema, en nuestra opinión, tal como señala el autor que se acaba de mencionar radica precisamente en la concreta descripción típica que realiza nuestro legislador que al configurar como elemento de los delitos del discurso del odio la motivación con la que actúa el sujeto pone el acento en el móvil respecto de un determinado estatus o característica que identifica la motivación de quien actúa: motivos ideológicos, religiosos, étnicos, etc., y no en la discriminación respecto de un concreto grupo o colectivo.

En relación con el Derecho penal antidiscriminatorio, o más concretamente, respecto de los delitos de odio o del discurso del odio, pueden diferenciarse dos modelos de regulación o identificación de los grupos que deben ser protegidos: el *modelo de estatus* que ocupa la víctima hacia la que se dirige la conducta realizada y el *modelo de grupo o clase* concreta de la misma<sup>70</sup>. El modelo de estatus se configura como una categoría universal que define de manera genérica la señal de identidad que motiva el odio o la discriminación, es decir, la raza, el sexo, la religión, la ideología, etc., sin hacer referencia alguna a la posible clase minoritaria que dentro de ese estatus pueda resultar más vulnerable y, en consecuencia, más necesitada de protección; por el contrario, el modelo de clase o grupo, se refiere a una categoría específica del colectivo, que si bien comparten un mismo estatus (raza, sexo, religión), sin embargo tienen una característica especial diferenciadora dentro de ese concreto estatus que los convierte en especialmente vulnerables en relación con otras personas, por ejemplo, raza (estatus) negra (clase), sexo (estatus) mujer o femenino (clase), religión (estatus) musulmana (clase), etc.

Ante esta situación, dependerá de qué modelo concreto contenga la regulación jurídico penal de los delitos de odio y del discurso del odio para poder determinar quienes serán los grupos diana respecto de los que serán sancionables estos comportamientos realizados. En relación con esta situación, señalan CANCIO MELIÁ/DÍAZ LOPEZ<sup>71</sup> que si consideramos que el precepto “*pertenece al discriminatory selection model legislativo de crímenes de odio, entonces cuando en su listado figuren las palabras “etnia” o “sexo”, las mismas irían referidas a una concreta étnica y a un concreto sexo del colectivo tradicionalmente discriminado*

67 GALÁN MUÑOZ, “¿Juntos o revueltos?”, cit., p. 328.

68 Circular de la FGE 7/2019, apartado 2.5.

69 LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, cit., pp. 137 y ss.

70 La diferenciación de ambos modelos es más ampliamente desarrollada por CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al art. 578 del Código Penal*, Aranzadi, 2019, pp. 63 y ss.

71 CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista?*, cit., p.73.

al que perteneciera la víctima (e.g. etnia gitana o sexo femenino). Si el tipo penal en cuestión lo interpreta desde la óptica del animus model (del principio de igualdad sean cuales sean nuestras condiciones personales, y no de la protección de colectivos tradicionalmente discriminados), entonces “etnia” y “sexo” se referirán a cualquier étnica o cualquier sexo, incluso los de los colectivos mayoritarios”.

Consideramos que nuestro Código penal ha optado por el modelo que hace referencia a la motivación o móviles con los que actúa el sujeto, y de hecho como se ha señalado, así lo pone de manifiesto la Circular de la FGE 7/2019 en su apartado 2.5, de manera que los grupos diana vendrán determinados por su *estatus* (raza, etnia, sexo, género, orientación sexual, ideología, creencias, situación familiar, enfermedad, discapacidad o aporofobia) y no por la concreta clase o grupo al que pertenezcan (negros, homosexuales, mujeres, musulmanes, gitanos, etc.)<sup>72</sup>. De este modo se protegen a todos colectivos que aparezcan expresamente mencionados en la regulación penal, independientemente de si son especialmente vulnerables u objeto de una especial discriminación, o no.

Una primera consecuencia de la elección de este modelo, es la posibilidad de ampliación del mismo a cualquier tipo de colectivo que la moral social dominante en un momento concreto o el poder político de turno entienda que necesita especial protección<sup>73</sup>. Pero, como segunda consecuencia, quizás mas cuestionable que la primera, es el hecho de que el atención al modelo de igualdad y estatus que se plantea que sanciona la actuación por una concreta motivación basada en raza, religión, sexo, ideología, etc., se incluyan no sólo los grupos minoritarios o tradicionalmente discriminados, sino también los grupos mayoritarios que, al menos en principio, no son objeto de violencia cultura, estructural o discriminación alguna (blancos, heterosexuales, católicos, hombres, etc.), e, incluso, grupos que ostentan posiciones predominantes en relación con el resto (monárquicos, militantes de uno de los partidos políticos dominantes, etc.)<sup>74</sup>. Así, afirma NÚÑEZ CASTAÑO<sup>75</sup> que “desde esta perspectiva, absolutamente correcta, nada impediría la posibilidad de apreciar la existencia de un delito de odio en una manifestación antimonárquica en la que se quemara la foto de los reyes, o una ma-

nifestación antifascista en la que se emiten discursos denostadores de ideologías de extrema derecha o de quienes ensalzan o defienden el franquismo”, y evidentemente no podría impedirse porque el art. 510 CP no otorga una exclusiva protección a grupos minoritarios o vulnerables que han sido tradicionalmente objeto de discriminación, sino que atendiendo al modelo motivacional basado en el estatus otorga protección a todos los colectivos, discriminados o no<sup>76</sup>.

De hecho, la propia Circular de la FGE 7/2019 en su, ya reiteradamente mencionado, apartado 2.5 avala esta interpretación al analizar cada uno de los motivos discriminatorios contenidos en el art. 510 CP, y sostiene claramente que la referencia debe ser respecto del estatus y no respecto de la clase o grupo concreto, afirmando, por ejemplo, en relación con la ideología como motivo discriminatorio que “viene referida exclusivamente al ámbito político, es decir, a las distintas concepciones sobre la forma de organización de un Estado, por la forma en que la víctima cree que debe ser la organización del modelo político. Desde esta perspectiva la ideología incluiría cualquier creencia en una determinada forma de organización política del Estado: ya sea con el mantenimiento del actual Estado español como monarquía parlamentaria, su transformación en un Estado totalitario, su mutación en República Federal, su disolución y creación de otros Estados independiente, o cualesquiera otras formas de organización política”. En definitiva, siempre que el discurso o la expresión venga motivada por el odio o desprecio hacia un determinado grupo en relación con el estado concreto que ostenta, ocupa o le es inmanente, se podría afirmar la existencia de un delito del art. 510 CP, aunque en modo alguno exista ningún tipo de vulnerabilidad ni de discriminación hacia ese concreto grupo que se sustente en una violencia cultura y/o estructural. Habría, por tanto, discurso del odio respecto de la crítica de grupos de extrema derecha, o respecto de considerar a todos los hombres como agresivos o violadores, o entender que los católicos son represores o que los ateos o agnósticos están condenados al infierno eterno, etc.

Pero es que no cabe otra interpretación, porque como pone de relieve de forma absolutamente categórica la Circular de la FGE 7/2019, si bien es cierto que la ra-

72 GALÁN MUÑOZ, “¿Juntos o revueltos?”, cit., p. 308; NÚÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal*, cit., pp. 242 y ss.

73 Claro ejemplo de ello es la LO 6/2022, de 12 de julio que incorpora la aporofobia entre los motivos regulados en el art. 510 CP.

74 GALÁN MUÑOZ, “¿Juntos o revueltos?”, cit., p. 308; LEON ALAPONT, “La descontrolada expansión de los delitos de odio”, cit., p. 218.

75 NÚÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal*, cit., pp. 243 y ss.

76 De opinión contraria es TAPIA BALLESTEROS, “Discurso del odio: España ante el TEDH”, en *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2020, p. 1093, quien sostiene que los delitos de odio tienen origen en delitos antidiscriminatorios y por ello los colectivos afectados necesariamente deben situarse en una posición de vulnerabilidad dentro de la sociedad que necesariamente debe ser acreditada.

tio criminis original del art. 510 CP se encuentra en el intento de protección de colectivos minoritarios, discriminados o desfavorecidos y, por ello, considerados especialmente relevante, la realidad es que el legislador penal plasmó una regulación penal en la que “*la vulnerabilidad del colectivo no es un elemento del tipo delictivo que requiera ser acreditado*”, de modo que llevando a cabo un juicio de valor previo “*ha partido de esa vulnerabilidad intrínseca o situación de vulnerabilidad en el entorno social. Tampoco lo es el valor ético que pueda tener el sujeto pasivo. Así una agresión a una persona de ideología nazi, o la incitación al odio hacia tal colectivo, puede ser incluida en este tipo de delitos*”<sup>77</sup>

En resumen, la opción que realiza el legislador español en la regulación del art. 510 CP por el modelo motivacional determina los grupos diana en atención al *estatus* al que pertenecen, sin tomar en consideración en forma alguna la vulnerabilidad o no de los mismos. Pero, consideramos, que incluso en el hipotético caso de aceptar que la vulnerabilidad pudiera ser un elemento a tomar en consideración si, como se ha señalado con anterioridad, el comportamiento que se sanciona es la incitación que crea un determinado clima de hostilidad, esta vulnerabilidad debería estar relacionada con el clima creado, y en consecuencia, siempre que se determine la existencia de un clima hostil hacia el colectivo concreto podría afirmarse la vulnerabilidad del mismo. Afirma en este sentido NUÑEZ CASTAÑO<sup>78</sup> que ello podría ocurrir, por ejemplo, con “*los de ideología franquista o neonazi, dado que tanto institucional (violencia estructural) como socialmente (violencia cultural) sufren una mayor hostilidad que otros grupos que tradicionalmente si se han considerado vulnerables como homosexuales, inmigrantes, mujeres, etc.*”, porque actualmente gozan de un elevado amparo institucional y social.

### 3. ¿LEGITIMIDAD DE LOS DELITOS DE DISCURSO DEL ODIOS?

Tras todo lo que se ha expuesto, resulta evidente que a pesar de los numerosos e indiscutibles intentos para tratar de restringir o limitar la aplicación de los delitos de discurso del odio, estos no han tenido un resultado aceptable, y que los jueces y Tribunales, con excesiva frecuencia, han recurrido a una interpretación literal de los tipos penales con condenas por la emisión de discursos

o actos comunicativos que carentes de lesividad en realidad constituyen un ejercicio legítimo de la libertad de expresión<sup>79</sup>, de manera que se ha producido un importante retroceso respecto del mismo<sup>80</sup>. Ya señalaba VIVES ANTÓN<sup>81</sup>, aunque refiriéndose al delito de apología del terrorismo del art. 578 CP, que la alabanza o enaltecimiento del delito o de sus autores no puede ser castigado en un Estado democrático porque ello implicaría erradicar la libertad de expresión; obviamente lo mismo cabe sostener respecto de discursos en los que el sentimiento que se transmite no es de alabanza o enaltecimiento, sino de odio hacia otros por determinadas causas o circunstancias.

El punto de partida a la hora de analizar la legitimidad o no de la tipificación de los discursos del odio radica en la delimitación de lo que debe entenderse por tal, y así, podría definirse como cualquier expresión de opinión o idea que tenga como base la antipatía, hostilidad o la aversión hacia algunos colectivos o grupos cuyo mal se desea. Si se parte de que se desea el mal de un tercero y que el motivo radica en una antipatía, aversión u hostilidad por su pertenencia a un determinado colectivo, no dejamos de encontrarnos ante sentimientos, y con ello retornamos de nuevo al principio, ¿por qué los sentimientos deben ser penados? Obviamente no existe fundamento jurídico penal que sustente la sanción de los sentimientos que tiene el sujeto activo, pero tampoco los que provoque en terceras personas o en los miembros de los colectivos que se “odian”. Porque ello no supone la afición ni siquiera potencialmente lejana de los presuntos bienes jurídicos que han pretendido identificarse: la dignidad o la seguridad de los colectivos.

El ejercicio de la libertad de expresión nunca puede ser delito de odio, salvo que directamente incite a la realización de actos violentos desde la perspectiva de lo sostenido por el *test de Brandemburgo*, desde el *clear and present danger*. Los planteamientos que presuntamente pretenden restringir el ámbito de aplicación del art. 510 CP desde los criterios establecidos por el *test de Rabat*, la *idoneidad* o el *clima social*, no son sino una restricción de la libertad de expresión, y el intento de legitimar la sanción de meros actos comunicativos y transmisores de ideas que resultan rechazables, hostiles o peligrosas desde la perspectiva del sentimiento generalizado en el momento social, histórico y político concreto. No podemos olvidar que la incitación a la que se

77 Circular de la FGE 7/2019, apartado 2.5.

78 NUÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal*, cit., p. 246.

79 MIRÓ LLINARES, “Derecho penal y 140 caracteres”, cit., p. 60.

80 ROIG TORRES, *Delimitación entre libertad de expresión y discurso del odio*, cit., p. 207.

81 VIVES ANTÓN, “Sobre la apología del terrorismo como discurso del odio”, en *Libertad de expresión y discurso del odio. Cuadernos Democracia y Derechos Humanos*, 2015, pp. 509 y ss.

refiere el art. 510 no es la de realizar actos de violencia, sino la de incitar al odio, a un sentimiento.

Y ello, junto con la expresa referencia que contiene el mencionado precepto a la posibilidad de que la incitación al odio, pueda ser directa o indirecta, implica la imposibilidad de cualquier interpretación restrictiva del mismo que posibilite la indemnidad del derecho a la libertad de expresión. No resulta posible identificar ningún otro elemento típico específico, al margen del acto comunicativo de incitación al odio, que permita realizar una interpretación restrictiva del delito contenido en el art. 510 CP, salvo la determinación de si resulta o no precisa la creación de un concreto clima social de rechazo respecto de los identificados como grupos diana, y eso incluso de manera cuestionable, porque tampoco encuentra respaldo normativo expreso. No es sorprendente en realidad esta situación, porque al legislador penal le resulta totalmente irrelevante en relación con los delitos del discurso del odio si la incitación (directa o indirecta) es o no idónea para cometer futuros actos de violencia porque sanciona simplemente fomentar, favorecer o incitar a determinados sentimientos respecto de otros; es decir, se castigan *“ideas que provocan sentimientos convirtiendo en delito el hecho de odiar y transmitir ese odio y anulando con ello el derecho a la libertad de expresión”*<sup>82</sup>.

Por el contrario, entendemos que la legitimidad de la criminalización del discurso del odio desde el respeto a la libertad de expresión, debe partir de considerar que la incitación debe ser idónea, pero no para crear un determinado clima social hostil o provocar unos determinados sentimientos, sino para que genere violencia directa que determine la producción de un peligro claro e inminente para los derechos y bienes jurídicos individuales de terceros. En consecuencia, debe exigirse y constatarse la existencia de un plus de desvalor específico para que pueda ser considerado delito; desvalor que de ninguna de las posibles interpretaciones que puedan realizarse cabe sostener en relación con el art. 510 CP.

Ante la imposibilidad de realizar una interpretación restrictiva que impida la sanción de los actos comunicativos, de los discursos y mensajes y de su transmisión, por el mero hecho de considerar que tienen un determinado contenido identificado por un sector social

o político, mayoritario eso sí, como ofensivo y hostil, la única opción válida desde la perspectiva del respeto al derecho fundamental a la libertad de expresión, y del cumplimiento de los principios inspiradores del Derecho penal de un Estado de Derecho, es abogar por la derogación del art. 510 CP en tanto que en su actual configuración, por todas las razones expuestas no resulta legítimo. En realidad, son muchos los autores que mantienen esta postura respecto de un tipo penal que criminaliza determinados discursos por la única razón de que pudieran ser adecuados para incitar al odio y a la hostilidad, por cuanto implican una evidente y notoria vulneración de la libertad de expresión<sup>83</sup>. La única opción, desde nuestro punto de vista, de poder abogar por la legitimidad de esta regulación, sería reducir su ámbito de aplicación a la incitación directa a realizar actos de violencia, pero aquí ya no adolecería de ilegitimidad, sino de innecesariedad en tanto que ya encuentra acomodo el comportamiento en la apología y/o provocación para delinquir contenidas en el art. 18 CP.

No puede ni debe emplearse el Derecho penal como medio exclusivo de restricción de los derechos fundamentales de los ciudadanos, porque tal como afirma ALCÁCER GUIRAO<sup>84</sup> todos los ciudadanos tienen derecho a sus propias convicciones y a expresarlas, incluso cuando puntual o coyunturalmente puedan alterar la paz pública, atentar contra la moral social u ofender a otros ciudadanos, y que la forma legítima de luchar contra esos discursos no es la criminalización de los mismos, ni la restricción de un derecho fundamental, sino que *“la tolerancia hacia el otro ha de inculcarse con la palabra, no puede imponerse con la sanción penal”*. Una interpretación diversa, determinaría que, mediante este tipo de legislación, el Código penal se convierte en un instrumentos de control y eliminación de la discrepancia, sea del tipo que sea, social, política o ideológica, atentando de manera frontal contra el derecho a la libertad de expresión<sup>85</sup>; opción no encuentra justificación alguna, ni siquiera en la existencia de discursos, opiniones o comentarios ofensivos, reprochables u hostiles por el mero hecho de serlo<sup>86</sup>.

En definitiva, en nuestra opinión, la salvaguarda del derecho a la libertad de expresión pasa por la derogación *lege ferenda* de los delitos del discurso del odio evitando con ello el existente *efecto desaliento* en la

82 NÚÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal*, cit., p. 278.

83 GALÁN MUÑOZ, “¿Juntos o revueltos?”, cit., p. 324; NÚÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal*, cit., p. 279.

84 ALCÁCER GUIRAO, “Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática”, en *Revista Crítica penal y poder*, n1 28, 2019, p. 26.

85 MIRA BENAVENT, “Algunas consideraciones político-criminales”, cit., p. 104 y ss.

86 CABELLOS ESPÍERREZ, “Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 112, 2018, p. 82; GALÁN MUÑOZ, “Delitos de odio, discurso del odio y Derecho penal”, cit., p. 47.

sociedad que se ve claramente coartada a la hora de expresar su opiniones e ideas<sup>87</sup>. Y ello, porque, como señala NÚÑEZ CASTAÑO<sup>88</sup> “en la lucha contra la intolerancia en general no está todo permitido ni puede estarlo, y en un sistema democrático debe defenderse en todo momento los principios básicos y los derechos fundamentales que lo identifican”, porque, en el fondo, el rechazo del discurso concreto, como se ha señalado, va a depender de la moral social, del sentir general, de la ideología o creencias dominantes en cada momento de modo que se procederá a rechazar, a tratar de eliminar el pensamiento contrario, reduciendo las relaciones sociales a un sistema binario de buenos y malos que dependerá de qué sector domine en cada momento.

La única forma de luchar contra el discurso intolerante u hostil, es desde la tolerancia y los postulados y principios que fundamentan un Estado de Derecho, de manera que toda aquella criminalización de comportamientos que carezca de fundamento en la aficción de un concreto e identificable bien jurídico, y que se sustente exclusivamente en la emisión de opiniones contrarias a las mayoritarias, o dicho de otro modo, que se trate del ejercicio legítimo de la libertad de expresión, deberían eliminarse del ordenamiento jurídico por carecer por completo de la legitimidad necesaria que fundamenta la intervención penal.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, “Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática”, en *Revista Crítica penal y poder*, nº 28, 2019

– “Símbolos y ofensas. Crítica a la protección de los sentimientos religiosos”, en *Revista electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 21-15, 2019.

BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación en el Derecho penal*, Comares, 1998.

CABELLOS ESPÍERREZ, “Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 112, 2018.

CAMARA ARROYO, “Delitos de odio: concepto u crítica: ¿límite legítimo a la libertad de expresión?”, en *La Ley 1800/2018*.

CANCIO MELIA, “Art. 510”, en *Comentarios al Código penal*, Rodríguez Mourullo (Direct.), Madrid, 1997.

CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al art. 578 del Código Penal*, Aranzadi, 2019.

CARBONELL MATEU, “Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas más allá de la provocación y la injuria”, en *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Juan M<sup>a</sup> Terradillos Basoco*, Valencia 2018.

DAUNIS RODRÍGUEZ, “El modelo de protección penal frente a comportamientos de odio”, en *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2020.

DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio, Análisis del art. 510 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “El discurso del odio y el delito de odio de los arts. 510 y 510 bis del Código penal: Necesidad de limitar”, en *Boletín Límites a la Libertad de expresión*, Juezas y Jueces para la Democracia, nº 5, 2018.

DOMINGO PÉREZ, “La lucha contra el discurso del odio desde el respeto a los derechos fundamentales”, en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

FUENTES OSORIO, “Concepto de odio y sus consecuencias penales”, en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Marcial Pons, 2017.

– “El odio como delito”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-27. 2017.

GALÁN MUÑOZ, “¿Juntos o revueltos? Algunas consideraciones y propuestas sobre la cuestionable fundamentación y distinción de los delitos de odio y del discurso del odio”, en *Temas claves de Derecho penal. Presente y futuro de la política criminal en España*, JM Bosch Editor, 2021.

– “Delitos de odio, discurso del odio y Derecho penal, ¿hacia la construcción de injustos penales por

87 Son numerosos los autores que abogan por la supresión de este delito, entre otros, ALCÁCER GUIRAO, “Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática”, cit., p. 26; DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, “El discurso del odio y el delito de odio”, cit., p. 20; NÚÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal*, cit., pp. 281 y ss.; MIRÓ LLINARES, “Derecho penal y 140 caracteres”, cit., p. 52; CARBONELL MATEU, “Crítica a los sentimientos como bien jurídico”, cit., p. 1425; CANCIO MELIÁ/DÍAZ LOPEZ, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista?*, cit., pp. 247 y ss.; PORTILLA CONTRERAS, “El retorno de la censura”, cit., p. 92.

88 NÚÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal*, cit., p. 282.

- peligrosidad estructural?”, en *Revista Penal*, n.º 46, 2020.
- “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros”, en *Estudios penales y Criminológicos*, XXXVIII, 2018.
- “Redes sociales, discurso terrorista y Derecho Penal. Entre la prevención, las libertades fundamentales y ¿los negocios?”, en *La represión penal del discurso terrorista*, Galán Muñoz/Gómez Rivero (direct.), Tirant lo Blanch, Valencia 2021.
- GARCÍA ARROYO, “Algunas cuestiones político-criminales sobre el discurso del odio terrorista, ¿el fin de las garantías del Derecho penal democrático?”, en *La represión penal del discurso terrorista*, Tirant lo Blanch, Valencia 2021
- GÓMEZ MARTÍN, “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-20, 2016.
- GÓMEZ MARTÍN, “Odio en la Red. Una revisión crítica de la reciente jurisprudencia sobre Ciberterrorismo y Ciberodio”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 20, 2018.
- LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio. Arts. 510 y 22. 4º Cp 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- LEON ALAPONT, “La descontrolada expansión de los delitos de odio: acerca de la propuesta de incriminar el odio hacia las víctimas de la Guerra civil española y del franquismo”, en *El odio como motivación penal*, La Ley Wolters Kluwer, 2022.
- MENDOZA CALDERÓN, “Discurso del odio e inmigración. La criminalización de la intolerancia en Derecho penal español”, en *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019
- MIRA BENAVENT, “Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo”, en *Terrorismo y Contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y Político criminal*, Ratio Legis, Universidad de Salamanca, 2016.
- MIRÓ LLINARES, “Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión”, en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, 2016.
- NÚÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho Penal. La criminalización de los discursos extremos*, Aranzadi, 2022.
- PORTILLA CONTRERAS, “El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas”, en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- ROIG TORRES, *Delimitación entre libertad de expresión y discurso del odio. Postura del TEDH, del Tribunal Constitucional Español y del Tribunal Constitucional Alemán*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- TAPIA BALLESTEROS, “Discurso del odio: España ante el TEDH”, en *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2020.
- VIVES ANTÓN, “Garantías constitucionales y terrorismo”, en *Terrorismo, sistema penal y Derechos fundamentales*, Valencia 2018.
- “Sobre la apología del terrorismo como discurso del odio”, en *Libertad de expresión y discurso del odio. Cuadernos Democracia y Derechos Humanos*, 2015.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato \*.txt) a la dirección: [jcferreolive@gmail.com](mailto:jcferreolive@gmail.com)
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.



# Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para  
**mejorar el día a día**  
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo  
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 [atencionalcliente@tirantonline.com](mailto:atencionalcliente@tirantonline.com)

[prime.tirant.com/es/](https://prime.tirant.com/es/)