

49

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

LES PRÉVÈTE ET PRO

# Revista

Enero 2022

49

Revista Penal

# Penal

Enero 2022



tirant  
lo blanch

tirant  
lo blanch



# Revista Penal

Número 49

## Sumario

---

### Doctrina:

– Editorial: Enzo Musco, in memoriam, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i> .....	5
– La justificación penal de la desconexión letal de aparatos médicos. A propósito de la reasignación de respiradores en contextos dilemáticos (triaje ex post), por <i>Ivó Coca Vila</i> .....	7
– El delito de abandono del lugar del accidente, por <i>Javier García Amez</i> .....	26
– La convocatoria y celebración de referéndums y consultas ilegales: ¿delito?, por <i>José León Alapont</i> .....	38
– La cuestión de la gestación subrogada en el Ordenamiento jurídico italiano. La coexistencia de una prohibición de sanciones penales con la necesidad imperiosa de reconocer el vínculo filial, por <i>Lavinia Messori y Matteo Caldironi</i> .....	61
– La “sociedad del miedo” y el discurso terrorista. Algunas consideraciones sobre el delito de difusión de mensajes o consignas terroristas, por <i>Elena Núñez Castaño</i> .....	77
– Blanqueo, corrupción política y función pública. Una nueva agravación penal bajo el umbral de la Unión Europea, por <i>Miguel Ángel Núñez Paz</i> .....	101
– El menor como sujeto pasivo en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, por <i>Enrique Orts Berenguer y Margarita Roig Torres</i> .....	116
– Del Derecho penal represivo al preventivo. Un desafío a la transmisión intergeneracional de la violencia penal, por <i>Laura Pascual Matellán</i> .....	126
– La (infinita) reforma del Derecho penal empresarial, por <i>Martin Paul Waßmer</i> .....	137
– La Fiscalía General del Estado y los delitos de odio: ¿una falta de respeto al Derecho internacional?, por <i>Marta Rodríguez Ramos</i> .....	146
– La Ley Orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del Código Penal, por <i>Carlos María Romeo Casabona</i> .....	160
– Los ataques de denegación de servicios como ciberdelito en el Código Penal español, por <i>M<sup>a</sup> Ángeles Rueda Martín</i> .....	183
<b>Sistemas penales comparados:</b> Financiación ilegal de los partidos políticos ( <i>Illegal financing of political parties</i> ).....	217

### Bibliografía:

– <b>Recensión:</b> Discurso jurídico y método científico en el Derecho penal de nuestro tiempo. Reseña de “El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho”, de Bernd Schünemann (Madrid: Reus/ Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2019, 107 páginas), por <i>Eduardo Demetrio Crespo</i> .....	277
---	-----

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

---



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



UCLM  
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD  
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano  
Repositorio Institucional  
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanc

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**

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Alessandro Melchionda. Univ. Trento
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I <sup>o</sup>	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	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), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I<sup>o</sup>, Burgos), 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**

Eva Rulands (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Lavinia Messori (Italia)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto: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/RSCTirant.pdf>



## La Fiscalía General del Estado y los delitos de odio: ¿una falta de respeto al Derecho internacional?

Marta Rodríguez Ramos

Revista Penal, n.º 49 - Enero 2022

### Ficha Técnica

**Autora:** Marta Rodríguez Ramos

**Adscripción institucional:** Doctoranda en la rama de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Pablo de Olavide. Miembro del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas (SEJ-047).

**Title:** The Attorney General's Office and hate crimes: a lack of respect for international Law?

**Sumario:** I. Cuestiones introductorias. II. La Circular 7/2019: aspectos comunes a las figuras delictivas susceptibles de encajar en el artículo 510 CP. A. Bien jurídico protegido. B. Discurso de odio y libertad de expresión. C. Naturaleza jurídica de los delitos de odio. D. Sujeto pasivo. E. Tipo subjetivo. III. El discurso de odio según la Fiscalía General del Estado: ¿dónde queda el respeto al Derecho internacional? IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

**Summary:** I. Introductory questions. II. Circular 7/2019: common aspects of criminal figures likely to fit into article 510 CP. A. Protected legal asset. B. Hate speech and freedom of expression. C. Legal nature of hate crimes. D. Taxable person. E. Subjective type. III. Hate speech according to the State Attorney General's Office: where is respect for international law? IV. Conclusions. V. Bibliography.

**Resumen:** La Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 CP, reúne una serie de criterios que —según la Fiscalía General del Estado— comparten todas las figuras delictivas incluíbles en dicho precepto. A través de un breve análisis de cada uno de ellos, el presente artículo busca comprobar si la Circular facilita, en efecto, la comprensión de estas figuras delictivas de cara a su eventual sanción penal. Más allá de esto —y como objetivo primordial—, pretende hacer hincapié en un aspecto fundamental: la descarada falta de atención de la Fiscalía a los Tratados internacionales suscritos por España, con las peligrosas repercusiones que ello conlleva.

**Palabras clave:** Delito de odio, discurso de odio, Código Penal, discriminación, Fiscalía, libertad de expresión.

**Abstract:** Circular 7/2019, on guidelines for interpreting hate crimes under article 510 of the Criminal Code, contains a series of criteria that —according to the Office of the Attorney General of the State— are shared by all the offences included in this provision. Through a brief analysis of each of them, this article seeks to verify whether the Circular indeed facilitates the understanding of these criminal figures with a view to their eventual criminal sanction. Beyond this —and as a primary objective—, it seeks to emphasize a fundamental aspect: the brazen lack of attention of the Office of the Attorney General to the international Treaties signed by Spain, with the dangerous repercussions that this entails.

**Keywords:** Hate crime, hate speech, Criminal Code, Prosecution, freedom of expression.

**Rec.:** 15-10-2021 **Fav.:** 12-11-2021

## CUESTIONES INTRODUCTORIAS

Como es sabido, el contenido del vigente art. 510 CP viene dado por la importante reforma que supuso la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Esta norma ha implicado una transformación de gran envergadura que no solo ha afectado al contenido de muchas de nuestras figuras delictivas, sino que, además, ha evidenciado la

posición de nuestro legislador ante las interpretaciones restrictivas de algunas de ellas, las cuales venían siendo defendidas desde largo tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Entre los preceptos que más modificaciones han sufrido se encuentra el que es, de cierta manera<sup>1</sup>, el objeto del presente trabajo: el art. 510 CP, cuyo tenor ha cambiado de manera considerable a partir de la reforma<sup>2</sup>. En su momento, el Gobierno justificó la LO con dos

1 En puridad, el centro de nuestra investigación es el análisis de la Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 CP.

2 Tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, el art. 510 CP reza lo siguiente:

«1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

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

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.

3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas.

4. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

5. En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

6. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.

En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.»

argumentos distintos<sup>3</sup>: primero, que 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, debía ser traspuesta a nuestra legislación interna; y, segundo, que la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre, establecía una interpretación del llamado delito de negacionismo que limitaba su aplicación a los casos en los que este constituyese una incitación al odio contra las minorías. Pues bien, no obstante estas supuestas pretensiones, lo cierto es que el legislador ha ido mucho más allá de lo debido, por dos motivos principales. Primero, porque, si bien es cierto que era necesario trasponer la Directiva europea a nuestro ordenamiento, el ejecutivo tenía cierta libertad a la hora de decidir cómo hacerlo. Mientras que la norma comunitaria solo castiga los casos de incitación pública al odio y a la violencia, nuestro legislador ha ampliado la sanción penal a actos que, sin llegar a ser preparatorios o participaciones intentadas del delito, pueden incitar indirectamente al odio. Aparte de esto, en segundo lugar, ha incluido en el tipo el concepto de «hostilidad», algo que en ningún momento demandaba la Decisión Marco y que, además, solo consigue generar una mayor inseguridad jurídica<sup>4</sup>.

Dicho esto, si nos referimos a los cambios concretos de que ha sido objeto el precepto, pueden resumirse en los siguientes: para empezar, la conducta típica ya no se encuentra regida por el verbo «provocar», sino por los de «fomentar, promover o incitar»; en segundo lugar, se ha incluido en el tipo la incitación a la «hostilidad»; en tercer lugar, los sujetos pasivos de las conductas que

recoge el precepto ya no son solamente los grupos que se caracterizan por ciertas notas, sino también una parte de los mismos o bien sus integrantes individualmente considerados; y, por último, se ha ampliado el número de factores que pueden caracterizar al colectivo contra el que se dirige la conducta típica al haberse añadido la referencia a la «identidad sexual» y al «género». Veamos, a continuación, cuáles han sido las implicaciones de esta importante reforma.

De entre todas las consecuencias que ha traído consigo la LO 1/2015, de 30 de marzo, podemos destacar —particularmente y de forma sucinta, porque lo contrario excedería de lo que es el centro de la presente investigación—, dos. La primera, al haberse sustituido el verbo «provocar» por los de «fomentar, promover o incitar», el legislador ha hecho imposible interpretar el art. 510 CP de acuerdo con la definición de la conducta de la provocación según el art. 18.1 CP; es decir, como forma de participación intentada<sup>6</sup>. Además, al incluirse —al margen de la referencia al «odio»— la referencia a la «hostilidad», se insiste en la idea de que el comportamiento que se fomente, promueva o al que se incite no tiene por qué estar tipificado necesariamente, lo que implica hacer caso omiso a las demandas que venía haciendo la mayor parte de nuestra doctrina hasta entonces. Por otra parte, el hecho de haber incluido como sujetos pasivos a los miembros de los grupos caracterizados por ciertas notas encaja difícilmente con las interpretaciones que entendían que el art. 510 CP hacía referencia a una forma de «provocación» *sui generis* que no se orientaba hacia la protección de dere-

3 HERNÁNDEZ ROYO, sin embargo, entiende que existía una tercera razón para llevar a cabo la reforma: «el populismo punitivo y la sumisión del Derecho Penal a los réditos políticos», opinión esta que comparto (HERNÁNDEZ ROYO, A. El delito de incitación al odio del artículo 510 CP: cuando la vieja excepcionalidad deviene en nueva normalidad. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 45, 2020, p. 2).

4 Siguiendo las explicaciones de RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S. El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, n.º 12, julio de 2014, pp. 166-168.

5 Teniendo en cuenta todo esto, parece evidente la voluntad del legislador del 2015: ampliar el ámbito de aplicación de este tipo de conductas e impedir las posibles interpretaciones restrictivas de su contenido, al contrario de lo que venía demandando la doctrina. Así, por ejemplo, ALAUSTEY DOBÓN, C. Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18, 2016, p. 16.

6 Según esta interpretación, el art. 510.1 CP debía entenderse como un precepto antidiscriminatorio que tenía que ser interpretado restrictivamente, ciñéndolo a la provocación del art. 18.1 CP, dado que el ámbito de aplicación de la norma era excesivamente amplio. A mi juicio, este entendimiento era el más correcto teniendo en cuenta que la conducta «provocar» poseía ya un contenido concreto (el del art. 18 CP) que requería para ser punible que el hecho al que se incitara constituyera un tipo delictivo. Además, para respetar el principio de intervención mínima y poder justificar el adelantamiento de la barrera punitiva, la conducta incriminada debía ser, como mínimo, adecuada para poner en peligro un bien jurídico, lo que solo se cumple al exigir que la provocación sea a un acto constitutivo de delito. Por último, no puede olvidarse que este tipo de conductas entra de lleno en conflicto con un derecho fundamental, la libertad de expresión, que, como tal, solo puede ser limitado por comportamientos suficientemente graves para justificar una restricción a su ejercicio —gravedad que, en mi opinión, solo tienen aquellos que se encuentren tipificados como delito—. De esta manera, también, GARCÍA ÁLVAREZ, P. *La restricción del derecho a la libertad de expresión por el Derecho Penal: el artículo 510.1 del Código Penal y las conductas relacionadas con el fenómeno del “discurso del odio”*. *Evolución y aplicabilidad*, en *Derecho Penal: la espada y el escudo de los Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 133.

chos individuales, sino a la salvaguarda de la seguridad existencial de los grupos considerados en su conjunto<sup>7</sup>.

A mi entender, los efectos recién mencionados chocan frontalmente con los criterios que había otorgado previamente nuestro TC en esta materia —un asunto que, dada su amplitud, no resulta abarcable en este texto—, lo que me obliga a concluir que la redacción que le ha dado la LO 1/2015, de 30 de marzo, al art. 510 CP es, a todas luces, inconstitucional. Sin embargo, lo cierto es que en los últimos años se han dictado en España dos sentencias<sup>8</sup> que han tomado distancia de la línea que venía guiando la interpretación del precepto desde su entrada en vigor. En virtud de estas, para poder apreciar la concurrencia de un delito de incitación al odio resulta suficiente que la ofensa en cuestión se incluya en el conocido como «discurso de odio», ya que «esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia o discriminación»<sup>9</sup>. No obstante lo anterior, esta interpretación supone contradecir lo que dispuso en su momento el Auto de 8 de septiembre de 2017, en el que se estableció que no podía considerarse delictiva la mera exposición de ideas que no supusiese una incitación directa a la violencia, o bien no entrañase —al menos— un peligro real de crear un clima violento. Y esto porque, si así fuera, «se produciría la sanción penal sin concurrir lesión ni puesta en peligro de bien jurídico alguno, ante la simple posibilidad de que alguien pudiera ser convencido por el discurso de modo que pudiera acomodar su conducta futura al mismo» (F. J. Tercero).

Pues bien, a pesar de que la STS 396/2018, de 9 de febrero, ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina<sup>10</sup>, la problemática que esta ha generado va más allá de lo expuesto, ya que los planteamientos de la Fiscalía General del Estado en su Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP, parecen apoyar esta nueva orientación. Partiendo de la constatación del crecimiento de los denominados «delitos de odio» en nuestro país, y una vez hecho referencia a las medidas que ha tomado el Ministerio Fiscal para adaptarse a la situación, la Circular considera que el art. 510 CP constituye el centro neurálgico de la lucha contra la discriminación excluyente, a pesar de la diversidad de conductas que resultan incluíbles en su seno. A partir de esta idea, la

Fiscalía se centra en el análisis del precepto para proponer una serie de reglas que contribuyan a resolver las dudas que puedan surgir a la hora de aplicarlo. De cara a conseguir este objetivo, reúne los extremos que considera comunes a las conductas que castiga el art. 510 CP, los cuales —según el criterio expuesto en la Circular— sirven para identificar correctamente cuáles son los comportamientos discriminatorios o «de odio intolerante» que merecen reproche penal.

El presente artículo se encarga, precisamente, de analizar la postura de la Fiscalía en este ámbito, sobre todo en lo que a la afectación del derecho a la libertad de expresión se refiere. Para ello, en el siguiente apartado vamos a exponer una síntesis de aquellos aspectos que la Circular considera comunes a los comportamientos incluíbles en el art. 510 CP, para poder alcanzar una visión de conjunto del estado de la cuestión. Una vez expuesta esta base, nos detendremos concretamente en uno de ellos: el relativo al «discurso de odio», cuyo tratamiento por parte de la Fiscalía resulta de todo menos respetuoso con nuestra tradición jurídica. Concretamente, el interés de este elemento en particular radica en que la propuesta de interpretación que hace la Circular no tiene presentes las directrices trazadas por los organismos internacionales en instrumentos normativos —firmados por España— que resultan decisivos en lo que hace a la limitación del derecho a la libertad de expresión. Entendemos, pues, necesario hacer una reflexión crítica que, al menos, pueda contribuir a devolver las embravecidas aguas del Derecho penal español a su cauce.

Pasamos, a continuación, a abordar la primera de estas cuestiones.

## I. LA CIRCULAR 7/2019: ASPECTOS COMUNES A LAS FIGURAS DELICTIVAS SUSCEPTIBLES DE ENCAJAR EN EL ARTÍCULO 510 CP

### A. Bien jurídico protegido

Según la argumentación de la Fiscalía, el primer elemento que comparten las conductas incardinables en el art. 510 CP es el bien jurídico que protegen. Para proceder a su determinación, la Circular se refiere a tres aspectos en particular: primero, a la ubicación del precepto en nuestro Código —dentro del Capítulo IV,

7 Así, por ejemplo, LANDA GOROSTIZA (LANDA GOROSTIZA, J. *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al "delito de provocación" del artículo 510 del Código Penal*. Bilbao: Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, 1999, pp. 223 y ss.).

8 Me refiero a la Sentencia 2/2017, de 26 de enero, de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional y a la Sentencia del Tribunal Supremo (a partir de ahora, STS) 396/2018, de 9 de febrero, que venía a casar la primera.

9 STS 396/2018, de 9 de febrero, F. D. Único.

10 Entre los autores que se mostraban contrarios a esta interpretación se encuentra LANDA GOROSTIZA (vid. LANDA GOROSTIZA, J. M. *Los delitos de odio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 98).

del Título XXI del Libro II—, a partir de la cual extrae que lo que se pretende promover es el correcto ejercicio de los derechos fundamentales; segundo, al sujeto pasivo del delito, que le lleva a concluir que el precepto en cuestión prohíbe la discriminación como derecho independiente derivado directamente del derecho a la igualdad; y, tercero, al hecho de que la igualdad y la no discriminación solo pueden ser entendidas como manifestaciones de la dignidad humana.

Pues bien, a pesar de este planteamiento inicial, la Fiscalía General se limita en realidad en este punto a concretar las características que debe presentar una acción para ser susceptible de ser castigada penalmente en virtud del art. 510 CP, sin aclarar cuál es el bien jurídico protegido en este caso. Según la Circular, para poder aplicar la norma —y, por consiguiente, apreciar la concurrencia de un delito de odio— no resulta suficiente con constatar la existencia de un trato desigual o discriminatorio, sino que el comportamiento en cuestión debe atentar contra la dignidad de la persona, ya que es precisamente esto lo que lo convierte en inadmisible por vulnerar uno de los principios más básicos de nuestra sociedad democrática. Sin embargo, ante esta idea surge un interrogante importante: ¿cómo se diferencia una conducta discriminatoria que atenta contra la dignidad humana y otra que no lo hace? Desde mi punto de vista esta divergencia no existe, ya que la discriminación peyorativa hacia una persona implica *per se* un atentado contra su dignidad. Por tanto, no puedo más que concluir que, al menos a este respecto, la Circular no ayuda a clarificar la cuestión<sup>11</sup>.

Más adelante, en el epígrafe titulado «Conclusiones», la Circular termina por señalar la dignidad humana<sup>12</sup> como el bien jurídico protegido en el art. 510 CP, algo que me parece muy cuestionable. Me explico: la dignidad de la persona, como fundamento de nuestro Ordenamiento jurídico, es un principio inspirador del mismo, lo que supone que conforme a ella deben inter-

pretarse no solo los derechos, sino también los bienes jurídicos que de ellos derivan. Desde luego, esto no quiere decir que deba quedar sin castigo un comportamiento que implique la humillación de una persona; de hecho, más bien al contrario: este podrá ser sancionado en virtud del tipo penal que protege el bien jurídico que haya resultado vulnerado precisamente porque este emana directamente de la dignidad humana<sup>13</sup>.

Afirmado lo anterior, a mi juicio el bien jurídico que protege el art. 150 CP es una de las manifestaciones de este principio fundamental; concretamente, el derecho a no ser discriminado. Y así lo entiendo tanto desde el punto de vista individual —el de los integrantes de los grupos que se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación del precepto— como colectivo. En particular, en esta segunda vertiente lo que se pretenderá salvaguardar es el derecho del colectivo a que no se vea alterada su situación de igualdad respecto del resto de la sociedad, o bien a que no se mantenga la situación de desigualdad que venga sufriendo<sup>14</sup>.

### B. Discurso de odio y libertad de expresión

Para enfrentar la problemática del discurso de odio, la Fiscalía recurre a varias resoluciones del TC<sup>15</sup> en las que se defiende la preeminencia del derecho fundamental a la libertad de expresión, reconociendo en todo momento que este no posee un carácter absoluto. De acuerdo con esta idea, explica que podrá ser limitado siempre que choque con otros derechos constitucionalmente amparados; ahora bien, advierte que en tal caso existe el riesgo de disuadir a la ciudadanía de su ejercicio —fenómeno conocido como «*chilling effect*» o efecto desaliento— si no se realiza una ponderación adecuada de los intereses en conflicto.

Pues bien, en lo que se refiere al discurso de odio en concreto, la Circular dispone que cualquier conducta susceptible de encajar en esta categoría se encuentra automáticamente fuera del paraguas protector de la li-

11 Siguiendo a GARCÍA ÁLVAREZ, P. El artículo 510.1.a) del Código Penal a la luz de la Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. *La ley penal*, n.º 151, julio-agosto de 2021, pp. 5 a 7.

12 Así lo entiende también MOLINA BLÁZQUEZ, quien explica que el posicionamiento de la Fiscalía se evidencia en el momento en que la Circular insta a los Fiscales a «valorar si la conducta del sujeto activo supone no solo un trato desigual o discriminatorio, es decir, una diferencia de trato que no responde a una justificación objetiva, razonable, necesaria y proporcionada, pues no toda discriminación reúne las características específicas que la cualifican como expresiva de un delito de odio. Para que concurra una infracción de odio será necesario, además, que la acción u omisión solo pueda ser entendida desde el desprecio a la dignidad intrínseca que todo ser humano posee por el mero hecho de serlo. Supone, en definitiva, un ataque al diferente como expresión de una intolerancia incompatible con la convivencia» [MOLINA BLÁZQUEZ, M. C. Valoración crítica de la Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado sobre las pautas para interpretar los delitos de odio del art. 510 del Código Penal, en GUZMAN ORDAZ, R. (coord.); NIETO LIBRERO, A. B. (coord.); GORJÓN BARRANCO, M. C. (dir.). *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2020, p. 8].

13 Siguiendo de nuevo a GARCÍA ÁLVAREZ, P. El artículo 510.1.a) del Código Penal..., *op. cit.*, pp. 7 y 8.

14 *Vid. Ibidem*, p. 8.

15 Entre otros pronunciamientos, la Circular menciona la STC 214, 1991, de 11 de noviembre; la STC 176/1995, de 11 de diciembre; la STC 235/2007, de 7 de noviembre; y la STC 112/2016, de 20 de junio.

bertad de expresión<sup>16</sup>. Para respaldar su posicionamiento, utiliza las conclusiones del TC en dos sentencias: la STC 235/2007, de 7 de noviembre, y la STC 112/2016, de 20 de junio; sin embargo, a mi entender, la Fiscalía las utiliza erróneamente. Para empezar, en la primera de estas resoluciones —la STC 235/2007, de 7 de noviembre—, nuestro Tribunal no otorga al discurso de odio un contenido distinto al que le venía dando la jurisprudencia hasta el momento; de hecho, el TC apreció entonces la concurrencia de un delito de enaltecimiento del terrorismo precisamente por considerar probado que el acusado incitó a la violencia con sus expresiones, y no porque estas fueran simples manifestaciones del discurso de odio. Del mismo modo lo entendió en la STC 112/2016, de 20 de junio, en la que el Tribunal argumentó que la condena por un delito de enaltecimiento del terrorismo era legítima dado que el autor, con su comportamiento, había incitado a la violencia mediante el enaltecimiento de actividades terroristas. Así, en realidad, tanto en una como en otra sentencia el TC ha mantenido el mismo criterio en cuanto a la punibilidad del discurso de odio: que no toda conducta incluíble en su seno debe quedar fuera del ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión ni ser, consecuentemente, sancionable desde el punto de vista penal.

No obstante, lo cierto es que una resolución posterior, la STC 72/2018, de 9 de febrero, ha supuesto una novedad en este ámbito al entender —ahora sí— de manera distinta a la «tradicional» el discurso de odio. Y es que, según la argumentación del Tribunal en este caso, la inclusión de una conducta bajo la rúbrica del

«*hate speech*», al presumirse que este implica por sí mismo —ya sea de manera directa o indirecta— sentimientos de odio, violencia o discriminación, constituye de manera automática el delito del art. 510.1.a) CP<sup>17/18</sup>. Ahora bien, a efectos de lo que al presente artículo interesa, la Circular 7/2019 ha reconocido en este sentido que el discurso de odio «no presenta unos contornos uniformes en los ámbitos nacional e internacional, tanto en la vertiente normativa (...), como en la exigencia interpretativa sobre la mayor o menor publicidad de los actos o sobre la concreción de la relevancia o el peligro para la afectación del bien jurídico protegido». En mi opinión esto supone que, en la práctica, deberá siempre atenderse a la letra de cada tipo penal, así como a la interpretación que venga haciendo del mismo la jurisprudencia, pero en ningún momento supone un cambio doctrinal del TC en lo que al delito del art. 510 CP se refiere.

En otro orden de cosas, más adelante la Fiscalía recoge una serie de criterios generales de interpretación conforme a los cuales entiende que se debe castigar penalmente el discurso de odio. Son los siguientes: en primer lugar, deja claro que este puede aparecer bajo la forma de comportamientos diversa índole<sup>19</sup>; en segundo lugar, afirma que debe tratarse de un comportamiento relevante, esto es, que perjudique al bien jurídico protegido o que posea suficiente entidad como para generar una situación de riesgo para el mismo; en tercer lugar, como elemento distintivo de otras figuras delictivas, exige que el sujeto activo actúe con una «motivación discriminatoria»<sup>20/21</sup>; y, por último, recalca la importancia del contexto y de las circunstancias para enfrentar

16 Según el texto de la Circular, lo que busca el discurso de odio es otorgar una aparente «legitimidad, coherencia, necesidad o justificación» a acciones que no pueden quedar amparadas por el derecho a la libertad de expresión porque esta «no puede situarse por encima de la dignidad de otro ser humano». Ahora bien, entiende que para poder castigar una conducta encuadrable bajo el concepto de «discurso de odio», hay que tener en cuenta «no solo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con los que han sido utilizadas», ya que «es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas».

17 Así lo explica GARCÍA ÁLVAREZ, P. El art. 510.1.a) del Código Penal..., *op. cit.*, p. 11.

18 En palabras del propio Tribunal: «Por su parte, el art. 510 CP (...) Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del "discurso del odio", que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad» (F. D. Único).

19 Según la Fiscalía, en él «se engloban, con carácter general, la promoción o difusión de ideas u opiniones; la emisión de expresiones o realización de actos de menosprecio, descrédito o humillación; o que inciten a la violencia física o psíquica; el enaltecimiento de ese tipo de hechos o de sus autores; o la justificación, trivialización o negación de graves actos contra la humanidad».

20 Según el texto de la Circular, «En los delitos de odio el sujeto activo ha de actuar con conocimiento y voluntad de cometer el hecho típico (dolo), pero solo es responsable penalmente si, como ya se expuso anteriormente, la conducta se realiza por un motivo de odio o discriminación contra determinado grupo o alguno de sus integrantes (motivación). Se trata de un elemento subjetivo tendencial que se ha introducido en la descripción típica de la acción y que, como tal, ha de concurrir para que esta pueda ser perseguida penalmente».

21 A este respecto, la Circular considera la motivación discriminatoria del sujeto activo como un elemento esencial que distingue el discurso de odio de cualquier otra figura delictiva, y dispone que «No toda agresión es delito de odio, aunque denote un cierto desprecio hacia la víctima. La conducta ha de estar orientada hacia la discriminación como 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». El problema que surge aquí, siguiendo a GARCÍA ÁLVAREZ, es que la Fiscalía confunde *motivación* del delito con la *intención* del autor que lo comete, cuando se trata de conceptos distintos. Además, en palabras de la autora, «El fundamento del castigo de estos hechos no puede recaer en el sentimiento de odio que mueva al sujeto activo» porque «En un Derecho penal de acto, lo determinante no puede ser la actitud interna del autor del delito». La expresión 'por motivos' empleada en el art. 510.1.a)

correctamente cada caso. Con respecto a esto último, la Fiscalía indica que, en caso de duda, el principio *favor libertatis* tendrá que jugar siempre en favor del derecho a la libertad de expresión.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, de los planteamientos de la Circular en lo que hace particularmente al discurso de odio solo puedo concluir que, en realidad, aportan más luces que sombras. Y esto porque, si bien en un principio intenta delimitar el ámbito de lo penalmente sancionable, al final acaba remitiendo a un análisis individual de cada caso para determinar si la acción es o no delictiva en virtud del necesario respecto a la libertad de expresión. Desde mi punto de vista, esta argumentación no tiene ningún sentido<sup>22</sup>.

### C. Naturaleza jurídica de los delitos de odio

La Fiscalía deja claro que los fiscales deben interpretar los comportamientos incluíbles en el art. 510 CP como delitos de peligro abstracto, haciendo una excepción en el caso del apartado a) del art. 510.2 CP<sup>23</sup>, que califica de peligro concreto. Sin embargo, en mi opinión esta diferenciación carece de sentido, ya que lo único que distingue el art. 510.2 CP del resto del precepto a este respecto es que una de las conductas que sanciona tiene un resultado lesivo, mientras que la otra solo da lugar a un peligro hipotético. Pero, además, si nos fijamos atentamente en las disposiciones de la Circular, podemos ver que en realidad la Fiscalía no está considerando el art. 510 CP como un delito de peligro abstracto, sino como un delito de peligro hipotético, dado que exige que la acción tenga la entidad suficiente como para generar un clima discriminatorio o de odio, así como que suponga un riesgo de materializarse en conductas intolerantes concretas<sup>24</sup>.

De esta manera, en virtud de la Circular 7/2019, sobre la naturaleza jurídica de los delitos de odio podemos concluir tres ideas principales: en primer lugar, que no se puede castigar toda conducta que encaje en el concepto de «discurso de odio»; en segundo lugar, que no es necesario que lo que se promueva sea un acto concreto —y tampoco, por consiguiente, un acto delictivo—; y, en tercer lugar, que para que pueda apreciarse la concurrencia de un delito de odio no basta con que se haya fomentado un ambiente discriminatorio o de odio. Lo que sí resulta fundamental comprobar, en todo caso, es que se haya llevado a cabo una conducta discriminatoria, ya que es precisamente este elemento el que implica la vulneración de la dignidad del individuo<sup>25</sup>.

### D. Sujeto pasivo

En lo que se refiere a los sujetos pasivos de los delitos de odio, la Fiscalía indica que estos pueden ser tanto los grupos que presentan ciertas notas específicamente señaladas en el art. 510 CP, como sus integrantes, algo que considero adecuado. En este punto hace referencia a los orígenes de estas figuras e indica, acertadamente, que están directamente relacionados con la protección de colectivos vulnerables; sin embargo, indica que no es necesario acreditar la situación de marginación del sujeto pasivo para apreciar la concurrencia de un delito de odio. Para la Fiscalía, el legislador ha introducido en este precepto factores que caracterizan a determinados grupos partiendo de su situación de vulnerabilidad social; por tanto, entiende que este hecho no tiene por qué probarse.

A mi juicio, esto resulta inadmisibile. Si la situación de vulnerabilidad social se diese por sentada, estos tipos quedarían totalmente desvinculadas de lo que es su esencia<sup>26</sup> y, consecuentemente, carecería de sentido

---

sirve para indicar, sencillamente, «que esos factores otorgan al trato ofrecido el carácter de verdadero trato discriminatorio, diferenciándolo del trato desigual meramente arbitrario». Cosa distinta será decidir «si ha de exigirse que la conducta tipificada se lleve a cabo con una intención ulterior, es decir, de forma tendenciosa» (vid. GARCÍA ÁLVAREZ, P. El artículo 510.1.a) del Código Penal..., *op. cit.*, pp. 13 y 17).

22 De esta manera, también, GARCÍA ÁLVAREZ (vid. *Ibidem*, p. 13).

23 Este precepto reza lo que sigue: «Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

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

24 Así, GARCÍA ÁLVAREZ, P. El artículo 510.1.a) del Código Penal..., *op. cit.*, p. 14.

25 Vid. *Ibidem*, pp. 14 y 15.

26 En palabras de LAURENZO COPELLO, «la esencia de los delitos de odio se encuentra (...) en el rechazo hacia el diferente», y lo que justifica su existencia es «la necesidad de protección reforzada de ciertos grupos que, por la minusvaloración social de alguna circunstancia que los distingue del modelo normativo aceptado, están especialmente expuestos a sufrir violencia u otros actos de discrimi-

su castigo. Entiendo, pues, que para poder sancionar legítimamente una conducta de esta índole las notas caracterizadoras incluidas en el art. 510 CP deben ser interpretadas de forma que se sepa claramente cuándo resulta legítimo su reproche penal<sup>27</sup>.

### E. Tipo subjetivo

Con respecto al tipo subjetivo del art. 510 CP, la Circular dispone que para confirmar la existencia de un delito de odio basta con comprobar que en el caso en cuestión el sujeto activo actúa conscientemente; esto es, sabiendo que incita, fomenta o promueve el odio, la hostilidad, la violencia o la discriminación contra los colectivos incluíbles en la norma. De cara a la acreditación de esta circunstancia se proponen varios aspectos que tener en cuenta, como por ejemplo el hecho de que las expresiones en las que consiste la conducta sancionable sean verdaderas por escrito.

Pues bien, a pesar de sus afirmaciones, la Fiscalía termina añadiendo como requisito para aplicar el art. 510 CP que el comportamiento se realice con una motivación determinada, confundiendo los conceptos de «motivación» y de «intención». Como sabemos, en un Derecho penal del hecho como es el nuestro, el castigo nunca puede encontrar fundamento en la actitud interna del autor. Ahora bien, lo que sí es posible —y de hecho lo considero adecuado— es plantear, como han hecho otros autores<sup>28</sup>, la necesidad de que concurra un elemento subjetivo tendencial para castigar la conducta; es decir, que el sujeto activo actúe de acuerdo con una intención ulterior<sup>29</sup>. Si así se dispusiera, podría evitarse la expansión de una norma que castiga conductas que de otro modo deberían quedar al amparo del derecho a la libertad de expresión, uno de los pilares primordiales de nuestro Estado de Derecho.

## II. LOS DELITOS DE ODIOS SEGÚN LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: ¿DÓNDE QUEDA EL RESPETO AL DERECHO INTERNACIONAL?

Al margen de los elementos comunes a las conductas que se incluyen en el art. 510 CP, en el seno del análisis que lleva a cabo la Circular 7/2019 sobre discurso de odio y libertad de expresión, esta enfrenta de manera independiente la definición del «discurso de odio». A la hora de abordar este tema, en un principio lo separa de lo que ya explicamos en el apartado anterior —esto es, los límites de la libertad de expresión en esta materia en concreto—; no obstante, a medida que avanza en su reflexión, la escisión inicial va desvaneciéndose hasta mezclar ambos asuntos. Pues bien, dejando a un lado este «detalle estructural», en la argumentación de la Fiscalía existe un elemento que, desde mi punto de vista, no se puede pasar por alto, sobre todo teniendo en cuenta la complejidad y la sensibilidad que reina este ámbito. Me refiero a la falta de consideración de la Circular hacia ciertos instrumentos internacionales suscritos por España, la cual resulta más que evidente si se atiende a su forma de entender el discurso de odio. Veamos esta cuestión más detenidamente.

En su argumentación, la Fiscalía explica que no existe «una definición unívoca de lo que deba entenderse por discurso de odio», a lo que añade que —de acuerdo con los principios de última ratio y de intervención mínima— el legislador español «no ha podido pretender una sanción penal para cualquier expresión de lo que, en definitiva, es un sentimiento humano». Expuesto esto, hace referencia a los orígenes de este fenómeno para explicar la trayectoria que se ha seguido a nivel internacional para enfrentar este tipo de manifestaciones. Así, pasa a mencionar los Tratados que han ido conformando el concepto de «discurso de odio» a lo largo de los años, en orden cronológico: la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio<sup>30</sup> de

nación» [LAURENZO COPELLO, P. Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados, en DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes (coord.); RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón (coord.); ACALE SÁNCHEZ, María (coord.); HAVA GARCÍA, Esther (coord.); RODRÍGUEZ MESA, María José (coord.); GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria (coord.); MEINI MÉNDEZ, Iván (coord.); RÍOS CORBACHO, José Manuel (coord.) y TERRADILLOS BASOCO, Juan María (hom.): Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan M<sup>a</sup>. Terradillos Basoco. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 1.295].

27 Así, también, GARCÍA ÁLVAREZ, P. El artículo 510.1.a) del Código Penal..., *op. cit.*, p. 16.

28 Por ejemplo, CÁMARA ARROYO, S. El concepto de delito de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 70, Fasc./Mes 1, 2017, pp. 177 y 180; y GARCÍA ÁLVAREZ, P. El artículo 510.1.a) del Código Penal..., *op. cit.*, p. 17.

29 A mi entender, en este caso el elemento subjetivo tendencial —que en todo caso tendrá que quedar probado— debería consistir en la perpetuación de la situación de desigualdad del sujeto pasivo con respecto del resto de la sociedad. De esta misma manera, GARCÍA ÁLVAREZ (*vid. Ibídem*, p. 24).

30 En vigor desde el 12 de enero de 1951, su art. III dispone que, entre otros actos, se castigará «c) La instigación directa y pública a cometer genocidio». El texto completo de la Convención puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CrimeOfGenocide.aspx>.

9 de diciembre de 1948; la ICERD<sup>31</sup> de 1965; el PID-CP<sup>32</sup> de 1966; la Declaración y Programa de Durban<sup>33</sup> de 2001; la Conferencia de Examen de Durban<sup>34/35</sup> de

2009; y la Recomendación 35 del CERD de las Naciones Unidas<sup>36</sup>, de 26 de septiembre de 2013.

31 En este caso, es el art. 4 el que se refiere a esta materia en concreto, con el siguiente tenor:

«Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;

b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;

c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.»

El texto completo de la Convención puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>.

32 La incitación al odio se regula concretamente en el art. 20 del documento, que dispone que:

«1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.

2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.»

El texto completo del Pacto puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

33 Dentro del apartado «Medidas de prevención, educación y protección destinadas a erradicar el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia en los ámbitos nacional, regional e internacional», la Declaración insta a los Estados «a adoptar y aplicar, en los ámbitos nacional e internacional, medidas y políticas eficaces, además de la legislación nacional vigente de lucha contra la discriminación y los instrumentos y mecanismos internacionales pertinentes, que alienten a todos los ciudadanos e instituciones a oponerse al racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia (...)». Además —y más concretamente—, de acuerdo con el derecho internacional relativo a los derechos humanos pertinente, exhorta a que los países «apliquen sanciones legales contra la incitación al odio racial mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones». El texto completo del Informe puede consultarse en el siguiente enlace: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/2/15/46/PDF/N0221546.pdf?OpenElement>.

34 La Conferencia de Examen de Durban se celebró del 20 al 24 de abril en Ginebra (Suiza), con el fin de evaluar el avance conseguido respecto a las metas establecidas en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Durban (Sudáfrica) en 2001. Sirvió para cumplir con lo prometido en la Declaración y el Programa de Acción de Durban, aprobadas en la Conferencia Mundial de 2001 a través de acciones, iniciativas y soluciones prácticas renovadas orientadas a alcanzar la igualdad para todas las personas y colectivos de todas las regiones y países del mundo (información extraída de la página web de la ONU, disponible en el siguiente enlace: <https://www.un.org/es/durbanreview2009/>).

35 En su punto número 13, el documento final de la Conferencia «Reafirma que las leyes deben prohibir toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia; reafirma además que la difusión de ideas basadas en la superioridad racial o el odio racial, la incitación a la discriminación racial y todos los actos de violencia y la incitación a tales actos deben ser tipificados como delitos punibles por ley, de conformidad con las obligaciones internacionales de los Estados, y que esas prohibiciones son compatibles con la libertad de opinión y de expresión». El texto completo del documento puede consultarse en el siguiente enlace: [https://www.un.org/es/durbanreview2009/pdf/Durban\\_Review\\_outcome\\_document\\_Sp.pdf](https://www.un.org/es/durbanreview2009/pdf/Durban_Review_outcome_document_Sp.pdf).

36 El apartado 5 del punto II, titulado este «El discurso de odio racista», dispone que «Si bien en la Convención no se utiliza explícitamente el término “discurso de odio”, esa falta de referencia expresa no ha impedido al Comité detectar fenómenos de discurso de odio y calificarlos como tales, ni tampoco examinar la relación entre las prácticas empleadas en el discurso y las normas de la Convención». Así, la recomendación «trata del conjunto de las disposiciones de la Convención que globalmente permiten identificar las formas de expresión que constituyen el discurso de odio». Para ayudar a identificarlo, explica que «El discurso de odio racista puede adoptar múltiples formas» y que «no está limitado a las expresiones de carácter explícitamente racial» (apartado 7, punto II). De acuerdo con esto —continúa más adelante en el mismo apartado—, los principios recogidos en la recomendación «se aplican al discurso de odio racista, proferido por individuos o por grupos, en cualquier forma en que se manifieste, oralmente o en forma impresa, o difundido a través de medios electrónicos como Internet y los sitios de redes sociales, así como mediante formas de expresión no verbales, como la exhibición de símbolos, imágenes y comportamientos racistas en reuniones públicas, incluidos los eventos deportivos». El texto completo de la Convención puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.refworld.org/es/category,REFERENCE,CERD,,,53f4596b4,0.html>.

A continuación, recuerda la definición que dio la ECRI de la incitación al odio en su Recomendación R (97) 20 del Comité de Ministros, de 30 de octubre de 1997, según la cual esta conducta está conformada por «todas las formas de expresión que propagan, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia, entre otras, la intolerancia expresada por el nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante». Más adelante, pasando al ámbito del Consejo de Europa, la Circular destaca el conocido como «Convenio de Budapest de 2001»<sup>37</sup>, que fue ratificado por España el 30 de enero de 2015 y que exige el castigo de diversas conductas incluibles en el discurso de odio, tales como la difusión de material racista y xenófobo mediante sistemas informáticos (art. 3); las amenazas con motivación racista y xenófoba (art. 4); los insultos con motivación racista y xenófoba (art. 5); y la negación, minimización burda, aprobación o justificación del genocidio o de crímenes contra la humanidad.

A pesar de estas importantes referencias, la Fiscalía entiende que el texto más específico que existe en esta materia es la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre de 2008 (relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal)<sup>38</sup>, cuyo contenido considera que fue excedido al dársele al art. 510 CP el tenor que posee en la actualidad<sup>39/40</sup>. Menciona, en concreto, el art. 1<sup>41</sup>

de la Decisión, según el cual el discurso de odio está formado por varios comportamientos cuyo centro se encuentra en «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», incluyéndose asimismo «la apología pública, negación o trivialización flagrante» de delitos contra la humanidad. Pues bien, a pesar de esta afirmación de la Fiscalía, lo cierto es que la manera de entenderse el *hate speech* en el art. 510.1.a) CP se encuentra lejos de respetar el texto europeo, cuya interpretación es mucho más restrictiva.

Siguiendo los planteamientos de GARCÍA ÁLVAREZ<sup>42</sup>, este hecho puede ilustrarse fácilmente con varios ejemplos. Para empezar, cuando la Decisión Marco hace referencia a la incitación, esta no dispone en ningún momento que la acción pueda ser punible tanto si es «directa» como «indirecta», ni tampoco castiga el «fomento» o la «promoción». En este sentido, la norma habla expresa y concretamente de «incitación pública a la violencia o al odio», expresión que entiendo que debe interpretarse de manera restrictiva si quieren respetarse los principios que rigen nuestro sistema penal. Por otra parte, resulta relevante señalar que el texto de la Decisión otorga a los Estados miembros la posibilidad de extender el ámbito de aplicación de su art. 1, apartado 1, pero únicamente en relación con los comportamientos incluidos en sus letras c) y d). De acuerdo con ello, al legislador nacional no le estaba permitido ampliar el alcance de las conductas incluidas en la letra

37 El nombre original del Tratado es «Protocolo Adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia, relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por sistemas informáticos», hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 2003. El texto completo del Protocolo puede consultarse en el siguiente enlace: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-793](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-793).

38 El texto completo de la Decisión puede consultarse en el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TX/T/?uri=celex%3A32008F0913>.

39 Esto es, tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo.

40 Como bien explica HERNÁNDEZ ROYO, la trasposición de la Decisión Marco se realizó incorrectamente por dos razones principales: primero, porque el Código penal vigente antes de la reforma de 2015 ya combatía —y de mejor manera— la discriminación racista y xenófoba; y, segundo, porque el legislador no ha respetado «los criterios que deben regir la técnica legislativa, algunos de ellos recogidos explícitamente por la propia Decisión, tales como la proporcionalidad y la seguridad jurídica». (HERNÁNDEZ ROYO, A. El delito de incitación al odio del artículo 510 CP..., *op. cit.*, p. 2).

41 Artículo 1:

«Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas:

a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico;

b) la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales;

c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida 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 cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo;

d) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida 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 cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo».

42 GARCÍA ÁLVAREZ, P. El artículo 510.1.a) del Código penal..., *op. cit.*, p. 20.

a) —que precisamente coinciden con las previstas en el art. 510.1.a)— ni en la b).

Por si esto fuera poco, no se puede pasar por alto que con la reforma de 2015 el legislador ha desechado la posibilidad que tenían los Estados firmantes de optar por sancionar exclusivamente las acciones susceptibles de alterar el orden público o aquellas que resultasen «amenazadoras, abusivas o insultantes»<sup>43</sup>. Y es que si se tiene presente el ámbito de intervención de la Decisión Marco, este se reduce a la lucha contra manifestaciones racistas y xenófobas de carácter grave a través del Derecho penal, reconociendo además que «Dado que las tradiciones culturales y jurídicas de los Estados miembros difieren, en cierta medida, especialmente en este ámbito, la plena armonización del Derecho penal no es posible en la actualidad». Estos excesos del legislador me llevan, irremediablemente, a poner en tela de juicio la importancia que teóricamente ostenta para la Fiscalía la Decisión Marco a la hora de interpretar los delitos de odio.

Volviendo de nuevo al texto de la Circular, para terminar con la relación de Tratados internacionales que han contribuido a establecer una definición del discurso de odio, la Fiscalía alude a la Recomendación de Política General n.º 15 de la ECRI<sup>44</sup>, de 8 de diciembre de 2015, relativa a la lucha contra el discurso del odio. Según su texto, en un principio el *hate speech* se entiende como el «fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o con-

dición personales»; sin embargo, más tarde añade que este puede tener por objeto, asimismo, «incitar a otras personas a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a quienes van dirigidas, o cabe esperar razonablemente que produzca tal efecto».

Seguidamente, la Circular pasa a presentar, a grandes rasgos, la jurisprudencia española y europea más representativa en este ámbito<sup>45</sup>, reconociendo que en España los tribunales han tendido tradicionalmente a restringir el concepto de «discurso del odio» que defendían los textos internacionales<sup>46</sup>. Si bien afirma lo anterior, entre las resoluciones que menciona la Fiscalía se encuentra la STS 72/2018, de 9 de febrero, en la cual —como vimos anteriormente—<sup>47</sup>, nuestro TC estableció que la inclusión de unas ofensas en el discurso de odio «ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación», al tratarse de «expresiones que, por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad» (F. D. Único)<sup>48</sup>. Precisamente en este punto de su argumentación, la institución matiza sus palabras y dispone, con todo lo expuesto hasta entonces, que los límites del discurso del odio no son uniformes<sup>49</sup>. A mis ojos, este posicionamiento es incongruente, dado que no se puede defender al mismo tiempo una interpretación restrictiva y una extensiva del mismo concepto. Independientemente de esto, como ya adelanté<sup>50</sup>, la argumentación de la Circular en este sentido me lleva a pensar que habrá que tener presentes ciertos requisitos indispensables para castigar a quien emite un determinado discurso; pero, aparte de esta idea, no creo que sea pertinente considerar que se ha producido un cambio jurisprudencial en este ámbito solo porque en una ocasión el TS haya cambiado el criterio que venía siguiendo desde el principio tanto él como el TC. Y más cuando lo que hace

43 En palabras de GARCÍA ÁLVAREZ (vid. *Ibidem*, p. 20).

44 El texto completo de la Recomendación puede consultarse en el siguiente enlace: <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>.

45 En concreto, menciona, en orden, la STC 235/2007, de 7 de noviembre; la STS 259/2011, de 12 de abril; la STEDH de 16 de julio de 2009 (caso Féret contra Bélgica); la STEDH de 9 de febrero de 2012 (caso Vejdeland y otros contra Suecia); y, por último, la STS 72/2018, de 9 de febrero.

46 Así lo indica también HERNÁNDEZ ROYO, quien pone como ejemplo la STC 235/2007, de 7 de noviembre, y la STS 259/2011, de 12 de abril (HERNÁNDEZ ROYO, A. El delito de incitación al odio del artículo 510 CP..., *op. cit.*, p. 8).

47 Vid. pp. 9 y 10 de este mismo texto.

48 En relación con esta idea, el TC argumenta, con respecto al art. 510 CP, que «Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización la generación de un peligro que se concreta en el mensaje de un contenido propio del 'discurso de odio', que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad» (la cursiva es mía). A este respecto añade, además, que los Tratados que han ido regulando esta materia consideran antijurídico el discurso de odio «sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia, por eso considerado lesivo» (F. D. Único).

49 En este sentido, entiende que la falta de definición del fenómeno puede deberse a que se trata de un concepto fundamentalmente valorativo que, además, «debe estar apegado a una realidad social que, como tal, es cambiante».

50 Vid. pp. 9 y 10 de este mismo texto.

esta nueva interpretación del discurso de odio es alejarse de los principios que rigen nuestro Derecho penal.

Efectivamente, en la referida STS 72/2018, de 9 de febrero, el Alto Tribunal no ha tenido presentes otros instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos que igualmente se deben observar a la hora de restringir el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Así, por ejemplo —y a pesar de que hace referencia expresa al mismo—<sup>51</sup>, la Fiscalía ha hecho caso omiso a las disposiciones del Plan de Acción de Rabat de la ONU, de 11 de enero de 2013, sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (A/HRC/2217/Add. 4)<sup>52/53</sup>. Según sus principios generales, el texto diferencia entre tres tipos de expresión: aquella que es constitutiva de delito; aquella que no es perseguible penalmente pero que puede dar lugar a sanciones administrativas; y aquella que no tiene consecuencias penales, civiles ni administrativas, pero que genera inquietud en términos de tolerancia, civismo y respeto a los derechos de los otros<sup>54</sup>. Partiendo de esta idea, el Plan propone una prueba de umbral en los casos de incitación al odio que debe ser superada para que el castigo de un determinado discurso sea legítimo. Según su apartado n.º 29, para considerar delictivo un determinado discurso debe atenderse a seis elementos fundamentales: el contexto en el que se vierte; el orador; la intención del que emite el discurso; el contenido y la forma; la extensión del discurso; y la probabilidad, incluyendo la inminencia, de que el discurso logre incitar una acción real contra el colectivo diana.

Pues bien, la falta de atención de la Fiscalía a Tratados internacionales como el Plan de Acción de Rabat se manifiesta en los tres elementos que considera caracterizan al discurso de odio y que ya expusimos en el punto anterior: primero, la heterogeneidad de las conductas incluibles en su seno; segundo, el hecho de que solo lo conforman aquellos comportamientos que vulneran el bien jurídico protegido o que sean idóneos para ponerlo en peligro; y, tercero, la motivación discriminatoria del autor —que, como dijimos, hace en realidad referencia a la intención del sujeto—<sup>55</sup>. Como puede observarse,

el alcance del discurso de odio según las disposiciones del Plan es manifiestamente más restringido que el que defiende la Circular 7/2019, tal y como ocurría con la Decisión Marco 2008/913/JAI, de 28 de septiembre de 2008. Sin lugar a duda, esta interpretación supone un choque frontal con nuestra tradición jurídica, que desde mi punto de vista obliga a recurrir al Derecho penal única y exclusivamente ante comportamientos que representen un riesgo, como mínimo potencial, para el bien jurídico protegido<sup>56</sup>. En caso contrario, ¿estamos realmente aplicando un Derecho penal garantista?

### III. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto hasta el momento no me queda sino concluir que la Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP, no otorga soluciones útiles y precisas para acabar con los problemas de interpretación de los delitos de odio, y mucho menos cuando se refiere al discurso de odio en concreto.

Para empezar, creo que se confunde al concretar el bien jurídico protegido, que no puede ser nunca la dignidad humana por tratarse de un principio inspirador del Ordenamiento jurídico. Opino, por el contrario, que el bien jurídico que protege el art. 510 CP es el derecho a no ser discriminado.

Por otro lado, a pesar de que da a entender que todo comportamiento encuadrable en el concepto de «discurso de odio» queda excluido del ámbito de aplicación del derecho a la libertad de expresión —algo que, desde luego, no comparto—, termina señalando, acertadamente en mi opinión, que esto dependerá de la redacción concreta del tipo penal y de la interpretación que dé al mismo la jurisprudencia. Así, remite a un análisis individualizado en el que deberá tenerse en cuenta, no solo el contenido del discurso, sino su sentido, el contexto y las circunstancias en las que fue vertido, debiéndose optar, en caso de duda, a favor de la libertad de expresión.

En cuanto a la naturaleza jurídica del art. 510 CP, creo que la Fiscalía se equivoca al disponer que se trata de un delito de peligro abstracto. En realidad, se trata

51 En palabras de la Circular, «La ECRI, en su citada Recomendación n.º 15, recogiendo los criterios del Plan de Acción de Rabat de Naciones Unidas para fijar el umbral que permita establecer adecuadamente qué tipo de expresiones constituyen delito, establece los siguientes (...)».

52 El texto completo del Plan de Acción de Rabat puede consultarse en el siguiente enlace: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/SeminarRabat/Rabat\\_draft\\_outcome.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/SeminarRabat/Rabat_draft_outcome.pdf).

53 Siguiendo a GARCÍA ÁLVAREZ, P. El artículo 510.1.a) del Código Penal..., *op. cit.*, p. 12.

54 Así lo dispone el apartado n.º 20 del Plan de Acción de Rabat.

55 Siguiendo a GARCÍA ÁLVAREZ, la confusión existente en los planteamientos de la Circular se evidencia cuando, por un lado, sostiene que «la conducta ha de estar orientada a la discriminación como expresión de la intolerancia excluyente frente a un determinado grupo o sus integrantes» y, por otro, dispone que lo que «se sanciona es el odio». *Vid.* GARCÍA ÁLVAREZ, P. El artículo 510.1.a) del Código Penal..., *op. cit.*, p. 13.

56 Así, también, GARCÍA ÁLVAREZ (*vid. Ibidem*, p. 24).

de un delito de peligro hipotético, y así de hecho lo entiende la Circular cuando se refiere a la idoneidad de la conducta para generar un clima de odio o discriminación susceptible de concretarse en actos de intolerancia contra los colectivos diana.

Con respecto a los sujetos pasivos, creo que se encuentran bien determinados en la Circular 7/2019; sin embargo, desde mi punto de vista es absolutamente indispensable probar la situación de vulnerabilidad de los grupos incluíbles en el art. 510 CP para poder apreciar la concurrencia de un delito de odio.

En lo que se refiere al tipo subjetivo, coincido con la Fiscalía en que nos encontramos ante un delito doloso. Además, creo que es acertado exigir un elemento subjetivo tendencial —que, por supuesto, deberá quedar probado— que consista en buscar la perpetuación de la situación de desigualdad del sujeto pasivo con respecto al resto de la sociedad. Ahora bien, con respecto a los criterios generales de interpretación que establece la Circular 7/2019 para valorar la concurrencia de un móvil de odio, consideramos que estos no aportan ninguna luz en este ámbito. Son, al fin y al cabo, los mismos elementos que deben tenerse en cuenta frente a cualquier comportamiento que pueda ser constitutivo de delito.

Más allá de lo anterior, y como falta que considero especialmente grave, hemos podido ver que la interpretación otorgada por la Fiscalía particularmente en materia de discurso de odio se encuentra lejos de respetar los Tratados internacionales suscritos hasta ahora por España, los cuales, «permitiendo limitaciones al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, son para ello bastante más restrictivos que la Decisión Marco 2008/913/JAI»<sup>57</sup>. Y todo ello a pesar de la dureza de las obligaciones que impone la Decisión, que llegan a ser incluso más amplias que las prohibiciones que recoge el art. 20, párrafo 2 PIDCP (cuyo contenido solo se refiere a la «apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia»), y que además vulnera los requisitos que establece el art. 19, párrafo 3 de dicho Tratado<sup>58/59</sup>. Para más inri, esta manera de entender el discurso de odio vulnera sobremanera la tradición jurídica que ha venido siguiendo nuestro Derecho penal desde que se introdujeron en el Código estos tipos delictivos. ¿Dónde queda el respeto al principio de inter-

vección mínima? ¿Dónde el de seguridad jurídica? ¿Y el de *ultima ratio*?

En fin, si todavía quedaba alguna duda sobre el peligroso rumbo que parecía haberse tomado en el ámbito de los delitos de odio, parece que el posicionamiento de la Fiscalía General del Estado ayuda a disiparlas. Y es que, como bien escribe HERNÁNDEZ<sup>60</sup>, «no hay duda de que, efectivamente, la vieja excepcionalidad es la nueva normalidad en Derecho Penal, donde, sin razones de política criminal, la represión y restricción de derechos y libertades se ha convertido en el *modus operandi* del legislador». Hoy esta tendencia también la representa la institución estatal que vela por los intereses de la sociedad española, paradójicamente definida como plural, democrática y de derecho. Creo que poco más puede añadirse.

### BIBLIOGRAFÍA

- ALAUSTEY DOBÓN, C. Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18, 2016, pp. 1-38. ISSN: 1695-0194.
- CÁMARA ARROYO, S. El concepto de delito de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 70, Fasc./Mes 1, 2017, 139-225. ISSN: 0210-3001.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P. El artículo 510.1.a) del Código Penal a la luz de la Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. *La ley penal*, n.º 151, julio-agosto de 2021, 1-25. ISSN: 1697-5758.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P. *La restricción del derecho a la libertad de expresión por el Derecho Penal: el artículo 510.1 del Código Penal y las conductas relacionadas con el fenómeno del “discurso del odio”. Evolución y aplicabilidad*, en *Derecho Penal: la espada y el escudo de los Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. ISBN: 978-84-9190-227-0.
- HERNÁNDEZ ROYO, A. El delito de incitación al odio del artículo 510 CP: cuando la vieja excepcionalidad

57 En palabras de GARCÍA ÁLVAREZ (vid. *Ibidem*, p. 13).

58 Este artículo dispone que «El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.»

59 Como lo pone de manifiesto GARCÍA ÁLVAREZ, P. El artículo 510.1.a) del Código penal..., *op. cit.* p. 20.

60 HERNÁNDEZ ROYO, A. El delito de incitación al odio del artículo 510 CP..., *op. cit.*, p. 9.

- deviene en nueva normalidad. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 45, julio-agosto de 2020, 1-14. ISSN: 1697-5758.
- LANDA GOROSTIZA, J. *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al “delito de provocación” del artículo 510 del Código Penal*. Bilbao: Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, 1999. ISBN: 84-8373-216-5.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. *Los delitos de odio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018. ISBN: 978-84-9169-880-7.
- LAURENZO COPELLO, P. Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados, en DE LA CUESTA AGUADO, P. M.(coord.); RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. (coord.); ACALE SÁNCHEZ, M. (coord.); HAVA GARCÍA, E. (coord.); RODRÍGUEZ MESA, M. J. (coord.); GONZÁLEZ AGUDELO, G. (coord.); MEINI MÉNDEZ, I. (coord.); RÍOS CORBACHO, J. M. (coord.) y TERRADILLOS BASOCO, J. M. (hom.): *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan M.º Terradillos Basoco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1.287-1.300. ISBN: 978-84-9169-919-4.
- MOLINA BLÁZQUEZ, M. C. Valoración crítica de la Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado sobre las pautas para interpretar los delitos de odio del art. 510 del Código Penal, en GUZMAN ORDAZ, R. (coord.); NIETO LIBRERO, A. B. (coord.); GORJÓN BARRANCO, M. C. (dir.). *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2020, 1.061-1.075. ISBN: 978-84-1311-242-8.
- RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S. El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, n.º 12, julio de 2014, 165-232. ISSN: 1132-9955.