

HIS PROVIDE ET PRO...

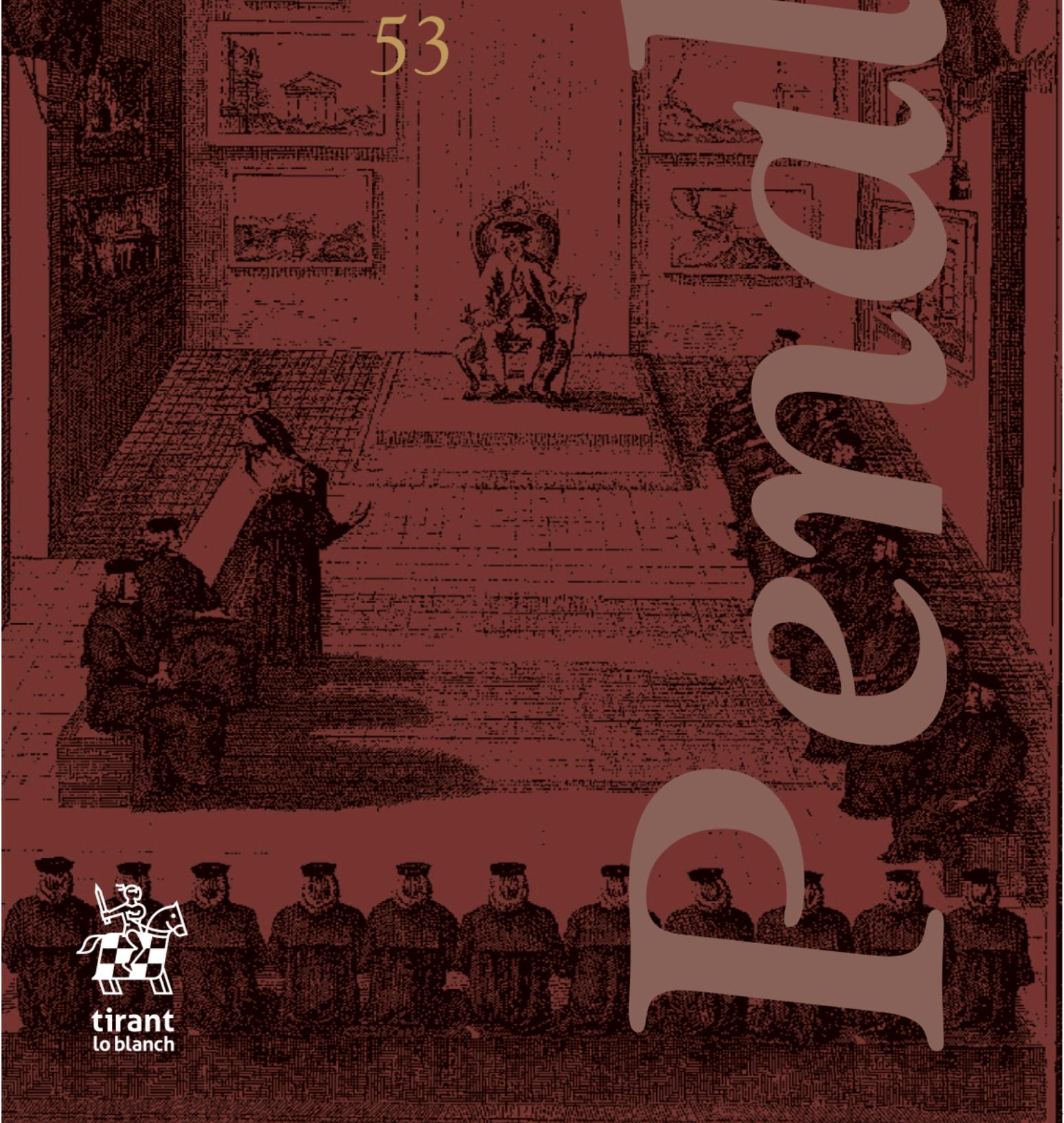
INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

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
Sistemas penales comparados: El delito de enriquecimiento ilícito (<i>Illicit enrichment</i>).....	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^o
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 Pineda. 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 Morán 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. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf



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)

Anna Maria Maugeri

Revista Penal, n.º 53 - Enero 2024

Ficha Técnica

Autor: Ana Maria Maugeri

Adscripción institucional: Prof. Ordinario di Diritto Penale, Università di Catania

Title: Italian anti-discrimination legislation in the light of supranational legislation and jurisprudence and the new draft Law against gender discrimination (homophobia)

Sumario: 1. Prefacio. 2. Legislación supranacional contra la discriminación por razones de género. 3. La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de delitos cometidos por razones de discriminación de género. 4. Contexto normativo de referencia. 5. El Proyecto de Ley Zan (n. 2005) y el respeto al principio de taxatividad. 5.1. Las definiciones en el Proyecto de Ley Zan. 5.2. ¿Un refuerzo en materia de violencia de género? 6. El Proyecto de Ley Zan y el principio de subsidiariedad. 7. El bien jurídico protegido en los artículos 604 bis y 604 ter CP. 7.1. La dignidad, o mejor dicho, la dignidad paritaria como interés tutelado y la cuestión de legitimidad constitucional. 8. Formas de intervención penal y problemas de constitucionalidad. 8.1. “Un peligro concreto para el bien jurídico protegido”. 9. ¿Leyes penales antihomofobas como ejemplo clásico de “uso del delito y la pena en clave pedagógica”? 10. Conclusiones.

Summary: 1. Preface. 2. Supranational legislation against discrimination based on gender. 3. The Jurisprudence of the European Court of Human Rights on crimes committed for reasons of gender discrimination. 4. Reference regulatory context. 5. The Zan Bill (n. 2005) and respect for the principle of taxativity. 5.1. The definitions in the Zan Bill. 5.2. A reinforcement in matters of gender violence? 6. The Zan Bill and the principle of subsidiarity. 7. The legal good protected in articles 604 bis and 604 ter CP. 7.1. Dignity, or rather, parity dignity as a protected interest and the question of constitutional legitimacy. 8. Forms of criminal intervention and constitutionality problems. 8.1. “A concrete danger for the protected legal asset”. 9. Anti-homophobic criminal laws as a classic example of “use of crime and punishment in a pedagogical way”? 10. Conclusions.

Resumen: El Proyecto de Ley Zan propone ampliar el marco jurídico actual de los delitos contra la igualdad en el sistema jurídico italiano, conformado en infracciones incriminatorias específicas y una circunstancia agravante común, en aras de extender los factores de discriminación también aquellos basados en el sexo, el género, la orientación sexual, la identidad de género y la discapacidad. Del análisis jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de discriminación por razones de género y, particularmente, por homofobia, se deduce una clara orientación hacia la protección reforzada de las minorías sexuales. Una vez constatada una fuerte necesidad y merecimiento de intervención penal contra la discriminación de género, emerge la necesidad de seguir reflexionando sobre los límites de la intervención penal en este ámbito y la elección de las técnicas interventivas que mejor se ajusten a los aludidos principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

Palabras clave: Delitos contra la igualdad. Sexo. Género. Orientación Secual. Identidad de género. Discapacidad.

Abstract: The Zan Bill proposes to expand the current legal framework of crimes against equality in the Italian legal system, made up of specific incriminating infractions and a common aggravating circumstance, to extend the discrimi-

nation factors also those based on sex, gender, sexual orientation, gender identity and disability. From the jurisprudential analysis of the European Court of Human Rights on discrimination based on gender and, particularly, homophobia, a clear orientation towards the reinforced protection of sexual minorities can be deduced. Once a strong need and merit for criminal intervention against gender discrimination has been confirmed, the need emerges to continue reflecting on the limits of criminal intervention in this area and the choice of intervention techniques that best fit the principles of proportionality. and subsidiarity.

Key words: Crimes against equality. Sex. Gender. Secular Orientation. Gender identity. Disability.

Observaciones: El presente trabajo se inserta en el Proyecto de Investigación “Manifestaciones de desigualdad en el actual sistema de justicia penal: examen crítico de las razones de necesidad, oportunidad y peligrosidad para la diferencia”, Univ. Alicante, cuyo Investigador Principal es el Prof. Antonio Doval; cofinanciado por el Proyecto PIACERI Euripen 2020/2023 – Unict (Universidad de Catania). Traducción al español por la Dra. Cristina Hernández.

Rec.: 15-05-2023 **Fav.:** 10-11-2023

1. PREFACIO

La legislación supranacional, tanto a escala internacional como europea, ha ofrecido recientemente una serie de aportaciones destinadas a ampliar la normativa penal antidiscriminatoria en materia de discriminación por razón de género, considerando que el fenómeno delictivo relacionado es tan grave que merece una intervención penal. En la misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha condenado en sentencias recientes a los Estados que, en su opinión, no garantizan una protección eficaz contra la discriminación por razón de género.

Esto ha conducido a diversos Ordenamientos penales a introducir nuevos delitos *ad hoc* o a ampliar el ámbito de aplicación de los ya existentes a la discriminación por razón de género, o bien a introducir o ampliar la aplicación de circunstancias agravantes con el fin de castigar más gravemente los delitos cometidos con fines discriminatorios por razón de género. En su mayor parte, se trata de los llamados delitos de opinión, es decir, delitos que anticipan la intervención penal contra conductas que son en sí mismas una forma de manifestación del pensamiento, respecto de los cuales se plantean delicados problemas de legitimidad constitucional cuando se teme restringir la libertad de pensamiento frente a conductas que no son en sí mismas ofensivas o que, en todo caso, no son merecedoras de intervención penal.

En España, la LO 1/2015 ha reformado de modo muy relevante el Código Penal, siendo uno de los preceptos modificados el art. 510 CP (reformado posteriormente

por la Ley Orgánica 6/2022), en el que hasta la fecha se encontraba tipificado el llamado delito de incitación al odio; esta norma ha sido profundamente reformada y, particularmente, una de las novedades introducidas en dicho precepto es la incorporación de las “razones de género” al catálogo de motivos discriminatorios¹.

En Italia, el debate en esta materia, sobre la conveniencia de ampliar el Derecho penal antidiscriminatorio, ha sido especialmente vivo durante algunos años y, en concreto, se ha reavivado recientemente con motivo de la presentación del “Proyecto de Ley Zan” (n. 2005) sobre “Medidas para prevenir y combatir la discriminación y la violencia por motivos de sexo, género, orientación sexual, identidad de género y discapacidad”, aprobado en la Cámara en noviembre de 2021, y rechazado en el análisis del Senado.

La opción de política criminal subyacente a la legislación supranacional que reclama la incriminación de las conductas discriminatorias por razón de género, pero también en las exhortaciones en el mismo sentido derivadas de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, suscita en la doctrina un acalorado debate sobre los límites de la intervención penal, sobre la conveniencia de la decisión de política criminal de introducir delitos de opinión y sobre la legitimidad constitucional de semejante tipología delictiva.

Por ello, se considera necesario reflexionar acerca de la necesidad de la intervención penal en este ámbito y, por tanto, sobre la legitimidad de las normas antidiscriminatorias, especialmente en lo que se refiere al cumplimiento del principio de ofensividad, para, a continuación, valorar la conveniencia de su extensión a la

1 GÓMEZ MARTÍN, V., *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* 2016, in <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-20.pdf>, 1 ss.

discriminación por razones de género. En este sentido, se considera esclarecedor el análisis de la legislación antidiscriminatoria italiana y del acalorado debate suscitado por el Proyecto de Ley Zan, como banco de pruebas privilegiado para valorar la idoneidad de dicha regulación en términos de política criminal y en términos de legitimidad constitucional, a la luz de los principios de ofensividad y *extrema ratio* del Derecho penal.

A continuación, tras analizar la legislación supranacional y la Jurisprudencia del TEDH sobre la materia, se ofrecerá una panorámica de la legislación antidiscriminatoria italiana en la que deberían haberse incluido las propuestas del Proyecto de Ley Zan, para luego reflexionar desde una perspectiva ajena al Ordenamiento jurídico italiano, sobre la idoneidad de la intervención penal contra la discriminación de género, sobre la posibilidad de identificar un bien jurídico digno de protección y sobre la mejor técnica de dicha intervención penal, que permita conjugar aquellas necesidades de protección identificadas a nivel supranacional con el respeto a los principios del Derecho penal en un Estado de Derecho.

2. LEGISLACIÓN SUPRANACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE GÉNERO

Diversos instrumentos convencionales recogen la prohibición de la discriminación basada en la identidad de género, siendo que algunos incluyen, adicionalmente, una obligación expresa de sanción penal en esta materia.

En la Convención de Nueva York sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, ratificada en Italia por la Ley 654/75, se realiza un reclamo a la necesidad de garantizar la igualdad contra la discriminación por motivos de género, afirmandose en el preámbulo lo siguiente: “Considerando que la Carta de las Naciones Unidas está basada en los principios de dignidad e igualdad inherentes a todos los seres humanos, y que todos los Estados Miembros se han comprometido a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para realizar uno de los propósitos de las Naciones Unidas, que es el de promover y estimular el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

También el Estatuto de la Corte Penal Internacional en su art. 7, apartado 1, letra h), incluye como crimen de lesa humanidad la persecución de cualquier grupo o colectividad por motivos políticos, raciales, étnicos,

nacionales, religiosos, culturales, sexuales o de otra índole, o por motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional, cuando la persecución se cometa en conexión con cualquier acto mencionado en dicho párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte. También aquí surge la prohibición de la discriminación ligada al sexo y la incriminación de la persecución conectada a dichos factores.

A escala europea, emerge, antes de nada, el artículo 14 CEDH, que establece una prohibición general de discriminación y, en esta dirección, el Tratado de la Unión Europea, en su art. 2, sitúa “el respeto de la dignidad humana, [...] la igualdad, [...] y el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías, como fundamento de la Unión Europea. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, [...] y la igualdad entre mujeres y hombres”.

El artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe toda forma de discriminación basada, entre otras cosas, en la orientación sexual, y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea aclara que, en la definición y ejecución de sus políticas, la Unión se fijará el objetivo de luchar contra la discriminación por motivos de sexo y orientación sexual (art. 10), especificando a continuación que el Consejo de Europa podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos, entre otros, de orientación sexual (art. 19).

En esta materia intervinieron, asimismo, la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, que en su art. 1a prevé la tipificación de conductas de incitación a la violencia, el odio y la discriminación racial, homofobia, etc., de una manera más pormenorizada que la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), indicando que “ninguno de los dos instrumentos internacionales limita la discrecionalidad del legislador de los Estados hasta el punto de condicionar por completo el contenido de la correspondiente legislación interna”².

En este ámbito se han introducido importantes instrumentos de *soft law*, aun cuando no son jurídicamente vinculantes: en primer lugar, las Resoluciones sobre homofobia del Parlamento Europeo de 2006 y 2012; la Resolución adoptada por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU de junio de 2011, siendo esta, por

2 GÓMEZ MARTÍN, V., *Incitación al odio y género*, cit., p. 4; LANDA GOROSTIZIA, J.M., *Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 cp y propuesta de lege lata (A la vez un comentario a la STS 259/2011 —librería Kalki— y a la STC 235/2007)*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n. 7, enero de 2012, p. 323.

cierto, la primera sobre orientación sexual e identidad de género; la Resolución núm. 1728 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de abril de 2010 sobre la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género; y la Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros de la Unión Europea de marzo de 2010, sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Al igual que en el espacio de libertad, seguridad y justicia, la lucha contra la homofobia aparece como uno de los objetivos prioritarios del programa adoptado por el Consejo Europeo en 2009 para los años 2010-2014.

Así las cosas, dos resoluciones del Parlamento Europeo sobre la homofobia, la primera de 2006 y la segunda de 2012, afirman enérgicamente el respeto a la dignidad humana, la libertad, la justicia, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías, donde se adscribe el colectivo LGBT. La Resolución de 2012, que reitera la de 2006, afirma que “la homofobia es el miedo irracional y la aversión a la homosexualidad masculina y femenina y a las personas lesbianas, gais, bisexuales y transexuales (LGBT) basada en prejuicios y comparable al racismo, la xenofobia, el antisemitismo y el sexismo”³. La resolución incluye entre las conductas en las que la homofobia “se manifiesta en las esferas pública y privada”: “la incitación al odio y a la discriminación, la ridiculización, la violencia verbal, psicológica y física, así como la persecución y el asesinato, la discriminación en violación del principio de igualdad y las limitaciones injustificadas y carentes de razón de los derechos”, para luego especificar que tales formas de manifestación de la homofobia “se ocultan a menudo tras justificaciones de orden público, de libertad religiosa y del derecho a la objeción de conciencia”. En este documento, el Parlamento Europeo, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, equipara la homofobia al racismo⁴.

La resolución de 2012 destaca, asimismo, por su firme condena de toda discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género, por su llamamiento a los Estados miembros a garantizar la protección de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales frente al discurso homóforo de incitación al odio y a la violencia, por instar tanto a aquellos como a la Comisión a condenar enérgicamente los discursos de odio homóforo

o la incitación al odio y a la violencia, asegurándose, igualmente, de que la libertad de expresión, consolidada en todos los tratados sobre derechos humanos, sea efectivamente respetada; por otro lado, particularmente importante es la petición a la Comisión acerca de una revisión de la Decisión Marco sobre racismo y xenofobia en aras de reforzar y ampliar su ámbito de aplicación a los delitos de odio basados en la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género.

Aún más explícita con respecto al uso del Derecho penal en la lucha contra la homofobia fue la anterior Resolución de 2006, que instaba en el punto 9 a la Comisión “a que examine la posibilidad de aplicar sanciones penales en caso de violación de las Directivas sobre la base del artículo 13 del Tratado CE”, al tiempo que pedía en el punto 10 a los Estados miembros “que tomen cualquier otra medida que consideren adecuada para la lucha contra la homofobia y la discriminación basada en la orientación sexual, y que promuevan y apliquen el principio de igualdad en sus sociedades y ordenamientos jurídicos”. De forma análoga, la Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros de marzo de 2010 sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género exige a los Estados miembros la garantía de que los móviles ligados a la orientación sexual o la identidad de género puedan constituir una circunstancia agravante en la determinación de la pena.

Tales instrumentos de *soft law*, representan una invitación decisiva a la intervención penal contra los delitos de odio y, como mínimo, excluyen que pueda haber prohibiciones de incriminación de los delitos de odio y de incitación al odio homóforos.

A continuación, la Recomendación (97) 20 del Consejo de Europa ofrece una definición del discurso del odio como “todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia”. Se señala que el discurso de odio no encuentra tutela alguna a la luz del artículo 10 CEDH, que sanciona efectivamente el derecho a la libertad de expresión, entendido como un derecho “condicionado” por la necesidad de proteger derechos igualmente relevantes: “tipificar como delito la incitación al odio, la violencia o la discriminación contra las personas LGBT puede coexistir con el respeto a la libertad de expresión”⁵.

3 GOISIS, L., *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Jovene, 2019, p. 485 ss.; ID., *Crimini d'odio omofobico, diritto penale e scelte politico-criminali*, in *Diritto e persone LGBTQI+*, cit., p. 229 ss.

4 GOISIS, L., *Crimini d'odio, omotransfobia e discriminazioni di genere: una proposta de lege ferenda*, en https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/upload_file_doc_acquisiti/pdfs/000/003/333/Osservazioni_Goisiss.pdf, p. 7.

5 FRA (European Union Agency for Fundamental Rights), *Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity*, European Union Agency for Fundamental Rights, 2010, p. 38-36 ss.; GOISIS, L., *Crimini d'odio omofobico*, cit., p. 231.

En diversos Ordenamientos jurídicos extranjeros se han introducido delitos que castigan la incitación al odio, la violencia y la discriminación en cumplimiento con la legislación supranacional examinada⁶. En particular, como se mencionó, en el Derecho español una de las novedades introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 en el art. 510.1 CP⁷ (Sección 1.^a De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución) es la incorporación al catálogo de motivos discriminatorios por “razones de género”⁸.

En el Ordenamiento jurídico italiano, como se examinará, la legislación antidiscriminatoria se introdujo fundamentalmente en aplicación de obligaciones internacionales o de fuentes europeas; debe recordarse, de hecho, que en virtud del art. 117 de la Constitución Italiana (en adelante, CI), el poder legislativo se ejerce “respetando la Constitución, así como las obligaciones derivadas del Ordenamiento comunitario y las obligaciones internacionales” y que, ya antes de la introducción de esta norma con la Ley 3/2001, la sumisión a las obligaciones internacionales se exigía en virtud del art.

10 CI⁹, del mismo modo que, incluso antes de la introducción del Tratado de Lisboa en 2009, que permite al legislador europeo introducir, en virtud del artículo 83.1 TFUE, normas mínimas en materia penal (atribuyéndose una competencia indirecta en dicha materia) mediante directivas, el principio de primacía del Derecho comunitario, previsto por el Tribunal de Justicia¹⁰, era reconocido por el Tribunal Constitucional italiano (170/1984) en virtud del art. 11 CI¹¹.

3. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DELITOS COMETIDOS POR RAZONES DE DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO

Del análisis jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de discriminación por razones de género y, particularmente, por homofobia, se deduce una clara orientación hacia la protección reforzada de las minorías sexuales.

En el conocido asunto *Vejdeland*¹² referido a la libertad de expresión, garantizada por el artículo 10 CEDH,

6 GÓMEZ MARTÍN, V., *Incitación al odio y género*, cit., p. 3: “Por una parte, en los últimos tiempos ha ido imponiéndose en numerosas legislaciones la tesis de que la lucha penal contra la discriminación debe realizarse, predominantemente, a través de la tipificación de conductas de provocación o incitación a la violencia, la discriminación o el odio racial, homofobo, etc. Tal es el caso, por ejemplo, de algunos Estados pertenecientes a nuestro ámbito de cultura, como, por ejemplo, Francia, Alemania, Austria o Suiza. Así, por ejemplo, en el caso de Francia el art. 24.6 de la Ley sobre Libertad de Prensa de 1972 tipifica el delito de provocación a la violencia, la discriminación o el odio racial. Por lo que hace a Alemania, en el § 130.1 y 2 StGB se halla recogido el llamado delito de “incitación al odio” (*Aufstacheln zum Haß*). Por su parte, en el § 283.1 ÖStGB se tipifica el delito de provocación (*Verhetzung*). Por último, el delito de discriminación racial (*Rassendiskriminierung*) también se castiga como delito en Suiza a través del art. 261 bis del Código penal suizo. Lo mismo sucede en otros países integrantes del ámbito anglosajón. Tal es el caso, por ejemplo, del Reino Unido. Claro ejemplo de ello es la *Public Order Act* de 1986. Tal norma constituye un conjunto de disposiciones relativas a la incitación al odio racial, que se erige, de este modo, en la auténtica piedra angular del sistema penal antixenofobo en el Reino Unido”.

7 Disponía el art. 510.1 CP anterior a la LO 1/2015 que “los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses”. Cfr. acerca de la escasa Jurisprudencia en esta materia LANDA GOROSTIZIA, J.M., *Incitación al odio*, cit., pp. 297-346.

8 En este sentido, sobre el debate generado en el Ordenamiento español, véase, entre otros, CARPIO DELGADO, J., HORGADO GONZÁLEZ, M. - PABLO SERRANO, A., *Delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. Cuestiones de la parte general de los delitos de opinión*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2021; DÍAZ LÓPEZ, A., *El odio discriminatorio como agravante penal sentido y alcance del artículo 22 cuarta Código Penal*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2013; GARCÍA ÁLVAREZ, P., “*El derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; GIMÉNEZ, A.-FRAMIS, S. - PÉREZ MANZANO, M. - CANCIO MELIÁ, M. - DÍAZ LÓPEZ, J. - JORDÁ SANZ, A. C. - DÍAZ IZQUIERDO, P. - GALLEGO ARRIBAS, D., *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, discriminación racial, xenofobia y otras formas*, en https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/es/publicaciones/documentos/documento_0104.htm; HORTAL IBARRA, J.C., La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4 CP): una propuesta restrictiva de interpretación, Cuadernos de Política Criminal 2012, 108. 31-66; LANDA GOROSTIZIA, J.M. - GARRO CARRERA, E. (coord.), *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; LAURENZO COPELLO, P. - DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (coord.), *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, 2021.

9 L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.

10 CGUE, 5 marzo 1978, I, in *Giur. cost.* 1978, I, p. 636.

11 Art. 11 Cost. “L'Italia... consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo”.

12 TEDH, 9 febrero 2012, *Vejdeland* c. Suecia, no. 1813/07; TEDH, Lillendahl c. Islandia, 12 mayo 2020, n. 29297/18; cfr. GOISIS, L., *Libertà d'espressione e odio omofobico*, cit., p. 418 ss.; ID., *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, cit., 492 ss.

y los límites al ejercicio de dicho derecho, previstos en el apartado 2 del mismo artículo, el Tribunal reconoció la tutela contra el discurso ofensivo para la reputación y los derechos de un grupo identificado sobre la base de su orientación sexual. En opinión del Tribunal, “la discriminación por motivos de orientación sexual es tan grave como la discriminación por motivos de raza, origen o color” y, por tanto, la gravedad de los delitos de odio homófobo es comparable a la de los delitos de odio racial, siendo que los primeros también pueden combatirse con el recurso al Derecho penal. El Tribunal Europeo legitima el uso del instrumento penal contra los delitos de odio en el ámbito de la homofobia, como ya ocurre en materia de racismo; se trata de una hipótesis de limitación al ejercicio del derecho a la libertad de expresión que se muestra acorde con la legislación a la par que necesaria en una sociedad democrática a fin de proteger la reputación y los derechos de las personas homosexuales, allá donde el mencionado derecho se haya ejercido “de manera irresponsable”¹³, o, dicho de otro modo, cuando dicho ejercicio constituye un abuso de derecho.

En el más reciente caso M. C. y A. C. c. Rumanía¹⁴, el Tribunal reconduce los “delitos de odio al ámbito de los tratos degradantes” en virtud del art. 3 CEDH, del que se deriva —en opinión de aquel— la obligación de los Estados de proteger a los miembros de la comunidad LGBT. Del artículo 1 del CEDH¹⁵, que obliga a los Estados a proteger los derechos fundamentales previstos, el Tribunal extrae no sólo una obligación negativa de las autoridades de no vulneración de estos derechos, sino también una obligación positiva de tutela; en este caso, en concreto, se trataría de una obligación de proteger en virtud del artículo 3 CEDH contra la violencia motivada por el odio homófobo, protección que puede adoptar también la forma de intervención penal, lo que supone una obligación de hecho de tipificar como delito los comportamientos de odio homófobo. Así, se

precisa que “La obligación de las Altas Partes Contratantes en virtud del artículo 1 del Convenio de garantizar a todas las personas que se encuentren dentro de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Convenio, junto con el artículo 3, requiere que los Estados adopten medidas destinadas a garantizar que las personas bajo su jurisdicción no están sujetas a malos tratos, incluidos los malos tratos administrados por particulares”¹⁶.

“El Tribunal considera que el deber de las autoridades de prevenir la violencia motivada por el odio por parte de los particulares e investigar la existencia de cualquier posible móvil discriminatorio detrás de cada acto violento puede entrar dentro de las obligaciones positivas consagradas en los artículos 3 y 8 del Convenio, aun cuando también puede verse como parte de las responsabilidades positivas de las autoridades en virtud del artículo 14 para garantizar los valores fundamentales incluidos en aquellos sin discriminación alguna. Debido a la interacción de las disposiciones anteriores, cuestiones como las del presente caso pueden de hecho ser examinadas bajo una de estas dos disposiciones solamente, sin que surja ninguna cuestión separada bajo ninguna de las otras, o pueden requerir un examen simultáneo bajo varios de estos artículos. Esta es una cuestión que debe decidirse en cada caso a la luz de los hechos y la naturaleza de las alegaciones formuladas”¹⁷. La Corte, en particular, destaca la necesidad de que el Estado considere la mayor gravedad de la violencia vinculada a razones discriminatorias también “gender based”¹⁸, precisando que “Tratar la violencia y la brutalidad derivadas de actitudes discriminatorias en pie de igualdad con la violencia que se produce en casos que no tienen tales matices sería hacer la vista gorda ante la naturaleza específica de actos que son particularmente destructores de los derechos fundamentales. La falta de distinción en la forma en que se manejan situaciones que son esencialmente diferentes puede constituir un

13 TEDH, 9 de febrero de 2012, *Vejdeland y otros c. Suecia*, par. 55; *Féret c. Bélgica*, 16 de julio de 2009, No. 15615/07, § 73.

14 TEDH., M. C. y A.C. c. Rumanía, 12 de abril de 2016, n. 12060/12; DANISI, C., *Omofobia e discriminazione: la continua evoluzione nell'interpretazione della Cedu*, en *Articolo29*, 2016, p. 1 ss. www.articolo29.it.

15 TEDH, M. C. y A.C. c. Rumanía, cit., §119: “A la luz de lo anterior, el Tribunal concluye que el trato, descrito de manera convincente por los demandantes, al que fueron sometidos y que estaba dirigido a su identidad y necesariamente debió despertar en ellos sentimientos de miedo, angustia e inseguridad (compárese con *Identoba y otros*, antes citada, § 71, y *Begheluri y otros*, antes citada, §§ 108 y 117) no era compatible con el respeto de su dignidad humana y alcanzaba el umbral de gravedad necesario para entrar en el ámbito de aplicación del artículo 3 en relación con el artículo 14 del Convenio”; cfr. Fatta, C., *Hate Crimes all'esame della Corte di Strasburgo: l'obbligo degli Stati di proteggere i membri della comunità LGBTI*, en *Nuova Giur. Civ. Commentata*, 2016, 10, p. 1331.

16 TEDH, M. C. y A.C. c. Rumanía, cit., § 109; “véase M.C. c. Bulgaria, no. 39272/98, § 149, ECHR 2003 XII, confirmado más recientemente en *O’Keeffe c. Irlanda* [GC], no 35810/09, § 144, ECHR 2014 (extractos)”.

17 TEDH, M. C. e A.C. c. Rumanía, cit., § 105; “véase *Ciorcan y otros c. Rumanía*, núms. 29414/09 y 44841/09, § 158, 27 de enero de 2015; *Identoba y Otros c. 47159/08*, §§ 59 63, 24 de julio de 2012 y comparar con *Begheluri y Otros c. Georgia*, n.º 28490/02, §§ 171 79, 7 de octubre de 2014”.

18 “*Nachova and Others c. Bulgaria* [GC], núms. 43577/98 y 43579/98, § 160, ECHR 2005-VII; *Members of the Gldani Congregation of Jehovah’s Witnesses and Others*, §§ 138-42, anteriormente citadas; y *Mudric v. the Republic of Moldova*, no. 74839/10, §§ 60-64, 16 Julio 2013, recientemente reiterado en *Identoba and Others*, anteriormente citado, § 67”.

trato injustificado incompatible con el artículo 14 del Convenio (véase, por ejemplo, Begheluri y otros, citado anteriormente, § 173)¹⁹.

En la misma dirección, en el caso anterior *Identoba y Otros c. Georgia*²⁰, se debate la subsistencia de una obligación positiva a cargo de los Estados contratantes sobre la represión de los tratos degradantes sufridos con motivo de la propia orientación sexual y ello en ausencia de una normativa específica en materia de homofobia. En este caso, los demandantes habían organizado y participado en una marcha legalmente autorizada con ocasión del Día Internacional contra la Homofobia y varios contramanifestantes les atacaron y causaron heridas, mientras la policía se mantuvo mayoritariamente inactiva; de hecho, solo dos agresores fueron perseguidos tras el encuentro, habiendo sido sancionados con multas irrisorias. Los demandantes alegaban que esta inercia y falta de persecución contra los contramanifestantes constituía una vulneración de sus derechos en el sentido del artículo 11 (libertad de reunión y de asociación) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En este caso, el Tribunal ha subrayado que, para garantizar la efectiva libertad de reunión pública, el Estado no solo tiene el deber de no interferir, sino también de actuar como garante último de los principios de “pluralismo, tolerancia y apertura mental”. Por consiguiente, si bien las manifestaciones pacíficas pueden no agradar a todos los segmentos de la sociedad, lo cierto es que los manifestantes deben esperar que el Estado los proteja de ser sometidos a actos de violencia física. Dicha obligación estatal resulta especialmente relevante para las minorías y las personas que mantienen opiniones impopulares, dado que muestran una mayor tendencia a la victimización.

De nuevo en *Sabalić c. Croacia*²¹, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció que, al iniciar el enjuiciamiento menos efectivo por delitos menores e interrumpir erróneamente —por motivos formales— el proceso penal, las autoridades nacionales no habían cumplido adecuada y eficazmente las obligaciones procedimentales que les incumbían en virtud del Convenio en relación con la agresión violenta contra la demandante, motivada por su orientación sexual. Tal comportamiento por parte de las autoridades era contrario a su deber de combatir la impunidad de los delitos basados en el odio que son especialmente lesivos de los derechos fundamentales; vulneraba los artículos 3 y 14 (en el caso objeto de examen, se trataba de tentativas de lesiones personales graves y comportamientos violentos y actos de discriminación; la policía, en cambio, había incoado diligencias por delitos leves como alteración del orden público, con el resultado de que sólo se impuso una multa de aproximadamente 40 euros). El Tribunal señaló que la condena había sido manifiestamente desproporcionada en relación con la gravedad de los malos tratos sufridos por la demandante. Por consiguiente, en su opinión, una respuesta insuficiente alimenta la sensación de impunidad de los delitos violentos motivados por el odio.

Concretamente en este caso, el Tribunal²² reiteró dos principios importantes: (1) “El *trato discriminatorio* como tal puede, en principio, ser equivalente a un *trato degradante* en el sentido del artículo 3 cuando alcanza un nivel de gravedad suficiente para conformar una afrenta a la dignidad humana (...)”²³; (2) “Los comentarios discriminatorios y los insultos racistas deben, en cualquier caso, considerarse un *factor agravante* ante un caso de maltrato a la luz del artículo 3 (...)”²⁴. Esto es

19 TEDH, M. C. y A.C. c. Rumania, cit., § 113.

20 TEDH, *Identoba et alii c. Georgia*, 12 de mayo 2015, No. 73235/12. Acerca de un comentario a dicha Sentencia, DUNNE, P., *Enhancing Sexual Orientation and Gender-Identity Protections in Strasbourg*, in *Cambridge Law Journ.*, 2016, 75, p. 4 ss.

21 TEDH., *Sabalić v. Croatia*, 14 enero 2021, n. 50231/13.

22 Afirma el Tribunal que “a causa de la interacción de los artículos 3 y 14 del Convenio en el contexto de la violencia motivada por motivos de discriminación, cuestiones como las emergentes en la presente causa pueden entrar en el examen del artículo 2, sin que aparezca una cuestión separada en el sentido del artículo 14, o bien puede requerirse el examen del artículo 3 en combinación con lo dispuesto en el 14. Esta cuestión deberá analizarse caso por caso dependiendo de los hechos y de la naturaleza de la acusación formulada (véase, por ejemplo B. S. c. España, n. 47159/08, § 59, 24 de julio 2012 y Škorjanec, anteriormente citada, § 37”.

23 “Véase *Cipro c. Turquía* [GC], n. 25781/94, §§ 305-311, TEDH 2001 IV; *Smith Y Grady c. Reino Unido*, n. 33985/96 e 33986/96, § 121, TEDH 1999 VI; *Moldovan y Otros c. Rumanía* (n. 2), n. 41138/98 y 64320/01, §§ 111 y 113, TEDH 2005 VII (extracto) y *Begheluri c. Georgia*, n. 28490/02, § 101, 7 octubre 2014”.

24 Cfr. TEDH, B. S. c. España, n. 47159/08, § 40, 24 de julio 2012; TEDH, 11 marzo 2014, *Abdu c. Bulgaria*, n. 26827/08, § 23; TEDH, 12 de mayo de 2015, *Identoba y otros c. Georgia*, n. 73235/12, § 65.

especialmente cierto en el caso de los delitos inspirados por el odio violento²⁵ (cursiva añadida).

El Tribunal precisa, trayendo a colación Jurisprudencia anterior²⁶, que “cuando investigan acerca de incidentes violentos, como el maltrato, *las autoridades estatales tienen el deber de adoptar todas las medidas razonables que permitan desenmascarar posibles motivos discriminatorios*, deber que comporta —así lo admite el propio Tribunal— un deber difícil²⁷”. Este deber es especialmente apremiante, como ya se ha examinado en decisiones anteriores, para no “hacer la vista gorda ante la naturaleza específica de actos especialmente lesivos para los derechos fundamentales” y porque no distinguir cómo gestionar estas situaciones particulares conduciría a un “trato injustificable e irreconciliable con el artículo 14 del Convenio²⁸”. El Tribunal subraya la importancia de la intervención de las autoridades para mantener la confianza de las minorías en la protección estatal: “la investigación oficial debe llevarse a cabo con vigor e imparcialidad, habida cuenta de la necesidad de reafirmar continuamente la condena de tales actos por parte de la sociedad y de mantener la confianza de las minorías en la capacidad de las autoridades para protegerlas de la violencia por móviles discriminatorios”.

También se destaca posteriormente que este objetivo de protección de las minorías debe traducirse en una intervención penal: “El respeto de las obligaciones positivas del Estado exige que el Ordenamiento jurídico nacional demuestre su capacidad para hacer valer el Derecho penal contra los autores de tales actos violentos²⁹”.

Por otro lado, se incide, sobre todo, y en términos muy contundentes y potentes para los Estados, en la necesidad de otorgar relevancia *penal* en el sentido de realzar el mayor desvalor que presenta la motivación

discriminatoria de género, si no se quiere ser cómplice mediante la expresión de tolerancia hacia dicha motivación de odio: “Sin una aplicación rigurosa de la ley, los delitos motivados por prejuicios se tratarían inevitablemente al mismo nivel que los casos ordinarios carentes de tales matices, y la indiferencia resultante equivaldría a la aquiescencia oficial o incluso a la connivencia con los delitos de odio³⁰”.

Desde el punto de vista procesal, los artículos 2, 3 y 4 del Convenio reafirman “el deber de las autoridades de iniciar y llevar a cabo una investigación adecuada para esclarecer los hechos e identificar y, en su caso, sancionar a los responsables”, sin dejar impunes graves atentados contra la integridad física y psíquica, lo que redundaría en la imposición de penas inadecuadas, excesivamente leves, menoscabando la función preventivo-general del Derecho penal³¹.

Finalmente, sería interesante destacar el muy reciente caso *Stoyanova c. Bulgaria*³², en el que el Tribunal, reiterando la argumentación anterior, condena a Bulgaria dada la ausencia de previsión de una circunstancia agravante para los motivos homófobos, que en dicho asunto fueron la base de un homicidio³³. A pesar de que los tribunales nacionales no pudieron interpretar *in malam partem* —en violación del artículo 7 CEDH— la circunstancia agravante por motivos racistas y xenófobos prevista en dicho sistema, el Tribunal Europeo considera que la falta de una circunstancia agravante específica hizo que la respuesta del Estado fuera inadecuada bajo el perfil sancionatorio. Así, se estima que la violación constatada en el presente asunto es de naturaleza sistémica y estructural, en el sentido de que se deriva de una deficiencia del sistema penal búlgaro, con la consecuencia de que Bulgaria viola el artículo 14 del CEDH al ofrecer una protección insuficientemente a su ciudadanía contra las agresiones violentas (en par-

25 § 64 ss. “En este sentido, recuérdese que no solo los actos basados únicamente en las características de la víctima pueden ser clasificados como delitos de odio. Para el Tribunal, los autores pueden tener motivaciones contradictorias, estando influidos por factores situacionales iguales o más fuertes que por su actitud sesgada hacia el grupo al que pertenece la víctima (véase *Balázs c. Hungría*, núm. 15529/12, §§ 56-57 y 70, 20 de octubre de 2015)”.

26 TEDH, *Identoba y otros*, cit., §§ 66-67; TEDH, MC y AC c. *Rumanía*, 12 julio 2016, no. 12060/12, §§ 108-115; TEDH, *Škorjanec*, cit., §§ 52-57.

27 La obligación del Estado demandado de indagar sobre posibles móviles discriminatorios ante actos violentos constituye una obligación de emplear sus mayores esfuerzos y no es absoluta. Las autoridades deben hacer todo lo racionalmente posible para juntar y asegurar los medios de prueba, explorar todos los métodos prácticos para descubrir la verdad y tomar decisiones razonadas, imparciales y objetivas, sin omitir hechos sospechosos que podrían ser indicativos de violencia inducida, por ejemplo, por intolerancia racial o religiosa, violencia motivada por discriminación de género u orientación sexual.

28 *Idem*, § 94; véase TEDH, *Identoba y otros*, cit., § 67; TEDH., M.C. y A.C., cit., § 113.

29 “Véase *Nachova y otros c. Bulgaria* [GC], nn. 43577/98 y 43579/98, § 160, CEDU 2005 VII, *Koky y otros c. Eslovenia*, n. 13624/03, § 239, 12 de junio de 2012 y *Amadayev c. Rusia*, n. 18114/06, § 81, 3 de julio de 2014”.

30 *Idem*, § 95; cfr. TEDH, *Identoba y Otros*, cit., § 77, con referencias ulteriores.

31 *Idem*, § 97; cfr. T.E.D.H., 25 de septiembre de 2009, *Beganović c. Croacia*, n. 46423/06, § 77, citando *Ali y Ayşe Duran c. Turquía*, n. 42942/02, §§ 61-62, 8 de abril de 2008; TEDH, *Armani Da Silva c. Reino Unido* [GC], 30 de marzo de 2016, n.5878.

32 TEDH, Sec. IV, 14 de junio de 2022 (14 de septiembre de 2022), *Stoyanova c. Bulgaria*.

33 TEDH, *Stoyanova c. Bulgaria*, cit., 63 ss.

ricular las que acaban causando la muerte de la víctima) motivadas por la hostilidad hacia la orientación sexual real o presunta de la víctima, agresiones que deben ser valoradas de mayor gravedad a efectos del Derecho penal³⁴.

Como acertadamente observa la doctrina, los jueces de Estrasburgo siguen la vía de la protección reforzada de la orientación sexual, no limitándose a garantizar una protección ordinaria a las víctimas pertenecientes al colectivo LGBT, sino más bien una protección específica y más intensa, dado el mayor desvalor penal de las conductas inspiradas por el odio homófobo o relacionadas con la identidad de género³⁵; y es que, a juicio del Tribunal, solo así podrán los miembros del colectivo LGBT sentirse protegidos y salvaguardados.

Y, entonces, partiendo de la premisa de que el Ordenamiento jurídico italiano está obligado a respetar el CEDH en virtud del art. 117.1 CI (enmendado en 2001) que establece, ante todo, que el poder legislativo se ejerce respetando las “obligaciones internacionales”, y asimismo que el juez tiene el deber de interpretar las leyes nacionales, también en materia penal, de manera coherente con la letra y la ratio de las obligaciones internacionales que vinculan al Estado italiano³⁶; y precisado que tanto el juez ordinario como el Tribunal Constitucional están obligados a respetar la interpretación de las normas del CEDH realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como ha reiterado en varias ocasiones dicho Tribunal Constitucional³⁷, de la Jurisprudencia examinada parece surgir el riesgo de que el Estado italiano sea condenado por el Tribunal Europeo. Esto podría suceder en caso de que la protección garantizada ante un supuesto similar de violencia homófoba fuese estimada insuficiente, en vista de la ausencia de una disciplina que proteja la identidad de género frente a los delitos de odio, la ausencia de una disciplina que reconozca a efectos del Derecho penal y de su tratamiento sancionador el específico desvalor adicional del carácter discriminatorio del delito por motivos relacionados con la identidad de género.

El Tribunal sancionó la obligación de perseguir las conductas que ofenden a las víctimas vulnerables — entre las que se incluyen los miembros del colectivo LGTB— y de hacerlo conforme al principio de persecución de oficio, con independencia de la voluntad de la persona ofendida de renunciar a la acción penal (como ocurre en el caso de la violencia de género). En su opinión, se trata de proteger la dignidad humana personal, donde se incluye la orientación sexual, ya sea de un individuo o distintiva de un grupo identificado sobre la base de la identidad sexual. En conclusión, la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos corrobora la tesis de la existencia de una obligación internacional de represión penal de los delitos de odio de naturaleza homófoba, entre otros³⁸.

Además, debe recordarse que aquel ha expresado — en el caso *Feret* — una línea dura contra los delitos de odio, incluso en ausencia de conductas violentas: “el TEDH afirma de forma categórica que “(...) la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro delictivo”³⁹. La clave es la puesta en contacto del discurso en el contexto social y el análisis de impacto en los bienes jurídicos susceptibles de protección frente al discurso del odio: cuando las palabras traducidas al contexto tienen la fuerza de “despertar” el odio, la violencia o la discriminación entonces es legítima la intervención penal según el TEDH. La mayoría extrae la conclusión de que las palabras en ese contexto son discurso del odio no protegido. La minoría, por el contrario, interpreta el contexto en sentido opuesto: que la incitación sea directa o indirecta no es el punto clave, sino su eficacia final y su potencial de daño en contexto”⁴⁰.

4. CONTEXTO NORMATIVO DE REFERENCIA

En el sistema penal italiano la ley antidiscriminación se encuentra en la Sección I bis, titulada Delitos contra la igualdad, ubicada en el Capítulo de “Delitos contra la libertad individual” del Título XII — “Delitos contra la persona”, que, como se examinará, se introdujo bá-

34 § 79.

35 GOISIS, L., *Crimini d'odio, omotransfobia*, cit., p. 8; FATTA, C., *op. cit.*, p. 1334.

36 La Corte Costituzionale ha chiarito che norme CEDU fondano altrettanti “obblighi internazionali” ai sensi dell’art. 117, c. 1, e l’eventuale contrasto tra la norma interna e la Cedu può essere risolto solo muovendo la questione di legittimità costituzionale per violazione dello stesso art. 117, c. 1 (le norme CEDU funzionano come *norme interposte*), laddove non sia possibile offrire della norma nazionale un’interpretazione conforme alle norme CEDU;

37 cfr. Corte Cost. 24 ottobre 2007, n. 348 e Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 349; Corte Cost. n. 311 e 317 del 2009; *Corte Cost., 26 marzo 2015, n. 49. L’art. 628 bis c.p.p., introdotto dalla riforma Cartabia d.lgs. n. 150/2022, prevede i “rimedi per l’esecuzione delle decisioni della Corte EDU”; rimane fermo che le norme CEDU, nella prospettiva dei c.d. controlimiti, devono essere conformi a Costituzione.

38 GOISIS, L., *Crimini d'odio, omotransfobia*, cit., p. 9. Acerca de la Jurisprudencia del TEDH en materia de discurso de odio y la tutela de la libertad de expresión, cfr. RAINEY, B.- MCCORMICK, P.- OVEY, C., *Freedom of expression*, en JACOBS-WHITE-OVEY, *The European Convention on Human Rights*, 8ª ed., 2021, p. 488 ss. - 495 ss.

39 TEDH, 16 de julio de 2009, *Feret c. Bélgica*, n. 15615/07, apartado 73.

40 LANDA GOROSTIZIA, J.M., *Incitación al odio*, cit., p. 329 ss.

sicamente en cumplimiento de obligaciones internacionales y obligaciones comunitarias o europeas.

Esta sección contiene el art. 604-bis, “Propaganda e incitación a la delincuencia por motivos de discriminación racial, étnica y religiosa”, y art. 604 ter, que prevé una determinada circunstancia agravante por los delitos cometidos con fines de discriminación o de odio étnico, nacional, racial o religioso, o para facilitar la actividad de organizaciones, asociaciones, movimientos o grupos que tengan entre sus objetivos las finalidades indicadas (la pena se aumenta hasta en la mitad).

En estas normas han confluído, en aplicación de las denominadas reserva de código (decreto legislativo n. 21, de 1 de marzo de 2018), los tipos de delitos introducidos en la ley italiana por la ley no. 654 de 1975, denominada Ley Real que fue introducida tras la ratificación de la Convención de Nueva York del 7 de marzo de 1966; el arte 3 de la Ley Real fue posteriormente modificado por el Decreto Ley Mancino (d.l. 122/1993, convertido en ley con modificaciones con la ley 205/1993).

La Ley Real es la primera ley que tiene por objeto combatir directamente el fenómeno del racismo, en aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Discriminaciones Raciales, adoptada en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1965 y entrando en vigor en 1969; introdujo los delitos de propaganda por motivos raciales, de discriminación por motivos raciales, nacionales o étnicos, y de asociación con los fines antes mencionados.

Con el decreto Mancino se realiza una extensión a la propaganda basada en el odio étnico; una extensión de la discriminación a la motivación religiosa; se introduce el delito de manifestaciones racistas (artículo 2) y de una agravante común con efecto especial (sustraída de la ponderación) aplicable a los delitos cometidos con fines de discriminación o de odio étnico, nacional, racial o religioso (artículo 3); y se refuerza el tratamiento sancionador en materia de penas accesorias especiales.

El decreto Mancino constituye una intervención legislativa orgánica antidiscriminatoria, inmediatamente acusada de asumir un valor más simbólico que preceptivo.

El delito principal previsto por el art. 3 de la Ley Real fue reformado además por L. núm. 85/2006, de 24 febrero, que modificó su conducta típica en aras del cumplimiento del principio de ofensividad, así como el marco sancionador.

Mientras tanto, en el contexto europeo, destaca la Decisión Marco núm. 2008/913/JAI de la UE de 2008 “sobre la lucha contra determinadas formas y expresio-

nes de racismo y xenofobia a través del derecho penal”, implementada en Italia con L. 115/2016, que introdujo una circunstancia agravante de negacionismo con un nuevo apartado 3 bis del artículo 3 de la Ley Real, modificada por el art. 5 de la L. 167/2017 y hoy implementado en el párrafo 3 del art. 604 bis CP. Se trata de una solución de compromiso que redujo Auschwitzlüge a una circunstancia agravante de delitos de propaganda de ideas basadas en la superioridad o el odio racial o étnico, instigación o incitación a actos de discriminación⁴¹.

En particular, el art. 604 bis —titulado “Propaganda e incitación al delito por motivos de discriminación racial, étnica y religiosa”— sanciona: “a) con prisión de hasta un año y seis meses o con multa de hasta 6.000 € al que propague ideas basadas en la superioridad o el odio racial o étnico, o induzca a cometer o cometa actos de discriminación por motivos raciales o étnicos, nacional o religiosos” (primer párrafo); “b) con prisión de seis meses a cuatro años al que, de cualquier forma, induzca o cometa actos de violencia o actos de provocación a la violencia por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos” (párrafo segundo).

Además, la misma disposición: prohíbe toda organización, asociación, movimiento o grupo cuyo fin sea incitar a la discriminación o a la violencia por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos y sanciona a quien participe o preste asistencia (tercer párrafo).

El art. 604 bis prevé, además, una circunstancia agravante (la denominada “circunstancia agravante de negacionismo”, a la que se refiere el párrafo cuarto) “si la propaganda o la incitación, cometidas de tal manera que den lugar a un peligro real de difusión, se basan total o parcialmente en la negación, la trivialización flagrante o la apología de la Shoah o 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”.

El art. 604 ter indica que “Para los delitos sancionados con pena distinta de la prisión permanente cometidos con fines de discriminación o de odio étnico, nacional, racial o religioso, o para facilitar la actividad de organizaciones, asociaciones, movimientos o grupos que tengan entre sus objetivos dichos fines, la pena se aumenta hasta en la mitad. Las circunstancias atenuantes, distintas de las previstas en el artículo 98, concurrentes con la agravante a que se refiere el primer párrafo, no podrán ser consideradas equivalentes o prevalentes respecto de esta y la pena disminuida se aplicará al montante de la pena resultante del consecuente aumento de la citada circunstancia agravante”.

5. EL PROYECTO DE LEY ZAN (N. 2005)

El denominado “Proyecto de Ley Zan” (n. 2005) sobre “Medidas para prevenir y combatir la discriminación y la violencia por motivos de sexo, género, orientación sexual, identidad de género y discapacidad”, aprobado en la Cámara en noviembre de 2021, y rechazado en el examen del Senado, fue el causante de un acalorado debate científico, no solo en sede de Derecho penal, así como de reacciones contradictorias dentro de la opinión pública. Ya en 2013 se había suscitado en Italia un debate similar con el Proyecto de Ley Scalfarotto, también aprobado únicamente por una rama parlamentaria.

El Proyecto de Ley Zan propone ampliar el marco jurídico actual de los delitos contra la igualdad, conformado en infracciones inculpativas específicas y una circunstancia agravante común, en aras de extender los factores de discriminación también aquellos basados en el sexo, el género, la orientación sexual, la identidad de género y la discapacidad. Así pues, los dos principios rectores del Proyecto son, por un lado, la preservación del actual aparato jurídico penal contra la discriminación y, por otro, la ampliación de su eficacia mediante la extensión del ámbito de aplicación de los factores discriminatorios⁴².

El Proyecto también prevé medidas preventivas destinadas a reforzar las políticas antidiscriminatorias. Concretamente, de conformidad con el nuevo art. 7, párrafo 2º bis del Decreto Legislativo núm. 215/2003, de 9 de julio, la Oficina de Lucha contra la Discriminación, insertada en la Presidencia del Consejo de Ministros —Departamento de Igualdad de Oportunidades—, pasa a ser competente para elaborar una estrategia nacional de lucha contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, con frecuencia trienal, ampliando así su ámbito competencial con respecto a la discriminación por motivos de raza u origen étnico. También se contemplan actividades de sensibilización en las escuelas para “promover una cultura de respeto e inclusión, así como para luchar contra los prejuicios, la discriminación y la violencia motivados por la orientación sexual y la identidad de género, en aplicación de los principios de igualdad y de dignidad social paritaria consagrados en la Constitución” (art. 7 del Decreto Legislativo de 2005). En lo tocante a las políticas de cohesión social, el art. 9 interviene sobre la disciplina de los centros contra la discriminación motivada por la orientación sexual o la identidad de género,

proponiendo la integración del art. 105 quater, párrafo 2º, del Decreto Ley nº 34/2020, reformado por la Ley nº 77/2020. Por último, se dispone la monitorización con una frecuencia trienal de las formas de discriminación y violencia con contenido discriminatorio a cargo del Instituto Nacional de Estadística, oído el Observatorio de Seguridad contra Actos Discriminatorios (OSCAD); el objetivo se concreta tanto en sacar a la luz la cifra negra de las víctimas, como en la supervisión de la eficacia de la rama penal (en este ámbito, la ausencia de informes sobre el fenómeno que debe contrarrestarse es particularmente notable). Finalmente, se propone la instauración de un día nacional contra la homofobia, la lesbofobia y la transfobia, el 17 de mayo, fecha en la que la homosexualidad fue eliminada de la lista de enfermedades mentales por la Organización Mundial de la Salud en 1970; se trata de formalizar una efeméride que ya se celebra desde 2004 por iniciativa del Comité Internacional del Día contra la Homofobia y la Transfobia y que cuenta con el reconocimiento de la Unión Europea y Naciones Unidas⁴³. La finalidad de una ley conmemorativa de este tipo no sería imponer normativamente un punto de vista histórico divisivo, sino utilizar la historia para hablar del futuro⁴⁴, destacando la importancia de un logro de la civilización en términos de despatologización de la orientación sexual, en el entendimiento de que, puesto que este día ya está previsto a nivel supranacional, su previsión normativa no deviene indispensable⁴⁵.

Desde el punto de vista penal, los artículos 2 y 3 del Proyecto de Ley n. 2005 prevén la ampliación del ámbito de aplicación de los “delitos contra la igualdad”, los artículos 604 bis (excluyendo el caso de la propaganda), y de la circunstancia agravante del art. 604 ter del Código Penal.

El Proyecto de Ley pretende agregar a la lista de posibles motivos discriminatorios que la ley ya contempla (raza, etnia, nación, religión) otros nuevos, a saber, sexo, género, orientación sexual, identidad de género y discapacidad (arts. 2 y 3 del Proyecto).

5.1. Las definiciones en el Proyecto de Ley Zan y el respeto al principio de taxatividad

El art. 1 del Proyecto de Ley establece definiciones que son exclusivamente funcionales en la disciplina en cuestión, como se establece en la disposición “a los efectos de la presente ley”: “a) por sexo se entiende el sexo biológico o registrado; b) por género se entiende

42 Cfr. PELISSERO, M., *Il disegno di legge Zan: una riflessione sul percorso complesso tra diritto penale e discriminazione*, en *Diritto e persone LGBTQ+*, PELISSERO, M.- VERCELLONE, A. (Dirs.), Turín, 2022, p. 256.

43 Cfr., en este sentido, PELISSERO, M., *Il disegno di legge Zan*, cit., p. 254.

44 Cfr. MASTROMARINO, A., *Stato e memoria. Studi di diritto comparato*, Milán 2018, p. 147.

45 PELISSERO, M., *Il disegno di legge Zan*, cit., p. 255.

cualquier manifestación externa de una persona que se ajuste o contraste con las expectativas sociales relativas al sexo; c) por orientación sexual se entiende la atracción sexual o afectiva hacia personas del sexo opuesto, del mismo sexo o de ambos sexos; d) por identidad de género se entiende la identificación percibida y manifestada de uno mismo en relación con el género, aunque no se corresponda con el sexo, con independencia de haber completado un proceso de transición”.

En la doctrina, estas definiciones han sido criticadas por temor a la vulneración del principio de taxatividad⁴⁶ y se ha planteado la cuestión acerca de si eran realmente necesarias o si, más bien, no habría bastado con una interpretación jurisprudencial, teniendo en cuenta que el Proyecto de Ley adopta una terminología ampliamente utilizada tanto en las ciencias sociales como en el ámbito jurídico al referirse a términos como sexo, orientación sexual e identidad de género, destacando: el art. 1 de la L. 354/1975, modificada por el Decreto Legislativo n. 123/2018, entre los factores que no permiten la discriminación en el trato penitenciario; el artículo 19 del Texto Único sobre Inmigración, que establece la prohibición de expulsión o devolución a un Estado en el que el extranjero pueda ser objeto de persecución también por los motivos mencionados; el artículo 2 del Decreto Legislativo n. 216/2003 por el que se aplica la Directiva 2000/78/CE para la igualdad de trato en el empleo y las condiciones laborales, entre los factores sujetos a la prohibición de discriminación.

El Proyecto de Ley, al igual que el anterior de Scalfarotto, ha evitado la construcción de la norma sobre el motivo homotransfóbico, centrandolo en la motivación discriminatoria en la orientación sexual y la identidad de género, términos ya consolidados en el panorama normativo supranacional y, como ha quedado asentado, también en la legislación interna, sin olvidar que incluso la definición de “homofobia y transfobia” son bien conocidas a nivel supranacional si se tiene en cuenta la clara definición contenida en las Resoluciones del Parlamento de 2006 y 2012 sobre homofobia. Sin embargo, ciertamente el uso de los términos “orientación sexual e identidad de género” resulta apreciable “porque es menos connotativo que la diferente fórmula ‘homofobia y transfobia’”⁴⁷. La referencia al género obedece a la necesidad de garantizar en términos más amplios las exigencias de protección contra la violencia de género derivadas del Convenio de Estambul, mientras que la

alusión al sexo fue instada por el movimiento feminista, movido por el temor a que la no referencia al mismo, en una normativa que pone el acento en el género y la identidad de género, pudiera devaluar la especificidad de la diferencia sexual entre géneros⁴⁸.

En cualquier caso, aun cuando el factor sexo ha sido introducido a petición de una parte del mundo feminista, la doble referencia al género y al sexo ha sido criticado por una parte minoritaria del propio sector feminista que sostiene la suficiencia de la alusión al género como un término amplio, comprensivo de la diferencia sexual (biológica), a pesar del hecho de que ambos términos responden a perfiles diversos —el género a la construcción cultural, el sexo a la diferencia biológica— y ambos aparecen en el Convenio de Estambul⁴⁹.

La identidad de género se configura indudablemente como la construcción que mayores problemas de taxatividad presenta, tomando en consideración la cuestión de la fluidez sexual y el riesgo relativo de subjetivismo, aun cuando el Tribunal Constitucional ha intervenido recientemente para reconocer el carácter de derecho fundamental a la identidad de género como elemento constitutivo del derecho a la identidad personal en virtud del art. 2 y el art. 8 CEDH⁵⁰. Este derecho fundamental es “lo suficientemente fuerte como para permitir al Tribunal Constitucional la justificación del proceso de transición sexual en virtud de la Ley n. 164/1982 incluso en ausencia de una intervención quirúrgica (Sentencia n. 221/2015)”⁵¹.

5.2. ¿Un refuerzo en materia de violencia de género?

A pesar de que la intención legislativa fue esencialmente combatir la discriminación homófoba, la formulación legislativa se presta también a incluir conductas discriminatorias hacia las mujeres: es decir, todas aquellas agresiones cometidas contra las mujeres sobre la base de una motivación, precisamente discriminatoria, imputable a la orientación cultural de la opresión masculina.

En esencia, esa adición textual a las disposiciones contra la discriminación de los artículos 604 bis y 604 ter del Código Penal, “razones basadas en el sexo”, crea una especie de conexión y establece una continuidad entre los delitos contra la igualdad y el sistema represivo del denominado Código Rojo (Ley n. 69/2019), que reforzó la protección contra la violencia de género

46 PELISSERO, M., *Il disegno di legge Zan*, cit., p. 257.

47 GOISIS, L., *Crimini d'odio omofobico*, cit., p. 236.

48 PELISSERO, M., *Il disegno di legge Zan*, cit., p. 257.

49 PELISSERO, M., *Il disegno di legge Zan*, cit., p. 259; CAIELLI, M., *Il DDL Zan tra diritto penale, democrazia e pluralismo. Profili di diritto costituzionale: pari dignità, principio pluralista, libertà di manifestazione del pensiero*, en *GenIUS*, 2021, n. 2, p. 8 ss.

50 STC n. 180/2017, de 20 de junio; STC n. 221/2015, de 21 de octubre; así PELISSERO, M., *Il disegno di legge Zan*, cit., p. 259.

51 PELISSERO, M., *Il disegno di legge Zan*, cit., p. 259.

y contra las peligrosas derivas de una orientación discriminatoria generalizada hacia las mujeres en el Derecho penal italiano.

Mientras que el segundo, el Código Rojo, es un sistema represivo basado en un conjunto de delitos de base violenta de cuya estructura ni siquiera emerge la connotación discriminatoria, el Proyecto de Ley Zan constituye, en cambio, un instrumento muy desequilibrado en la represión de los delitos ideológicamente discriminatorios, sin llegar a la represión de la propaganda de las ideas⁵².

En particular, en sede de protección de la igualdad en el sistema italiano, todos los casos de agresión, esto es, agresiones físicas sancionadas de una forma específicamente más severa, derivan su particular gravedad no de la propia ofensa física (que sigue siendo en sí misma lo que es), sino del componente ideológico-discriminatorio. Esta es la lógica detrás del “Código Rojo”.

En efecto, como destaca la doctrina, surge el riesgo de que esta conexión entre los dos sistemas se convierta en complemento acumulativo, en el sentido de que se pueda llegar a aplicar la circunstancia agravante prevista en el art. 604 ter del Código Penal de haber actuado con «propósito discriminatorio por razón de sexo», también a aquellos delitos de violencia y malos tratos cuyo draconiano aumento de pena quería el legislador precisamente para contrarrestar esa violencia de género y doméstica, sin duda expresiva de una subcultura discriminatoria, con la consecuencia de que habría un *bis in idem* real⁵³.

6. EL PROYECTO DE LEY ZAN Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

El presente Proyecto de Ley pretende, pues, dar relevancia a factores de discriminación que han ido adquiriendo progresivamente importancia tanto a nivel supranacional —como se ha examinado—, lo que ha supuesto la introducción de documentos importantes que prevén la protección frente a los delitos de odio por motivos homotransfóbicos, relacionados con el género o la identidad de género de la víctima, como desde el punto de vista penal, a la vista de la creciente frecuencia —como ponen de manifiesto las investigaciones en la materia— de los delitos de odio por motivos discriminatorios relacionados con la identidad sexual de las víctimas.

Se trata de ulteriores factores de discriminación, cuya introducción se justifica por la aparición en este momento histórico concreto de una victimización debida a la pertenencia de la persona ofendida a grupos específicos caracterizados por dichos factores en cuestión. En el plano criminológico, no sólo la ciencia criminológica y psiquiátrica evidencian la especial vulnerabilidad y, por ende, la necesidad de protección de las víctimas de los delitos de odio homófobo/transfóbico, sino que las estadísticas recientes ponen de manifiesto la extensión e incidencia de la homofobia tanto en otros países como en Italia⁵⁴.

En la doctrina se subraya la importancia de estos factores de discriminación en cuestión, como elementos de la identidad de una persona: “los distintos perfiles que atañen a la identidad sexual o a la discapacidad de un individuo forman parte esencial y prevalente de la esfera de identidad del mismo modo que lo son, en el esquema de la legislación vigente, los factores étnicos, nacionales, raciales o religiosos”. No cabe duda de la bondad de los nuevos factores de discriminación en aras de la protección de la dignidad de la persona humana, y particularmente de la dimensión sexual de la personalidad, que ha consolidado con el tiempo su dimensión de derecho individual y de igualdad. A pesar de que tanto las creencias religiosas como la discapacidad (cuando es temporal) pueden ser mutables, el desvalor del delito motivado por una intención discriminatoria no cambia si dicha discriminación se basa en motivos étnicos o raciales, o, más aún, en motivos de identidad de género o discapacidad; el desvalor, o el mayor desvalor a efectos de la agravante, reside en la violación del principio de igualdad de reconocimiento en la relación entre los ciudadanos⁵⁵.

Lo relevante no es, pues, el factor de discriminación, sino la discriminación en que la conducta viene traducida o que sustenta la motivación de odio de la misma. El género, la orientación sexual y la identidad de género, al igual que el color de la piel o la etnia, forman parte de la identidad inalterable de una persona, y no es casualidad que los jueces de Estrasburgo consideren “la discriminación basada en la orientación sexual tan grave como la que se funda en la raza, el origen o el color”⁵⁶, tal y como se ha visto. La discriminación ligada a la orientación sexual ofende la identidad, la dignidad y la personalidad de la víctima, al igual que la discriminación basada en los demás motivos ya previstos en el sistema penal italiano.

52 PALAZZO, F., *La nuova frontiera della tutela penale dell'eguaglianza*, en *Sistema penale*, 11 enero 2021, <https://www.sistemape-nale.it/it/articolo/palazzo-tutela-penale-eguaglianza>, p. 6.

53 Idem.

54 Encuestas de la OSCAD de 2021, en www.interno.gov.it

55 Así, PELISSERO, M., *Il disegno di legge Zan*, cit., p. 256 s.

56 TEDH, Lilliendahl c. Islandia, cit.; PELISSERO, M., *Il disegno di legge Zan*, cit., p. 257-261.

La no aprobación del Proyecto de Ley Zan sigue perpetrando, entonces, una diferenciación de los límites del control penal sobre la única base del factor, que termina siendo irrazonablemente discriminatoria, sin perjuicio de que luego quepa discutir también la conformidad constitucional de este sector del sistema penal y la conveniencia de su aplicación⁵⁷.

Las críticas que, de hecho, se hacen al Proyecto son todas relativas al propio modelo de intervención penal en el ámbito considerado⁵⁸.

Cuando se observa que el concepto de actos de discriminación no garantizaría una taxatividad suficiente y que el reenvío a la Convención de 1966 en clave interpretativa sería insuficiente⁵⁹, o que el Proyecto supondría una anticipación excesiva de la intervención penal cuando también se castiga la incitación a actos de discriminación, lo que restringe la libertad de pensamiento prevista en el artículo 21 de la Constitución, se expresan críticas que no se refieren al propio Proyecto de Ley Zan; no ha sido este último quien ha introducido estos delitos, sino que se ha limitado a ampliar su aplicación a la vista de los diversos factores de discriminación existentes, cuya necesidad de protección ha ido surgiendo en la práctica y en la conciencia social.

Ello no obsta para que pueda discutirse la conveniencia de una restricción en el objeto de la intervención penal, por ejemplo en el sentido de limitar esta sólo a los actos de violencia con fines discriminatorios, siendo que la libertad de pensamiento no se configura como un derecho absoluto, sino que ha de ponderarse con otros, como la dignidad de la persona, y para que sólo puedan tipificarse conductas que sean concretamente susceptibles de lesionar dicha dignidad de acuerdo con el principio de ofensividad, tal y como indicó el Tribunal

Constitucional en la Sentencia n. 65/1970 en relación con el delito de apología⁶⁰.

Precisamente en consideración al principio de ofensividad y a la interpretación constitucionalmente aportada en relación con el delito de incitación y apología como delito de peligro concreto, la especificación prevista en el Proyecto según la cual “A los efectos de esta ley, se preservan la libre expresión de creencias u opiniones, así como las conductas legítimas atribuibles al pluralismo de ideas o a la libertad de elección, siempre que no sean aptas para determinar un peligro concreto de realización de actos discriminatorios o violentos”⁶¹.

En conclusión, el acalorado debate sobre la necesidad político-criminal del Proyecto de Ley que nos ocupa y su conformidad con los principios legitimadores del control penal, como son los principios de ofensividad, proporcionalidad y subsidiariedad, debe referirse esencialmente a los tipos preexistentes y no al Proyecto de Ley en sí.

La no aprobación del Proyecto Zan continúa suponiendo una vulneración del principio de igualdad, ofendiendo la dignidad de las minorías en cuestión, a la par que una infracción de esa obligación de tutela incluso penal reconocida por el Tribunal de Estrasburgo en materia de identidad de género y orientación sexual, al menos en lo que se refiere a la previsión de una circunstancia agravante para los delitos motivados por discriminación por razón de orientación sexual. La falta de previsión es interpretada por el mencionado Tribunal como una forma de tolerancia o, peor aún, de aquiescencia o connivencia hacia esta forma de discriminación (más allá de la posible intervención punitiva en relación con el propio delito), con el riesgo de comprometer, por un lado, la función preventivo-general del

57 PELISSERO, M., *Il disegno di legge Zan*, cit., p. 259.

58 BARTOLI, R., *Costituzionalmente illegittimo non è il d.l. Zan ma alcuni comportamenti incriminati dall'art. 604-bis c.p.*, en *Sistema penale*, 12 de julio de 2021, p. 1.

59 En ausencia de definiciones legislativas precisas, en la Sentencia de Casación del Tribunal Supremo, III, n. 36906/2015, de 14 de septiembre (vista de 23 de junio de 2015), Salmè, reconstruye el concepto de discriminación, extrayéndolo de datos normativos y jurisprudenciales supranacionales. “En cuanto a la noción de discriminación, en el plano normativo, debe acudirse en primer lugar al artículo 1 de la Convención de Nueva York, según el cual hace referencia a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen étnico, que tenga por objeto o por resultado la destrucción o el menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social y cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. La misma definición de discriminación figura en el artículo 43 del Decreto Legislativo n. 286/1998 (Texto Único sobre Inmigración), mientras que, por cuanto respecta a la Carta Europea de Derechos Humanos, la referencia es al artículo 14, según el cual el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales por parte de los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea debe garantizarse sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Por su lado, en el plano jurisprudencial y doctrinal, cabe señalar que la discriminación se describe haciendo hincapié en la violación de la condición de igual dignidad de las personas; de hecho, se entiende como un sentimiento de aversión inmediatamente dirigido a la exclusión de la igualdad de condiciones, o como una manifestación de superioridad sobre los demás, vinculada a la raza, al origen étnico o al color”, comentando así la citada Sentencia citada LA TORRE, R., *Hate speech e discriminazione per motivi razziali in un recente approdo della Corte di Cassazione*, en *Giur. Pen.*, 4 de octubre de 2015.

60 PELISSERO, M., *Il disegno di legge Zan*, cit., p. 260 s.

61 Idem.

Derecho penal en este ámbito y, por otro, la confianza de dichas minorías en el Estado.

En cuanto a la conveniencia de introducir una agravante específica, puede observarse que “de este modo se transmite de manera más accesible a la sociedad, que posiblemente no entienda el funcionamiento de las agravantes genéricas, el mandato normativo. Se puede afirmar, por consiguiente, que esta forma de tipificación busca incrementar, en comparación con la agravante genérica, los efectos preventivo-generales positivos de la legislación y transmitir la capacidad del legislador para hacer frente al problema (leyes reactivas) de manera accesible al auditorio destino”⁶².

Una vez establecida la oportunidad político criminal de la introducción del Proyecto de Ley Zan, también en cumplimiento de las obligaciones de origen supranacional, aparece ahora necesaria una valoración profunda acerca de la legitimidad constitucional de la legislación penal antidiscriminatoria (en particular de los arts. 604 bis y 604 ter cp), a partir de su relación con el principio de ofensividad, reconocido por el Tribunal Constitucional italiano como principio que, por una parte, debe presidir la elección de incriminación del legislador y, por otra⁶³ debe guiar la interpretación judicial, por lo que a tal fin emerge la necesidad de identificar, ante todo, el bien jurídico protegido.

7. El bien jurídico protegido en los artículos 604 bis y 604 ter CP

La Constitución, al establecer la libertad de expresión del pensamiento en el art. 21, sólo menciona el límite de la moralidad (buenas costumbres).

Antes de la inclusión de las normas en cuestión en el Código Penal y, por tanto, de la creación de la sección I bis, titulada “De los delitos contra la igualdad”, la doctrina y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretaron la legislación antirracista en clave *publicista*, como encaminada a la protección del orden público (en el Código Rocco los límites a la libertad de expresión del pensamiento se encuentran precisamente en los delitos contra el orden público o la personalidad del Estado), delitos “dirigidos a impedir que ideologías que contengan el germen de la opresión y enunciados filosófico-político-sociales conduzcan a una discrimi-

nación aberrante”, con el peligro de que surja el odio, la violencia y la opresión⁶⁴.

Al respecto, cabe recordar que, como ya se ha mencionado, el Tribunal Constitucional interpreta los delitos de opinión como delitos de peligro concreto contra el orden público (Tribunal Constitucional n. 65/70 y 108/1974), en particular el art. 414 CP (la *apología*) y el art. 415 CP (incitación al odio entre clases sociales).

La Jurisprudencia destacó este bien jurídico en el sentido de que la razón de ser de la acusación consiste en la voluntad del legislador de garantizar la *paz y seguridad pública en las relaciones intersubjetivas* entre personas de diferentes razas, etnias, naciones, religiones; sancionar los actos discriminatorios.

En este sentido, el Tribunal de Verona sentenció: “el orden público en cuestión es, por tanto, sustancialmente sinónimo de paz pública. La voluntad de garantizar la *paz y la seguridad pública en las relaciones intersubjetivas entre personas de diferente raza, etnia, nación, religión*, es la razón de ser de la intervención legislativa que, al sancionar actos en sí mismos discriminatorios hacia otros por razones de raza, etnia, nación o religión, pretendía poner de relieve el principio según el cual, para este bien jurídico, también puede justificarse una limitación a las libertades constitucionales, como la de la (libre) manifestación del pensamiento en todas sus formas (art. 21 ap. 1 de la Constitución), dado que todo peligro para la paz y la seguridad públicas entraña ipso facto una amenaza efectiva para la vida colectiva”⁶⁵.

Esta lectura publicista ha suscitado dudas de constitucionalidad en la doctrina⁶⁶.

Esta Jurisprudencia, sin embargo, ya ha comenzado a interpretar el caso en cuestión como un delito múltiple en el sentido de que “el objeto de protección penal del artículo 3 de la Ley n° 654/1975 no es, sin embargo, sólo el orden público en sentido estricto, es decir, no sólo el orden público sustantivo delimitado en su protección penal dentro de ámbitos estrictamente respetuosos con los derechos políticos y las libertades fundamentales. El objeto de la protección penal del citado artículo 3 es también, y sobre todo, la dignidad de todo hombre a ser considerado como tal por razón de su raza, etnia, nación o creencia religiosa”⁶⁷.

Y esta interpretación como delito múltiple también ha vuelto recientemente.

62 FUENTES OSORIO, J.L., *El odio como delito*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2017, núm. 19-27, p. 8.

63 Corte Cost. n. 519/2000; n. 360/95; n. 263/2000; 519/2000; n. 333/1991.

64 Tribunal Supremo, sec. I, n. 3791/1993.

65 Tribunal de Verona, n. 2203/2003, de 24 de febrero; cfr. VISCONTI, C., *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Turín 2008, p. 141 ss.

66 FRONZA, E., *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, en *Riv. int. dei diritti dell'uomo*, 1997, p. 32.

67 Tribunal de Apelación de Venecia, n. 186/2007, de 30 de enero.

El Tribunal de Apelación de Venecia señaló “el riesgo de artificialidad inherente a las construcciones que, partiendo de la posibilidad concreta de que hechos como el que nos ocupa puedan conducir [...] a verdaderas conmociones en la vida social” e identificó el interés tutelado en la dignidad humana, interpretando la norma a la luz de la noción de discriminación prevista en el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 215/2003, que transpone la Directiva n.º 2000/43/CE relativa a la igualdad de trato entre las personas independientemente de su raza y origen étnico; la Directiva indica en su apartado 3º la noción de dignidad humana como criterio a efectos de identificar formas de discriminación distintas de las enumeradas en los dos primeros apartados (retomando la referencia a la dignidad como bien lesionado por el acoso discriminatorio, en la definición a que se refiere el art. 2 de la misma, “además, se consideran discriminación, de conformidad con el apartado 1, también el acoso o el comportamiento no deseado, realizado por motivos de origen racial o étnico, que tenga el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona y de crear un clima intimidatorio, hostil, degradante, humillante y ofensivo”).

El Tribunal Supremo acepta esta interpretación, realizando una función nomofiláctica fundamental que ha dado lugar a una orientación interpretativa consolidada⁶⁸.

A pesar de esta toma de postura, la Jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo ha continuado refiriéndose a un “delito pluriofensivo, en el sentido de que existen al menos dos bienes-intereses protegidos: el orden público entendido como derecho a la paz social, y la dignidad humana. Sin embargo, que doctrina y Jurisprudencia reconocen preeminencia al segundo. Hay, por tanto, dos sujetos pasivos: los individualmente identificables en el caso concreto y la totalidad del grupo étnico”⁶⁹.

De hecho, la referencia al bien jurídico del orden público en materia de delitos de opinión es criticable, señalando que corre el riesgo de convertirse en un cómodo contenedor de solicitudes carentes, a su vez, de un bien jurídico suficientemente concreto y determinado⁷⁰. Si el orden público se entiende subjetivamente como paz pública, como sentimiento colectivo de seguridad, como sentimiento colectivo de firme adhesión a los

valores fundamentales del Ordenamiento o adhesión moral de los ciudadanos a los principios fundadores de aquel, se encuentra con la objeción de no responder al entramado de intereses predispuestos por el constituyente, toda vez que en estas concepciones del orden público emerge el riesgo de “un Derecho penal que retrocede en la protección de sí mismo, [...] proporcionando instrumentos subsidiarios, amplificadores de las técnicas ordinarias de intervención, dirigidos a la consecución de los mismos fines a los que ya está destinado todo el complejo de normas sancionadoras”⁷¹.

Incluso el orden público entendido en sentido objetivo, como paz social —como “condición objetivamente perceptible que debe entenderse en sentido material [...] sin la cual resulta inconcebible una convivencia ordenada de la ciudadanía [...] medida mínima de orden y seguridad pública que debe ser absolutamente garantizada en interés de la colectividad”⁷²— no cumple la función crítica del bien jurídico y no representa un término de comparación adecuado de ese delicado juicio de ponderación con la protección de la libertad de expresión⁷³, que es la única que puede legitimar la disciplina penal que restringe dicha libertad.

7.1. La dignidad, o mejor dicho, la dignidad paritaria como interés tutelado y la cuestión de legitimidad constitucional

Es precisamente la dignidad humana, en años más recientes, la que se ha elevado a bien jurídico protegido en este caso, superando las dudas de constitucionalidad que plantea la doctrina respecto a la lectura publicista de los intereses tutelados y en esa dirección se sitúa la privatización del bien jurídico realizada por el legislador del Decreto Legislativo 21/2018 que situaba la norma en la nueva sección de delitos contra la igualdad en el contexto de “Delitos contra la persona”.

La referencia a la dignidad también se encuentra en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que niega la pertinencia de la cuestión de la legitimidad constitucional de esta legislación identificando el límite del art. 21 de la Constitución en la “igual dignidad e igualdad de todas las personas”, que se deriva, por un lado, del art. 3 de aquella, y, por otro, por el art. 117 de la misma, que obliga al legislador a respetar las obligaciones in-

68 Tribunal Supremo de Casación, sec. III, n. 13234/2007, de 13 de diciembre (28 de marzo de 2008).

69 Tribunal Supremo de Casación, sec. III, n. 36906/2015, de 23 de junio.

70 CAVALIERE, A., *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo, i principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, en *Riv. it. dir. proc. pen.* 2016, p. 1001.

71 DE VERO, G., *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico criminale*, Giuffrè, 1988, p. 109-124.

72 GEERDS, F. *Einzelner und Staatsgewalt im geltenden Strafrecht*, Bad Homburg v.d.H.: Gehlen, 1969.

73 Así, GALLUCCIO, A., *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, Giuffrè Francis Lefebvre 2020, p. 111 ss.

ternacionales, en este caso concreto la Convención de Nueva York contra el racismo⁷⁴; “las normas sobre la represión de las formas de discriminación racial, además de implementar y ejecutar las obligaciones asumidas frente a la comunidad internacional con la adhesión a la Convención de Nueva York, también constituyen la aplicación del principio fundamental de igualdad señalado en el art. 3 de la Constitución, por lo que se justifica ampliamente el sacrificio del derecho a la libre expresión del pensamiento que no puede extenderse a la justificación de actos o conductas que, expresándose en una exteriorización de las propias convicciones, lesionan principios de relevancia constitucional y los valores protegidos por el Ordenamiento jurídico interno e internacional”⁷⁵.

Esta Jurisprudencia es criticada por aquella parte de la doctrina que impugna la referencia a la legislación supranacional y a la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que resulta instrumental para evitar una correcta verificación de la legitimidad constitucional de la disposición⁷⁶.

La doctrina cuestiona la referencia a la dignidad humana, por cuanto, en primer lugar, se observa que la dignidad humana se expresa también en la misma libertad de expresión del pensamiento, comprimida por el caso en cuestión, y, además, se utiliza la dignidad como una especie de “el as que se lo lleva todo” que permitiría a la Jurisprudencia abstenerse de trabajar argumentativamente con el principio, como una especie de arma que mata la discusión⁷⁷; “la dignidad como un “valor abstracto preexistente, auto-afirmativo y desequilibrante...”, bien “omnívoro” e “insaciable”, caracterizado por una participación considerable del idealismo iusnaturalista y con una innata vocación “tiránica” o “hegemónica”, como tal llevó a devorar por completo el espacio en disputa con la libertad de expresión”⁷⁸. O, nuevamente, se observa que la dignidad es un concepto impreciso, demasiado vago e incluso polisémico, privado de toda connotación de determina-

ción e incapaz de desarrollar una función sistemática y dogmático-interpretativa real y propia; un concepto a menudo entregado a un uso retórico, que sustituye verdaderos razonamientos por intuiciones y sensaciones, eludiendo el necesario tamiz de la subsidiariedad y de la última ratio⁷⁹, y que conduce finalmente a cuestionarse si la dignidad está hecha de la misma materia que los derechos, y si no constituye más bien algo que los precede y funda, “un duplicado inútil de aquellos *naturalia iuria* que se reconocen comúnmente a los seres humanos, a los que la mera referencia a una dignidad humana no añadiría nada”⁸⁰; la noción de dignidad humana tomada de la definición kantiana e impregnada por la Carta de Derechos corresponde a la afirmación de un mínimo ético común en la protección jurídica de la persona humana⁸¹.

En la doctrina, en cambio, diversos autores han aceptado la orientación que considera la dignidad humana como un bien jurídico protegido, como un derecho inviolable de las personas o de la colectividad, que se vería concretamente puesto en peligro por la conducta típica⁸².

Ahora bien, si tenemos en cuenta que los preceptos estudiados, esto es, los artículos 604 bis y 604 ter del Código Penal, se alojan, tras su inclusión en el Código Penal en virtud de la L. 21/2018, entre los delitos contra la igualdad, como Sección I bis, dentro del Capítulo III “De los delitos contra la libertad individual”, que a su vez se incluye en el Título XII “De los delitos contra la persona”, puede suponerse que más que pedir constatar la ofensa respecto genéricamente de un bien no bien definido de la dignidad humana, el bien inmediato y tangiblemente protegido es el derecho a la igualdad, a la igualdad de trato sin distinción por las razones expresamente señaladas por la ley; el derecho a no ser discriminado reconocido en el art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el art. 14 CEDH, modificado por el Protocolo n° 11, en el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

74 Tribunal Supremo de Casación, III, n. 37581/2008, de 7 de mayo; cfr. Tribunal de Roma, ord. 23 de febrero de 2020, N.R.G. 64894/2019.

75 Tribunal Supremo de Casación I, n. 23034/2001; cfr. Tribunal Supremo de Casación, V, n. 31655/2001, de 24 de enero.

76 AMBROSI, A., *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, QC 2003, 536; VISCONTI, C., *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, IUS 17, 2009, p. 200.

77 VISCONTI, C., *Il reato*, cit., p. 201, que alude a una expresión de Hassemer.

78 TESAURO, A., *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Giappichelli, 2013, p. 55.

79 Cfr. GALLUCCIO, A., *op. cit.*, p. 116 s.

80 *Idem*, p. 118.

81 *Idem*, 130 - 118 ss.; FLICK, G.M., *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, en *Riv. AIC*, 2014, 4, p. 8 ss.

82 PICOTTI, L., *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, en *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso*, RIONDATO, S. (dir.), Padua, Cedam, 2006, 134; SCAFFARDI, L., *Oltre i confini della libertà di espressione: l'istigazione all'odio razziale*, Padua, Cedam, p. 205; FRONZA, E., *op. cit.*, p. 67; PULITANO, D., *Laicità e diritto penale*, en *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, p. 82; PACILLO, V., *I delitti contro le confessioni dopo la legge 24 febbraio 2006*, n. 85, Milán, 2007, p. 169 ss.

de 1966, en el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000⁸³.

En efecto, la igualdad es de algún modo el reflejo tangible de la atribución a todos los seres humanos del mismo valor intrínseco constituido precisamente por la dignidad, según la fórmula solemne del art. 3 de nuestra Constitución⁸⁴: “Todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, idioma, religión, opinión política, condiciones personales y sociales”. Surge la estrecha relación entre el respeto al principio de igualdad como condición del respeto a la dignidad, la igualdad, o más bien el derecho a no ser discriminado, es un derecho fundamental que puede convertirse en un bien protegido, como expresión de la dignidad de la persona humana.

Y, por tanto, la “igual dignidad”, que puede adoptar el rol de bien jurídico, con base en los artículos 2 y 3, ap. 1 CI⁸⁵ —dado que la dignidad constituye un fundamento axiológico unitario en la Constitución republicana⁸⁶— y puede, asimismo, desempeñar el papel de límite a la libertad de manifestación del pensamiento siempre que mine la efectividad del mecanismo democrático, creando o manteniendo posiciones de desigualdad sustancial; el principio de igual dignidad social pretende que “la sociedad y cada uno de sus miembros no deben convertirse nunca, de buena o mala fe, en jueces de la indignidad de los demás y no deben expresarse valoraciones negativas de las personas con hechos o palabras, ni directamente ni por referencia a determinados hechos considerados despreciables”⁸⁷.

Considérese que “entre dignidad e igualdad existe un sólido matrimonio, sancionado por las Cartas de Derechos nacidas de ente las cenizas de la Segunda Guerra

Mundial y floreciente en las Constituciones de posguerra”⁸⁸ y, en este sentido, no sólo los instrumentos supranacionales que acaban de mencionarse reconocen la igualdad y la dignidad, sino que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 20 que “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

No es una elección de política criminal que entre en conflicto con el principio de ofensividad en abstracto. El Derecho penal se convierte en un instrumento de protección contra las formas de racismo y discriminación que violan la relación de reconocimiento que debe garantizarse a todos los miembros de la sociedad y lo que representa una especificación de la dignidad del otro que debe permanecer como punto fijo en las relaciones interpersonales⁸⁹.

La relación de reconocimiento del otro nos permite realzar el significado de la dignidad humana en su dimensión social; se protege la dimensión intersubjetiva, que debe reconocerse a cada individuo. No importa aquí la dignidad en cuanto a la percepción subjetiva que cada uno tiene de su propia dignidad, ni como una protección del grupo discriminado como tal, más bien se protege la dimensión intersubjetiva, que debe reconocerse a cada individuo, debiendo asegurarse las herramientas para poder expresar su propia personalidad en las relaciones intersubjetivas y en las formaciones sociales en las que se inserta⁹⁰.

La centralidad de este bien, también para los efectos de la tutela penal, encuentra su referente constitucional en el art. 2 de la Constitución y se hace imprescindible

83 Cfr. PICOTTI, L., *op. cit.*, p. 134

84 PALAZZO, F., *op. cit.*, p. 7, quien, sin embargo, subraya el valor de la solidaridad: “La protección de la igualdad constituye una nueva frontera del Derecho penal que no puede dejar de apreciarse. Es, en efecto, una manifestación significativa de esa atención a las víctimas que, marcando los tiempos actuales, deriva de una mayor sensibilidad hacia el valor fundante de la solidaridad. Una solidaridad debida a lo que aquí hemos llamado las víctimas “en abstracto”, es decir, categorías de sujetos que muestran su peculiar vulnerabilidad, no sólo y no tanto por características de debilidad intrínseca, sino más bien por orientaciones culturales discriminatorias que pueden hacerlas susceptibles de agresiones motivadas por aquellas subculturas nocivas para la sociedad. Si la solidaridad es el valor fundante de esta protección especial, la dignidad humana es el valor final que se persigue en la protección penal de la igualdad”.

85 Cfr. FORTI, G., “*La nostra arte è un essere abbagliati dalla verità*”. *L'apporto delle discipline penalistiche nella costruzione della dignità umana*, en Jus, 2008, 2/3, p. 293; PUGLISI, G., *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza, tra aporie strutturali e alternative alla detenzione*, en Riv. it. dir. proc. pen., 2018, n. 3, p. 1325; VISCONTI, C., *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit.; GOISIS, L., *Crimini d'odio omofobico*, cit., p. 276; BACCO, F., *Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, Turin 2018, p. 103 ss.; ID., *Norme antidiscriminatorie*, en PULITANO, D., *Diritto penale-Parte speciale, Tutela penale della persona*, vol. I, III ed., Giappichelli, 2019, p. 404.

86 SILVESTRI, G., *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 85.

87 Así, ESPOSITO, C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, en Riv. it. sc. soc. 1957-8, p. 44.

88 GALLUCCIO, A., *op. cit.*, p. 144.

89 PELISSERO, M., *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, en *Diritto penale e processo* 2020, 8, p. 1017 ss.

90 Así, PELISSERO, M., *Discriminazione*, cit., p. 1020.

en la sociedad pluralista actual, en la que conviven diversos modelos culturales y códigos morales⁹¹.

El hecho de que la libertad de expresión puede verse restringida en presencia de un discurso de odio encuentra un fuerte apoyo en la normativa reciente, con lo cual el Tribunal Constitucional, remitiendo al Parlamento la revisión de las penas por el delito de injurias en la prensa a fin de prever penas no privativas de libertad, así como recursos civiles y sanciones disciplinarias, ha dispuesto expresamente que “El legislador podrá eventualmente sancionar con pena de prisión las conductas que, teniendo en cuenta el contexto nacional, asuma características de excepcional gravedad desde el punto de vista objetivo y subjetivo, entre las que se incluyen en particular aquellas en que la injuria implica una incitación a la violencia o la transmisión de mensajes de odio” (Tribunal Constitucional, S. n. 132/2020).

También en relación con la circunstancia agravante del negacionismo, se evidencia correctamente que el interés protegido no puede identificarse en la protección de la verdad histórica⁹², que no resulta realmente amenazada, sino que la postura negacionista representa una violación de la igualdad de respeto entre los individuos, y en particular de la igualdad de respeto-reconocimiento de la dignidad paritaria del otro; el otro se identifica no sólo con quienes sufrieron directa o indirectamente las consecuencias de los delitos que se

pretenden negar, sino también con “una humanidad colectiva más genérica e inclusiva, de la que cada individuo puede sentirse parte”⁹³. “La negación de Auschwitz y de todo lo que Auschwitz significa, conlleva, como primera e inmediata forma de ofensa, un ataque a la dignidad de aquellas personas cuya biografía existencial quedó indeleblemente marcada por Auschwitz...⁹⁴. Quienes pretenden negar esos acontecimientos niegan el valor personal correspondiente a cada uno de ellos. Para cada persona afectada, esto significa la continuación de la discriminación del grupo de seres humanos al que pertenece y, por tanto, de su propia persona... Los comentarios tocan una capa profunda y generalizada que va más allá del sentimiento individual de aquellos que, por razones biográficas o parentales, se sienten directamente disminuidos por la negación. La negación de Auschwitz afecta (también) a una especie de dignidad colectiva, que yo tiendo a representar más correctamente como humanidad, o como sentido de humanidad”⁹⁵. Aunque no entra dentro de la definición técnica de crimen de lesa humanidad del artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el negacionismo parece presentar un perfil característico de dicha tipología delictiva, en vista de que negar la realidad de un genocidio y sus principales referentes simbólicos implica negar lo humano violado en los campos de exterminio y, con ello, predicar lo inhumano”⁹⁶.

91 Indica PELISSERO, M., “adquiere mayor importancia ante formas de neorracismo menos visibles que el racismo biológico, pero no por ello menos omnipresentes y capaces de socavar el respeto de los derechos humanos y debilitar la solidaridad social, un riesgo que se acentúa con la pérdida de la memoria histórica de las tragedias a las que condujo el racismo en el siglo pasado”, en *Discriminazione*, cit., p. 1020.

92 En esta dirección, en cambio, BALBI, G., *Il negazionismo tra falso storico e post-verità*, in *Criminalia*, 2018, p. 253 ss., que evidencia de manera interesante como “Ha emergido una perspectiva inesperada: la relevancia penal atribuida a la falsedad de lo que es políticamente sensible, en este caso a la negación de la Shoah, presentada por nuestra doctrina como un instrumento indebido de comprensión de la libertad de pensamiento, constituye, por el contrario, un instrumento fundamental para su protección. Lo que comprime esa libertad, por el contrario, es precisamente la falsificación de la historia, porque los hechos indeseables poseen una obstinación exasperante que sólo puede ser sacudida por... la mentira. De hecho, lo que debe combatirse en una democracia no es la verdad absoluta, sino esa manipulación sistemática de la misma que caracteriza típicamente a los sistemas autoritarios”.

93 BACCO, F., *Norme discriminatorie*, cit., p. 412; PULITANÒ, D., *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, en *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2015, 4, p. 326; GOISIS, L., *Crimini d'odio omofobico*, cit., p. 279 s.

94 Así, CAPUTO, M., *La “menzogna di Auschwitz”, le “verità” del diritto penale. la criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, en *Dir. pen. cont.* 7 enero 2014, p. 38: “Una peculiar asonancia con la condición para el ejercicio de la dignidad humana, que se basa en la protección de la dignidad personal frente a la discriminación por motivos de raza, puede encontrarse en la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, que, abordando la cuestión de la identidad judía afectada por el negacionismo, traduce la necesidad de poder contar con fundamentos sociales para el respeto de sí mismo —evitar la humillación, disfrutar de una dignidad igual a la de los demás y, por tanto, estar protegido frente a la discriminación y los déficits de reconocimiento interpersonal— en el concepto de la denominada autocomprensión”.

95 STELLA, F., *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, 2006, p. 27 ss.,

96 Así, CAPUTO, M., *op. cit.*, p. 41; cfr. DONINI, M., *Negazionismo e protezione della memoria (*) L'eredità dell'Olocausto e la sua sfida per l'etica pubblica e il diritto penale*, en *Sistema penale* 10 de febrero de 2021, que evidencia como “El legislador de la UE, en estos delitos culturales, persigue el objetivo de imponer el respeto a los derechos humanos, de afirmar los valores fundantes en modo de construir una barrera contra las manifestaciones de odio adhesivas a hechos inmensos que discriminan y así desconocen la humanidad en cuanto tal; esto es la *ratio essendi* del Derecho penal de la UE, que en principio no obliga a distinguir entre el Holocausto y otros delitos contra la humanidad o de guerra”; BALBI, G., *op. cit.*, p. 233 ss.; VISCONTI, C., *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., 217 ss. Cfr. TEDH, IV sec., 24 junio 2003, n. 65831/01, *Garaudy c. Francia*, en el que dicho Tribunal ha diferenciado “hechos históricos ciertos” en contraposición con “hechos que todavía son objeto de debate”, como el genocidio armenio, examinado por aquel en el caso *Perinçek*, TEDH, II sec., 17

La doctrina española también destaca el desvalor de los llamados delitos de odio en ofensa a la igualdad, junto con ofensas contra otros bienes: “En el injusto lo importante es el daño que genera actuar con esta motivación: lesión de la igualdad, de la libertad —del colectivo y sus miembros individuales—, la integridad física —daño psicológico—, el riesgo de nuevas agresiones y de desorden civil, el sentimiento de tranquilidad del colectivo afectado, etc.”⁹⁷. Se espera que, *de iure condendo*, se produzca una restricción de la punibilidad en esta materia, ofreciendo “mayor visibilidad social a los delitos contra la igualdad (producción de discriminaciones efectivas) y a la figura del odio como aversión discriminatoria agravante de un delito base y (ii) limitar el discurso del odio a los casos en los que se constate la existencia de una incitación pública directa a la comisión de delitos (contra la vida, integridad personal, libertad) por motivos discriminatorios”⁹⁸.

8. FORMAS DE INTERVENCIÓN PENAL Y PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD

Una vez concretado el bien jurídico protegido en el derecho a la igualdad (a la “igual dignidad”), a la igualdad de trato sin distinción por las razones expresamente señaladas por la ley, cuya necesidad de tutela es absolutamente innegable a la luz del sistema constitucional multinivel (Carta Magna, Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y CEDH, al margen de la Jurisprudencia en la materia), resulta ahora necesario hacer una reflexión sobre la técnica de intervención penal elegida en tal sector y sobre su compatibilidad con el principio de lesividad.

El delito en cuestión, art. 604 bis CP, plantea problemas de compatibilidad con los principios fundamentales de la materia penal como delito de pura opinión, no

incluido en el modelo en el que la manifestación del pensamiento tiene por objeto instigar a la comisión de un determinado delito.

Cuando se asume que el racismo y la discriminación son un elemento del discurso público (discurso del odio), estos elementos chocan con la libertad de expresión del pensamiento que constituye el guardián de la democracia, como nos recuerda recientemente el Tribunal Constitucional (STC, n.132/2020).

La doctrina se divide entre las posiciones más liberales que invocan la necesidad de un espacio público de reflexión y confrontación libre de constricciones (sobre todo criminales)⁹⁹ y los que son más partidarios de reconocer la plausibilidad de la intervención penal sobre el discurso del odio¹⁰⁰; una posición, esta última, que también se ve favorecida, como se ha examinado, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que considera que el discurso del odio es una comprensión legítima de la libertad de expresión protegida convencionalmente¹⁰¹.

Siguiendo el escaneo del Código, dentro de este tipo se pueden distinguir las siguientes hipótesis: 1) “los que propagan ideas” (párrafo 1, letra a), primera parte); 2) “el que instigue a cometer o cometa actos de discriminación” (párrafo 1, letra a) segunda parte); 3) “el que instigue a cometer o cometa actos de violencia” (párrafo 1, letra b), primera parte); 4) “el que instigue a cometer o cometa [...] actos de provocación a la violencia” (párrafo 1, letra b), segunda parte).

En particular, la agravante prevista en el art. 604 ter CP resulta aplicable a cualquier delito que se haya cometido con fines discriminatorios en aras de conceder una protección de trescientos sesenta grados, especialmente intensa dado que la agravación es de hasta la mitad de la pena y la circunstancia escapa a la ponderación¹⁰². En materia doctrinal, cabe preguntarse si

diciembre 2013, y Gran Sala, 15 octubre 2015, sol. 27510/2008, Perinçek c. Svizzera; cfr. PAVICH - G.-BONOMI, A., *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a costituzione la normativa vigente*, en *Dir. pen. cont.* 13 octubre 2014, p. 8 ss.

97 “Ahora bien, la base objetiva de la discriminación no solo evita este rechazo, además da autonomía al odio ya que le permite alejarse de la primera premisa, la necesidad de que se realice una conducta delictiva por el autor. De este modo posibilita la superación del modelo de la agravación y deja la puerta abierta a las otras dimensiones del odio: como amenaza o como lesión”, FUENTES OSORIO, *op. cit.*, p. 9

98 FUENTES OSORIO, J.L., *op. cit.*, p. 49.

99 Respecto al delito de propaganda, cfr. Cfr. MANETTI, M., *Sub art. 21 - La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Bologna - Roma 2006, p. 289; AMBROSI, A., *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, en *Quad. Cost.*, 2008, p. 520.

100 Cfr. PAVICH, G.-BONOMI, A., *op. cit.*, 32; PICOTTI, L., *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, en RIONDATO, S. (dir.), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padua, 2006, pp. 136-38; SALAZAR, C., *I “destini incrociati” della libertà di espressione e della libertà di religione: conflitti e sinergie attraverso il prisma del principio di laicità*, en *Quad. di dir. e pol. eccl.*, 2008, p. 83.

101 TEDH, *Vejdeland*, cit.; PELISSERO, M., *Discriminazione, razzismo*, cit., p. 1019.

102 PULITANO, D., *Essere Charlie, o politicamente corretto? Manifestazioni espressive e diritto penale*, en *Sistema penale* 20 de enero de 2021, quien precisa que “en términos generales, la previsión de agravantes por su significado simbólico se conforma como una opción legítimamente admisible y racionalmente discutible. Puede aparecer ideológicamente gratificante, como promesa de protección reforzada, o ser observada con objetividad escéptica”.

la previsión de una agravante es también meramente simbólica o realmente útil en términos de prevención general, pero, como ya se ha visto, el TEDH ha respondido ampliamente a esta pregunta solicitando un tratamiento diverso para los delitos agravados por el elemento discriminatorio, a menos que el Estado quiera convertirse en cómplice y llevar a cabo una violación del art. 14 CEDH. Cabe recordar, a ese respecto, que la técnica legislativa empleada de forma dominante por el legislador penal antidiscriminatorio norteamericano no es otra que la consistente en agravar la pena de determinados delitos cuando su autor los comete impulsado por móviles discriminatorios; “tal técnica legislativa es merecedora de una valoración completamente distinta por parte del Tribunal Supremo de los EEUU”, particularmente en el caso *Winconsin c. Mitchell* (1993), donde se declaró que la técnica legislativa del tipo agravado por la motivación racista era perfectamente compatible con la libertad de expresión y el principio de responsabilidad por el hecho, en vista de que el objeto de sanción no era la motivación interna del sujeto, sino el hecho objetivo lesivo del bien jurídico¹⁰³.

El art. 604 bis, letra b), castiga en su primer párrafo la “violencia” por motivos discriminatorios (“cometer actos violentos”) con una pena de prisión de entre seis meses y cuatro años. Esta disposición genérica concurre con cualquier delito específico de base violenta agravado en el sentido previsto en el art. 604 ter CP, a la vista también de la cláusula de salvaguardia del artículo 604 bis CP, siendo probable que la concurrencia

de normas se resuelva a favor del delito más grave¹⁰⁴. Esta hipótesis, centrándose en el elemento ideológico de la motivación discriminatoria, no plantea problemas respecto al principio de ofensividad al requerir una conducta ofensiva como la violencia.

El art. 604 bis, en su primer apartado (a), castiga los “actos de discriminación” (“cometer actos de discriminación”), con la pena de prisión de hasta un año y seis meses o con una pena de multa. Este delito representa un fuerte impacto por cuanto se encuentra destinado a sancionar cualquier posible acto discriminatorio que no constituya propiamente un delito, desde el despido injustificado hasta el no reconocimiento de la progresión en la carrera profesional: “potencialmente, la generalidad de la disposición es apta para abarcar cualquier acto discriminatorio, ya sea ilícito en sí mismo o no”.

Se trata de una modalidad delictiva especialmente controvertida en términos de legitimidad constitucional debido a la falta de taxatividad de la noción de actos discriminatorios —que, sin embargo, también puede reconstruirse a la luz de la legislación supranacional en la materia¹⁰⁵ y de ejemplos extranjeros (particularmente, el Ordenamiento jurídico francés y español ofrecen una definición de discriminación penalmente relevante¹⁰⁶)— y, sobre todo, debido al fuerte “componente ideológico” del acto discriminatorio y, por tanto, a la problemática conformidad de dicha disposición con los principios de ofensividad y proporcionalidad.

Aún más problemática, representando una fuerte anticipación de la barrera de protección, es la hipótesis

103 *Winconsin v. Mitchell*, TRIBUNAL SUPREMO DE WISCONSIN N. 92-515. Celebrado el 21 de abril, 1993-Decisión de 11 de junio de 1993: “La defensa del acusado alegó en un caso de lesiones con móvil racista que la agravación de la pena por la concurrencia en el autor del delito de dicha motivación xenofoba era contraria a la libertad ideológica y de expresión del individuo. De acuerdo con esta tesis, tal agravación representaba, en realidad, una inadmisibles muestra de Derecho penal de autor, al incrementarse la pena exclusivamente en atención a la actitud interna racista del sujeto activo”, explica GÓMEZ MARTÍN, V., *Incitación al odio y género*, cit., p. 5.

104 PALAZZO, F., *op. cit.*, p. 5.

105 La noción de *discriminación* es descrita desde un punto de vista normativo en el art. 1 de la Convención de Nueva York, según la cual “denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”. En el Ordenamiento italiano, viene ofrecido un concepto idéntico en el art. 43 del Decreto Legislativo (Texto Único sobre Inmigración), aunque en relación exclusiva con la legislación en la que se inscribe esta disposición: “A los fines del presente capítulo, constituye discriminación cada comportamiento que, directa o indirectamente, comporte una distinción, exclusión, restricción o preferencia basada sobre la raza, el color, el linaje o el origen nacional o étnico, las convicciones y las prácticas religiosas, y que tenga por objeto el efecto de destruir o de comprometer el reconocimiento, el goce o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social y cultural y en cualquier otro sector de la vida pública”.

106 Así, GOISIS, L., *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, cit., p. 501 ss. El Tribunal Supremo, Casación, Sec. V, 28 de enero de 2010 (dep. 25/03/2010), n. 11590, Rv. 246892, ha intentado ofrecer una descripción de la discriminación hablando de “sentimiento o aversión o de discriminación basado en la raza, el origen étnico o el color”, se refiere a “un sentimiento inmediatamente perceptible como algo ligado a la exclusión de condiciones de igualdad”; Tribunal Supremo de Casación, Sec. V, 28 de diciembre 2 de 2009 (dep. 28/12/2009), n. 49694, Rv. 245828 ha identificado la discriminación con un “prejuicio manifiesto de inferioridad de una sola raza”. Cfr. PAVICH, G.-BONOMI, A., *op. cit.*, p. 5, que evidencian cómo a menudo se hace referencia al sentimiento de superioridad de la raza de pertenencia y, sobre todo, de inferioridad de la raza o grupo étnico al que se dirige la conducta. En la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la discriminación se describe de forma muy general y amplia a la luz del artículo 14: consiste en “tratar de manera diferente a personas que se encuentran en situaciones comparables, salvo que esté objetiva y razonablemente justificado”, TEDH, Willis c. Reino Unido, rec. n. 36042/97, par. 48. Véase, también, TEDH, Zarb, 20 de junio 2006, Adami c. Malta, rec. n. 17209/02, par. 71.

de la incitación a actos discriminatorios, que no castiga la conducta objetivamente discriminatoria, sino sólo la incitación a su comisión, siendo castigada con la misma pena que los actos discriminatorios. La justificación de este tipo delictivo esgrimida por la doctrina no resulta convincente, basándose en la idea de que “el odio como juicio de peligrosidad diluido se construye sobre una doble presunción: la conducta que manifiesta un ánimo aversivo puede crear climas de enemistad, hostilidad o antipatía; estos climas son predelictivos, es decir, pueden conducir a la producción de futuros delitos. Así, mediante este doble juicio de potencialidad causal (respecto a la hostilidad y al daño), se afirma que estadísticamente son conductas criminógenas que se asocian con la posterior realización de actividades delictivas o que poseen las características de estados que desencadenan estas conductas delictivas posteriores”¹⁰⁷. No resultan convincentes justificaciones singulares y el delito que se está examinando en relación con el principio de ofensividad a causa de la excesiva anticipación de la tutela y del carácter excesivamente vago de la doble presunción en que se basa la figura, en contraste con la idea del Tribunal Constitucional italiano acerca de que los delitos de peligro presunto/abstracto se fundan sobre una prognosis de peligrosidad racional¹⁰⁸.

La anticipación de la protección se logra también con la figura de incitación a la violencia, que en todo caso plantea los mismos problemas respecto del principio de ofensividad que los tipos de incitación a la delincuencia y debe interpretarse como un supuesto de peligro concreto a la luz de la Jurisprudencia constitucional en relación con el supuesto de apología (artículo 414 CP, ap. 2) que ha establecido que “la apología punible en virtud del último párrafo del artículo 414 del Código Penal no es, por tanto, la mera manifestación del pensamiento, sino aquella que por sus modalidades integra compor-

tamientos concretamente susceptibles de provocar la comisión de delitos”¹⁰⁹.

Más problemática desde el punto de vista del respeto del principio de ofensividad es la figura de incitación “a actos de provocación a la violencia”, que representa una forma de incitación a la incitación; se trata de una forma excesiva de anticipación de la protección, respecto de la cual resulta bastante evanescente, si no imposible, formular ese juicio de razonabilidad de la presunción de peligrosidad de la conducta, lo que, en opinión del Tribunal Constitucional, sería lo único que podría justificar el recurso a esta técnica de incriminación, como ya se ha recordado¹¹⁰. La vulneración del principio de proporcionalidad se determina, pues, mediante la equiparación del tratamiento punitivo de estas dos formas de incitación al previsto para la violencia *per se*. El “componente ideológico” asume “un peso enorme, que conlleva las mismas sanciones para hechos de gravedad extraordinariamente diferente en términos de ofensividad objetiva”¹¹¹.

El “componente ideológico”, de nuevo, revela todo su potencial en la tipificación de la mera “propaganda de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial o étnico”, castigada por la letra a) del apartado primero del artículo 604 bis CP con la misma pena —de prisión de hasta un año y seis meses o multa— con la que se castigan los “actos discriminatorios”¹¹². Cabe señalar, sin embargo, que la previsión de propaganda de ideas discriminatorias no incluye la propaganda basada en motivos religiosos, y la propaganda basada en la identidad de género, la orientación sexual o la discapacidad no estaría cubierta por el Proyecto Zan. El legislador ha preferido, acertadamente, limitar la incriminación de la propaganda a las manifestaciones más odiosas, vinculadas a la historia europea¹¹³, por lo que la doctrina considera que la propaganda racista no parece elimi-

107 ALASTUEY DOBÓN, C., “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código penal de 2015”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 2016, p. 18; ALCÁCER GIRAO, R., “Discurso del odio y discurso político”, *ivi* 14.2.2012, p. 50. Cfr. FUENTES OSORIO, J.L., *op. cit.*, p. 10 s.

108 El Tribunal Constitucional ha admitido en diversos pronunciamientos que: los delitos de peligro presunto o abstracto no son, en principio, incompatibles con los dictados constitucionales, “puede discutirse, ciertamente, sobre la constitucionalidad del principio de ofensividad” (Sent. n. 62/1986; 333/1991; 133/1992; 369/1995; 296/1996), lo que tiene una importancia decisiva es la razonabilidad de la elección legislativa de construir ciertos casos según el motivo de la peligrosidad presunta o abstracta: la elección es constitucionalmente legítima si no es “irracional o arbitraria”, sino que se basa en reglas de experiencia que pueden vincularse al *id quod plerumque accidit* (Sent. n. 1/1971; 71/1978; 139/1982; 126/1983; 62/1986; 333/1991; 360/1995; 249 y 250/2010). Cfr. MANES, V., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, en *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.* 2012, 1, 99 ss.

109 TC n. 65/1970, de 4 de mayo: “Se pretende recordar, a efectos de aclaración, que la libertad de emisión del pensamiento, garantizada en el primer apartado del art. 21 de la Constitución, encuentra sus límites solamente en la tutela de las buenas costumbres, pero también en la necesidad de proteger otros bienes de relevancia constitucional y en la exigencia de prevenir y hacer cesar perturbaciones de la seguridad pública, cuya tutela constituye una finalidad inherente al sistema (SSTC n. 19/1962, de 8 de marzo; n. 87/1966, de 6 de julio; n. 84/1969, de 2 de abril); TS, sez. I, 03/11/2022, n. 9656

110 Véase *supra* nota 99.

111 PALAZZO, F., *op. cit.*, p. 5.

112 *Idem*. Cfr. TS, sez. V, 07/05/2019, n. 32862

113 Favorable a la tipificación, PELISSERO, M., *Discriminazione*, *cit.*, p. 1021.9.

nable del Ordenamiento jurídico porque “la resonancia ética y la consustancialidad de los bienes en juego en relación con los valores que la democracia reconoce como su fundamento”¹¹⁴ es demasiado fuerte, aunque no faltan quienes observan que la propaganda genérica de odio no debe ser castigada, no porque sea menos peligrosa o no suficientemente lesiva, sino porque no respeta el principio de taxatividad en la medida en que está “trazada de forma demasiado impresionista para garantizar el nivel de certeza entre los confines de los términos “palabra permitida” y “palabra prohibida”, que es crucial preservar en el asunto que nos ocupa”¹¹⁵.

Por último, “este potente aparato represivo se completa con la previsión del delito de asociación dirigido no sólo a la violencia discriminatoria, sino también a la ‘incitación a la discriminación’ (artículo 604 bis ap. 2 CP): el frente represivo se amplía así al acto preparatorio del acto preparatorio”¹¹⁶.

Surge, entonces, la cuestión acerca de cómo los problemas de constitucionalidad conciernen en primer lugar al caso del artículo 604 bis —como típico delito de opinión— y al artículo 604 ter, dirigido a castigar o sancionar más severamente un delito no material, pero ideológicamente discriminatorio; la doctrina se refiere a un proceso de desmaterialización del delito ante bienes como la igualdad y la dignidad que representan “valores ideales, es decir, que tienen una consistencia altamente axiológica”. Desde esta perspectiva, incluso

el especial endurecimiento de las penas para los delitos que atentan contra la igualdad/dignidad mediante la agresión física a la persona derivan su gravedad no de la ofensa física (que sigue siendo en sí mismo lo que es), sino del componente ideológicamente discriminatorio.

“El núcleo de desvalor específico de estos delitos se encuentra en la subcultura discriminatoria que constituye el origen de la agresión, así como el objetivo final político-criminal de estas disposiciones consiste en la erradicación de tales orientaciones culturales del tejido de la sociedad. Todo ello no puede sino implicar una especie de huida del Derecho penal hacia la anticipación de la protección hasta el umbral de la pura manifestación del pensamiento”¹¹⁷.

También en este sector del Ordenamiento jurídico español se plantea el problema del cumplimiento del principio de ofensividad; particularmente uno de los principales problemas hermenéuticos que planteaba el art. 510.1 CP¹¹⁸ (en la Sección 1.ª De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución) en su redacción anterior a la Ley Orgánica 1/2015 reside en el empleo del término “provocar” para la descripción de la conducta típica. “Según defiende una parte de la doctrina, puesto que el tenor literal art. 510.1 CP no exigía que la provocación lo sea a actos o delitos de discriminación, odio o violencia,

114 BACCO, F., *Norme discriminatorie*, cit., p. 415: “sería temerario pensar en prescindir de él ahora, en tiempos revueltos llenos de nuevos racismos e impulsos discriminatorios”.

115 GALLUCCIO, A., *op. cit.*, p. 421.

116 BACCO, F., *Norme discriminatorie*, cit., p. 415.

117 PALAZZO, F., *op. cit.*, p. 7.

118 Disponía el art. 510.1 CP anterior a la LO 1/2015 que “[l]os que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses”. La norma ha sido reformada y notablemente ampliada por la LO 1/2015; tras la actualización del 13/07/2022, con entrada en vigor el 14/07/2022, se modifican los apartados 1 y 2 por el art. único.2 de la Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio. “En el primero (a) se tipifican las conductas de “fomento, promoción o incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia”. La incitación equivaldría a la provocación de la anterior redacción del precepto, aunque ya con una clara consideración de delito *sui generis* con respecto al acto preparatorio previsto en el art. 18 CP. El fomento y la promoción constituyen, en cambio, conductas de favorecimiento más indirectas. Todas estas conductas pueden ser directas o indirectas y deben realizarse, en todo caso, “públicamente”. Con la reforma queda del todo claro que el delito es autónomo de la provocación al delito como acto preparatorio punible, prevista en el art. 18 CP. A diferencia de lo que sucedía antes de la reforma, la conducta puede recaer no sólo sobre un colectivo, sino también sobre alguno de sus concretos integrantes. Además, el nuevo art. 510.1 a) CP añade a los motivos discriminatorios las “razones de género”. En el segundo apartado (b) se tipifica la producción, elaboración, posesión para distribuir o facilitar el acceso a terceros, distribución, difusión o venta de material idóneo para la realización de alguna de las comidas previstas en el apartado a). Con el nuevo apartado tendrán un más cómodo encaje en este apartado, por ejemplo, supuestos como los de las Librerías Europa y Kalki, que antes de la reforma sólo podían subsumirse (aunque forzadamente) en los arts. 510.1 (antecedente del actual apartado art. 510.1 a) CP) y 607.2 CP (antecedente del actual apartado art. 510.1 c) CP). Finalmente, en el tercer apartado (c) se castigan los delitos de negación, trivialización grave o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra personas o bienes en caso de conflicto armado. En este apartado se tipifican, junto a otras, algunas de las conductas previstas antes de la reforma en el art. 607.2 CP, que pasa a integrarse, por tanto, en el nuevo art. 510 CP. La diferencia fundamental entre ambos preceptos reside en la ausencia en el nuevo de la “justificación”, y la presencia ahora de la trivialización y el enaltecimiento. Además, el nuevo apartado castiga conductas referidas no sólo al genocidio (como hacía el anterior art. 607.2 CP), sino también a los delitos de lesa humanidad y los llamados “crímenes de guerra”, así GÓMEZ MARTÍN, V., *Incitación al odio y género*, cit., p. 12-13.

sino sólo a estas tres últimas, de dicho tenor literal se desprende que lo que ha querido sancionar el legislador penal no es sino la incitación a terceros para que muestren una actitud interna de discriminación, odio o violencia hacia determinados colectivos minoritarios¹¹⁹. De acuerdo con este último argumento, el art. 510.1 CP parecería prohibir literalmente la conducta consistente en despertar en terceros una actitud interna de rechazo hacia personas de otra raza u orientación sexual, sin necesidad de que tal actitud interna acabe traduciendo en la comisión de delito discriminatorio o violento alguno. Según esta posición, sin perjuicio de que desde un punto de vista moral dicha incitación, o los sentimientos o actitudes internas objeto de la misma puedan ser merecedores del más severo de los reproches, su prohibición bajo amenaza de pena podría ser entendida como una muestra de Derecho penal de autor protector de intereses exclusivamente morales¹²⁰.

8.1. “Un peligro concreto para el bien jurídico protegido”

Debe destacarse un cierto esfuerzo proveniente del Tribunal Supremo por interpretar las normas examinadas a la luz del principio de ofensividad.

En primer lugar, sólo es punible el discurso de odio reprochable, que se considera existente solo cuando el odio se dirige a personas con un perfil socialmente reconocido de debilidad, marginación o inferioridad¹²¹; por esta razón, la Jurisprudencia no aplica este tipo delictivo al extranjero que profiere la expresión “italiano de mierda” a un ciudadano italiano, pues la referencia a los italianos en el sentimiento común no puede relacionarse con una situación de inferioridad susceptible de ser discriminada¹²². El Tribunal Supremo ha precisado que “la esencia del delito (en el plano jurídico-aplicativo) se sustancia en una conducta que expresa una actitud de odio racial, una manifestación de adhesión a determinadas doctrinas o tendencias que profesan la

inferioridad de ciertos grupos étnicos y, por tanto, la superioridad de otros”¹²³. Además, la “discriminación por motivos raciales” es aquella fundada en la cualidad personal del sujeto, no —en cambio— en su comportamiento (en este caso, el Tribunal no aplica el tipo a quienes afirman que los vénéto son “un pueblo de borrachos y alcohólicos atávicos, abuelos, padres, madres”)¹²⁴. “La discriminación debe basarse en la cualidad del sujeto (gitano, negro, judío, etc.) y no en el comportamiento. La discriminación por la diversidad de los demás es diferente de la discriminación por la criminalidad ajena. En definitiva, un sujeto también puede ser legítimamente discriminado por su comportamiento pero no por su cualidad de diferente”¹²⁵.

Así, para aplicar la circunstancia agravante ex art. 604 ter, como también ha reafirmado recientemente el Tribunal Supremo, no debe bastar con constatar el “odio” como mero propósito específico, como pulsión interna del agente, que le impulsa a una conducta ilícita, sino que la Jurisprudencia interpreta previamente el requisito del odio en términos objetivos, como fuente de peligro concreto: “el odio racial o étnico [...] está integrado no por cualquier sentimiento de antipatía genérica, de intolerancia o de rechazo que pueda reconducirse a motivos relacionados con la raza, la nacionalidad o la religión, sino únicamente por un sentimiento idóneo para suscitar el peligro concreto de un comportamiento discriminatorio”¹²⁶; “no puede considerarse suficiente que el odio étnico, nacional, racial o religioso haya sido, de forma más o menos reconocible, el sentimiento que haya inspirado desde dentro la acción delictiva, sino que ésta, por sus características intrínsecas y por el contexto en el que se produce, se presenta como intencionadamente dirigido y al menos potencialmente apta para hacer perceptible al exterior el citado el sentimiento reprochable antes mencionado y de suscitar en otros, o en cualquier caso de dar lugar, en el futuro o en un futuro inmediato, al peligro concreto de conductas

119 Cfr. LANDA GOROSTIZIA, J.M., *Incitación al odio: evolución jurisprudencial*, cit., p. 317.

120 Así, Gómez Martín, V., *Incitación al odio y género*, cit., p. 9, que también señala que “Concretamente, solía afirmarse que la expresión “provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia” adolecería de un contenido altamente indeterminado, que resulta difícilmente compatible con el mandato de determinación de la Ley penal” (p. 8); Bernal del Castillo, J., *La discriminación en el derecho penal*, cit., p. 81; Del Rosal Blasco, B., *Comentario al artículo 510 CP*, en Cobo Del Rosal, M. (Coord.), *Derecho penal español*, PE, 2ª ed., 2005, p. 1056.

121 Así, SPENA, A., *La parola (-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione, interpretazione dello hate speech*, en *Criminalia* 2016, p. 601.

122 Trib. Supr. Cas., V, 28 de enero de 2010, n. 11590; Trib. Supr. Cas., III, 23 de junio de 2015, n. 36906.

123 Trib. Supr. Cas., Sec. III, 23 de junio de 2015, n. 36906.

124 Trib. Supr. Cas., V, 23 de febrero de 2016, n. 24065; igual, Trib. Sup. Cas., V, 7 de mayo de 2019, Borghezio, n. 32862, Rv. 276857; Trib. Sup. Cas., V, 30 de julio de 2019, n. 34815 en el que el Tribunal ha confirmado la condena emitida por el Tribunal de Apelación de Milán por injurias agravadas por finalidad de discriminación étnica y racial perpetrada por el parlamentario europeo Mario Borghezio que, en el transcurso de una transmisión radiofónica, comentó el nombramiento de Cecile Kyenge como Ministra de Integración, describiéndola como “del bonga bonga” y añadiendo la expresión “no somos congoleños”; Trib. Supr. Cas., I, 16 de enero de 2020, nº 1602.

125 Trib. Supr. Cas., Sec. III, 13 de diciembre de 2007 (28 de marzo de 2008), n. 13234.

126 Trib. Supr. Cas. Sec. III, 23 de junio de 2015, n. n. 36906; Trib. Supr. Cas., V, 30 de julio de 2019, n. 34815.

discriminatorias por motivos de raza, nacionalidad, etnia o religión¹²⁷.

En un caso reciente, el Tribunal Supremo de Casación ha confirmado la condena emitida por el Tribunal de Apelación de Milán por un delito de injurias agravadas por la finalidad de discriminación étnica y racial perpetrada por el entonces parlamentario europeo Mario Borghesio que, en el curso de una transmisión radiofónica, comentó el nombramiento de Cecile Kyenge a Ministra de Integración, definiéndola como “del bong-a bong-a” y añadiendo expresiones como “nosotros no somos congolese”; el Tribunal Supremo ha sostenido que la agravante opera solo en los casos en que se manifiesta una acción que muestra en sí misma un prejuicio explícito de inferioridad de una raza, concretada “en la manifestación intencionada del mismo sentimiento y la voluntaria provocación en otros de análogo sentimiento de odio hasta dar lugar, en el futuro o en momento presente, al concreto peligro de comportamientos discriminatorios”, mientras resulta irrelevante la finalidad específica de incitación al odio racial¹²⁸. El Tribunal, además, ha alegado que los jueces de instancia habían valorado correctamente el contenido integral del testimonio, considerando el contexto comunicativo en su conjunto; ese mencionado elemento contextual, como se verá, resulta absolutamente relevante en aras de la valoración de la peligrosidad concreta de la conducta.

En relación a la agravante del “negacionismo”, se observa que no ha desplazado los confines de lo penalmente relevante en materia de libertad de expresión y que el mismo legislador pretende un peligro concreto, precisando en tal modo el umbral de ofensividad al

requerirse que la propaganda y la incitación de fondo negacionista se cometan de manera que se derive un peligro concreto de difusión¹²⁹. El peligro de difusión como condición para sancionar la mayor gravedad y, por tanto, la mayor lesividad, y, consecuentemente, un tratamiento sancionatorio más grave, respecto a la conducta —el negacionismo— que en sí mismo exprime discriminación lesionando no solo la igual dignidad o, en términos más drásticos, la misma dignidad humana de los sujetos directamente afectados, sino, como se ha examinado, también la humanidad y la dignidad de cada ser humano.

El delito de quien promueva o dirija organizaciones, asociaciones, movimientos o grupos que posean entre sus objetivos el de incitar a la discriminación o a la violencia por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, como el hecho de pertenecer a alguna de las congregaciones indicadas, a criterio del Tribunal Supremo, no violaría el art. 18 CI porque la discriminación prevista en la norma en cuestión es solo aquella cometida mediante actos de coerción física o moral susceptible de integrar, a su vez, delitos de violencia privado, extorsión o lesiones dolosas¹³⁰. Permanece, sin embargo, gran perplejidad acerca de la compatibilidad de la materia en cuestión en relación con el art. 21, la libertad de expresión¹³¹.

En relación a la conducta de “propaganda” prevista en el art. 604 bis del Código Penal, debe recordarse que es fruto de la reforma del art. 3 de la Ley Real. La norma sancionaba originariamente “el que difunde de cualquier forma...”, utilizando el mismo verbo previsto en el art. 4 de la Convención de Nueva York; el

127 Así, Trib. Supr. Cas., Sec. V, 17 de noviembre de 2005, n. 44295; en el mismo sentido, Trib. Supr. Cas., Sec. 5, 2 de noviembre de 2017 (dep. 2018), n. 7859 y Trib. Supr. Cas., V, 30 de julio de 2019, n. 35815 que precisan, además, que la discriminación en cuestión puede “eventualmente adoptar también la forma de la exteriorización intencionada del odio y de la provocación intencionada en otros de análogo sentimiento hasta el punto de dar lugar, en el futuro o en el momento inmediato, al peligro concreto de una conducta discriminatoria. En otras palabras, la finalidad específica de incitación al odio racial no es condición esencial de la circunstancia agravante considerada, para cuya integración basta la exteriorización de una condición de inferioridad o indignidad, atribuida a personas concretas y atribuida a su pertenencia a una raza determinada, con la consiguiente peligrosidad del elemento circunstancial a que se refiere el artículo 3.1 de la L. 205/1993”. Cfr. Trib. Supr. Cas., V, 20 de enero de 2006, n. 9381, en *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, p. 1449 ss., con cita de FERLA, L., *L'applicazione della finalità di discriminazione razziale in alcune recenti pronunce della Corte di Cassazione*, Trib. Supr. Cas., Sec. V, 23 de marzo de 2018, n. 32028; Trib. Supr. Cas., Sec. V, 2 de marzo de 2021, n. 30512: “La circunstancia agravante prevista en el art. 604-ter CP resulta aplicable no solo cuando la acción, por sus características intrínsecas y por el contexto en el que se inserta, se encuentra intencionadamente dirigida a hacer perceptible externamente el propio sentimiento de odio y a suscitarlo en los demás, y en todo caso a dar lugar, en el futuro o en el momento inmediato, al peligro concreto de un comportamiento discriminatorio, sino también cuando se refiere, en el sentido actual, a un prejuicio manifiesto de la inferioridad de una sola raza, no siendo relevante el movimiento subjetivo del agente (en el presente caso, los acusados habían amenazado primero a un grupo de chicos africanos, y luego les habían pegado; la circunstancia agravante de odio racial se había apreciado por las expresiones despectivas —negro o negro de mierda— utilizadas repetidamente contra los ofendidos durante la conducta ilegal)”.

128 Trib. Supr. Cas., V, 30 de julio de 2019, n. 34815.

129 BACCO, F., *Norme discriminatorie*, cit., p. 411.

130 Cfr. las sentencias citadas en CARETTI, P., *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna d'attualità in una società multietnica*, en *Diritti nuove tecnologie trasformazioni sociali - Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padua, 2003, p. 120-21 nota 22.

131 Cfr. PAVICH, G.-BONOMI, A., *op. cit.*, p. 35 s.; TS sez. I, 06/12/2021, n.4534

Decreto Mancino de 1993 mitiga la pena por difusión e incitación y la Ley 85/2006 mitiga aún más la pena y contrae el ámbito de la protección penal para dar mayor espacio a la libertad de expresión, reemplazando en la Ley núm. 654/1975 el verbo “difundir” (las ideas basadas en la superioridad o el odio étnico o racial) por el de “propagar” y el verbo “incitar” (a actos de discriminación) por “instigar”; el fin era el de asegurar un mayor cumplimiento del principio de determinación y una aplicación más restrictiva de la regla a la luz del principio de ofensividad¹³². La doctrina ha puesto en duda la compatibilidad de esta restricción con la Convención de Nueva York y con la Decisión Marco 2008/913/JAI; la Convención (art. 4), en particular, obliga a dichos Estados a “declarar los delitos punibles por la ley, toda difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial, toda incitación a la discriminación racial”.

Según algunos autores, en cualquier caso, el intento ha resultado fallido, toda vez que tanto la doctrina imperante como la Jurisprudencia resaltaron que el cambio lingüístico no ha producido efecto alguno sobre el ámbito de extensión de las disposiciones penales¹³³. Sin embargo, esta interpretación (que indica que sería un intento fallido) está en contraste con la interpretación de la noción de “suministro de propaganda” —en relación con otra figura delictiva— del Tribunal Constitucional (n. 87/1966), que requiere un *quid pluris* respecto a la divulgación, consistente “en una acción específica cuyo resultado está dirigido a influir sobre la psicología y sobre el comportamiento de otras personas y, por tanto, implica que la difusión debe ser idónea para recabar apoyo en torno a la idea divulgada”. Tanto

es así que el propio Tribunal Supremo ha reconocido que la noción de propaganda es más reducida que la de divulgación: “hacer propaganda de una idea significa divulgarla a fin de condicionar o influenciar el comportamiento o la psicología de un público extenso en modo de obtener adhesiones a esa idea”¹³⁴; el concepto de propaganda no pasa por la mera difusión de ideas, sino por una conducta que requiere un *quid pluris*, esto es, una manifestación apta para hacer nacer y alimentar el estímulo que provoca la acción de discriminación¹³⁵.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, además, en consonancia con la Jurisprudencia constitucional en materia de apología, interpreta el caso como un delito de peligro concreto o al menos exige “un peligro concreto para el bien jurídico protegido” aun cuando lo define como un “delito de peligro abstracto, con independencia de que la acción produjera efectos, es decir, de que la incitación o propaganda se haya producido”¹³⁶, sin embargo, “este Tribunal ha buscado siempre aplicar el principio de que, ante una posible colisión entre la libertad de expresión y la igual dignidad de la ciudadanía, se le otorga preeminencia a esta última solo en presencia de conductas que desvelen una peligrosidad concreta para el bien jurídico tutelado”¹³⁷.

Aun cuando el delito se presenta como delito de peligro abstracto, el Tribunal Supremo lo interpreta sustancialmente como delito de peligro concreto, tratando de justificar el sacrificio de la libertad de expresión¹³⁸; se apunta que “la “propaganda de ideas” consiste en la divulgación de opiniones tendente a influir en el comportamiento o psicología de un público extenso y adquirir adhesiones, el “odio racial o étnico” está integrado no

132 PAVICH, G.-BONOMI, A., *op. cit.*, p. 11.

133 En este sentido, PELISSERO, M., *Discriminazione*, cit., p. 1020; Trib. Supr. Cas., III, 7 de mayo de 2008, n. 35781; Tribunal Supremo, I, n. 47894/2012, de 22 de noviembre: “La propaganda discriminatoria entendida como difusión [y] ecuación sustancial de los dos términos propaganda/difusión”; SILVIA, C., “Quando la discriminazione razziale si trasferisce su Facebook”, en *Arch. Pen.* 2012, n. 3, p. 1 ss.

134 Trib. Supr. Cas., III, 13 de diciembre de 2007 (28 de marzo de 2008), n. 13234; en el mismo sentido, Trib. Supr. Cas., n. 47894/2012, de 22 de noviembre; Trib. Supr. Cas., III, n. 36906/2015, de 23 de junio; Trib. Supr. Cas., I, n. 1602/2020, de 16 enero: “La Jurisprudencia de legitimidad está constinualmente orientada a la afirmación de que “a los fines de la configuración del delito previsto en el art. 3, ap. 1, letra a), primera parte, Ley 13 de octubre 1975, n. 654, y las sucesivas reformas, la “propaganda de ideas” consiste en la divulgación de opiniones con el fin de influir en el comportamiento o la psicología de un público extenso y recabar adhesiones”. Cfr. VISCONTI, C., *Il legislatore azzecagarbugli: le modifiche in materia di reati di opinione introdotte dalla l. 24 febbraio 2006*, n. 85, en *Il Foro ital.* 2006, V, p. 223.

135 Trib. Supr. Cas., n. 36906/2015, de 23 junio; interpretada restrictivamente por Pavich, G.-Bonomi, A., *op. cit.*, p. 33;. Cfr. Trappolini, A., *Propaganda politica e discriminazione razziale: i paletti della Suprema Corte*, en *Iurisprudentia.it*.

136 Se cree que, a pesar de la privatización del bien protegido, el caso no puede reducirse a una injuria agravada, sino que mantiene su carácter publicitario, exigiendo al menos la idoneidad de la conducta para generar consenso en torno a ideas racistas, aunque sea a través de un esquema presuntivo y por lo tanto respecto de los casos enunciativo e instigador, se puede configurar un peligro abstracto, según CAROLI, P., *op. cit.*, 4157.

137 Trib. Supr. Cas., n. 36906/2015, de 23 junio; cfr. Cas., sec. V, n. 3286/2019, de 27 de mayo. Cfr. *Dei delitti contro l'eguaglianza, Art. 604 bis*, en *Codice penale*, PADOVANI, T. (dir.), Tomo II, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 4151 ss.

138 Cfr. VISCONTI, C., *Ancora bigotti? Noterelle anti-penalistiche su libera prostituzione e omofobia*, en *Sistema penale*, p. 9, que advierte que “los componentes de valoración que entran en juego en el momento de determinar la peligrosidad en concreto de una determinada opinión son exactamente lo opuesto de aquello que se pretende garantizar con la tutela de la libertad de expresión”; cfr. *Id.*, *Aspetti penalisti*, cit.; Galluccio, A., *op. cit.*, p. 37 e 375 ss;

por cualquier sentimiento de antipatía genérica, intolerancia o rechazo reconducible a motivaciones atinentes a la raza, la nacionalidad o la religión, sino solo por un sentimiento idóneo para determinar el peligro concreto de un comportamiento¹³⁹.

Por ende, en dicha Jurisprudencia, emerge por una parte la perspectiva doctrinal por lo que la diatriba recurrente sobre la dimensión abstracta o concreta del peligro estaría destinada a perecer en importancia, considerando que las expresiones de superioridad u odio racial o étnico “ofenden o más bien ponen concretamente en peligro el derecho fundamental a no sufrir discriminaciones [...] perteneciente a personas concretas (determinadas o en todo caso determinables, aunque sea en términos muy amplios) como pertenecientes al grupo victimal¹⁴⁰. El peligro concreto para la igualdad —y la igual dignidad— representa por tanto el elemento típico en el que se concentra el núcleo de desvalor que legitima la limitación de la libertad de expresión del pensamiento a juicio del Tribunal Supremo. Por otra parte, sin embargo, la Jurisprudencia parece exigir algo más, esto es, la certeza de que la propaganda supone un peligro concreto de (ulteriores) comportamientos discriminatorios.

A tal fin, el Tribunal Supremo realiza una valoración del contexto¹⁴¹ en la que se realiza el comportamiento; por ejemplo, en un caso reciente (juizado con base en la normativa precedente —Ley n. 654/1975 de 13 de octubre—), los jueces en primera instancia condenaron a dos ciudadanos italianos que habían colocado en un camión publicitario un manifiesto con el mensaje “un inmigrante ilegal mata a tres italianos con un pico —pena de muerte inmediata—”, acompañando el texto

con la imagen de una guillotina con la hoja goteando sangre, la cabeza decapitada de un hombre negro y el cartel publicitario de la empresa. El Tribunal Supremo estableció que las expresiones violentas que invocan de manera cruel y descarada la aplicación de la pena capital, reflejadas en algunos manifiestos, no son *ex se* actividades discriminatorias¹⁴², “por tanto, la motivación es insuficiente en la medida en que afirma el carácter discriminatorio de la conducta mediante una evocación inconexa del mero contenido formal del cartel de carácter publicitario, sin reconstrucción alguna del contexto, reconstrucción que resulta imprescindible para comprender el contenido discriminatorio del anuncio exhibido en el camión”; debe solicitarse la anulación de la sentencia recurrida para colmar la laguna de motivación antes señalada, ya que “los jueces de segunda instancia están obligados a proceder a una reconstrucción adecuada del caso y a indicar cómo la manifestación de odio de que se trate provoca un peligro concreto de comportamiento discriminatorio en un contexto determinado¹⁴³.”

Debe ser la propia acción delictiva la que, en función del contexto, la forma de la acción y la relación entre el ofensor y la víctima, adopte las características de una negación de la igual dignidad del otro objetivamente perceptible para los observadores externos¹⁴⁴ y tal que dé lugar a un peligro concreto de comportamiento discriminatorio.

La relevancia del contexto en el que se produce la conducta individual sirve también para “garantizar la contemplación de los principios de igualdad de dignidad y de no discriminación con el de libertad de expresión¹⁴⁵”. En estas sentencias, de hecho, el Tribunal

139 Trib. Supr. Cas., V, n. 34815/2019, de 30 de julio, relativa al caso Borghezio, antes citado, en el que el Tribunal Supremo sostuvo que el recurso del ex diputado era infundado, señalando que la injuria agravada con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Ley n.º 205/1993 es una “especie” del género más amplio de los discursos de propaganda racial con arreglo al artículo 3, apartado 1, letra a), de la Ley n.º 654/1975; Trib. Supr. Cas., I n. 1602/2020, de 16 de enero.

140 PICOTTI, L., *op. cit.*, 138; GOISIS, L., *Crimini d'odio omofobico*, cit., p. 277 s.; cfr. VISCONTI, C., *Aspetti penalistici*, cit., 155 s.

141 Trib. Supr. Cas., I n. 1602/2020, de 16 de enero, relativa a un caso de propaganda sobre ideas basadas en el odio; Trib. Supr. Cas., V, n. 34815/2019, de 30 de julio, centrada en un caso de injurias agravadas por finalidad discriminatoria étnica y racial que —como indicó el Tribunal Supremo— presenta la misma ofensividad que el delito de propaganda racial, permitiendo, así, algunas valoraciones generales de ambos pronunciamientos

142 Trib. Supr. Cas., I n. 1602/2020, de 16 de enero: “El fundamento jurídico lógico aportado por los jueces de primera instancia es erróneo por cuanto parte del presupuesto, que no ha sido probado, de que las expresiones violentas, que invocan de manera cruel y descarada la aplicación de la pena capital, proferidas en el caso objeto de examen, constituyen *ex se* actividades discriminatorias porque dicha sanción inadmisibles sería aplicable solo en razón de la situación de inmigrante ilegal del hombre de raza negra acusado del triple homicidio. 4.1. Falta, ante todo, una adecuada reconstrucción del caso evocado que constituye el antecedente histórico y lógico objeto del juicio”.

143 Trib. Supr. Cas., I n. 1602/2020, de 16 de enero, § 4.1; CASTELLANETA, M., *Discriminazione razziale e propaganda, obblighi di valutazione del contesto e critica politica tra diritto interno e diritto internazionale*, en *MediaLaws* 24 de diciembre de 2020.

144 BACCO, F., *Norme discriminatorie*, cit., p. 409. Cfr. Trib. Supr. Cas., Sec. V, n. 14200/2018, de 14 de febrero: “El trato esencial de la agravante reside, de hecho, en la consabida exteriorización, inmediatamente perceptible, de un sentimiento real de la voluntad de excluir condiciones de paridad por razones basadas en la pertenencia de la víctima a una etnia, raza, nacionalidad o religión, que se manifiesta a través de expresiones que, además de su carácter intrínseco de injurioso, aparezcan sintomáticos del carácter discriminatorio de la conducta”.

145 Trib. Supr. Cas., I n. 1602/2020, de 16 de enero., § 3.1; CASTELLANETA, M., *op. cit.*

Supremo subraya la necesidad de “poner un límite a la libre expresión del pensamiento cuando se ponen en peligro o amenazan otros valores constitucionalmente garantizados”. Y la propaganda de ideas basadas en la discriminación racial va más allá de este límite porque su finalidad es la de limitar los derechos civiles y políticos de otros individuos pertenecientes a la misma sociedad civil¹⁴⁶.

A tal propósito, la Jurisprudencia italiana apoya su fundamentación en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señalando que “la Jurisprudencia consolidada del Tribunal en materia de discurso de odio se expresa, en primer lugar, en el sentido de que la incitación al odio no requiere necesariamente la referencia a actos de violencia o delitos ya cometidos contra el demandante, puesto que el daño causado a las personas mediante el insulto, la ridiculización o la injuria sobre ciertas franjas de población y el aislamiento a grupos específicos —especialmente si son débiles— o la incitación a la discriminación, son suficientes para que las autoridades internas prioricen la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión ejercida de manera irresponsable y que provoca una ofensa a la dignidad y la seguridad de estas partes o grupos poblacionales (TEDH, *Féret c. Bélgica*, Rec. n.º 15615/07, 16 de julio de 2009, § 73)¹⁴⁷.”

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) también hace hincapié en la valoración del contexto en su Recomendación General n.º 35, de 26 de septiembre de 2013, relativa al artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965) y titulada “Lucha contra el discurso de odio racista”. El Comité precisó que, aunque la Convención no se refiere expresamente al discurso del odio, pretende referirse a él en el artículo 4, para después subrayar que resulta necesario tener en cuenta la naturaleza del discurso y su contenido, el contexto, el estatus de la persona que emite el mensaje y el alcance. El Comité aclaró que los

discursos que en un determinado contexto son neutros, en otros pueden resultar peligrosos, provocando una progresión de eventos de cariz discriminatorio¹⁴⁸. En opinión del CERD, la consideración del contexto sirve también para establecer la necesidad de la intervención punitiva, toda vez que los Estados, justamente porque están obligados a adoptar medidas positivas, deben individualizar los mejores instrumentos para alcanzar los objetivos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la propia Convención; en el desarrollo de esta evaluación, los Estados deben asegurar si las medidas de naturaleza penal resulta necesaria y proporcionada, tomando en consideración los numerosos factores, entre los cuales destaca la forma en que se difunde la declaración, las personas a las que puede llegar la comunicación y si la declaración ofensiva se dirige directamente a un grupo.

En la misma línea, el TEDH exige a los tribunales nacionales que evalúen el contexto; ya en *Gündüz c. Turquía*¹⁴⁹, el Tribunal especificó que, para evaluar si un discurso o artículo constituye incitación al odio, deben valorarse dos elementos, a saber, el uso de expresiones que atenten contra la dignidad humana, con carácter discriminatorio, y el contexto particular en el que se pronuncian los discursos (los tribunales nacionales deben “poner atención a los términos empleados y al contexto en el que se inserta la publicación” (*porter attention aux termes employés et au contexte dans lequel leur publication s’inscrit*), § 35). Esta orientación ha sido confirmada en varios pronunciamientos posteriores, como en *News Verlags GmbH & CoKG c. Austria* (2000) y *Soulas y otros c. Francia* (2008)¹⁵⁰. En particular, en el caso *Rashkin c. Rusia* (2020)¹⁵¹, el Tribunal estimó el recurso del político condenado por difamación con fines discriminatorios debido a determinadas expresiones utilizadas durante un meeting electoral, precisamente por no haberse valorado el contexto en el que el político había realizado sus declaraciones; por el contrario, más recientemente, en el caso *Ataman-*

146 Trib. Supr. Cas., n. 36906/2015, de 23 junio.

147 Trib. Supr. Cas., V, n. 34815/2019, de 30 de julio, que precisa que, en todo caso: “En segundo lugar, la identificación en concreto de la incitación a la violencia, según la Jurisprudencia del TEDH, pasa por anuar diversos factores, entre los cuales asume particular relevancia el modo en que la comunicación es efectuada, el lenguaje utilizado en la expresión agresiva, el contexto en el que se inserta, el número de personas a las que se dirige la información, la posición y la cualidad del autor de la declaración y la mayor o menor posición de debilidad del destinatario de aquella”. A continuación, expresa que el “Tribunal EDH excluye la necesidad de restringir la libertad de expresión en una sociedad democrática cuando se trata de la promoción de valores coesenciales a la tutela de los derechos humanos, sobre todo en presencia de su amenaza o restricción, calificando, por el contrario, de legítima y necesaria la injerencia estatal punitiva en presencia de manifestaciones de odio que atentan contra los principios de igualdad y de libertad”.

148 Así, CASTELLANETA, M., *op. cit.*

149 TEDH, 4 de diciembre de 2003, *Gündüz c. Turchia*, n. 35071/97.

150 TEDH, 11 de enero de 2000, *News Verlags GmbH & CoKG c. Austria*, rec. 31457/96; 10 de julio de 2008, *Soulas e altri c. Francia*, rec. 15948/03, donde el Tribunal ha sostenido que «La obra controvertida se publicó en un contexto que, en Francia, es particular (*L’ouvrage litigieux a été publié dans un contexte qui, en France, est particulier*)» (§ 52).

151 TEDH, 7 de julio de 2020, *Rashkin c. Russia*, rec. 69575/10.

chuk c. Rusia (2020)¹⁵², el Tribunal Europeo desestimó el recurso de un empresario condenado por incitación al odio y discriminación por motivos étnicos precisamente porque los tribunales nacionales, en opinión del Tribunal, habían evaluado cuidadosamente el contexto en el que se había aplicado la limitación de la libertad de expresión¹⁵³.

El elemento del contexto es fuertemente enfatizado en la doctrina española, destacando que “En un campo tan delicado como el de «delinquir con las palabras» el problema real no es el discurso crudo y basto de incitación concreta a delitos o actos concretos evidentemente rechazables, sino los discursos de envenenamiento indirectos, tácitos pero eficaces. Podría discutirse de *lege ferenda* si es conveniente o, simplemente, posible la contención de ese tipo de discurso con el instrumento penal. Pero habida cuenta que en Europa (TEDH) y en particular en España (TC) está de momento abierta la legitimidad de la vía penal al respecto, la única tradición interpretativa practicada y practicable apunta a la construcción de criterios de «contexto» o, si se prefiere, de «peligro» para que se pueda deslindar con un mínimo de certeza el discurso protegido constitucionalmente. La alusión al «contexto de crisis» y al «hacer crisis» como estándar de incitación que se propone en esta contribución pretende ser una aportación en ese sentido. Y frente a las objeciones de la jurisprudencia menor o del TS a ese razonamiento entiendo que los matices introducidos respecto de la relación de concurso de leyes entre el art. 510 y 607.2, los subcriterios de contexto a tener en cuenta, el rechazo de (solo) un test de peligro «claro e inminente», deberían permitir una aplicación mayor y a la vez más razonable del delito de provocación del art. 510 CP con un coste lo menor posible para el libre ejercicio de la libertad de expresión”¹⁵⁴.

Más genéricamente, también en el Ordenamiento español se responde a la crítica acerca de que el delito previsto en el art. 510.1 CP constituye un exponente de Derecho penal de autor, señalándose que “aunque ciertamente las más elementales reglas de la experiencia indican que quien trate de fomentar en otro una actitud discriminatoria o de odio hacia determinados colectivos lo hará impulsado por una actitud interna xenófoba, homófoba, etc., lo que se halla tipificado en el art. 510.1

CP no es la actitud interna de quien realiza la provocación, sino la incitación a que otros acaben mostrándola. El objeto de la prohibición penal no es, por tanto, como exige el concepto de Derecho penal de autor expuesto supra una personalidad peligrosa o una actitud interna inmoral, sino la realización de una conducta: fomentar en terceros algunas de las actitudes internas de discriminación, odio o violencia hacia las minorías a las que se refiere el precepto”¹⁵⁵. “De acuerdo con esta tesis, el delito de incitación al odio del art. 510 CP no sería un delito de peligro abstracto contra bienes jurídicos individuales (el derecho a la igualdad, no discriminación y dignidad de sujetos concretos), sino uno de lesión de un bien jurídico mixto individual-colectivo: el derecho fundamental a la igualdad y la protección de determinadas minorías vulnerables frente a actuaciones idóneas para iniciar procesos agresivos y de hostilidad contra aquélla”¹⁵⁶. Igualmente, después de la reforma de 2015, “el nuevo art. 510.4 CP prevé un tipo agravado¹⁵⁷ para los supuestos en que cualquiera de las conductas previstas en los apartados anteriores resulte objetivamente adecuada para alterar la paz pública para crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo. De este nuevo tipo agravado se deduce lógicamente que, en contra de lo que sugería un sector doctrinal con respecto al art. 510.2 CP anterior a la reforma, tal idoneidad no es precisa, en cambio, para el tipo básico de provocación al odio, hostilidad, discriminación o violencia”¹⁵⁸.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional españoles ha acogido una interpretación de “discurso de odio” como delito de peligro concreto precisamente por la ofensa inherente a una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación. “En cuanto al primero, cabe destacar, entre otras, la STS 10-5-11 (Caso Blood and Honour) y, más recientemente, la STS 72/18, 9-2 apunta que el art. 510.1 CP “... sanciona a quienes fomentan o promueven la discriminación, el odio o la violencia contra grupos o asociaciones por distintos motivos que son recogidos en el precepto. El elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica. Se trata de un tipo penal estructurado bajo

152 TEDH, 11 de febrero de 2020, *Atamanchuk c. Russia*, n. 4493/11.

153 CASTELLANETA, M., *op. cit.*

154 GOROSTISIA, L., *op. cit.*, p. 345.

155 GÓMEZ MARTÍN, V., *Incitación al odio y género*, cit., p. 10.

156 GÓMEZ MARTÍN, V., *Incitación al odio y género*, cit., p. 11 s.

157 Según el cual “[c]uando 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”.

158 GÓMEZ MARTÍN, V., *Incitación al odio y género*, cit., p. 16.

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. Estos refieren la antijuricidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo. El tipo penal requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio pues esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación. De alguna manera son expresiones que, por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad” (STS 72/18, 9-2, F.J. 1º). Por lo que respecta al Tribunal Constitucional, debe destacarse la ya mencionada STC 176/95 (caso Makoki)¹⁵⁹.

Para concluir, subsiste todavía una duda en la materia respecto al esfuerzo de la Jurisprudencia por delimitar la punibilidad interpretando en términos de peligro concreto en respeto al principio de ofensividad para remediar la desvinculación del Derecho penal del hecho y la posible tergiversación autoritaria que la incriminación de la palabra peligrosidad trae consigo¹⁶⁰. Subsiste el temor fundado de que la elección de la punibilidad a través de la constatación de la peligrosidad concreta acabe quedando relegada a la mera discrecionalidad de la Jurisprudencia, ante preceptos que presentan un déficit de precisión y determinación¹⁶¹ y ante, por un lado, la dificultad de constatar en concreto la idoneidad lesiva, así como, por otro lado, el *elevado índice de*

carácter “político” de la materia en cuestión, hasta el punto de hacer que parte de la doctrina se incline por la adopción del modelo de peligro abstracto del delito¹⁶², que, evidentemente, cuando consigue fotografiar conductas realmente ofensivas es ciertamente preferible en términos de taxatividad; el problema, a su vez, consiste precisamente en la dificultad de describir taxativamente la palabra peligrosa merecedora de intervención penal.

9. ¿LEYES PENALES ANTIHOMÓFOBAS COMO EJEMPLO CLÁSICO DE “USO DEL DELITO Y LA PENA EN CLAVE PEDAGÓGICA”?

Reenfocando la discusión sobre la protección contra la discriminación de género, podemos recordar que parte de la doctrina considera las leyes penales antihomóforas un ejemplo clásico de “uso del delito y la pena en clave pedagógica” destinado a “imponer valores con la amenaza de la espada”, mientras que “la función de un derecho penal liberal” sería asegurar valores que ya se han asentado en el debate público “y no “reavivar un debate languideciente y convencer a los asociados del valor de un activo legal”¹⁶³.

Otra parte de la doctrina, en cambio, cree que “Una cosa es estigmatizar el abuso en clave promocional o simbólico-expresiva de la criminalización, otra cosa es plantear el problema de tutelar, también a través del derecho penal, las expectativas igualitarias de los ciudadanos de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3 de la Constitución”¹⁶⁴.

O, de nuevo, se observa críticamente que “para un jurista liberal, la frontera que separa el derecho penal del hecho del derecho penal de la actitud interior, con todos sus precipicios, nunca debe ser traspasada”¹⁶⁵.

159 GÓMEZ MARTÍN, V., *Daño, ofensa y discurso del odio*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I, 2021, p. 239 S.; La doctrina del discurso de odio también se encuentra recogida en la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales (SSAP Barcelona, 5º, 27-4-18; Santa Cruz de Tenerife 7-3-14) y de los Juzgados de lo Penal (SSJP nº 2 Manresa 307/11, 11-11; nº 2 Lleida 16-11-06; nº 2 Logroño 2-4-04).

160 Cfr. GALLUCCIO, A., *op. cit.*, p. 406.

161 FIORE C., *I limiti di espressione dell'antagonismo politico*, en *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2016, p. 897 ss.

162 Así, GALLUCCIO, A., *op. cit.*, p. 397 ss., cfr. 411 que sostiene que la dinámica de la ofensa en las distintas modalidades delictivas estudiadas “son, verosíblemente, seriales o cumulativas...¿A cuántos mensajes racistas, sexistas, homóforos debe ser supeditado el ciudadano de color, mujer, homosexual antes de desarrollar ese sentimiento de indignidad, de rechazo y de miedo que impida percibirse como un individuo dotado de la misma dignidad?” Pero, sobre todo, la autora evidencia que “el juez del caso concreto no posee —salvo en contados casos fáciles, siempre menos relevantes en el actual contexto educativo— los *instrumentos* para afirmar o excluir la relevancia penal de la “palabra peligrosa”. Las *dimensiones del bien jurídico* tomados en consideración, el carácter “físico” de las relaciones causales que la prognosis sostiene, los *juicios de valor* sobre el contenido del mensaje educativo, su —nueva y perturbadora— *difusión potencialmente ilimitada* son factores que concurren a transformar la referencia “tranquilizadora” a la apreciación caso por caso de la peligrosidad en un *vector de incertidumbre* en cuanto a los confines aplicativos del derecho fundamental a la libre expresión del pensamiento; e, incluso, permitir la prefiguración de un uso *represivo*, en la constancia de un cambio en el clima político”; cfr. FIORE, C., *op. cit.*, 899; a favor de delitos de peligro abstracto en esta materia, VISCONTI, C., *Aspetti penalistici*, cit., 247.

163 PUGIOTTO, A., *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfobia*, en *Genlus*, n. 1, 2015, p. 6 ss.

164 VISCONTI, C., *Ancora bigotti?*, cit., p. 11.

165 PUGIOTTO, A., *op. cit.*, p. 6 ss.

Por el contrario, también se alude a que esta vez no habría nada que objetar: solo que la cuestión en discusión está fuera del paradigma tradicional y vilipendiado de la *Gesinnung* (en todo caso, puede referirse en parte a la razón de ser de la incriminación de actos discriminatorios y circunstancias agravantes basadas en motivos de discriminación), porque la instigación discriminatoria no queda realmente aprisionada en el mundo interior del sujeto que la expresa¹⁶⁶.

Un caso recientemente resuelto por el TEDH (Beizaras y Levickas c. Lituania, Ssentencia de 14 de enero de 2020): Dos homosexuales lituanos publican una foto de ellos mismos besándose en Facebook. A partir de ese momento se convirtieron en el blanco de una gigantesca campaña de odio, con mensajes individuales y colectivos de insultos y violencia: la esperanza, por ejemplo, de “que acabaran en los crematorios” y muchas otras expresiones del estilo. Los dos afectados interponen una denuncia por incitación al odio, pero el caso queda sobreesido porque el imputado no hizo más que “expresar su opinión y su conducta podía, en el límite, ser considerada éticamente reprochable”, los tribunales superiores incluso llegan a afirmar que “comportamientos excéntricos como la publicación de una foto de dos hombres besándose no podrían contribuir a la cohesión social y la promoción de la tolerancia en Lituania, un país donde los valores familiares tradicionales son muy apreciados”.

Afortunadamente, el Tribunal de Estrasburgo condena a Lituania, señalando que más allá de las preocupaciones relacionadas con una expansión excesiva del Derecho penal, la agresión verbal bien puede alcanzar el umbral de gravedad necesario para que las autoridades “favorezcan combatir el discurso racista frente a la libertad de expresión ejercida de manera irresponsable” (véase *Vejdeland* y otros c. Suecia, 9 de febrero de 2012).

El TEDH también constata una injustificable desigualdad de trato en la práctica jurisprudencial lituana en la que, a diferencia de los homosexuales protagonistas del caso que se examina, en casos similares de incitación al odio dirigidos esta vez contra judíos, las autoridades no han dejado de dictar sentencias severas. El Proyecto de Ley ofrecería una señal clara para combatir la violencia de género y pondría nuestro Ordenamiento jurídico en línea con las indicaciones de la Unión Europea sensible a la superación de la discriminación (véase

Dir. 2012/29/UE), con la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y con las elecciones ya asumidas por otros países europeos.

Y, entonces, en el debate en esta cuestión, verdaderamente debe huirse de cierta perspectiva, a saber, la idea de que el Derecho penal puede desempeñar en este sector un rol *promocional*¹⁶⁷ —promoviendo a través de la amenaza de la sanción penal el respeto de nuevos intereses que merecen ser considerados por el Ordenamiento jurídico—, porque el respeto del principio de proporcionalidad y de subsidiariedad conduce a la renuncia a tal perspectiva; ciertamente, sin embargo, una vez constatada una fuerte necesidad y merecimiento de intervención penal, como se ha examinado, en cumplimiento del principio de proporcionalidad y subsidiariedad, la extensión de la normativa penal antidiscriminatoria también en el ámbito examinado, la discriminación de género, presentará una correcta función preventivo-general en sentido positivo, en términos de orientación cultural hacia el respeto de los valores en juego¹⁶⁸ y en línea con las exigencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin perjuicio de la necesidad de seguir reflexionando sobre los límites de la intervención penal en este ámbito y la elección de las técnicas interventivas que mejor se ajusten a los aludidos principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

10. CONCLUSIONES

En conclusión, la prohibición de discriminación ligada a la orientación sexual, a fin de garantizar el respeto a los principios de dignidad e igualdad inherentes a todos los seres humanos, no solo está prevista en la Convención de Nueva York sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, en el art. 14 CEDH (además del art. 2 TUE), en el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sino que también el art. 10 TFUE precisa que la Unión se fijará el objetivo de luchar contra la discriminación por motivos de sexo y orientación sexual (art. 10), y la Decisión Marco 2008/913/JAI prevé expresamente en su art. 1a la tipificación de conductas de incitación a la violencia, el odio y la discriminación homófoba; asimismo, el art. 7, apartado 1, letra h), del Estatuto de Roma incluye como crimen de lesa humanidad la persecución de cualquier grupo o colectividad por motivos sexuales.

166 VISCONTI, C., *Ancora bigotti?*, cit., p. 11.

167 Cfr. PELISSERO, M., *Il disegno di legge Zan*, cit., p. 253; para una aproximación en este sentido promocional, cfr. SALAZAR, C., *op. cit.*, p. 83 ss.

168 Cfr., en este sentido, la propuesta bajo el perfil sancionador de otorgar un amplio espacio a formas de mediación y de justicia restaurativa, que ya actualmente pueden ser activadas con la suspensión del juicio a prueba; propuesta prevista expresamente en el Proyecto precisamente por su idoneidad como herramienta reeducativa y reparadora en este ámbito, PELISSERO, M., *Il disegno di legge Zan*, cit., p. 262.

Las mismas indicaciones emergen de otros instrumentos importantes de *soft law*, y, en particular, de dos Resoluciones del Parlamento Europeo sobre homofobia del 2012 y del 2006, abrazando esta última el uso al Derecho penal en la lucha contra la homofobia y la discriminación basada en la orientación sexual, mientras la Recomendación CM/Rec (2010) 5 contempla la introducción de una agravante por móviles ligados a la orientación sexual o la identidad de género.

Asimismo, el TEDH, partiendo de la premisa de que “el *trato discriminatorio* como tal puede, en principio, ser equivalente a un *trato degradante* en el sentido del artículo 3 cuando alcanza un nivel de gravedad suficiente para conformar una afrenta a la dignidad humana (...)”¹⁶⁹, ha sentenciado expresamente que el discurso de odio no entra dentro de la tutela del art. 10 CEDH y que “tipificar como delito la incitación al odio, la violencia o la discriminación contra las personas LGBT puede coexistir con el respeto a la libertad de expresión”¹⁷⁰. De hecho, el TEDH ha condenado a los Estados por la ausencia de previsión de una circunstancia agravante por motivos homófobos, que en dicho asunto fueron la base de un homicidio¹⁷¹ o de un caso de maltrato a la luz del artículo 3 (...)”¹⁷². En conclusión, la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos corrobora la tesis de la existencia de una obligación internacional de represión penal de los delitos de odio de naturaleza homófoba y la necesidad de introducir una agravante consistente en sancionar el mayor desvalor presente en delitos realizados con una motivación de discriminación por razones de género. Por último, también el Tribunal Constitucional italiano ha confirmado que el legislador podrá eventualmente sancionar con pena de prisión las conductas de excepcional gravedad desde el punto de vista objetivo y subjetivo, cuando “la injuria implica una incitación a la violencia o la transmisión de mensajes de odio” (STC núm. 132/2020).

Las previsiones del Proyecto de Ley Zan habría conseguido el cumplimiento de las mencionadas obligaciones supranacionales de garantizar un tratamiento punitivo más severo para aquellos comportamientos realizados por motivos discriminatorios por razón de género y de garantizar una adecuada protección con-

tra conductas violentas y discursos de odio ligados a razones de género; como se ha analizado, de hecho, el Proyecto de Ley en cuestión propone ampliar el marco jurídico actual de los delitos contra la igualdad, conformado en infracciones incriminatorias específicas y una circunstancia agravante común, en aras de extender los factores de discriminación, también aquellos basados en el sexo, el género, la orientación sexual, la identidad de género y la discapacidad.

La introducción de una normativa similar a la prevista para la tutela de la dignidad humana impediría al TEDH condenar a Italia con motivo de que la protección prevista contra la violencia homófoba sea considerada insuficiente, ante la ausencia de una disciplina que proteja la identidad de género frente a los delitos de odio, que reconozca ese específico desvalor adicional del carácter discriminatorio de los delitos realizados por razón de la identidad de género; ausencia que revela, en opinión del TEDH, una suerte de tolerancia y, por ende, de aquiescencia o connivencia hacia dicha forma de discriminación, con el riesgo de comprometer, como se ha visto, la función preventivo-general del Derecho penal en este ámbito y la confianza de dichas minorías en el Estado.

Para poder cumplir con las obligaciones supranacionales, el Proyecto Zan no preveía realmente la introducción de nuevas figuras delictivas ni de nuevos delitos de opinión, sino que los arts. 2 y 3 del mismo preveían una ampliación del ámbito de aplicación de los “delitos contra la igualdad” de los arts. 604 bis (con exclusión del supuesto de propaganda) y de la circunstancia agravante prevista en el art. 604 ter CP.

Una vez asentado el hecho de que, en aras de cumplir con las exigencias supranacionales y de acuerdo a los datos criminológicos relativos a la gravedad del fenómeno, resulta necesario extender los factores de discriminación, incluyendo aquellos basados en el sexo, el género, la orientación sexual, considerando que la identidad de género, y particularmente la dimensión sexual de la personalidad, ha consolidado con el tiempo su configuración como derecho individual y teniendo en cuenta que los jueces de Estrasburgo estiman que “la discriminación basada en la orientación sexual es tan grave como la que se funda en la raza, el origen

169 “Véase Cipro c. Turquía [GC], n. 25781 /94, §§ 305-311, TEDH 2001 IV; Smith Y Grady c. Reino Unido, n. 33985/96 e 33986/96, § 121, TEDH 1999 VI; Moldovan y Otros c. Rumanía (n. 2), n. 41138/98 y 64320/01, §§ 111 y 113, TEDH 2005 VII (extracto) y Begheluri c. Georgia, n. 28490/02, § 101, 7 octubre 2014”.

170 FRA (European Union Agency for Fundamental Rights), *Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity*, European Union Agency for Fundamental Rights, 2010, p. 38-36 ss.; GOISIS, L., *Crimini d'odio omofobico*, cit., p. 231.

171 TEDH, Stoyanova c. Bulgaria, cit., 63 ss.

172 Cfr. TEDH, B. S. c. España, n. 47159/08, § 40, 24 de julio 2012; TEDH, 11 marzo 2014, Abdu c. Bulgaria, n. 26827/08, § 23; TEDH, 12 de mayo de 2015, Identoba y otros c. Georgia, n. 73235/12, § 65.

o el color”¹⁷³, todas las dudas relativas a la constitucionalidad el Proyecto de Ley Zan atañen, entonces, a las técnicas de intervención penal en dicho sector —el Derecho penal antidiscriminatorio— y, sobre todo, a su adecuación al principio de ofensividad. Como se ha observado, la cuestión acerca de dichos problemas de inconstitucionalidad concierne, en primer lugar, al supuesto contemplado en el art. 604 bis —como un delito típico de opinión— y al art. 604 ter, dirigido a castigar o sancionar más severamente un delito no material, pero ideológicamente discriminatorio.

Excluida la posibilidad de interpretar tales conductas como dirigidas a tutelar el orden público si no quiere correrse el riesgo de caer en “un Derecho penal que retrocede en la protección de sí mismo” y se quiere garantizar la función crítica del Derecho penal como límite al poder punitivo, es preferible interpretar las conductas examinadas —incluidas en el art. 604 bis CP— como dirigidas a proteger el derecho a la igual dignidad social, como indica también el título de la sección en la que se encuentran, “los delitos contra la igualdad”, Sección I bis (Capítulo III “De los delitos contra la libertad individual”, Título XII “De los delitos contra la persona”); no se trata de tutelar el interés no bien definido de la dignidad humana, sino que más bien el interés inmediato y tangiblemente tutelado es el derecho a la igualdad, a la igualdad de trato sin distinción por las razones expresamente señaladas por la ley: el derecho a no ser discriminado (art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, art. 14 CEDH, modificado por el Protocolo nº 11, art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000)¹⁷⁴.

Como se ha visto, la centralidad de este bien encuentra su referente constitucional en el art. 2 de la Constitución y se hace imprescindible en la sociedad pluralista actual, en la que conviven diversos modelos culturales y códigos morales¹⁷⁵. Por cuanto respecta, entonces, a dicho bien jurídico del derecho a la igualdad, emerge la perspectiva doctrinal por la que la diatriba sobre la dimensión abstracta o concreta del peligro estaría destinada a perecer en importancia, considerando que las expresiones de superioridad u odio racial o étnico “ofenden o más bien ponen concretamente en peligro el derecho fundamental a no sufrir discriminaciones [...] perteneciente a personas concretas... como perte-

necientes al grupo victimal”¹⁷⁶. Y realmente el peligro concreto para la igualdad —y la igual dignidad— representa el elemento típico en el que se concentra el núcleo de desvalor que legitima, como se ha dicho, la limitación de la libertad de expresión del pensamiento a juicio del Tribunal Supremo; sin embargo, de acuerdo con el principio de intervención mínima, la intervención penal debería presuponer también que la conducta tipificada, que como tal podría ser manifestación de la libertad de expresión, comporta un peligro concreto de (ulteriores) comportamientos discriminatorios.

En consideración al bien jurídico protegido, se sostiene entonces que no representa particulares problemas en relación con el principio de ofensividad el tipo contemplado en el art. 604 bis, ap. b), de “violencia” por motivos discriminatorios, pues centrándose en el elemento ideológico de la motivación discriminatoria, requiere una conducta ofensiva como es la violencia. Mayores problemas plantea, sin embargo, el delito contemplado en el art. 604 bis, ap. a), que sanciona los “actos de discriminación” (“ya sea ilícito en sí mismo o no”), ya sea en relación con el respeto al principio de taxatividad, salvo que se construya la noción a la luz de la legislación supranacional de la materia, ya sea en referencia al principio de ofensividad, considerando el fuerte “componente ideológico” del acto discriminatorio y, por tanto, la dificultad de establecer el umbral de discriminación que merece una sanción penal. Resulta loable la indicación del Tribunal Supremo italiano cuando precisa que “en definitiva, un sujeto también puede ser legítimamente discriminado por su comportamiento pero no por su cualidad de diferente”. Sería deseable, como ha ocurrido en otros Ordenamientos jurídicos, que el legislador interviniera para aportar una definición de acto discriminatorio, aunque, más aún, la intervención penal debería limitarse a las formas más graves de discriminación en cumplimiento del principio de intervención mínima, reservando la protección contra la discriminación a otras ramas del Ordenamiento jurídico que se muestren suficientes (Derecho laboral, Derecho administrativo, Derecho civil).

Todavía menos convincente en términos del principio de lesividad resulta el delito de incitación a actos discriminatorios, que castiga la incitación a la comisión de actos de discriminación. Se teme que la intervención penal se anticipe excesivamente, en contraste con la idea del Tribunal Constitucional italiano acerca

173 TEDH, Lilliehörling c. Islandia, cit.; PELISSERO, M., *Il disegno di legge Zan*, cit., p. 257-261.

174 Cfr. PICOTTI, L., *op. cit.*, p. 134

175 Indica PELISSERO, M., “adquiere mayor importancia ante formas de neorracismo menos visibles que el racismo biológico, pero no por ello menos omnipresentes y capaces de socavar el respeto de los derechos humanos y debilitar la solidaridad social, un riesgo que se acentúa con la pérdida de la memoria histórica de las tragedias a las que condujo el racismo en el siglo pasado”, en *Discriminazione*, cit., p. 1020.

176 PICOTTI, L., *op. cit.*, 138; GOISIS, L., *Crimini d'odio omofobico*, cit., p. 277 s.; cfr. VISCONTI, C., *Aspetti penalistici*, cit., 155 s.

de que los delitos de peligro abstracto se fundan sobre una prognosis de peligrosidad racional, que se basa en reglas de experiencia que pueden vincularse al *id quod plerumque accidit*¹⁷⁷; en cualquier caso, sería deseable que el tipo fuese interpretado como de peligro concreto, teniendo en cuenta que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo interpreta el tipo de propaganda (art. 604 bis ap. 1) realizando una valoración del contexto¹⁷⁸ en el que se desarrolla el comportamiento, entendiendo como acción típica aquella que, en función de dicho contexto, su forma y la relación entre el delincuente y la víctima, adopte las características de una negación de la dignidad del otro objetivamente perceptible para el observador externo¹⁷⁹, de manera que se dé lugar a un peligro concreto de comportamientos discriminatorios.

Por otro lado, como ha sido puesto de manifiesto recientemente por el Tribunal Supremo, la relevancia del contexto en el que se produce la conducta individual sirve también para “garantizar la contemplación de los principios de igualdad, de dignidad y de no discriminación con el de libertad de expresión”¹⁸⁰; y dicho elemento contextual ha sido catalogado como fundamental por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁸¹ y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) en su Recomendación General n.º 35/2013 (los discursos que en un determinado contexto son neutros, en otros pueden resultar peligrosos, provocando una progresión de eventos de cariz discriminatorio). También la doctrina española ha valorado el contexto, sosteniendo que solo “un examen de peligro «claro e inminente», deberían permitir una aplicación mayor y a la vez más razonable del delito de provocación del art. 510 CP con un coste lo menor posible para el libre ejercicio de la libertad de expresión”¹⁸²; esta misma dirección es seguida por la Jurisprudencia¹⁸³.

Como se ha analizado, la figura de incitación a la violencia plantea los mismos problemas respecto del principio de ofensividad que los tipos de incitación a la delincuencia y debe interpretarse como un supuesto de peligro concreto en vista de la Jurisprudencia cons-

titucional en relación con el supuesto de apología (artículo 414 CP, ap. 2); debe tratarse de “comportamientos concretamente susceptibles de provocar la comisión de delitos”¹⁸⁴. La figura de incitación “a actos de provocación a la violencia”, que representa una forma de incitación a la incitación, constituye una forma excesiva de anticipación de la protección, respecto de la cual resulta bastante difícil formular ese juicio de razonabilidad de la presunción de peligrosidad exigido por el Tribunal Constitucional italiano y de afirmar un peligro concreto de comisión de la violencia.

Por consiguiente, el legislador no ha considerado oportuno y necesario extender el Proyecto de Ley Zan al factor discriminatorio basado en la orientación sexual y el género a la figura de “propaganda de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial o étnico”, castigada por la letra a) del apartado primero del artículo 604 bis CP; en cualquier caso, se alude a la toma en consideración de la interpretación del Tribunal Supremo, que trata de delimitar la aplicación de este delito, entendiéndolo sustancialmente como un delito de peligro concreto, tratando de justificar el sacrificio de la libertad de expresión¹⁸⁵ (“la “propaganda de ideas” consiste en la divulgación de opiniones tendente a influir en el comportamiento o psicología de un público extenso y adquirir adhesiones, el “odio racial o étnico” está integrado no por cualquier sentimiento de antipatía genérica,...sino solo por un sentimiento idóneo para determinar el peligro concreto de un comportamiento”¹⁸⁶).

Por último, se muestra problemática la tipificación del delito de asociación, dirigido no solo a la violencia discriminatoria, sino también a la ‘incitación a la discriminación’ (artículo 604 bis ap. 2 CP); se trata, nuevamente, de una excesiva anticipación de la tutela penal al configurarse como un acto preparatorio del acto preparatorio¹⁸⁷, y lo que es más, la conducta final, el acto discriminatorio, ni siquiera está exhaustivamente definida ni es concretamente identificable desde el punto de vista de la ofensividad al bien jurídico. Sin

177 Sent. n. 1/1971; 71/1978; 139/1982; 126/1983; 62/1986; 333/1991; 360/1995; 249 y 250/2010.

178 Trib. Supr. Cas., I n. 1602/2020, de 16 de enero, relativa a un caso de propaganda sobre ideas basadas en el odio; Trib. Supr. Cas., V, n. 34815/2019, de 30 de julio.

179 BACCO, F., *Norme discriminatorie*, cit., p. 409. Cfr. Trib. Supr. Cas., Sec. V, n. 14200/2018, de 14 de febrero.

180 Trib. Supr. Cas., I n. 1602/2020, de 16 de enero, § 3.1; CASTELLANETA, M., *op. cit.*

181 TEDH, 4 de diciembre de 2003, Gündüz c. Turchia, n. 35071/97; 11 de enero de 2000, *News Verlags GmbH & CoKG c. Austria*, rec. 31457/96; 10 de julio de 2008, *Soulas e altri c. Francia*, rec. 15948/03, § 52; 7 de julio de 2020, *Rashkin c. Russia*, rec. 69575/10; 11 de febrero de 2020, *Atamanchuk c. Russia*, n. 4493/11.

182 GOROSTISIA, L., *op. cit.*, p. 345.

183 SSAP Barcelona, 5º, 27-4-18; Santa Cruz de Tenerife 7-3-14; SSJP nº 2 Manresa 307/11, 11-11; nº 2 Lleida 16-11-06; nº 2 Logroño 2-4-04.

184 TC n. 65/1970.

185 Cfr. VISCONTI, C., *Ancora bigotti?*, cit., p. 9; Galluccio, A., *op. cit.*, p. 37 e 375 ss;

186 Trib. Supr. Cas., V, n. 34815/2019, de 30 de julio; Trib. Supr. Cas., I n. 1602/2020, de 16 de enero.

187 BACCO, F., *Norme discriminatorie*, cit., p. 415.

embargo, resulta absolutamente relevante, en términos de respeto al principio de ofensividad, la interpretación del Tribunal Supremo que considera que este caso no violaría el art. 18 CI porque la discriminación prevista en la norma en cuestión es solo aquella cometida mediante actos de coerción física o moral susceptible de integrar, a su vez, delitos de violencia privada, extorsión o lesiones dolosas¹⁸⁸; no solo, entonces, se realiza el peligro concreto para la igualdad —y la igual dignidad—, sino que por otra parte, la Jurisprudencia parece exigir, sin embargo, la certeza de que la propaganda supone un peligro concreto de (ulteriores) comportamientos discriminatorios.

Sin duda es necesaria la circunstancia agravante prevista en el artículo 604 ter CP en cumplimiento también

de las exigencias supranacionales, como se ha examinado, pero debe ser correctamente aplicada de acuerdo con el principio de ofensividad, en el sentido, como ha reafirmado recientemente el Tribunal Supremo, de que no debe bastar con constatar el “odio” como mero propósito específico, como pulsión interna del agente, sino que el requisito del odio debe ser evaluado en términos objetivos, como fuente de “peligro concreto de un comportamiento discriminatorio”¹⁸⁹, “por sus características intrínsecas y por el contexto en el que se produce” debe ser apto “para suscitar en otros, o en cualquier caso para dar lugar, en el futuro o en un futuro inmediato, al peligro concreto de conductas discriminatorias por motivos de...”¹⁹⁰.

188 Cfr. las sentencias citadas en CARETTI, P., *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna d'attualità in una società multietnica*, en *Diritti nuove tecnologie trasformazioni sociali - Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padua, 2003, p. 120-21 nota 22.

189 Trib. Supr. Cas. Sec. III, 23 de junio de 2015, n. 36906; Trib. Supr. Cas., V, 30 de julio de 2019, n. 34815.

190 Así, Trib. Supr. Cas., Sec. V, 17 de noviembre de 2005, n. 44295; en el mismo sentido, Trib. Supr. Cas., Sec. 5, 2 de noviembre de 2017 (dep. 2018), n. 7859 y Trib. Supr. Cas., V, 30 de julio de 2019, n. 35815.

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
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

prime.tirant.com/es/