

Discurso de incitación al ~~odio~~:

Análisis desde los derechos humanos y pautas interpretativas



Institut de Drets
Humans de Catalunya



S.O.S. RACISME



Ajuntament de
Barcelona



Diputació
Barcelona

#DibaOberta

DISCURSO DE INCITACIÓN AL ODIO: Análisis desde los derechos humanos y pautas interpretativas

Este estudio forma parte del proyecto **Reconstruyendo garantías de los derechos humanos en la lucha contra el odio**, realizado por el Institut de Drets Humans de Catalunya en colaboración con SOS Racisme Catalunya, con la financiación del Ayuntamiento de Barcelona y la Diputación de Barcelona. Un proyecto cuya finalidad es contribuir a la conciliación de derechos en la lucha contra el odio, evitando la extrema judicialización de los casos de discriminación y asegurando la protección efectiva de los derechos de las víctimas y de la libertad de expresión. El estudio y los debates y formaciones realizadas en el marco del proyecto ponen de manifiesto las deficiencias del actual marco legal relativo a los delitos de odio y de su aplicación por parte de tribunales. El estudio da un paso más, propone elementos de mejora para incorporar claramente los estándares internacionales de derechos humanos y la motivación de las legislaciones contra la discriminación: la protección de colectivos y personas históricamente discriminadas y excluidas.

Autora: Laia Serra Perelló

Abogada penalista, experta en derechos Humanos, interseccionalidades, libertad de expresión, derecho a la protesta y violencias de género. Es asesora legal del Observatori contra la Homofòbia de Catalunya, miembro de la Comisión de Defensa del Colegio de la Abogacía de Barcelona, de la Associació Catalana per a la Defensa dels Drets Humans y de Dones Juristes.

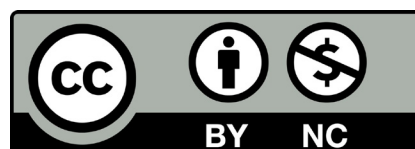
Las opiniones expresadas en este estudio son las de la autora y no pueden ser atribuidas a las instituciones que lo han financiado ni a las organizaciones impulsoras.

Imagen y diseño: nadianmartin.com

Editado en Barcelona, en diciembre de 2018 por el **Institut de Drets Humans de Catalunya**



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional. Se puede copiar, distribuir, comunicar públicamente, traducir y modificar, siempre que sea para fines no comerciales y se reconozca su autoría.



Índice

	Introducción	7
<hr/>		
I	Impactos individuales y colectivos del discurso de incitación al odio	8
	1.1. Perspectiva victimológica	8
	1.2. Atención psicosocial a las víctimas/supervivientes	9
	1.3. Infradenuncia	10
<hr/>		
II	Conceptualización del fenómeno y definiciones sobre el “discurso de incitación al odio”	11
	2.1. Conceptualización del fenómeno	11
	2.2. Definiciones	12
	2.3. Consecuencias de la falta de unificación de una definición sobre “discurso de incitación al odio”	13
<hr/>		
III	Recopilación de datos y análisis del “discurso de incitación al odio”	15
	3.1. Obligaciones de los Estados	15
	3.2. Recomendaciones internacionales sobre recopilación de datos sobre delitos de odio	15
	3.3. Registro de delitos de odio por parte de los cuerpos policiales y de las asociaciones	16
<hr/>		
IV	Medidas para combatir el “discurso de incitación al odio”	17
<hr/>		
V	Libertad de expresión	19
	5.1. La función de la libertad de expresión	19
	5.2. Los principios reguladores de la libertad de expresión	20
	5.3. Sujetos titulares del derecho a la libertad de expresión	21
	5.4. El rol de los medios de comunicación	21

VI	La libertad de expresión en Internet	23
6.1.	Proyección del derecho al entorno digital	23
6.2.	Los contenidos violentos, vejatorios y discriminatorios en Internet	24
6.3.	Los excesos restrictivos de los Estados frente a los contenidos nocivos en Internet	25
6.4.	Anonimato de los usuarios	26

VII	La responsabilidad de las plataformas intermediarias de Internet	27
7.1.	Responsabilidad des del derecho internacional de los derechos humanos	27
7.2.	Prohibición legal de los contenidos nocivos en Internet	28
7.3.	Autorregulación y códigos de conducta	30

VIII	Prohibición internacional del “discurso de incitación al odio”	31
8.1.	Convenios internacionales e interpretaciones autorizadas	31

IX	Prohibición del “discurso de incitación al odio” en el ámbito europeo	41
9.1.	Valores fundacionales y normativa antidiscriminatoria	41
9.2.	Triple graduación en la restricción del “discurso de incitación al odio”	43
9.3.	Normativa sobre prohibición del “discurso de incitación al odio”	45
9.4.	Orientaciones de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI)	47

X	Pautas interpretativas sobre el “discurso de incitación al odio” del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH)	49
10.1.	Enfoque general sobre los límites a la libertad de expresión	49
10.2.	Vías de evaluación de los límites a la libertad de expresión	51
10.3.	El criterio del TEDH respecto de las sanciones	52
10.4.	Supuestos especiales	53

XI	La prohibición del “discurso de incitación al odio” en el Estado español	56
11.1.	Contextualización: los dos modelos legislativos	56
11.2.	Límites a la libertad de expresión en la normativa estatal	60
11.3.	Precedentes jurisprudenciales históricos sobre “discurso de incitación al odio”	62

XII	Recorrido del Artículo 510 del Código Penal, antes de la reforma del Código Penal de 2015	65
12.1.	Origen del Artículo 510 del Código Penal	65
12.2.	Polémica sobre la interpretación del término “provocaren” del Artículo 510 CP	66
12.3.	Precedentes dictados antes de la reforma del Código Penal de 2015	67

XIII	La reforma del Artículo 510 del Código Penal de 2015	70
13.1.	Motivos de la reforma	70
13.2.	Reforma del 2015 del Artículo 510 CP	71
13.3.	Precedentes jurisprudenciales posteriores a la reforma del Código Penal de 2015	74
13.4.	Nuevas propuestas de reforma del Artículo 510 CP	76

XIV	Confusión entre “discurso de incitación al odio” y crítica política	77
14.1.	Discurso anti monárquico	77
14.2.	Enaltecimiento del terrorismo	78
14.3.	Producción musical disidente	80
14.4.	Sátira y humor ácido	81
14.5.	Crítica a los cuerpos policiales	82

XV	Incidentes de odio: las infracciones administrativas	85
-----------	---	-----------

XVI	Conclusiones: criterios para la aplicación del Artículo 510 CP	88
------------	---	-----------

	Bibliografía y documentos clave	95
--	--	-----------

Discurso de incitación al odio:

Análisis desde los derechos humanos y pautas interpretativas



Introducción

Introducción

Los delitos de odio, entre ellos el “discurso de incitación al odio”, en poco tiempo han pasado de ser infracciones que pasaban desapercibidas, a estar en el centro de la atención social. Su tratamiento judicial ha sido desigual y, a veces, incluso incompatible con los estándares internacionales. El Institut de Drets Humans de Catalunya y SOS Racisme Catalunya, a modo de contribución al debate público sobre el “discurso de incitación al odio”, han promovido este estudio divulgativo. Este incorpora un análisis sobre la normativa, las recomendaciones y sentencias internacionales y europeas, una síntesis de las reflexiones que han surgido en el transcurso de la lucha contra el discurso de odio, una reseña de los documentos clave, la visibilización de iniciativas y buenas prácticas de las asociaciones, la radiografía de la evolución de los precedentes jurídicos dictados en el Estado español, y una serie de pautas jurídicas interpretativas del Artículo 510 del Código Penal.

El “discurso de incitación al odio” atraviesa las vidas y el bienestar de muchas personas y comunidades, condiciona la convivencia social y afecta a diversos derechos fundamentales. Las medidas adoptadas para luchar contra el mismo pueden dañar otros derechos fundamentales y justificar restricciones abusivas y contraproducentes. Su potencial dañino merece una reflexión amplia y colectiva sobre aspectos determinantes como la conciliación de los derechos fundamentales en juego, la centralidad de los derechos de las víctimas/supervivientes, las herramientas legales disponibles y su idoneidad, la decisión sobre cómo las utilizamos y los impactos que generan nuestras acciones de denuncia a corto, medio y largo plazo. En definitiva, qué balance hacemos de las herramientas legales con las que estamos luchando contra el “discurso de incitación al odio”, en términos de eficiencia, de cultura democrática y de promoción de derechos.

I

Impactos individuales y colectivos del discurso de incitación al odio

1.1. Perspectiva victimológica

El discurso de incitación al odio es un fenómeno grave, dado que tiene un alto impacto, tanto en el plano individual como colectivo. El estudio elaborado por el gobierno canadiense en 2007, “*Étude des besoins des victimes de crimes motivés par la haine*”, analiza los problemas particulares que generan los delitos de odio, debido a la naturaleza específica de esos crímenes. Estos se dirigen a las características ligadas a la identidad de la persona y de la comunidad a la que pertenece. Se trata de un ataque contra la naturaleza esencial de la víctima/superviviente; un ataque contra su derecho individual y colectivo al goce del ejercicio de derechos y de la participación equitativa en el seno de la sociedad. El discurso de odio debe dimensionarse desde la vulneración de derechos fundamentales que supone, afectando a la igualdad, la dignidad, la libertad, la participación política y la libertad de expresión.

Los delitos de odio son actos simbólicos, actos de mensaje, y hay que tener en cuenta que el daño psicológico individual y colectivo que causan puede no ser siempre correlativo a la aparente gravedad de la infracción cometida. En el plano individual, tienen un impacto psicológico diferenciado y específico respecto de otros crímenes. La víctima puede sentir su valor como persona anulado, puede modificar su autopercepción y la manera de interactuar con el entorno. Los efectos pueden ser debilitantes y de larga duración. En el plano colectivo, el discurso de odio genera sensación de vulnerabilidad, devaluación y peligro personal en el seno de los colectivos vulnerabilizados.

El profesor de Derecho e investigador Paul Iganski, en 2001, en su estudio “*Hate Crimes Hurt More*”, desglosa los sucesivos círculos de impacto del discurso de odio: 1) afectación de la víctima 2), afectación de su entorno íntimo, 3) afectación del colectivo vulnerabilizado al que pertenece, 4) afectación de otros colectivos potencialmente diana, y 5) afectación de las normas y valores fundamentales de la sociedad. Otro de los impactos que refiere el estudio es el de la victimización secundaria, cuando la respuesta de los cuerpos policiales, de los servicios de atención y de los operadores jurídicos no es la adecuada y no responde a las expectativas de protección. La banalización o no reconocimiento de la motivación discriminatoria de la infracción también puede generarla.

En relación al discurso de incitación al odio misógino en Twitter, en marzo de 2018, Amnistía Internacional publicó su estudio *#Toxic Twitter* sobre ocho países, en el que destaca la poca investigación sobre las violencias de género en línea y la subestimación generalizada de su impacto. Hasta la fecha, no existen investigaciones que analicen con profundidad los perfiles que emiten

Int. —

I

II —

III —

IV —

V —

VI —

VII —

VIII —

IX —

X —

XI —

XII —

XIII —

XIV —

XV —

XVI —

Bib. —

esos contenidos, la distinción entre perfiles individuales y colectivos, la organización de campañas de odio o el apoyo político y económico que se proporciona a esos perfiles. Una idea central del informe es el hecho de que el deslinde entre violencia *offline* y *online* es artificial. Las violencias en red son violencias reales. La ciberviolencia es una continuación de las violencias ejercidas fuera de línea, tiene las mismas causas y objetivos. La creencia de que estas pueden ser sencillamente ignoradas es errónea. Los contenidos violentos que circulan en la Red desbordan la misma. Eliminar una cuenta de Twitter probablemente no logre evitar que ese mensaje nos llegue por otro canal comunicativo o a través de nuestro entorno.

Otro elemento relevante del impacto del discurso de incitación al odio es que la violencia en línea genera una victimización mayor, dado que se transmite para que todo el mundo la vea. La sensación de indefensión es muy potente. Su escalada, persistencia y reiteración generan un daño permanente que se actualiza con cada nuevo acto de difusión. Incluso no existiendo violencia física, el trauma puede ser extremo y permanecer incluso después de finalizada la propagación del contenido violento o vejatorio.

El impacto personal concreto que retrata el estudio es el de estrés, ansiedad, ataques de pánico, impotencia, pérdida de confianza en una misma, insomnio, trastornos alimentarios o digestivos, sensación general de inseguridad, de pérdida de control y de poder. Cerca de la mitad de las entrevistadas había sentido su integridad física en peligro. La incertidumbre de la amenaza en sí misma, ya generaba un daño tangible.

1.2. **Atención psicosocial a las víctimas/supervivientes**

La atención psicosocial debe priorizar la reparación específica e integral de los impactos provocados por el discurso de incitación al odio. El referido estudio canadiense reivindica que la atención psicosocial conciba la reparación desde una óptica individual pero también colectiva. Coincide en ese sentido el informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, para la Asamblea General de las Naciones Unidas de 7/9/12 titulado “[Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión](#)” que apela a los Estados para que apliquen distintos tipos de reparación, de tipo procesal, como el acceso a la justicia y la eficacia de las instituciones nacionales y de tipo sustantivo, por ejemplo, reparaciones adecuadas, rápidas y proporcionales a la gravedad del mensaje, como el restablecimiento de la reputación, la prevención de la recurrencia o la compensación financiera.

En 2012, a nivel europeo, se aprobó la [Directiva 2012/29/UE](#), de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Las víctimas tienen derecho a medidas de asistencia y apoyo (Art. 5.1) y las Oficinas de Atención a la Víctima deberán proporcionar apoyo emocional y legal, así como otras medidas de protección (Art. 28). Esta Directiva fue transpuesta a nuestra Ley 4/2015, de 27 de abril del [Estatuto de la víctima del delito](#), que amplía la condición de víctima a las víctimas directas y a las indirectas, y regula la evaluación de las necesidades específicas de algunas víctimas concretas, entre ellas las de los delitos de odio (Art. 23.2 7º). A nivel de actuación urgente para la protección de las víctimas, deben mencionarse también las posibilidades que ofrece la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) (Art. 13 y Art. 544 bis).

La necesidad de poner en el centro de la actuación contra los delitos de odio los derechos de las víctimas/supervivientes ha ido ganando consenso. Después de la declaración clave de noviembre de 2013 “[Combating hate crime in the EU: Giving hate crime victims a face and a voice](#)”, la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), en su labor de impulso y de guía, publicó el Informe “[Ensuring justice for hate crime victims: professional perspectives](#)” de 28/4/16, en el que diagnostica un resultado global de atención fragmentada y desigual. La mayor parte de la atención no la realizan los servicios públicos, sino las asociaciones de derechos humanos a las que se dirigen las víctimas, por su cercanía y por su grado de confianza. Existe el debate sobre cómo dispensar una atención adecuada y específica; si deben establecerse servicios específicos de atención o si los servicios de atención genéricos deben perfeccionar su especialización. Un ejemplo de buenas prácticas es el del [mapeo de recursos de atención a víctimas de delitos de odio](#) elaborado en 2018 por el IDHC, SOS Racisme y SPORA, con el apoyo financiero del Ayuntamiento de Barcelona.

1.3. Infradenuncia

Los delitos y las infracciones de odio, incluyendo el discurso de incitación al odio, tienen un alto índice de cifra oculta. La falta de denuncia impide que se puedan registrar y que se pueda profundizar en el estudio del fenómeno. Ello dificulta que se puedan diseñar medidas de respuesta adecuadas y eficientes o revisar las existentes. Uno de los organismos pioneros en el registro de delitos de odio es la Organización Europea para la Seguridad y la Cooperación (OSCE), que desde el 2003 incentiva a los Estados a registrarlas y monitorearlas, incluyendo el discurso de odio. En su estudio “[Hate Crime Data-Collection and Monitoring Mechanisms A Practical Guide](#)” de 2014, cita como causas de la infradenuncia: 1) el miedo a la revictimización o a las represalias por parte de los agresores, 2) los sentimientos de humillación o de vergüenza, 3) la incertidumbre sobre cómo/dónde denunciar un incidente o sobre qué beneficios le reportará como víctima, 4) la falta de confianza en que las fuerzas policiales le ayuden o se tomen su caso serio y efectivamente, 5) las barreras lingüísticas, 6) el miedo a ser expulsado del país en el caso de personas indocumentadas, 7) en el caso de personas LGTBIQ, el miedo a exponer su identidad sexual, 8) el no considerar que el incidente haya sido un delito o concebirla como una infracción menor.

A modo de ejemplo, respecto de las personas LGTBIQ, el estudio “[Trabajar con víctimas de delitos de odio anti-LGTB. Manual práctico](#)”, elaborado por la Universitat de Girona en 2015, cita la [Macro Encuesta europea sobre el colectivo LGTBIQ](#) publicada el 2013 por la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Esta coincide en el diagnóstico de las causas de la falta de denuncia y refiere que tan solo se denuncia una quinta parte de los incidentes. El mencionado estudio de la FRA “[Ensuring justice for hate crime victims: professional perspectives](#)” refiere que la infradenuncia pone en entredicho la efectividad del sistema de justicia. La impunidad incide en la credibilidad del sistema judicial, sobre todo si las escasas infracciones que se denuncian son sistemáticamente investigadas de forma inadecuada y esa ineficiencia es conocida por los colectivos diana de esas infracciones. La impunidad es el principal desincentivo de la denuncia, generando un círculo que se retroalimenta. Por ello, las infracciones que son denunciadas deben ser tratadas con la máxima diligencia por parte de los cuerpos policiales y de los operadores jurídicos.

Int. —

I

II —

III —

IV —

V —

VI —

VII —

VIII —

IX —

X —

XI —

XII —

XIII —

XIV —

XV —

XVI —

Bib. —

II

Conceptualización del fenómeno y definiciones sobre el “discurso de incitación al odio”

2.1. Conceptualización del fenómeno

El concepto de delitos de odio tiene su origen en los Estados Unidos, y proviene de la necesidad de visibilizar y reconocer la particularidad de los crímenes políticos motivados por prejuicios. Karlos Castilla Juárez, en su artículo [“Crimen de odio, discurso de odio: en el Derechos las palabras importan”](#), refiere que *“el término ‘crímenes de odio’ (Hate Crimes) surgió en ese país en 1985, cuando se presentaron un gran número de crímenes basados en prejuicios raciales, étnicos y nacionalistas. Al ser investigados esos delitos por el Federal Bureau of Investigation (FBI), tanto esta institución como los medios de comunicación adoptaron ese término por su gran valor de impacto en los titulares de noticias y el mensaje que transmitía”*.

La incorporación del término “odio” supuso aprovechar el gran potencial simbólico de un término fácilmente comprensible y con una alta carga moral y estigmatizante. En contrapartida, su mención induce a la confusión sobre su significado. La conceptualización del “discurso de incitación al odio” se ve dificultada por la compleja y delicada delimitación entre sentimientos, creencias e ideologías. El odio, como emoción interna, es un sentimiento legítimo que no puede penalizarse. Solo puede serlo si se traduce en actos externos que afecten de manera relevante los derechos de terceros. Otra de las dificultades añadidas es que términos como “odio”, “violencia” u “hostilidad” no son términos normativos sino sociológicos, y su significado será relativizado según el entorno cultural. Otro de los elementos que dificulta el consenso sobre su conceptualización es que el “discurso de odio” viene atravesado por el equilibrio de diversos derechos fundamentales nucleares para los sistemas democráticos, como el de igualdad, dignidad, libertad de expresión, participación política y libertad ideológica. A su vez, estos también son concebidos y jerarquizados de manera diferente según la realidad política. Otra dificultad relevante tiene que ver con la inseguridad que genera la incorporación de “conceptos jurídicos indeterminados”, altamente interpretables, al terreno de las normas legales, y más cuando se trata de normas con consecuencias represivas, como el Código Penal.

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, de las Naciones Unidas (UNESCO), en su informe de 2015 [“Combattre les discours de haine sur Internet”](#), desarrolla reflexiones muy oportunas sobre la conceptualización del discurso de incitación al odio.

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

Entre otras, cuestiona su denominación, sugiriendo denominaciones alternativas más apropiadas, como el “discurso discriminatorio”, “peligroso” o “del miedo”. La denominación no es neutra y revela qué se prioriza en su conceptualización. Si se fundamenta en un criterio de orden público, se focalizará en la capacidad del discurso de generar violencia; si se priorizan los derechos de las víctimas, se focalizará en su capacidad para lesionar su dignidad.

La UNESCO, en su análisis, examina el vínculo entre discurso y acción, exponiendo que, por el momento, no existen suficientes estudios como para poder afirmar que haya una relación directa y concluyente entre ambos. Sin embargo, sí se ha llegado a determinar que la acción necesita de unas condiciones previas para ser llevada a cabo. El “discurso de incitación al odio” se caracteriza por su capacidad de dañar a otros, pero también de catalizar o amplificar tensiones preexistentes. Esos mensajes crean progresivamente un estado de opinión, que legitima los actos de violencia y que acaba por activar su comisión. Su función es doble; por un lado, degrada y deshumaniza al individuo y al colectivo vulnerabilizado al que pertenece, creando un “ellos” y un “nosotros”. Por otro lado, refuerza y genera la sensación de pertenencia a quienes divulgan esos contenidos, sintiéndose legitimados para continuar divulgándolos.

2.2. Definiciones

La definición de “discurso de incitación al odio” ha sido y sigue siendo objeto de polémica a nivel internacional. Parte de la problemática surge de la tensión entre la necesidad de clarificar y delimitar su contenido y la de ofrecer un abanico suficientemente amplio para abarcar infracciones muy diversas.

A nivel internacional, existen dos definiciones autorizadas específicas sobre “discurso de incitación al odio”. La primera de ellas es la del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, que en su [Recomendación R \(97\) 20](#) lo define como aquel que cubre **“todas las formas de expresión que extienden, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo cualquier otra forma de odio basada en la intolerancia”**. Posteriormente, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), en su [Recomendación 15 de 8/12/2015](#) refiere que **el “discurso de odio” debe entenderse como fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de “raza”, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales.**

Ambas definiciones, a pesar de los años que las separan y de provenir de organismos muy distintos, son extremadamente ambiguas. Los ejes discriminatorios que cubren también difieren (“edad”, “identidad sexual”, etc.). Un aspecto que sí comparten es el de poner en el centro de su conceptualización la motivación o intencionalidad de las infracciones. La conceptualización de la ECRI, más actual, introduce un segundo eje de infracciones, que son las relativas a la humillación y menosprecio de las víctimas.

En términos más amplios, en relación a la definición de los delitos de odio, la [OSCE en 2003](#) acuñó la definición de **toda infracción penal, incluidas las infracciones contra las personas y las propiedades, cuando la víctima, el lugar o el objeto de la infracción son seleccionados a causa de su conexión, relación, afiliación, apoyo o pertenencia, real o supuesta, a un grupo que pueda estar basado en la “raza”, el origen nacional o étnico, el idioma, el color, la religión, la edad, la minusvalía física o mental, la orientación sexual u otros factores similares**. En 2009, en su “[Legislación sobre los Delitos de Odio, Guía Práctica](#)”, define los delitos de odio como **actos delictivos cometidos por una motivación basada en prejuicios**. Este término describe un concepto, más que una definición legal. La OSCE opta por el término prejuicio precisamente para evitar referirse al odio, término que puede inducir a error.

En el Estado español, el “[Estudio encargado por la Comisión de Seguimiento del Convenio de colaboración y cooperación Interinstitucional contra el racismo, la xenofobia y otras formas de intolerancia](#)” de 14/3/18, en su análisis sobre la conceptualización de los delitos de odio, destaca **dos elementos. El primero es el de la intencionalidad, como elemento central de la infracción –“cometido por”–, y el segundo es la distinción entre delitos e infracciones de odio**. Esta diferenciación atiende a la graduación de la gravedad de las conductas que, a su vez, se traduce en la intervención sancionadora por parte de diferentes jurisdicciones: la jurisdicción penal sancionará los casos graves, considerados delito, y la jurisdicción administrativa sancionará los casos de menos entidad, como infracciones administrativas.

2.3. Consecuencias de la falta de unificación de una definición sobre “discurso de incitación al odio”

La falta de una definición consensuada provoca la imposibilidad de crear categorías o *ítems* de registro que compartan los actores que intervienen en el proceso de prevención, investigación y sanción: los cuerpos policiales, los operadores jurídicos, los servicios de apoyo, los organismos de estadística y las asociaciones. Las categorías o *ítems* de registro que manejan cada uno de ellos ponen el foco en un aspecto o en un momento del proceso distinto: número de incidentes reportados sin atender a su tipología, número de denuncias policiales, número de escritos de acusación realizados por la Fiscalía, etc. Estas categorías no son comparables entre sí, ni a nivel internacional ni tampoco nacional, impidiendo la trazabilidad de los incidentes, desde que son reportados hasta el final de su recorrido judicial.

Otra consecuencia relevante es que las plataformas intermediarias de Internet han acuñado sus propias definiciones de “discurso de odio”, que no están adaptadas ni a las de los organismos internacionales ni a las legislaciones nacionales. Estas definiciones son las que acaban teniendo mayor transcendencia, dado que son las que se utilizan para decidir qué contenidos se eliminan de la Red.

A nivel estatal, el 27/1/18, la ECRI, publicó su [Informe sobre España](#), en el que menciona en su apartado dedicado al “discurso de odio” que toma nota con satisfacción de que las autoridades españolas y la sociedad civil hayan comenzado seriamente a recopilar, mejorar y poner a punto

Int. —

I —

II —

III —

IV —

V —

VI —

VII —

VIII —

IX —

X —

XI —

XII —

XIII —

XIV —

XV —

XVI —

Bib. —

las estadísticas sobre el discurso de incitación al odio y otros delitos motivados por el odio. Así será más fácil obtener una visión realista del alcance de dichos delitos en España. Sin embargo, la ECRI apunta a que lamentablemente sigue siendo difícil determinar cuántos casos se refieren al discurso de incitación al odio. Si bien 205 casos se clasificaron como amenazas (el 15,4 %) y 113 casos como injurias (el 8,5 por ciento), las estadísticas oficiales no contienen datos sobre la incitación al odio (Art. 510 del Código Penal). Además, no existen datos disponibles sobre el progreso de estos casos en su recorrido judicial, lo que indicaría cuántos de éstos terminan con una sentencia penal. Las autoridades españolas informaron a la ECRI de que se habían cometido errores estadísticos al compilar los datos y que estaban procurando mejorar su método de recopilación de datos. También habían informado a la ECRI de que los datos de los diferentes años no eran totalmente comparables, ya que había habido incoherencias en la recopilación de datos. La ECRI también señala que el número de casos registrados por las asociaciones es notablemente superior a los registrados por las autoridades.

III

Recopilación de datos y análisis
del “discurso de incitación al odio”

3.1. Obligaciones de los Estados

A pesar de que no existe una delimitación clara y consensuada del concepto de “discurso de odio”, los organismos internacionales clave en esa materia tienen posicionamientos interpellando a los Estados sobre su obligación de registrar, realizar estadísticas y estudiar el fenómeno. La OSCE, en su [Decisión 633](#) sobre “Fomento de la tolerancia y de la libertad informativa en Internet” del 11/11/2004 recordaba a los Estados su compromiso de crear estadísticas y de mantener fuentes fidedignas de información sobre los delitos motivados por el odio. Por su parte, el Relator de las Naciones Unidas sobre libertad de expresión, en su Informe para la Asamblea General, titulado “[Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión](#)”, de 7/9/12, dedica un apartado a la recopilación de datos y a la investigación. En él, reivindica la necesidad de profundizar sobre la relación entre la libertad de expresión y el “discurso de odio”: en qué circunstancias se produce, quién lo emite, a quién se dirige y por qué canales. Esa profundización permitiría evaluar la adecuación de las medidas que se están implementando para luchar contra el “discurso de incitación al odio”. Conocer el fenómeno también permitiría crear mecanismos de intervención urgente o “alerta temprana”. El Relator también recomienda evaluar a fondo el impacto de las leyes vigentes y la adecuación de las medidas implementadas al derecho internacional de los derechos humanos. Por su parte, el Parlamento Europeo, en su [Resolución sobre el refuerzo de la lucha contra el racismo, la xenofobia y los delitos motivados por el odio de 14/3/13](#) añade que deberá investigarse sobre las experiencias de las víctimas sobre la respuesta estatal recibida.

3.2. Recomendaciones internacionales sobre recopilación de datos sobre delitos de odio

La OSCE, en su [guía sobre registro de datos sobre delitos de odio de 2014](#) antes referida, realiza una serie de recomendaciones, entre ellas, la de 1) adoptar una definición común, integral y simple para su uso por todos los sistemas de justicia, 2) desarrollar formularios estandarizados, y 3) establecer procedimientos de revisión de datos. La FRA, en 2018, también ha elaborado la guía sobre recopilación de datos “[Hate crime recording and data collection practice across the EU](#)” en la que analiza las normas y estándares internacionales sobre registro de delitos de odio. La FRA

reivindica priorizar los estudios y encuestas por encima del mero registro de datos. El punto de vista de las víctimas es muy importante ya que abarca una dimensión más amplia y criminológica del fenómeno, valorando parámetros como la información demográfica, las percepciones del miedo, la calidad de la respuesta del Estado, etc. Hasta la fecha, la FRA ha llevado a cabo macroencuestas sectoriales sobre minorías étnicas y personas migradas, colectivo LGTBIQ, mujeres y antisemitismo.

3.3. Registro de delitos de odio por parte de los cuerpos policiales y de las asociaciones

En el Estado español, los Mossos d’Esquadra de Cataluña fueron el primer cuerpo policial en registrar y confeccionar un protocolo para actuar frente a los delitos de odio, en 2008, respecto de las infracciones por LGTBIQ-fobia. En 2010 se actualizó respecto del resto de ejes discriminatorios. Por su parte, a nivel estatal, la Secretaría de Estado de Seguridad elaboró la Instrucción 16/2014, por la que se crea el “[Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio y Conductas que Vulneran las Normas Legales sobre Discriminación](#)”. Este fue revisado en 2015 para incluir 15 indicadores de discriminación que acuñó la OSCE y citó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia Balázs contra Hungría de 10/10/15. En el último informe publicado por el Ministerio del Interior en 2016 sobre delitos de odio, los incidentes se distribuyen por categorías de antisemitismo, aporofobia, creencias prácticas religiosas, discapacidad, orientación o identidad sexual, racismo/xenofobia, ideología, y sexo/género. También existe el “[Manual de apoyo para la formación de fuerzas y cuerpos de seguridad en la identificación y registro de incidencias racistas o xenófobos](#)”, de 2012. Otro documento referente para los cuerpos policiales y los operadores jurídicos es el “[Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación](#)”, elaborado por el Fiscal especializado Miguel Ángel Aguilar y otros, en 2015. Todos ellos tienen referencias específicas sobre “discurso de incitación al odio”.

En cuanto a las asociaciones pro derechos que registran delitos e infracciones de odio, a nivel internacional puede citarse [HATE BASE](#) que proporciona herramientas de monitoreo del discurso de incitación al odio. A nivel nacional, se encuentra SOS Racismo, el Movimiento contra la Intolerancia y la Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Transexuales y Bisexuales (FELGTB). A nivel autonómico, se puede citar el ejemplo de Cataluña, en el que colectivos como SOS Racisme Catalunya o el Observatori contra la Homofòbia también registran datos sobre delitos e infracciones de odio. El 29/3/2018, el Observatorio de Redes Contra el Odio de la FELGTB publicó su estudio titulado “[La cara oculta de la violencia hacia el colectivo LGTBI](#)” en que menciona los casos de discurso de incitación al odio hacia ese colectivo.

IV

Medidas para combatir el “discurso de incitación al odio”

Uno de los informes más esclarecedores respecto de las políticas públicas para luchar contra el discurso de incitación al odio es el ya citado anteriormente del Relator de las Naciones Unidas sobre la libertad de expresión para la Asamblea General de las Naciones Unidas titulado “[Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión](#)” de 7/9/12, que parte de una idea central: las medidas legislativas, sobre todo la represión penal de los discursos de incitación al odio, son necesarias, pero no bastan por sí mismas para resolver este fenómeno. Para erradicarlo, se precisa un conjunto de herramientas que aborden las causas profundas del discurso de incitación al odio, esto es, la desigualdad y la discriminación estructurales. Se requieren medidas que promuevan el fomento de valores como la paz y el respeto. En el ámbito de la educación, desglosa medidas como la prevención, la divulgación de campañas informativas sobre el discurso de incitación al odio y el daño que causa; y la capacitación de los cuerpos policiales y de los operadores jurídicos. En el ámbito del debate social, apuesta por el fomento de la cultura del discurso público; la condena pública de los mensajes de incitación al odio por parte de la ciudadanía y las instituciones y el diálogo entre comunidades culturales y religiosas.

Por su parte, el estudio sobre la lucha contra el “discurso de incitación al odio”, elaborado por diversas voces expertas durante el 2012, dio lugar al denominado [Plan de Acción de Rabat](#), que se incorporó al [Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos](#) de 11/1/13. Las directrices del Plan de Rabat son las que han inspirado las políticas públicas de muchos países. Su planteamiento parte de afirmar que las respuestas legales son importantes, pero que la legislación es sólo una parte de las herramientas de respuesta. Cualquier legislación debe complementarse con iniciativas de diversos sectores sociales, que alimenten la consciencia y el debate social. Es necesario favorecer que los colectivos “diana” habitualmente atacados hagan emerger sus contra-narrativas y sus respuestas directas al discurso de incitación al odio. Los Estados, los medios de comunicación y la sociedad en general tienen una responsabilidad compartida. Los líderes religiosos y políticos deberían abstenerse de usar mensajes intolerantes. Los Estados tienen la obligación de asegurar espacio de acción a las “minorías” y comprometerse a combatir los estereotipos negativos y la discriminación hacia individuos y comunidades. Los derechos humanos deben incorporarse en el currículo escolar. Los cuerpos policiales y los operadores jurídicos deben formarse. Es prioritario establecer mecanismos de recolección y análisis de datos. Los partidos políticos deben adoptar guías de conducta de sus representantes.

Algunos estudios más recientes, como el de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer titulado “*Online violence against woman and girls from a human rights perspective*” de 14/6/18, aunque enfocado a las violencias misóginas en línea, actualiza algunas propuestas de respuesta. Entre ellas, la necesaria alfabetización digital desde la infancia o la creación de mecanismos de vigilancia y rendición de cuentas.

A nivel estatal, la publicación de la Fundación Abogacía Española, de diciembre de 2018, titulada “*Delitos de odio, Guía práctica para la abogacía*”, dedica un capítulo a ejemplos de buenas prácticas de instituciones y asociaciones nacionales. Entre ellas, cita la existencia de la Oficina Nacional de Lucha contra los Delitos de Odio, el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (OBERAXE), la existencia de turnos de oficio especializados de algunos colegios de la abogacía; la iniciativa Redes contra el Odio, el Observatorio de delitos de odio contra las personas sin hogar HATENTO, la Comisión Estatal contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte y otras. A nivel local, merecen ser mencionadas iniciativas como la del Ayuntamiento de Barcelona *#BcnvsOdi*, que dio lugar a la publicación del artículo de Alex Cabo Isasi y Ana García Juanatey “*El discurso del odio en las redes sociales: un estado de la cuestión*” el 11/12/2016. Este profundiza sobre las diferentes tipologías de campaña en Internet que pueden hacerse para combatir el discurso de incitación al odio. Desde las asociaciones, también existen otras iniciativas divulgativas como la “*Guía para combatir el discurso de odio*”, elaborado por la Fundación del Secretariado Gitano en 2017, o la “*Guía CIBERESPECT*” del Institut de Drets Humans de Catalunya, SOS Racisme Catalunya y United Explanations en 2017. En todas ellas se realizan menciones específicas sobre el discurso de incitación al odio.

V

Libertad de expresión

5.1. La función de la libertad de expresión

La protección de la libertad de expresión reside en la función que desempeña: el debate público sobre cuestiones de interés general y la fiscalización de las actuaciones de los poderes públicos. Esta función ha sido denominada de “perro guardián” de la democracia. Por ello, los contenidos que se divulguen se protegerán en la medida que cumplan esa función. Una sentencia referente es la del asunto [Handyside c. Reino Unido](#) de 7/12/1976 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Esta determina que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de los individuos. La libertad de expresión no sólo protege las ideas bien acogidas y las consideradas como inofensivas, sino también aquellas que chocan, molestan o inquietan al Estado o a una fracción de la población. Así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no puede existir una sociedad democrática. Por ende, toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en esa materia deberá ser proporcional a la finalidad que persiga la sanción. Es importante subrayar que esa libertad protege el contenido, pero también el vehículo o modo comunicativo mediante el que se expresa.

La libertad de expresión responde y debe ser contextualizada según la realidad histórica, geográfica y cultural. La complejidad de la materia requeriría un análisis con más matices pero, a modo de síntesis, se podría decir que existen dos modelos. El modelo norteamericano, de corte neoliberal, en el que se concibe la misma como una situación en la que el Estado no interfiere en el debate público. En este modelo, prima el valor de la libertad por encima de otros valores. Este modelo viene representado con la idea de un “mercado de las ideas”, en el que estas “compiten” e interactúan en igualdad de condiciones. Las restricciones a la libertad de expresión sólo serán legítimas en casos extremos. Los tribunales norteamericanos acuñaron el criterio del “peligro real e inminente” (*clear and present danger*) como única excepción que permite restringir la libertad de expresión.

En el otro extremo se hallaría el denominado modelo europeo. Este concibe la libertad de expresión como indisociablemente unida al compromiso con los valores fundadores de la convivencia social, entre ellos, la dignidad, la igualdad o el pluralismo, que primarían por encima de la libertad individual. En este modelo, la vara de medir lo que tiene cobertura bajo la libertad de expresión, será precisamente el discurso que respeta esos valores. El modelo europeo se ha calificado de “democracia militante”, en el sentido de que va más allá de pedir respeto por esos valores, sino que entiende justificada una postura proactiva de las instituciones en defensa de los

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

mismos. Ese prisma, compartido por países como Alemania y Francia, tuvo su eco en la redacción del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) de 1950, que contiene una cláusula de salvaguarda o de “[prohibición de abuso](#)” (Art. 17), con la finalidad de evitar que, bajo la cobertura de los derechos que prevé el Convenio, se justifiquen acciones que pretenden precisamente destruir otros derechos contenidos en el mismo.

5.2. Los principios reguladores de la libertad de expresión

La relación equilibrada entre la libertad de expresión y la promoción de la igualdad dio lugar a la iniciativa del colectivo ARTICLE 19, que el 19/4/09 redactó los llamados [Principios de Camden](#). Estos principios rectores de la libertad de expresión se han convertido en una guía referente a nivel mundial y han inspirado las recomendaciones de organismos como las Naciones Unidas. Una de las ideas centrales que desarrolla es el hecho de que ambos derechos son interdependientes e indispensables para el disfrute del resto de derechos humanos. Su relación es afirmativa y no contrapuesta. Esta retroalimentación es más relevante que las tensiones que puedan surgir entre ambos, que pueden resolverse mediante los mecanismos que ofrece el derecho internacional.

El pluralismo y la diversidad son inherentes a la libertad de expresión. Su ejercicio facilita el debate público que, a su vez, da voz a las distintas perspectivas y puntos de vista, alejando la desigualdad. Por contra, la desigualdad provoca la exclusión de determinadas voces, socavando el debate público y restando diversidad. Sin derecho a ser oído y a participar en la vida política, no hay igualdad posible. La invisibilización de algunas voces niega sus experiencias y las hace vulnerables a la intolerancia, la discriminación y la exclusión.

En cuanto a las restricciones a la libertad de expresión, los Principios de Camden rechazan el criterio de que la seguridad requiere o justifica restricciones que transgredan los derechos humanos. La mejor manera de fomentarla no es a base de restricciones, sino con la responsabilidad del Estado de crear un ambiente habilitante que garantice el ejercicio a la libertad de expresión de todos los sectores sociales. Las restricciones que se impongan deberán estar concisamente definidas para prevenir su uso abusivo. Estas deberán aplicarse de manera equitativa en beneficio de todos los grupos protegidos y deberán tener en cuenta los patrones de vulnerabilidad preexistentes. Las restricciones deberán usarse para proteger individuos y grupos.

En cuanto a la protección jurídica de la libertad de expresión, su [Principio 2.2](#) contiene la previsión fundamental de que las restricciones deberán estar previstas por Ley, estar concisamente definidas para servir a un interés legítimo constitucional y ser necesarias en una sociedad democrática, para proteger dicho interés. En otros de sus principios, reclama un marco jurídico claro para proteger el derecho a la igualdad y prohibir la discriminación. También apuesta por asegurar la existencia de recursos efectivos, judiciales y no judiciales, frente a las violaciones de los derechos humanos, incluido el de la libertad de expresión. Otro principio se refiere a la responsabilidad del Estado de imponer obligaciones a los funcionarios públicos de todos los niveles, para evitar que hagan declaraciones que promocionen la discriminación o alimenten estereotipos negativos. Los políticos y otros líderes deberán abstenerse de ello, también.

5.3. Sujetos titulares del derecho a la libertad de expresión

Si bien los sujetos titulares del derecho a la libertad de expresión históricamente reconocidos han sido los individuos, poco a poco se ha ido incorporando una dimensión colectiva intermedia. En recientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como en el asunto [Woman on Waves c. Portugal](#) de 2009 y el asunto [Renaud c. Francia](#) de 2010 se ha reconocido respectivamente la función de “perro guardián” de la democracia a un colectivo de defensa de los derechos sexuales y reproductivos en su tarea divulgativa y a una asociación de vecinos en su crítica a la actuación urbanística de un alcalde.

5.4. El rol de los medios de comunicación

La fiscalización de la función informativa de los medios de comunicación oscila entre la necesidad de asegurar al máximo su independencia editorial y, al mismo tiempo, la responsabilidad inherente a ser un agente social comprometido con la prohibición de la discriminación. No en vano, a nivel europeo, las primeras recomendaciones sobre “discurso de incitación al odio” del Comité de Ministros del Consejo de Europa iban dirigidas a los mismos. La [Recomendación R \(97\) 21](#), titulada “La promoción de la cultura de la tolerancia en los medios de comunicación”, fue la primera en visibilizar el compromiso institucional europeo en luchar contra el mismo y proporcionar un serie de directrices.

Esa Recomendación incorpora un anexo sobre formación de los profesionales de la comunicación y sobre pautas de tratamiento informativo de las situaciones de intolerancia y violencia discriminatorias. Una de las reflexiones que incorpora es la estereotipada representación de los colectivos “minoritarios” y su escasa participación en los medios de comunicación. También aporta reflexiones sobre la autorregulación mediante códigos de conducta.

A nivel internacional, los antes referidos Principios de Camden de ARTICLE 19 apuestan por la autorregulación de los medios de comunicación, pero desde la responsabilidad. Los medios de comunicación masivos deberían asegurar que su personal sea diverso y representativo de la sociedad. En pro de su responsabilidad moral y social, deberían jugar un papel clave en la lucha contra la discriminación y por el entendimiento cultural. Los Principios también incluyen pautas informativas y de formación de los profesionales.

El Principio 6 refiere que la legislación y las prácticas nacionales sobre discurso de incitación al odio deberían tener en cuenta la función de los medios a la hora de comunicar y analizar los casos concretos de discurso de incitación al odio, así como el derecho del público a recibir esas informaciones. La legislación y las prácticas nacionales deberían distinguir claramente entre la responsabilidad del autor de las expresiones de incitación al odio y la responsabilidad de los medios de comunicación y de sus profesionales que informen sobre ello. En su Principio 7 refiere que la información sobre el racismo, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de intolerancia está plenamente protegida por la libertad de expresión. A la hora de restringirla, debería tenerse en cuenta el contexto y el propósito de la divulgación de la información. El

respeto de las libertades periodísticas también implica que no corresponde a los tribunales o a las autoridades públicas imponer sus opiniones sobre las técnicas de información que deben adoptar los periodistas.

El ya citado Informe del Relator sobre libertad de expresión de las Naciones Unidas de 7/9/12 dedica un apartado a la ética de los medios de comunicación. Son necesarios unos medios de comunicación objetivos y éticos para informar sobre asuntos polémicos de manera equilibrada y evitar la retórica extremista. Hay que tener en cuenta que el tratamiento de los actos de extremismo puede llegar desencadenar estallidos de violencia. El fenómeno de la concentración de la propiedad de los medios de comunicación en oligarquías mediáticas provoca la reducción de la diversidad en los medios y prima el entretenimiento por encima del periodismo. Es menester la formación en diversidad de los profesionales, así como incorporar profesionales diversos. Hay que contar con códigos éticos y sistemas de autorregulación que eviten el discurso de incitación al odio, ejerzan una vigilancia activa y rindan cuentas sobre la misma.

A nivel europeo, la [Directiva 2010/13/UE](#) de 10 de marzo de 2010, llamada “Directiva de servicios audiovisuales”, contiene previsiones específicas sobre la prohibición del discurso de incitación al odio. Esta prevé que los Estados (Art. 3.4 i) podrán interrumpir la prestación del servicio si se instiga al odio por motivos de “raza”, sexo, religión o nacionalidad, así como su compromiso a que los servicios de comunicación bajo su jurisdicción no contengan incitaciones al odio (Art. 6). Ello es extensible a la publicidad (Art. 9). También pueden citarse las aportaciones de la European Federation of Journalists: “[Media Against Hate](#)”.

En el estado español, la [Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual](#) también contiene una previsión específica sobre prohibición del odio y la discriminación (Art. 4.2). La ECRI en su [Informe sobre España](#) de 28/2/18 menciona que, lamentablemente, los mecanismos de autorregulación de los medios de comunicación no funcionan, no son conocidos y reciben escasos números de quejas. A nivel de Catalunya, el [Proyecto PROXI](#), del Institut de Drets Humans de Catalunya y United Explanations, analizó los contenidos de diversos medios, para visibilizar el tratamiento comunicativo inadecuado que realizaban sobre diversos colectivos, entre ellos el gitano.

VI

La libertad de expresión en Internet

6.1. Proyección del derecho al entorno digital

El 16/5/2011, Frank La Rue, Relator de las Naciones Unidas sobre la libertad de expresión, publicó un relevante informe, titulado “[Principios generales sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión e Internet](#)”. En él, refiere que pocas nuevas tecnologías de la información han tenido un efecto tan revolucionario como Internet. A diferencia de los otros medios de comunicación, es interactivo, facilita el intercambio participativo de información y la colaboración en la creación de contenidos. Internet deja atrás el receptor pasivo de información y abre la era del intercambio instantáneo de información e ideas, a bajo costo, más allá de las fronteras nacionales. Internet facilita el acceso a información y conocimientos que antes no se podían obtener, lo cual contribuye al descubrimiento de la verdad y al progreso de la sociedad en su conjunto. Internet tiene características singulares, como su velocidad, su alcance mundial y su relativo anonimato. Una de sus potencialidades más destacables es que permite difundir información “en tiempo real” y movilizar a las personas.

Sobre libertad de expresión en Internet, puede citarse el estudio del Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos “[Internet: la jurisprudencia de la Cour européenne des droits de l’homme](#)” de 2015 que analiza cómo el TEDH, a través de sus sentencias, ha ido adaptando su cuerpo jurisprudencial sobre libertad de expresión a las particularidades comunicativas de Internet. Para ello, el Tribunal refiere un criterio interpretativo importante: el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) debe ser interpretado a la luz de la actualidad, incluyendo la realidad de Internet. El TEDH ha afirmado explícitamente (asunto [Delfi c. Estonia](#) de 2015) que los principios generales de la libertad de expresión son plenamente aplicables a Internet. La principal aportación de Internet ha sido la de contribuir a la divulgación de ideas, al acceso del público a la información y, en segundo lugar, la de facilitar el acceso a archivos y documentos (asunto [Times Newspaper Ltd c. Reino Unido](#) de 2009). Este último aspecto tiene que ver con la progresiva ampliación por parte del TEDH del derecho a obtener información.

En cuanto a restricciones a la libertad de expresión en el entorno digital, el TEDH se ha posicionado muy tajantemente sobre el hecho de que el bloqueo del acceso a Internet, sea total o parcial, es totalmente incompatible con la libertad de expresión (asunto [Yıldırım c. Turquía](#) de 2013).

6.2. Los contenidos violentos, vejatorios y discriminatorios en Internet

La ECRI, en su [Recomendación de Política General número 6](#) sobre la lucha contra la difusión de materiales racistas, xenófobos y antisemitas en Internet, de 15/12/00, apelaba a integrar la lucha contra estas tendencias en las políticas de represión de los contenidos ilícitos en Internet. Por su parte, la OSCE, en su [Decisión 633](#) “*Promoting Tolerance and Media Freedom on the Internet*” de 11/11/04, interpelaba a los Estados para que Internet siguiera siendo un foro abierto y público para la libertad de expresión. Los Estados debían investigar y castigar la violencia discriminatoria en Internet.

Ese primer enfoque ha ido evolucionando y, desde hace unos años, Internet se ha empezado a concebir y analizar desde la perspectiva de los derechos humanos. El Consejo de la Unión Europea publicó el 27/6/16 las “[Directrices de la UE sobre derechos humanos relativas a la libertad de expresión en Internet y fuera de Internet](#)”, que incorporan por primera vez el principio general de que los derechos humanos también deben ser protegidos en Internet. Éstas directrices destacan la importancia de generar confianza en Internet para que pueda alcanzar su potencial como facilitador del desarrollo y de la innovación, especialmente en lo que respecta a la libertad de expresión, la privacidad y otros derechos humanos. Los Estados deberán abordar la preocupación de la seguridad en Internet conforme a sus obligaciones internacionales de derechos humanos. Para ello, será necesaria la plena cooperación de los gobiernos, la sociedad civil, el sector privado, la comunidad técnica y el mundo académico.

En un informe posterior del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Consejo de Derechos Humanos, titulado “[Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet: medios de cerrar la brecha digital entre los géneros desde una perspectiva de derechos humanos](#)”, de 5/5/17, se menciona que Internet es un medio fundamental para que las personas puedan ejercer el derecho a la libertad de opinión y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras y por cualquier procedimiento. En particular, Internet ha pasado a ser fundamental para la formación de comunidades políticas y las cuestiones de participación política conexas. Los Estados tienen la obligación positiva de promover o facilitar el disfrute del derecho a la libertad de expresión y los medios necesarios para ejercer ese derecho, con inclusión de Internet.

Como refiere la Asociación Luchadoras en su Informe de noviembre de 2017, “[La violencia en línea contra las mujeres en México](#)”, el espacio digital se ha convertido en un espacio que complementa la participación en las protestas en las calles, asambleas y discusiones presenciales. Por su relevancia como campo para la participación social y política, el ejercicio de derechos y el intercambio de información e ideas, las plataformas digitales son un campo de batalla en el cual la libertad de expresión es atacada. Sin embargo, el potencial de libertad, conocimiento y progreso de Internet, también ha comportado la normalización de muchas violencias y el refuerzo de estereotipos negativos que contribuyen a que los espacios digitales puedan ser hostiles para las comunidades con mayor riesgo de exclusión, incluidas las mujeres. En este sentido, el acoso en Internet, especialmente mediante amenazas en las redes sociales, se ha consolidado como una forma para intimidar, infundir miedo y censurar.

6.3. Los excesos restrictivos de los Estados frente a los contenidos nocivos en Internet

El ya referido [Informe del Relator Frank la Rue de 2011](#) recuerda que **cualquier restricción a la libertad de expresión, incluyendo los contenidos *online*, debe respetar tres exigencias básicas:**

- Debe estar prevista por Ley (principio de legalidad) y ser clara y accesible (principio de previsibilidad y transparencia);
- Debe obedecer a una de las finalidades del apartado 3 del Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (principio de legitimidad) que son: i) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o ii) proteger la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas; y
- Debe ser necesaria y ser el medio menos restrictivo existente, para lograr el objetivo previsto (principios de necesidad y proporcionalidad).

Las restricciones a la libertad de expresión deberán ser acordadas por un órgano independiente de cualquier influencia indebida de tipo político, comercial u otro tipo de influencia, de manera que no haya arbitrariedad ni discriminación y que existan las debidas salvaguardias contra el abuso, incluida la posibilidad de impugnación y recurso contra su aplicación abusiva.

La expansión de Internet ha despertado el temor de que los Estados tiendan a restringir, controlar, manipular y censurar contenidos, sin fundamento jurídico o amparándose en leyes amplias y ambiguas, sin justificar el objeto de esas acciones o de una manera claramente innecesaria o desproporcionada para el logro del objetivo previsto. El Relator afirma que esas acciones restrictivas son claramente incompatibles con las obligaciones contraídas por los Estados en virtud del derecho internacional de los derechos humanos y a menudo crean un amplio “efecto inhibitor” del derecho a la libertad de opinión y de expresión.

Entre muchas de estas tendencias restrictivas ilegítimas, el Relator destaca el establecimiento de bloqueos programados de contenidos en momentos o acontecimientos concretos, sin que los criterios estén establecidos por ley. Otra tendencia habitual es la tipificación como delito de la expresión de opiniones legítimas, mediante la aplicación del derecho penal vigente o la creación de nueva normativa al respecto. El Relator entiende que el encarcelamiento de personas que buscan, reciben y difunden información e ideas, rara vez puede justificarse como medida proporcional para cumplir una de las metas legítimas previstas en el [artículo 19, párrafo 3 del PIDCP](#).

En los casos en los que se justifique una restricción por razones de protección a la seguridad nacional o de lucha contra el terrorismo, el Gobierno deberá demostrar que a) el mensaje tiene por objetivo instigar a la violencia inmediata, b) es probable que instigue a ese tipo de violencia, y c) existe una relación directa e inmediata entre el mensaje y la posibilidad de que se produzca ese tipo de violencia.

Otra tendencia que el Relator considera nociva es la desconexión de un usuario para impedir su acceso a Internet, como se realiza en algunos países como castigo por haber transgredido las normas de propiedad intelectual. Se trata de medidas tendentes a un control centralizado del tráfico de Internet, denominadas de “encender y apagar” o de “respuesta graduada”, mediante las que se imponen sanciones que pueden culminar en la suspensión del servicio.

6.4. Anonimato de los usuarios

La dificultad para lograr que los autores de los contenidos violentos, vejatorios o discriminatorios respondan por ellos, ya sea porque operan desde cuentas *fake*, porque escapan a la jurisdicción del territorio de un Estado o porque la dificultad técnica impide su localización, ha alimentado el debate sobre la legitimidad del anonimato en Internet. A menudo se ha confundido el anonimato u ocultación de la identidad en la Red con la imposibilidad técnica de identificar y localizar a la persona física o jurídica real que gestiona una cuenta (IP). Por ello, cada vez más estados están legislando en el sentido de suprimir el anonimato. El Relator sobre libertad de expresión, Frank la Rue, en su informe de 2011, citaba el anonimato como uno de los pilares del potencial de Internet y alertaba del pretexto de luchar contra el discurso de incitación al odio para justificar políticas nacionales restrictivas con el anonimato y la privacidad.

Su sucesor, el Relator David Kaye, en su Informe “[Report on encryption, anonymity, and the human rights framework](#)” de 22/5/15, reivindica que el anonimato facilita la participación en los debates controvertidos en la esfera pública, ya que permite al emisor explorar y divulgar ideas y opiniones, más allá de lo que haría si utilizara su identidad real. El cifrado y el anonimato actualmente son las principales vías de seguridad en Internet. Ofrecen a las personas un medio para proteger su privacidad, al permitirles buscar, leer, elaborar y compartir opiniones e información sin injerencia. También permite a periodistas, organizaciones de la sociedad civil, miembros de grupos étnicos o religiosos, personas perseguidas debido a su orientación sexual o su identidad de género, activistas, eruditos, artistas y otros ejercer los derechos a la libertad de opinión y de expresión. Defender el anonimato no equivale a renunciar a la existencia de medios técnicos que logren localizar a los autores responsables de contenidos ilícitos.

VII

La responsabilidad de las plataformas intermediarias de Internet

7.1. Responsabilidad desde el derecho internacional de los derechos humanos

El Relator Frank la Rue en su informe de 2011 refiere que el sector privado ha pasado a ejercer una influencia sin precedentes en el derecho de las personas a la libertad de expresión y el acceso a la información. Por lo general, las empresas han contribuido de modo positivo al ejercicio del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Por ello, este se muestra crítico con la tendencia progresiva de responsabilizar a las plataformas por los contenidos que alojan, publicados por terceros. La posibilidad de que las plataformas tengan que asumir sanciones económicas o responsabilidades penales por contenidos publicados por terceros, les incentiva a censurar de forma extensiva, ante un contenido de legalidad dudosa.

El Relator, por el contrario, se muestra crítico con la falta de transparencia en los criterios y procesos de restricción de contenidos por parte de las plataformas intermediarias gestoras de las redes sociales y de los buscadores. Su opacidad puede encubrir prácticas discriminatorias o presiones políticas. Estas empresas, que se guían por el lucro, pueden no estar en la mejor situación como para determinar si un contenido es ilegal. Para ello, es necesario evaluar con objetividad y cuidado los intereses divergentes en juego. El Relator recomienda que toda restricción de contenidos vaya precedida de una intervención judicial. Las condiciones de restricción de un contenido deben ser públicas, transparentes, proporcionadas, deben estar conformes con las normas y principios internacionales de derechos humanos y de restricción de la libertad de expresión. Los mecanismos de denuncia deben ser accesibles y deben permitir revisar las decisiones de las plataformas intermediarias. Deben existir mecanismos de rendición de cuentas, de otorgamiento de reparaciones eficaces y de examen permanente de la repercusión de sus políticas de restricción de contenidos en la libertad de expresión.

El Relator expone que, aunque los Estados sean los garantes de los derechos humanos, las empresas también tienen responsabilidades específicas respecto de los mismos. La protección de los derechos humanos debe extenderse a Internet. Los [Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos](#) de 2011 parten del marco denominado “proteger, respetar y remediar”, que

se basa en tres principios fundamentales: a) la obligación del Estado de ofrecer protección frente a los abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas, mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia; b) obligación de las empresas de respetar los derechos humanos, lo que equivale a actuar con la debida diligencia para no vulnerar los derechos de terceros, y reparar las consecuencias negativas de sus actividades; y c) la necesidad de mejorar el acceso de las víctimas a vías de reparación efectivas, tanto judiciales como extrajudiciales.

Desde la visión de los activismos, resulta relevante citar las aportaciones críticas de las feministas de América Latina. Estas han elaborado rigurosos estudios sobre las condiciones de uso de las principales plataformas de Internet. El informe de la Asociación para el Progreso de las Comunicaciones (APC) de julio de 2014, titulado “[Intermediarias de Internet y violencia contra las mujeres en línea: políticas de usuarios/as y marco de reparación de Facebook, Twitter y YouTube](#)”, denuncia la falta de transparencia y accesibilidad de los mecanismos de denuncia/reporte de contenidos. La APC alega la falta de compromiso de esas empresas con el conjunto de derechos humanos, más allá de la libertad de expresión. En otro informe de 2014, titulado “[End violence: women's rights and safety online from impunity to justice: improving corporate policies to end technology-related violence against women](#)”, en el que revisaron las políticas de restricción de contenidos de 22 empresas de siete países, afirman que las empresas no atienden a las necesidades de las mujeres ni de los colectivos en riesgo de exclusión. La APC reclama dejar atrás el limitado marco de discusión de las obligaciones legales para pasar al enfoque más amplio de las responsabilidades corporativas.

Otros colectivos feministas de Brasil como Coding Rights Internet Lab, en su informe de 2017, titulado “[Violencias de género na Internet: diagnóstico, soluções e desafios](#)”, acuñan el concepto de “colonialismo digital”, por el hecho de que las empresas del “Norte Global” realizan la restricción de contenidos en base a patrones morales occidentales. Las empresas no tienen en consideración las particularidades culturales locales, ni el hecho de que existan legislaciones sensibles a las cuestiones de género, LGTBIQ, pueblos originarios o racismo. No se está evaluando el impacto que esas políticas de restricción de contenidos están teniendo en esas colectividades.

7.2. Prohibición legal de los contenidos nocivos en Internet

La [Directiva 2000/31/CE](#), de 8 de junio de 2000, denominada “Directiva sobre el comercio electrónico”, prevé en su Artículo 3 que los Estados miembro podrán interrumpir un servicio, siempre que ello obedezca a la finalidad –entre otras– de luchar contra la instigación al odio por motivos de “raza”, sexo, religión o nacionalidad, así como las violaciones de la dignidad humana de personas individuales. Esa Directiva abre la puerta a exigir el principio de “diligencia debida” a esas empresas. La Directiva refleja la tendencia general de delimitar la responsabilidad de las plataformas intermediarias según el principio de “conocimiento efectivo”. Ello significa que sólo serán consideradas responsables si tienen un conocimiento efectivo de que están alojando contenidos ilícitos. Es decir, que no tienen una obligación proactiva de detectar contenidos ilícitos.

El término “conocimiento efectivo” ha generado polémica sobre qué tipo de notificación debe entenderse suficiente para que la intermediaria se dé por informada y su inactividad le reporte responsabilidad por negligencia. Las normas nacionales varían sobre este aspecto, y las intermediarias se ven expuestas a requisitos jurídicos dispares. Ya se ha dictado alguna sentencia por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el sentido de que la notificación de existencia de un contenido ilícito debe ser suficientemente precisa y estar debidamente fundamentada, para que la intermediaria pueda adoptar una decisión al respecto.

En 2017, mediante la [Resolución 2144 \(2017\)](#) “*Ending cyberdiscrimination and online hate*”, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa reclamó la necesidad de clarificar la responsabilidad de las plataformas intermediarias de Internet y de que la legislación que las regule atienda la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

El TEDH ha dictado algunas sentencias referentes como en el asunto [Delfi c. Estonia](#) de 16/6/15. El Tribunal denegó el amparo en base a la libertad de expresión de un portal de noticias de Internet que había sido condenado a una multa por un comentario que un tercero alojó en su web, comentando una de sus noticias. El criterio decisivo fue que el portal tenía una gran infraestructura, ejercía una actividad comercial lucrativa y no había dispuesto medios efectivos para que los afectados por sus noticias y los comentarios a las mismas reportaran esos contenidos. En este caso, pese a haberle sido requerida la retirada del contenido, el portal no actuó con rapidez para retirarlo. En sentido contrario, en el asunto [Magyar Tartalomsgátlatók Egyesülete et Index.hu Zrt c. Hungría](#) de 2/2/16, el TEDH otorgó el amparo a un portal de noticias condenado por un comentario publicado por un tercero, dado que era un portal gestionado por una modesta asociación sin ánimo de lucro.

A nivel del Estado español, la Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (reformada por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, modificada posteriormente por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible) regula el [régimen de responsabilidad de las prestadoras de servicio](#), en base al referido criterio del “conocimiento efectivo”. La interrupción del servicio (Art. 8.1 c) puede justificarse en base al principio de respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de “raza”, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social. La responsabilidad está claramente definida, pudiendo ser tanto administrativa, como civil o incluso penal (Art. 13). Su régimen de responsabilidad (Art. 16) menciona que no serán responsables por la información que almacenen cuando a) no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. La Ley añade que, por conocimiento efectivo, se entenderá cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud del contenido o perjuicio y el prestador conociera esa resolución. Ello, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

7.3. Autorregulación y códigos de conducta

La diversidad acerca de qué restricciones a la libertad de expresión son legítimas, junto con la transnacionalidad del fenómeno, provoca que los Estados tengan un margen de actuación limitado a la hora de articular medidas o sanciones contra el “discurso de incitación al odio”. Por ello la autorregulación sigue siendo la vía más efectiva de incidir en su erradicación. A nivel europeo, en mayo de 2016, diversas instituciones comprometidas con la prohibición de la discriminación y el odio, incentivaron a diversas plataformas intermediarias (YouTube, Twitter, Facebook, Microsoft) a asumir un [código de conducta](#). Sus principales compromisos consisten en facilitar mecanismos claros y sencillos de denuncia/reporte de contenidos, el establecimiento de mayores filtros de detección de contenidos y la retirada del contenido reportado dentro de las 24 horas. En enero de 2018, Instagram se adhirió al código de conducta.

Este Código se ha ampliado a Instagram y ha ido publicando sus evaluaciones. En enero de 2018, tras su [tercera evaluación](#), las instituciones europeas comunicaron que el 70% del contenido incitador al odio y a la violencia habría sido retirado. El 1/3/2018, se dictó la [Recomendación \(UE\) 2018/334](#) de la Comisión sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea, que aborda y actualiza los criterios sobre notificación y retirada de contenidos ilícitos.

También puede mencionarse la ya referida [Resolución 2144 \(2017\)](#) “*Ending cyberdiscrimination and online hate*”, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que realiza una serie de recomendaciones. Una de ellas se dirige a las plataformas intermediarias, interpeándolas a garantizar que las normas sobre libertad de expresión fijadas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y por la ECRI sean de aplicación en la comunicación en línea en los Estados miembro.

En 2018, la asociación ARTICLE 19 publicó su propuesta de criterios de autorregulación para las intermediarias, “*Self-regulation and ‘hate speech’ on social media platforms*”. Esta asociación entiende que las capacidades técnicas inherentes a los servicios que ofrecen reportan a las intermediarias una responsabilidad social particular a la hora de luchar contra la divulgación de contenidos ilícitos. La rápida retirada de los mismos es esencial para limitar su difusión y reducir el daño causado. Las intermediarias deben actuar con prontitud y proporcionalidad, valorando el tipo y gravedad del perjuicio potencial. Los mecanismos de notificación deben ser flexibles y transparentes, y deben prever el informar al notificante perjudicado. La denuncia/reporte no debe ir en detrimento de las acciones legales que corresponden al perjudicado. Las intermediarias deberían publicar informes sobre la efectividad de los mecanismos de notificación.

VIII

Prohibición internacional del
“discurso de incitación al odio”

8.1. Convenios internacionales e interpretaciones autorizadas

El [Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio](#), aprobado el 9/12/48, en su Artículo 3 refiere que será castigada la incitación directa y pública a cometer genocidio.

Pero, sin duda, el primer convenio internacional en regular de forma explícita y desarrollada la prohibición del “discurso de incitación al odio”, fue el [Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial](#) (ICERD, en sus siglas en inglés) de 21/12/65. En su Artículo 4 establece que los Estados parte deberán condenar toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una “raza” o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma.

Los Estados deberán adoptar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación. Teniendo en cuenta los principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los derechos del Artículo 5 del Convenio:

- a) Declararán como acto punible toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier “raza” o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;
- b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;
- c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.

Las bases sentadas por ese Convenio fueron de suma importancia. La fuerza y el consenso alrededor del antirracismo permitieron establecer un nivel de contundencia en sus prohibiciones que no se vería equiparado en las prohibiciones establecidas para frenar otros tipos de discurso nocivo. Para ilustrar esta asimetría, se puede hacer la comparativa con las genéricas prohibiciones de discriminación contra la mujer, previstas en la [Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer](#) (CEDAW, en sus siglas en inglés) de 1979.

Posteriormente, el 19/3/93, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial emitió su [Recomendación número 15](#) relativa al Artículo 4 de la ICERD, mediante la que reiteraba la **obligación de los Estados parte de establecer esas cuatro categorías delictivas:**

- a) la difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial;
- b) la incitación al odio racial;
- c) los actos de violencia contra cualquier “raza” o grupo de personas de otro color y origen étnico; y
- d) la incitación acometer tales actos.

El 26/6/2013, ese mismo Comité dictó su [Recomendación número 35](#), sobre la lucha contra el discurso de odio racista, que constituye una interpretación autorizada de las previsiones del ICERD. Las definiciones y las posturas que adopta constituyen orientaciones clave en la prohibición del “discurso de incitación al odio”. La recomendación afirma que el discurso de incitación al odio desempeña un papel determinante en la detonación de conflictos raciales. El discurso puede ser evocado por individuos o grupos. El discurso puede usar formas no explícitas y, con ese lenguaje indirecto, disimular sus objetivos. También puede adoptar formas no verbales, como la exhibición de símbolos, imágenes y comportamientos en reuniones públicas, incluidos los eventos deportivos. Aclara que la mención del Artículo 4 “basadas en” equivale a “por motivos de”. La tipificación como delito debe reservarse para los casos más graves, que puedan probarse más allá de toda duda razonable. La aplicación de sanciones penales debe regirse por los principios de legalidad, proporcionalidad y necesidad. Los casos menos graves deben abordarse fuera del derecho penal, teniendo en cuenta la naturaleza y la amplitud de las repercusiones para las personas y los grupos destinatarios del discurso.

El Comité reitera que **deben ser consideradas delictivas:**

- a) Toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial o étnico, por cualquier medio;
- b) La incitación al odio, el desprecio o la discriminación contra los miembros de un grupo por motivos de su “raza”, color, linaje, u origen nacional o étnico;
- c) Las amenazas o la incitación a la violencia contra personas o grupos por los motivos señalados en el apartado b) anterior;

Int. —

I —

II —

III —

IV —

V —

VI —

VII —

VIII

IX —

X —

XI —

XII —

XIII —

XIV —

XV —

XVI —

Bib. —

- d) La expresión de insultos, burlas o calumnias a personas o grupos, o la justificación del odio, el desprecio o la discriminación por los motivos señalados en el apartado b) anterior, cuando constituyan claramente incitación al odio o a la discriminación;
- e) La participación en organizaciones y actividades que promuevan e inciten a la discriminación racial.

Como es de ver, se añade la posibilidad de comisión delictiva mediante la denigración (burla, insultos, calumnias), cuando esta constituya claramente una incitación al odio o a la discriminación.

El Comité recomienda que la negación pública de los delitos de genocidio y crímenes de lesa humanidad, o el intento de justificarlos, se declaren punibles, siempre que constituyan claramente una incitación a la violencia. La expresión de opiniones sobre hechos históricos no deberá prohibirse ni sancionarse.

Atendido el hecho de que el Artículo 4 del ICERD exige la punición de conductas, pero no proporciona orientaciones detalladas sobre cómo hacerlo, en su recomendación el Comité proporciona una serie de **criterios interpretativos para calificar como punible un mensaje:**

- 1) El contenido y la forma del discurso: si el discurso es o no provocativo y directo, la forma en que está construido y es difundido y el estilo en que se expresa.
- 2) El clima económico, social y político, incluida la existencia previa de discriminación contra grupos étnicos y otros grupos. El peligro de un discurso, dependerá del contexto. El contexto local concreto será esencial para valorar la significación y los posibles efectos del discurso de odio racista.
- 3) La posición o condición del emisor del discurso en la sociedad y ante el público al que se dirige el discurso. Los políticos y otros formadores de opinión, pueden tener una gran influencia en la creación de un clima negativo respecto de determinados grupos. El Comité es consciente de la especial importancia de la libertad de expresión en los asuntos políticos, pero también del hecho de que su ejercicio entraña deberes y responsabilidades especiales.
- 4) El alcance del discurso, con inclusión del tipo de audiencia y los medios de transmisión: si el discurso se difundió o no en medios de comunicación generales o en Internet y la frecuencia y amplitud de la comunicación, en particular cuando la repetición sugiere la existencia de una estrategia deliberada para suscitar hostilidad hacia grupos étnicos y raciales.
- 5) Los objetivos del discurso: el discurso encaminado a proteger o defender los derechos humanos de personas y grupos no debe ser objeto de sanciones penales o de otro tipo.

Otra de las grandes aportaciones de esa recomendación es la de la profundización en la definición de determinados términos clave. La “incitación” viene definida por el Comité como el afán de influir en otras personas, persuadiéndolas o amenazándolas para que adopten determinadas formas de conducta, incluida la comisión de un delito. La incitación puede ser explícita o implícita, mediante actos tales como la exhibición de símbolos racistas o la distribución de material, así como mediante palabras. La incitación, como acto preparatorio punible, no exige que la incitación se traduzca en acción. Pero al regular las formas de incitación del Artículo 4 del ICERD, los Estados partes deberán tener en cuenta (además de los anteriores criterios interpretativos) la intención del emisor y el riesgo o la probabilidad inminente de que el discurso en cuestión tenga como resultado la conducta deseada o pretendida por el emisor.

La referencia tanto a la posibilidad de punición del discurso, sin necesidad de tener en consideración sus efectos potenciales, como de la mención a la intención y al riesgo de que el discurso desemboque en un resultado dañino, evidencian la tensión latente en toda la regulación de prohibición del discurso de “incitación al odio”. Esa referencia a elementos contrapuestos revela la pugna entre dos ópticas de abordaje de su prohibición: quienes creen legítimo penalizar el discurso por su propio contenido y quienes creen que sólo es legítimo penalizar el discurso si comporta un riesgo potencial.

El Comité, además de apostar claramente por una respuesta en clave penal, recuerda que el cumplimiento de las obligaciones derivadas del ICERD no se limita a criminalizar esas conductas. Su cumplimiento efectivo por parte de los Estados se logra mediante la investigación de los delitos y el enjuiciamiento de los autores. La existencia de órganos judiciales independientes, imparciales e informados es fundamental para asegurar que los hechos y las calificaciones jurídicas de cada caso se evalúen de acuerdo con las normas internacionales de derechos humanos. A este respecto, la infraestructura judicial debería estar complementada por instituciones nacionales de derechos humanos.

El Artículo 4 del ICERD exige que las medidas para luchar contra la incitación y la discriminación al odio se adopten teniendo debidamente en cuenta los principios contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El Comité recuerda que, en ocasiones, se han utilizado restricciones amplias o vagas de la libertad de expresión, en detrimento de grupos protegidos por el ICERD. Los Estados parte deberán formular restricciones a la libertad de expresión con suficiente precisión. Las medidas encaminadas a vigilar y combatir el discurso racista no deberán emplearse como pretexto para restringir las expresiones de protesta contra la injusticia, ni las de descontento social o de oposición.

El Comité dedica atención a las organizaciones racistas y a sus actividades de propaganda racista, incluidas las improvisadas, recordando que deben ser declaradas ilegales. También dedica una mención a los discursos racistas emitidos por autoridades e instituciones públicas, especialmente los altos funcionarios. Sin perjuicio de la eventual comisión de los delitos enunciados en el Artículo 4, pueden serles de aplicación medidas disciplinarias, como la destitución.

Más allá del eje de discriminación racial, el Convenio internacional que regula con carácter general los límites a la libertad de expresión y la prohibición del “discurso de incitación al odio”

es el [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos \(PIDCP\)](#) de 16/12/66. Sus artículos 19 y 20 son los que proporcionan el fundamento para su delimitación para todos los Estados parte. El Artículo 19 prevé que 1) nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones y 2) toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. Su apartado tercero es el que fija los motivos que habilitan la restricción de la libertad de expresión. En concreto, refiere que su ejercicio entraña deberes y responsabilidades especiales, pudiendo estar sujeta a restricciones que deberán estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) asegurar la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. Las restricciones del apartado 3 permiten modulación, es decir, una ponderación de derechos en juego, caso por caso.

Por el contrario, el Artículo 20 prevé una prohibición total, que no será modulable en ningún caso. En su apartado segundo, refiere que toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por ley.

La asociación ARTICLE 19, denominada así en honor a ese artículo del PIDCP, en sus [Principios de Camden](#) de 2009, dedica un apartado específico a la libertad de expresión y al “discurso dañino”. Su Principio 12, referido a la incitación al odio, fue el primero en incorporar una amplia lista de definiciones de los términos clave en la prohibición del “discurso de incitación al odio”.

En su apartado 1º, el principio refiere que todos los Estados deberán prohibir por Ley cualquier promoción del odio nacional, racial o religioso, que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (expresiones de odio). **Los sistemas nacionales jurídicos deberán dejar claro, ya sea explícitamente o mediante interpretación autorizada, que:**

- a) Los términos ‘odio’ y ‘hostilidad’ se refieren a emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aversión del grupo objetivo.
- b) El término ‘promoción’ se entenderá como requiriendo la intención de promover públicamente el odio contra el grupo objetivo.
- c) El término ‘incitación’ se refiere a declaraciones sobre grupos nacionales, raciales o religiosos que puedan crear un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia contra las personas que pertenecen a dichos grupos.
- d) La promoción de un sentido positivo de identidad de grupo no constituye expresión de odio.

El apartado 2º del principio prevé que los Estados deberán prohibir que se condonen o se nieguen los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, pero sólo cuando dichas declaraciones constituyan expresiones de odio, tal como se define en el Principio 12.1.

Int. —

I —

II —

III —

IV —

V —

VI —

VII —

VIII

IX —

X —

XI —

XII —

XIII —

XIV —

XV —

XVI —

Bib. —

El apartado 3° de ese Principio alerta de que los Estados no deberán prohibir la crítica dirigida contra, o el debate sobre, las ideas, creencias o ideologías particulares, o las religiones o instituciones religiosas, a menos que dicha expresión constituya una expresión de odio, tal como se define en el Principio 12.1.

En su apartado 5°, prevé que los Estados deberán revisar su marco jurídico, para asegurar que toda regulación sobre las expresiones de odio esté de conformidad con las anteriores previsiones.

Esos Principios tuvieron una gran influencia sobre el Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, cuando emitió su [Observación General número 34 sobre el Artículo 19 del PIDCP](#), el 12/9/2011. Esta Observación constituye una interpretación autorizada y actualizada sobre el alcance de las previsiones del referido artículo. Sobre el derecho a no ser molestado a causa de las opiniones propias (Art. 19.1), el Comité refiere que es una previsión que no admite ninguna excepción. Se protegen todas las formas de opinión, tanto las de índole política, científica, histórica, moral o religiosa. Resulta incompatible con el párrafo 1 calificar como delito la expresión de una opinión. Queda prohibido cualquier intento coercitivo de hacer que se sustente o no una opinión. La libertad de expresar las opiniones propias, comprende necesariamente la libertad de no expresarlas.

Respecto del derecho a la libertad de expresión (Art. 19.2), el Comité indica que protege incluso las expresiones que puedan considerarse profundamente ofensivas. Este apartado protege las formas y también los medios de expresión, que comprenden la palabra oral y escrita, las expresiones no verbales u objetos artísticos. También comprende todos los formatos: libros, periódicos, folletos, carteles, prendas de vestir, alegatos judiciales, expresiones audiovisuales, e Internet. En relación al ejercicio de la libertad de expresión (Art. 19.3), el Comité subraya que entraña deberes y responsabilidades.

El PIDCP, en su Artículo 5, contiene una cláusula “anti-abuso” (que cumple la misma función que el Artículo 17 del CEDH), mencionando que *“ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él”*.

Por ende, las únicas restricciones permitidas a la libertad de expresión, serán las contempladas en el apartado 3 del Artículo 19 que contempla una triple exigencia: deberán ser fijadas por Ley, obedecer a los propósitos a) y b) (derechos y reputación de terceros y seguridad nacional). La mención “derechos” de terceros, sobrepasa el ámbito honorífico o de reputación, e incluye los derechos humanos reconocidos a nivel internacional.

La Observación desarrolla algunos aspectos de esa triple exigencia. Además de estar contemplada en una norma, la restricción deberá ser necesaria para la consecución de uno de esos propósitos legítimos. La exigencia de previsión legal excluye las normas consuetudinarias. La restricción deberá ser concreta, nunca vaga. Las leyes que impongan restricciones deberán proporcionar suficientes orientaciones a quienes deban aplicarlas. La proporcionalidad impone que la restricción se ejecute mediante el instrumento menos lesivo posible, que sea capaz de asegurar el resultado buscado. Este principio también es de aplicación a las autoridades administrativas y judiciales

Int. —

I —

II —

III —

IV —

V —

VI —

VII —

VIII

IX —

X —

XI —

XII —

XIII —

XIV —

XV —

XVI —

Bib. —

que las apliquen. La proporcionalidad también deberá tener en cuenta la forma de expresión de que se trate, así como los medios por los que se difunda. Corresponderá al Estado demostrar, de forma concreta e individualizada, la naturaleza precisa de la amenaza y la necesidad y la proporcionalidad de la medida concreta que se haya adoptado para neutralizarla. En particular, deberá demostrar la conexión directa e inmediata entre la expresión y la amenaza que representa.

El Comité subraya que los Estados parte deberían adoptar medidas eficaces de protección contra los ataques destinados a acallar a quienes ejerzan su derecho a la libertad de expresión. No se puede hacer valer el párrafo 3 del Artículo 19 del PIDCP como justificación para silenciar a los defensores de la democracia pluripartidista, los principios democráticos y los derechos humanos. En la lucha contra el terrorismo, los delitos de “incitación”, “elogio o loa”, “exaltación” o “justificación” también deberán respetar las previsiones de ese artículo y estar claramente definidos.

Posteriormente, otro organismo emitió otra interpretación autorizada, de gran influencia. Se trata del [informe del Relator sobre la libertad de expresión](#), Frank la Rue, titulado “Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión” de 7/9/12. Este dedica un apartado a la interpretación del Artículo 19.3 del PIDCP, afirmando que el Artículo 3 c) de la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, junto con el Artículo 4 del ICERD y las previsiones del PIDCP forman el cuerpo legal internacional de delimitación de la prohibición del “discurso de incitación al odio”.

El Relator hace suyas las tres exigencias que los Estados deben cumplir a la hora de regular su prohibición, así como la carga del Estado de demostrar su cumplimiento. También alude al riesgo de que las restricciones jurídicas al “discurso de incitación al odio” puedan ser interpretadas en sentido laxo y ser aplicadas de manera selectiva por parte de las autoridades. Por ello anima a establecer salvaguardas eficaces contra su aplicación abusiva.

En relación al Artículo 20.2 del PIDCP, el Relator aporta criterios interpretativos muy valiosos sobre cuál es el discurso que se pretende prohibir. Manifiesta que **la prohibición de toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, es una formulación que incluye tres elementos clave:**

- 1) solo se refiere a la apología del odio;
- 2) el odio debe ser una apología que constituya incitación, en lugar de tan solo una incitación; y
- 3) la incitación debe llevar a uno de los resultados mencionados, a saber, la discriminación, la hostilidad o la violencia.

Como tal, la apología del odio basada en la nacionalidad, “raza” o religión no será un delito en sí. La apología del odio sólo constituirá delito cuando también constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, o cuando el autor quiera provocar una reacción por parte de la audiencia.

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

En cuanto a la definición de los términos clave, hace suyas las de los Principios de Camden sobre “odio” e “incitación” y añade otras. Por “apología” se entenderá el apoyo y la promoción explícitos, intencionales, públicos y activos del odio hacia un grupo. Por “discriminación” se entenderá toda distinción, exclusión o restricción por motivos de “raza”, color, ascendencia, origen nacional o étnico, nacionalidad, género, orientación sexual, idioma, religión, opinión política o de otra índole, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, discapacidad, o por cualquier otra condición que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil y en cualquier otra esfera de la vida pública. Por “hostilidad” se entenderá una manifestación del odio más allá de un mero estado de ánimo. Por “violencia” se entenderá el uso de la fuerza física o del poder contra otra persona, o contra un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones.

El Relator reclama que los **critérios para determinar los tipos de expresión que encajan con la prohibición del Artículo 20.2 del PIDCP**, deberían ser estrictos y sólidos. Para colaborar a ello, elabora un **test “de siete partes”**:

- 1) La gravedad del odio, según una evaluación de la gravedad de lo expresado, el daño que se promueve, la magnitud y la intensidad en cuanto a frecuencia, elección del medio, alcance y magnitud;
- 2) La intención del autor de incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia;
- 3) El contenido o la forma del discurso, incluidos la forma, el estilo, la naturaleza de los argumentos usados, su magnitud o intensidad, los antecedentes del autor y hasta qué punto el discurso es provocador o directo. La expresión artística será considerada en relación a su valor artístico y contexto, dado que las personas pueden usar el arte para provocar emociones intensas, pero sin la intención de incitar a la violencia, la discriminación o la hostilidad;
- 4) El alcance de la expresión, en cuanto a su proyección y el tamaño de la audiencia;
- 5) La probabilidad de que se produzcan daños. Si bien la incitación es por definición un acto preparatorio punible y las acciones propugnadas por la incitación no tienen que cometerse para que el discurso constituya delito, debe existir un gran riesgo de que acabe con un resultado dañoso;
- 6) La inminencia de los actos propugnados por el discurso;
- 7) El contexto, en el que se tiene en cuenta el orador o autor, la audiencia, el daño propugnado, la existencia de obstáculos para la difusión mediática, las restricciones amplias y poco claras sobre el contenido de lo que se puede publicar o difundir; la ausencia de críticas al Gobierno o de debates políticos de amplio alcance en los medios y otras formas de comunicación; y la ausencia de una condena social generalizada de las declaraciones de odio por motivos específicos tras su difusión.

De entre estos criterios, el Relator resalta como **fundamentales para determinar si una expresión encaja en el “discurso de incitación al odio”**:

- el peligro real e inminente de violencia resultante de la expresión (criterio idéntico al de los tribunales norteamericanos);
- la intención del autor de incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia; y
- un examen cuidadoso por parte del poder judicial del contexto en que se expresó el odio.

Esta precisión obedece al hecho de que el derecho internacional prohíbe algunas formas de expresión por sus consecuencias, y no por su contenido. Lo que es sumamente ofensivo en una comunidad, puede no serlo en otra. En consecuencia, cualquier examen del contexto debe incluir varios factores, como la existencia de tensiones previas entre comunidades religiosas o raciales, la discriminación del grupo de que se trate, el tono y el contenido del discurso, la persona incitadora y los medios usados para difundir el discurso.

Finalmente, el Relator, proporciona una serie de **criterios generales complementarios, que deben respetar las leyes de prohibición del “discurso de incitación al odio”**:

- a) nadie debe ser penalizado por hacer declaraciones que son ciertas;
- b) nadie debe ser penalizado por la difusión de expresiones de odio, a menos de que se haya demostrado que lo hizo con la intención de incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia;
- c) debe respetarse el derecho de los periodistas a decidir la mejor manera de comunicar información e ideas a la opinión pública, en particular cuando se trata de información relacionada con el racismo y la intolerancia;
- d) nadie debe estar sujeto a censura previa; y
- e) cualquier imposición de sanción por parte de los tribunales, debe conformarse estrictamente con el principio de proporcionalidad.

Para concluir el presente apartado sobre regulación y criterios internacionales sobre restricción del “discurso de incitación al odio”, conviene citar la radiografía de la situación que realiza la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su [informe sobre los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso](#) de 11/1/13. La Alta Comisionada, refiere la paradoja que supone que los emisores del “discurso de incitación al odio” no estén siendo perseguidos, mientras que los miembros de algunas minorías, sí lo están por sus discursos críticos, generándose un “*chilling effect*” o efecto inhibitorio. Las políticas públicas para su erradicación son demasiado generalistas, no se cumplen y tienen escaso impacto.

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

Sobre el estado de la legislación a nivel mundial, la Alta Comisionada menciona que no todos los países cuentan con prohibiciones legales sobre el “discurso de incitación al odio”. La regulación existente, en términos globales, es heterogénea y a menudo demasiado restrictiva o bien vaga. Las definiciones usadas difieren entre países y son cada vez más ambiguas, generándose malas interpretaciones. Existe la tendencia generalizada de incorporar cada vez más categorías de motivos de discriminación protegidos. Algunos países contemplan las ofensas religiosas y otros, las raciales. Algunos países contemplan la prohibición del “discurso de incitación al odio” en la jurisdicción civil, otros en la penal y otros en ambas. Los cuerpos legales nacionales deberían guiarse por las previsiones del Artículo 20.2 del PIDCP y por el resto de Convenios (Art. 4 ICERD) y sus interpretaciones autorizadas (Observación Gral. núm. 34 de 2011). También deberían guiarse por los Principios de Camden de ARTICLE 19 de 2009. Es menester distinguir entre tres tipos de expresión: las ofensas criminales, las civiles o administrativas y las expresiones que no son punibles, pero inquietan en términos de tolerancia o convivencia.

A nivel de jurisprudencia, es necesario contar con una infraestructura judicial independiente y regularmente actualizada en base a los estándares internacionales. Las reglas del “proceso debido” son clave para abordar los casos individuales desde los estándares internacionales. Se recurre poco a procesos de arbitraje o conciliación. También son escasos los casos litigados, dada la vulnerabilización de los “colectivos diana” del “discurso de incitación al odio”. Tal y como reclama ARTICLE 19, los sistemas legales nacionales deberían forjar interpretaciones autorizadas de los términos “odio”, “hostilidad”, “incitación”, etc. La Alta Comisionada, a falta de estas interpretaciones autorizadas, hace suyas las propuestas por esa asociación. Finalmente, menciona que los criterios delimitadores del “discurso de incitación al odio”, serían la crueldad del mensaje, el daño al que se incita, su frecuencia y el alcance de la incitación.

A nivel de jurisprudencia internacional, no puede obviarse la cita de los pronunciamientos de los tribunales supranacionales sobre “discurso de incitación al odio”, como las sentencias del Tribunal Especial para Ruanda, casos Nahimana, Barayaguriza y Ngeze, en las que se condena a titulares de medios de comunicación social desde los que se emitieron este tipo de discursos. También se ha pronunciado el Comité de las Naciones Unidas, en asuntos como Ross contra Canadá o Faurisson contra Francia.

IX

Prohibición del “discurso de incitación al odio” en el ámbito europeo

9.1. Valores fundacionales y normativa antidiscriminatoria

El [Convenio para la Protección de los Derechos Humanos](#) (CEDH), de 4/11/50, regula en su Artículo 10 el derecho a la libertad de expresión. Su regulación también parte de un reconocimiento condicionado a una serie de restricciones. En su apartado 1º prevé que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin injerencia de las autoridades públicas y sin consideración de fronteras. En su apartado 2º prevé que el ejercicio de estas libertades –que entraña deberes y responsabilidades– podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por ley. Estas restricciones deberán así mismo constituir medidas necesarias en una sociedad democrática. En concreto, deberán estar dirigidas a proteger la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

El Convenio prevé la prohibición de discriminación en su Artículo 14, estableciendo que el goce de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio se asegurará sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Esta previsión se complementa con el [Artículo 1 del Protocolo número 12](#) de 4/11/00, que recoge esa misma prohibición general de discriminación y la extiende a cualquier autoridad pública.

Otro Artículo relevante del CEDH es el 17, que prevé la prohibición de abuso de derecho, en el sentido de que ninguna de las disposiciones del Convenio podrá ser interpretada de modo que implique que un Estado, grupo o individuo tenga el derecho a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades, que las previstas en el mismo.

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

Posteriormente, la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#), del 18/12/00, actualiza la prohibición de discriminación en su Artículo 21, ampliando el catálogo de ejes de discriminación, mencionando las razones de sexo, “raza”, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

En relación a la prohibición de discriminación, a nivel comunitario, a partir del año 2000, se aprobaron algunas **Directivas, focalizadas sobre la producción y el acceso a los bienes y servicios. En concreto:**

- La [Directiva 2000/43/CE](#) del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.
- La [Directiva 2000/78/CE](#) del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
- La [Directiva 2006/54/CE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

La [Propuesta de Directiva](#) del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual de 2/7/08, sigue pendiente de aprobación por el bloqueo de algunos Estados miembro.

La [Resolución](#) del Parlamento Europeo sobre el refuerzo de la lucha contra el racismo, la xenofobia y los delitos motivados por el odio de 14/3/13 es exponente de ese compromiso fundacional. Sus considerandos refieren que “*El Artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) establece que «la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías» y que «estos valores son comunes a los Estados miembro en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres»*”. El Artículo 19 del Tratado Fundamental de la Unión Europea (TFUE) confiere a la UE el mandato político de “*adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*”. El artículo 67 del TFUE establece que la Unión Europea “*se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención del racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos*”. Y en base a todos esos considerandos, el Parlamento pide a la Comisión, al Consejo y a los Estados miembro que refuercen la lucha contra los delitos motivados por el odio y las actitudes y las conductas discriminatorias. También pide al Consejo y a los Estados miembro que adopten sin más dilación la Directiva sobre igualdad, que es uno de los principales instrumentos de la UE para promover y garantizar una verdadera igualdad en la UE y luchar contra los prejuicios y las discriminaciones.

Int. —

I —

II —

III —

IV —

V —

VI —

VII —

VIII —

IX —

X —

XI —

XII —

XIII —

XIV —

XV —

XVI —

Bib. —

9.2. Triple graduación en la restricción del “discurso de incitación al odio”

Al igual que en el ámbito internacional, en el europeo también existe el consenso sobre la necesidad de una **triple graduación en las restricciones al “discurso de incitación al odio”**. Esta se concreta en tres niveles:

- a) el “discurso de incitación al odio” no punible, que es un discurso nocivo o inquietante en términos de convivencia y tolerancia, pero que no merece ningún tipo de sanción;
- b) el “discurso de incitación al odio” de intensidad media, que merece una sanción civil o administrativa;
- c) el “discurso de incitación al odio” grave, que merece una sanción penal.

La [Recomendación R \(97\) 20](#) del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembro sobre el discurso de odio, de 30/10/97, pionera en el impulso y la definición del “discurso de incitación al odio”, en su Principio 2, interpela a los Estados miembro para que establezcan un marco jurídico sólido, que contenga disposiciones sancionadoras de derecho civil, penal y administrativo. Esta polivalencia de jurisdicciones permitirá a las autoridades administrativas y judiciales sancionadoras contar con diversas opciones para conciliar, caso por caso, el respeto a la libertad de expresión con el respeto a la dignidad humana. Con esa finalidad, **los Estados deberán examinar la manera de:**

- a) estimular y coordinar la investigación sobre la eficacia de la legislación y la práctica jurídica vigentes;
- b) revisar el marco jurídico existente para garantizar que se aplique de manera adecuada a la diversidad de nuevos medios y servicios y redes de comunicaciones;
- c) elaborar una política coordinada de enjuiciamiento que respete estos principios;
- d) añadir órdenes de servicio comunitario a la gama de posibles sanciones penales;
- e) potenciar la posibilidad de combatir la incitación al odio a través del derecho civil, por ejemplo, permitiendo la interposición de acciones civiles a las organizaciones no gubernamentales interesadas, indemnizando a las víctimas y estableciendo la posibilidad de dictar órdenes judiciales que permitan a las víctimas la retirada del contenido; y
- f) proporcionar al público y a los medios de comunicación información sobre las disposiciones legales que se aplican al “discurso de incitación al odio”.

Por su parte, el ECRI dictó su fundamental [Recomendación de Política General número 7](#), de 13/12/02, sobre legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial. Ésta

brinda orientaciones generales para legislar sobre delitos de odio, partiendo de esa triple graduación de intervención. En relación al derecho administrativo, establece una serie de **previsiones relevantes**:

- 1) La Ley debe contemplar como forma de discriminación la segregación, la discriminación por asociación, el anuncio de la intención discriminar, el dar indicaciones sobre cómo discriminar, el incentivo a un tercero a discriminar; la ayuda a un tercero para discriminar.
- 2) La legislación debe proporcionar procedimientos judiciales y administrativos, incluida la conciliación, que sean fácilmente accesibles a las víctimas.
- 3) La carga de la prueba deberá pesar sobre la parte demandada, que tendrá que probar que no existe discriminación.
- 4) Las sanciones deberán ser eficaces, proporcionadas y disuasorias.
- 5) La legislación deberá contemplar la prohibición del acoso por motivos discriminatorios.
- 6) La legislación deberá prever la posibilidad de disolver los organismos que promuevan el racismo.

Respecto del derecho penal, la ECRI prevé que **la Ley debe castigar como delito las siguientes conductas, cuando sean intencionales**:

- a) la incitación pública a la violencia, al odio y a la discriminación;
- b) las injurias o la difamación pública;
- c) las amenazas hacia una persona o un grupo por razón de su “raza”, color, lengua, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico;
- d) la expresión pública, con finalidad racista, de una ideología que pregone la superioridad de un grupo de personas por razón de su “raza”, color, lengua, etc.;
- e) la negación, la banalización, la justificación o la apología pública, con finalidad racista, de los crímenes de genocidio, contra la humanidad o los crímenes de guerra;
- f) la difusión o distribución públicas, la producción o el almacenamiento, con finalidad racista de escritos o imágenes;
- g) la creación o la dirección de una agrupación que promueva el racismo;
- h) la Ley debe prever la incitación, la complicidad o la tentativa intencional de las anteriores conductas;
- i) la Ley debe prever la motivación racista como una agravante;
- j) la Ley debe prever que las personas jurídicas sean penalmente responsables; y
- k) la legislación debe prever sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias, así como penas accesorias o alternativas.

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

Varias de estas orientaciones, posteriormente, han sido determinantes en la regulación sobre delitos de odio que se ha dictado en el ámbito de la Unión Europea. Entre ellas, la penalización de la conducta de producción o almacenamiento de materiales con finalidad racista; la motivación racista como agravante o la responsabilidad de las personas jurídicas.

9.3. Normativa sobre prohibición del “discurso de incitación al odio”

La promulgación de normativa sobre prohibición de “discurso de incitación al odio” ha priorizado la lucha contra el racismo y la xenofobia por encima de otros ejes de discriminación. En general, la legislación antidiscriminatoria sobre las mujeres o el colectivo LGTBIQ tiene un grado de reconocimiento y dispone de unas prohibiciones de menor intensidad. Buen ejemplo de ello es el [Protocolo adicional al Convenio de 23/11/2001 sobre la Ciberdelincuencia](#), Protocolo relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, de 28/1/03. Este entró en vigor para el Estado español el 1/4/15 y obliga a los Estados miembro a castigar determinados delitos cibernéticos cuando se cometan intencionalmente.

Respecto del “discurso de incitación al odio”, obliga a castigar la conducta de difusión de material racista y xenófobo mediante sistemas informáticos (Art. 3). El Protocolo exime a los Estados de sancionar esa conducta por la vía penal, cuando el material difundido no propugne, promueva o incite a una discriminación que no esté asociada al odio o a la violencia. Esta dispensa viene condicionada a que se cuente con medios alternativos eficaces para sancionarla. También prevé eximir los Estados de sancionar esa conducta cuando el respeto a sus principios sobre libertad de expresión les impida sancionarla de manera eficaz.

También deberán condenarse las amenazas con motivación racista (Art. 4), cuando se amenace con la comisión de un delito grave a) a personas por razón de su pertenencia a un grupo caracterizado por la “raza”, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como la religión, en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cualquiera de esos factores; o b) a un grupo de personas que se distinga por alguna de esas características.

El Protocolo también prevé la condena de los insultos con motivación racista y xenófoba (Art. 5), cuando se emitan en público y por medio de un sistema informático. Esos insultos deberán referirse a las mismas personas y grupos que el artículo anterior.

También se sancionará (Art. 6) la conducta de difusión o puesta a disposición del público mediante un sistema informático, de material que niegue, minimice burdamente, apruebe o justifique actos constitutivos de genocidio o crímenes contra la humanidad. Los Estados parte, para sancionar esta conducta, podrán exigir que a) se cometa para incitar al odio, la discriminación o la violencia contra esas mismas personas y grupos del artículo anterior; b) reservarse el derecho de no aplicar, en todo o en parte, el apartado 1º de ese artículo.

Otra de las normas decisivas para la prohibición del “discurso de incitación al odio” fue 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, de 28/11/08. Esta pretende luchar mediante el derecho penal, dado que se centra en las formas particularmente graves de racismo y de xenofobia. La iniciativa de aprobar la Decisión Marco busca avanzar en la plena armonización del derecho penal, dificultada por las diferentes tradiciones culturales y jurídicas de los Estados miembro.

En sus considerandos, hace una apuesta decidida por el derecho penal, y remarca que se trata de fijar un umbral mínimo de punición que los Estados tienen la libertad de superar. En cuanto a las categorías de protección, también pueden ser ampliadas. Los Estados miembro podrán ampliar el alcance del artículo 1, apartado 1, letras c) y d), a los delitos contra grupos de personas definidos con arreglo a otros criterios distintos a los de “raza”, color, religión, ascendencia u origen nacional o étnico, como por ejemplo la posición social o las convicciones políticas. La lucha contra el racismo y la xenofobia requiere diversos tipos de medidas, dentro de un marco global, y no puede estar limitada a cuestiones penales.

La Decisión Marco refiere que el racismo y la xenofobia son violaciones directas de los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, así como del Estado de Derecho, en los que se fundamenta la Unión Europea. Estos valores son comunes y deben respetarse en todos los Estados miembro. Es necesario definir un enfoque penal común del racismo y la xenofobia en toda la Unión Europea. Así, un mismo comportamiento constituirá delito en todos los Estados miembro y se establecerán sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias contra las personas físicas y jurídicas que los cometan. Otro aspecto relevante es que la Decisión Marco, las investigaciones y las actuaciones judiciales no estarán condicionadas a que las víctimas presenten denuncia, dado que en muchos casos, son especialmente vulnerables y reacias a iniciar acciones judiciales.

La Decisión, en el 1º apartado del Artículo 1, establece la **obligación de los Estados miembro de castigar las siguientes conductas, siempre que sean intencionadas:**

- a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la “raza”, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico;
- b) la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales; y
- c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

En su 2º apartado, modula esta obligación punitiva, permitiendo que los Estados miembro puedan optar por castigar únicamente las conductas que, o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o bien que sean amenazadoras, abusivas o insultantes.

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

Su Artículo 2, sobre sanciones penales, obliga a que esas conductas se castiguen con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, y en todo caso, con una pena máxima de uno a tres años de prisión como mínimo. Su Artículo 4 obliga a garantizar que la motivación racista y xenófoba sea considerada como una circunstancia agravante, o bien que los tribunales tengan en cuenta dicha motivación a la hora de fijar las sanciones.

Su Artículo 5 incorpora una previsión muy importante: establece la responsabilidad de las personas jurídicas. Estas podrán ser consideradas responsables de las conductas contempladas en los artículos 1 y 2, si se realizan en su provecho por parte de personal directivo que tenga un poder de representación, la autoridad para tomar decisiones o para ejercer el control de la persona jurídica. También podrán ser consideradas responsables cuando los delitos se cometan por causa de la falta de vigilancia o control por parte de ese personal directivo, y siempre que se haga en provecho de la persona jurídica. La responsabilidad de las personas jurídicas se entenderá sin perjuicio de las acciones penales que se ejerzan contra las personas físicas que sean autores o cómplices de las conductas delictivas.

El Artículo 7, sobre normas constitucionales y principios fundamentales, prevé que la Decisión Marco no podrá afectar a la obligación de respetar los derechos y principios jurídicos fundamentales, incluidas las libertades de expresión y de asociación. La misma no podrá causar que los Estados miembro tengan que adoptar medidas que contradigan principios fundamentales relativos a las libertades de asociación y expresión, en particular, las libertades de prensa y de expresión en otros medios de comunicación, ni las normas que regulen los derechos y las responsabilidades de la prensa o de otros medios de información.

El hecho de que la Decisión Marco se limitara al racismo y a la xenofobia motivó que la Recomendación del Comité de Ministros sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género [CM/Rec \(2010\) 5](#) de 31/3/10 y la Resolución del Parlamento Europeo, sobre la hoja de ruta de la Unión Europea contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género de 4/2/14, reclamaran refundir la Decisión Marco, para que incluyera los delitos cometidos por LGTBIfobia.

9.4.

Orientaciones de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI)

La ECRI, vinculada al Consejo de Europa, es un organismo referente a nivel de propuestas de políticas públicas y de creación definiciones autorizadas en materia de racismo y xenofobia. A pesar de centrarse en este eje discriminatorio, sus orientaciones tienen impacto más allá del mismo, sobre todo en materia de prohibición del “discurso de incitación al odio”. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sus sentencias, se hace eco de los criterios de la ECRI. Una de sus orientaciones con más divulgación fue la [Recomendación General número 15](#), sobre lucha contra el discurso de odio, de 8/12/15.

La ECRI recuerda la obligación, conforme a los convenios internacionales, de castigar determinadas formas de “discurso de incitación al odio”. Si bien este puede dirigirse a cualquier persona o grupo, su penalización se estableció para proteger a los miembros de los colectivos vulnerabilizados.

Su definición de “discurso de incitación al odio”, más conceptual que jurídica, es la que mayor acogida ha tenido entre las instituciones europeas y nacionales. En ella, engloba dos tipos de conductas: las propiamente instigadoras o fomentadoras de odio y discriminación y, por otro lado, las que denigren a las personas o grupos, por razones de “raza”, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condiciones personales. Entre sus considerandos, la ECRI subraya que puede haber formas de expresión que ofendan, perturben o trastornen, pero que por sí mismas, no constituyen “discurso de incitación al odio”. La lucha contra este tipo de discurso debería servir para proteger a las personas y a los grupos, más que a credos, ideologías y religiones.

Dos de las orientaciones más relevantes de la ECRI son: a) la necesidad de contar y delimitar el alcance y la aplicabilidad de las sanciones civiles y administrativas, y b) la actuación mediante el derecho penal, cuando el discurso de “incitación al odio” tenga como finalidad la de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, o quepa suponer razonablemente, que va a tener ese efecto. La opción por el derecho penal estará justificada siempre que no exista una medida menos restrictiva que sea igualmente eficaz, y se respete el derecho a la libertad de expresión.

X

Pautas interpretativas sobre el “discurso de incitación al odio” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

10.1. Enfoque general sobre los límites a la libertad de expresión

El TEDH, en relación a la libertad de expresión, se enmarca en el modelo de “democracia militante”. Sus resoluciones avalan la legitimidad de una actuación proactiva de las autoridades y de los tribunales en la defensa de los valores contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). A modo de síntesis, pueden citarse algunas de las **premisas del Tribunal**:

- a) Dispensa una protección incrementada a la expresión política o al debate público sobre cuestiones de interés general, materia en la que deja muy poco margen de maniobra a los Estados para la restricción de contenidos.
- b) También protege de manera incrementada el ejercicio del periodismo, por la función democrática de contra poder que desempeña.
- c) Respecto de los líderes políticos o representantes del Estado, les permite una mayor dosis de exageración o de provocación, pero al mismo tiempo, les exige mayor responsabilidad a la hora de fomentar la discriminación en sus discursos, por la influencia que pueden ejercer.
- d) Es reactivo a la imposición de penas de prisión para los delitos de expresión.
- e) Exige a los tribunales estatales que, en caso de restricción a la libertad de expresión, justifiquen el fundamento legal de esta, la finalidad perseguida por la restricción concreta, la adecuación entre la finalidad y la sanción adoptada, la proporcionalidad de la restricción y de la sanción concreta impuesta.
- f) Es sensible a la producción artística y a la sátira.

- g) Es especialmente restrictivo respecto de los contenidos que se expresan sobre personas o grupos vulnerabilizados.
- h) Impone la obligación de los tribunales estatales de indagar profundamente los posibles motivos discriminatorios de los actos de violencia, estableciendo que su no reconocimiento puede violar la prohibición de discriminación del Artículo 14 CEDH. Esta previsión puede extenderse al “discurso de incitación al odio”.

El TEDH marca el límite de la libertad de expresión en el respeto a los derechos de los demás, muy especialmente, cuando se trata de colectivos vulnerabilizados. Cuando un discurso denigre o incentive a la discriminación o a la violencia hacia estos no tendrá cobertura bajo la libertad de expresión. Más allá de este criterio general, el TEDH no ha acuñado una definición propia y definitiva de “discurso de incitación al odio”. Sobre lo que sí ha sido explícito ha sido sobre la existencia de dos grandes categorías: la de la incitación y la de la denigración.

Para validar una restricción a la libertad de expresión, el TEDH, en el mismo sentido que los organismos internacionales, sigue un sistema de evaluación cumulativa. El denominado “test de Estrasburgo” exige que la restricción a) esté prevista por Ley b) obedezca a un propósito legítimo c) sea proporcionada.

Además de estas, el TEDH ha forjado una cuarta exigencia que ha definido como el “*pressing social need*”, traducible como necesidad social apremiante, desde un punto de vista social o democrático. Esta proviene del principio de necesidad y de proporcionalidad, a modo de balance o análisis de coste-beneficio colectivo, entre los derechos que se sacrifican con la restricción a la libertad de expresión y los que se logran proteger con su aplicación. Esta última exigencia podría desembocar en una situación en la que una restricción esté prevista por Ley, persiga una finalidad de protección legítima, sea razonablemente proporcional, pero no sea necesaria o no esté justificada en términos de consecución democrática o de promoción de derechos fundamentales. Un último requisito con el que el TEDH es cada vez más estricto es el de la motivación clara, suficiente y concreta, por parte de los tribunales nacionales, en sus decisiones de restricción a la libertad de expresión.

A la hora de evaluar cada caso concreto, el TEDH, en la misma línea que los organismos internacionales, examina el emisor del discurso, su forma, el nivel de explicitud del mismo y de si contiene un llamado directo o no a la acción, el alcance de la divulgación y el contexto. El Tribunal da una importancia mayúscula al contexto. Este ha sido el factor que en muchas ocasiones le ha hecho decantarse por validar o no una sanción a la restricción de la libertad de expresión. Dentro del elemento “contexto”, incluye un análisis amplio de la situación: el momento político en el que se divulga el mensaje, la capacidad del colectivo atacado de contrarrestar el mensaje o el hecho de que exista una tendencia previa a discriminarlo.

10.2. Vías de evaluación de los límites a la libertad de expresión

El TEDH resuelve las demandas de amparo por vulneración del derecho a la libertad de expresión en relación a las sanciones impuestas por los tribunales nacionales mediante dos vías: la del Artículo 17 y la del Artículo 10.2 de la CEDH.

La vía del Artículo 17 del CEDH: inadmisión a trámite

Esta vía excepcional, llamada por algunos autores como de efecto “guillotina”, se traduce en el hecho de que el TEDH rechaza de entrada “en la instancia” la demanda de amparo y no entra a debatir sobre el fondo del asunto. El Tribunal inadmite a trámite la demanda, en base a la justificación de la prohibición del abuso de derecho contemplada en el Artículo 17 CEDH. El Tribunal usa esa vía cuando considera que la demanda de amparo es abusiva ya que pretende que se dé cobertura a un ataque a otros derechos protegidos por la Convención, como podrían ser el de la igualdad o el de la dignidad, en base al derecho a la libertad de expresión. Esta vía exime al Tribunal de analizar el fondo, ponderar los derechos en juego y justificar la validez o no de la restricción y de la sanción impuestas. Esta vía expedita no es usual y se reserva para casos muy claros, en los que las expresiones emitidas promueven claramente la discriminación o incitan a la violencia. Muchas de las inadmisiones a trámite por esta vía tienen que ver con discursos considerados antisemitas.

Como ejemplo de esta vía, puede citarse el asunto [Norwood c. Reino Unido](#), de 16/11/2004, en el que las autoridades nacionales condenaron al responsable local del Partido Nacional Británico por “discurso de incitación al odio” a una multa, por el hecho de colgar una pancarta de 60 x 30 cm con la foto de las torres gemelas en llamas en las que se inscribía “*Fuera el Islam! Protejamos el pueblo británico*”.

Otro caso polémico fue el asunto [M’Bala M’Bala c. Francia](#), de 20/10/15, en el que un polémico candidato electo realizó una obra de teatro satírica en la que en su final invitó a un joven conocido por haber sido condenado en diversas ocasiones por negacionismo. El actor, vestido con el atuendo de los campos de concentración nazis, le entregaba a este joven un premio a la “inde-seabilidad” que consistía en un candelabro. M’Bala fue condenado a una multa por “discurso de incitación al odio”. El TEDH entendió que la obra perdió su carácter satírico, para convertirse en un acto de propaganda antisemita y un envilecimiento de las víctimas del Holocausto.

En el asunto de [Pável Ivanov c. Rusia](#), de 20/2/17, el propietario y editor de un periódico fue condenado por incitar al odio étnico, racial y religioso a través de los medios de comunicación, por haber publicado una serie de artículos en los que calificaba los judíos como fuente de todos los males de Rusia y pedía su exclusión de la vida social.

La vía del Artículo 10.2 de la CEDH: ponderación de derechos

Esta vía se traduce en el hecho de que el TEDH entra a analizar el fondo del asunto, pondera los derechos en colisión, argumenta su postura sobre el caso concreto y dictamina si da cober-

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

tura al mensaje polémico o no y a la sanción con la que las autoridades nacionales lo hayan castigado. Las sentencias del TEDH, al igual que sucede con la regulación y las recomendaciones internacionales, reflejan las dos grandes posturas existentes respecto de la legitimidad de la sanción del “discurso de incitación al odio”: ¿La penalización se justifica por el contenido del mensaje en sí, con independencia de los efectos que pueda generar, o sólo es legítima si el contenido del mensaje lleva anudado el riesgo potencial de desencadenar hostilidad, discriminación o incluso violencia?

La sentencia más representativa de esa tensión interna es la del asunto [Féret c. Bélgica](#), de 16/7/09, en la que se denegó el amparo, pero sin unanimidad del Tribunal. En este caso, el líder político del Frente Nacional Belga repartió folletos en contra de la “islamización de Bélgica”, y a favor de aplicar el principio de “preferencia nacional” e interrumpir la política de “pseudointegración” estatal, con medidas como la expulsión de los parados extracomunitarios, entre otras. El Tribunal se vio confrontado a dos de sus criterios básicos: por un lado, la protección incrementada de la acción comunicativa política y, por el otro, la capacidad de influencia de esos mensajes por el estatus del emisor y el contexto electoral. En esta sentencia, el Tribunal justifica de manera explícita la legitimidad de la penalización del contenido del mensaje, con independencia de los efectos potenciales derivados del mismo. Este posicionamiento contrasta con la postura de muchas otras sentencias, en las que Tribunal ha reclamado tener en consideración el riesgo derivado de los efectos potenciales del mensaje, elemento que engloba en el análisis del contexto.

En el asunto [Vejdeland c. Suecia](#), de 9/2/12, el TEDH denegó el amparo, en un caso de reparto de un folleto en un instituto por parte de los miembros de un sindicato estudiantil, en el que se atribuía a los homosexuales la pandemia del VIH o ser el origen de la destrucción moral del país, entre otros. El Tribunal entendió que el público receptor era especialmente sensible por su juventud y que esas afirmaciones denigraban un colectivo especialmente vulnerabilizado.

En el asunto [Perinçek c. Suiza](#), de 15/10/15, el TEDH otorgó el amparo. El político turco residente en Suiza, en una entrevista, negó las deportaciones y las masacres de los armenios en 1915. Aunque el Tribunal entendió que sus intenciones eran racistas, consideró que ese mensaje no alcanzaba un grado de denigración de las víctimas y de la comunidad armenia que justificara una condena. En este caso, el contexto receptor fue determinante. El Tribunal entendió que era improbable que la sociedad suiza reaccionara de manera significativa a la recepción de ese mensaje.

10.3. El criterio del TEDH respecto de las sanciones

Una vez analizado si el mensaje merece cobertura en el derecho a la libertad de expresión, el Tribunal realiza el análisis de la proporcionalidad de las sanciones impuestas. En delitos de expresión, que incluyen pero no se limitan al “discurso de incitación al odio”, el repaso de **las sentencias del TEDH nos permite trazar unos criterios generales**. El Tribunal es muy reacio a las condenas de prisión, si bien no niega que puedan justificarse en casos extremos y excepcionales.

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

- Las autoridades deben optar por la sanción menos gravosa (*Mouvement Raelien c. Suiza*).
- La severidad de la pena forma parte del análisis global de proporcionalidad (*Maurice c. Francia*).
- El temor a una condena de prisión bastará para generar ese efecto disuasorio en la prensa (*Fatullayev c. Azerbaiyán*).
- La condena a prisión, aunque luego sea dejada en suspenso, puede generar un efecto inhibitor (*Belpietro c. Italia*).
- Las multas, aunque de importe moderado, en determinados casos, pueden no generar un efecto de prevención del delito suficiente (*Morice c. Francia*).

10.4. Supuestos especiales

a. Blasfemia

Una de las referencias clave en materia de blasfemia es la [Recomendación 1805 \(2007\)](#) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre blasfemia, insultos religiosos y discursos del odio contra personas por razón de su religión, de 27/6/07, que apuesta por las sanciones penales.

En posiciones contrarias, el Relator sobre la libertad de expresión de las Naciones Unidas, en su [Informe de 7/9/12](#), se posiciona en contra de las leyes sobre la blasfemia. Subraya que las normas internacionales de los derechos humanos protegen a las personas y no a las religiones o las instituciones religiosas. El derecho a la libertad de religión o de creencia no incluye el derecho a tener una religión o creencia que esté exenta de críticas o de ridiculización.

Una sentencia reciente del TEDH que ha causado polémica ha sido la de 25/10/18 en el asunto [E.S. c. Austria](#). El TEDH denegó el amparo a una maestra que en un seminario insinuó las tendencias pedófilas de Mahoma. El Tribunal consideró abusivo el comentario, pero sobre todo, avaló la sanción de los tribunales nacionales, por el riesgo de que la divulgación de ese comentario pudiera amenazar la paz religiosa en el país.

b. Sátira

La sátira obedece a un registro de comunicación crítica, que busca precisamente la provocación y el impacto. El TEDH ha otorgado amparo en caso de crítica satírica a políticos, como en el asunto [Alves de Silva c. Portugal](#) de 20/10/09, que paseó un guiñol gigante ridiculizando a un alcalde o en el asunto [Eon c. Francia](#) de 14/3/13, en el que un agricultor rechazó el saludo de Sarkozy y le espetó en público una expresión análoga a “*pirate capullo*”. Sin embargo, cuando la sátira afecta a colectivos vulnerabilizados, el criterio es más restrictivo. En el asunto [Leroy c. Francia](#), de

2/10/08, el TEDH denegó el amparo. Se trataba de un comic divulgado justo después del ataque a las torres gemelas, en que aparecían ambas torres en llamas con la inscripción “Todos lo hemos soñado... pero Hamas lo hizo”, lema que parodiaba un anuncio publicitario.

Por su parte, la ECRI, en su [Recomendación número 15](#), excluye de la definición del “discurso de incitación al odio” las formas de expresión como la sátira, que simplemente ofenden, hieren o molestan. Sin embargo, también recuerda que el “discurso de incitación al odio” puede resultar del insulto, la ridiculización o la difamación irresponsable contra determinados grupos de población.

C. Discurso político

La UNESCO, en su [informe](#) de 2015 sobre odio en Internet, parte de la reflexión de que las sociedades progresan a base de contestación y disenso. Los discursos hirientes también pueden provenir de la tensión surgida de las desigualdades sociales. No hay que perder de vista que el Derecho, y la aplicación del mismo, tiende a proteger los intereses y los valores de los grupos dominantes. El uso de las medidas para combatir el “discurso de incitación al odio” para acallar las disidencias políticas o religiosas ha venido preocupando a las instituciones internacionales. El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su [Resolución 12/16](#) de 2/10/09, alertaba de que nunca deberían imponerse restricciones al debate político, a la discusión sobre las políticas del gobierno, a la información sobre los derechos humanos, sobre la corrupción gubernamental, a la participación en campañas electorales, en manifestaciones pacíficas o en actividades políticas en pro de la paz y la democracia, así como la expresión de opiniones, discrepancias, ideas religiosas o creencias, por parte de los miembros de minorías o de grupos vulnerabilizados.

A nivel europeo, la OSCE, en su [Decisión 633](#) de 11/11/04 sobre tolerancia, medios y libertad en Internet, se compromete a alertar sobre los casos en que se utilice la prohibición el “discurso de incitación al odio” de manera discriminatoria o selectiva, con fines políticos, de manera que impidan la expresión de opiniones alternativas.

Por su parte, la ECRI, en su [Recomendación número 15](#), contiene consideraciones similares. También la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia) ha reclamado que la legislación contra el odio no tenga el efecto perverso de amordazar a la oposición y a las voces disidentes, silenciar las minorías y fortalecer los discursos dominantes.

El TEDH se ha posicionado respecto de la crítica política en diversas sentencias relevantes, en las que ha dado cobertura a mensajes críticos incisivos. En el asunto [Sürek c. Turquía](#) de 8/7/99, refirió que los límites permisibles a la crítica son más amplios respecto del gobierno y de sus representantes. En un sistema democrático, las acciones y omisiones gubernamentales deben ser supervisadas atentamente por el poder legislativo, judicial y también por la ciudadanía. La posición dominante que ostenta el gobierno y sus representantes debería traducirse en su contención en el uso de la vía penal para defenderse de las críticas que reciban. **La expresión política y militante permite un lenguaje mordaz y virulento hacia los responsables políticos.** Sobre este último particular, cabe citar **dos relevantes sentencias recientes:**

- 1) En el asunto **Mariya Alekhina c. Rusia (Pussy Riot)**, de 17/7/18, el TEDH otorga amparo a unas activistas que habían sido condenadas por incitación al odio religioso, al haber realizado una performance musical dentro de una catedral. El Tribunal concluye que se trataba de una acción de protesta o de crítica política al apoyo de la Iglesia ortodoxa a Putin, con cobertura en la libertad de expresión.
- 2) En el asunto **Savva Terentyev c. Rusia**, de 28/8/18, otorga amparo a un joven que divulgó unos comentarios críticos contra los cuerpos policiales por una entrada y registro que hicieron en un periódico local simpatizante con la oposición. Pese a que el joven manifestó que deberían quemarse los agentes policiales corruptos en hogueras, el Tribunal alegó la escasa divulgación del mensaje, así como el hecho de que se trataba de una crítica mordaz, que colaboraba al debate público sobre la actuación de los cuerpos policiales.

En ambas sentencias, la relevancia del debate hizo que asociaciones como ARTICLE 19 actuaran como *amicus curiae*, realizando aportaciones al debate. Por primera vez, el TEDH incluyó en el examen de la proporcionalidad de la injerencia a la libertad de expresión la evaluación de la claridad y la previsibilidad de las leyes nacionales que prohibían el “extremismo” en base a las que se condenó el joven. Para otorgar el amparo, el Tribunal también tuvo en cuenta la falta de garantías democráticas en Rusia.

Una última sentencia relevante es la del asunto **Toranzo Gómez c. España** de 20/11/18, en la que se otorga amparo a un activista pro vivienda condenado por calumnias a los cuerpos policiales. El joven, en una rueda de prensa posterior a una acción de resistencia a un desalojo, acusó a la policía y a los bomberos de haberle causado tortura psicológica y física. La sentencia del TEDH recuerda que en materia de expresión política y de debate sobre cuestiones de interés público, los Estados tienen muy poco margen de maniobra para la restricción. En el análisis de contexto, el Tribunal refiere que el término “tortura” había sido usado de forma coloquial, con el objetivo de denunciar los métodos policiales. El Tribunal entendió desproporcionada la sanción, por cuanto, además de tener que indemnizar a los policías, se le impuso una multa. En caso de impago de la misma, el joven podía ingresar en prisión. Esa sanción podía provocar un “efecto paralizante”, que podía disuadirlo de criticar a los cuerpos policiales. Restringir el derecho del joven a criticar la actuación de los poderes públicos, imponiéndole la obligación de respetar la definición legal de tortura, suponía una importante carga para el activista y para el ciudadano medio. La injerencia no era “necesaria en una sociedad democrática”.

XI

La prohibición del “discurso de incitación al odio” en el Estado español

11.1. Contextualización: los dos modelos legislativos

Para facilitar y contextualizar el análisis de la evolución de la regulación y de la jurisprudencia en nuestra realidad judicial, conviene aportar algunas consideraciones sobre las distintas posibilidades regulatorias de la prohibición del “discurso de incitación al odio”. La “[Legislación sobre los delitos de odio, Guía Práctica](#)”, elaborada por la Oficina para las Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODHIR) de la OSCE en 2009, ofrece una serie de pautas para ayudar a los Estados a poner en práctica su compromiso de lucha contra los delitos de odio. La guía menciona que estos delitos se caracterizan y distinguen del resto por ser actos violentos motivados por la intolerancia y los prejuicios. La guía cuestiona la idoneidad del término “odio” y opta por el de “prejuicio”. Por prejuicio, la OSCE entiende la “*opinión o actitud prefigurativa negativa hacia una o varias personas basadas en su identificación real o supuesta con un grupo especialmente protegido*”. La base de la motivación de los delitos de odio sería un prejuicio discriminatorio que asume como cierto un estereotipo.

Un primer consejo práctico relevante es que los Estados redacten su legislación habiendo evaluado cuáles van a ser las consecuencias prácticas de cada una de las opciones legislativas. Estas deberían tener en consideración el contexto social particular, así como la tradición legislativa nacional en la que se enmarcarán. Cuanto más surja la legislación de un debate público previo, más eficaz será y más conocimiento general se tendrá sobre su contenido. La redacción de legislación obliga a tomar decisiones legislativas, pero también políticas. La guía sintetiza las siguientes cuestiones políticas a determinar: ¿Es más efectivo agravar las penas de los delitos genéricos existentes o crear nuevos delitos sustantivos? ¿Qué características protegidas hay que incluir en la legislación? ¿Cómo tiene que definirse la motivación que guía la comisión del delito? ¿Cómo hay que abordar los casos de discriminación por asociación, filiación o errores en la percepción? ¿Qué pruebas son necesarias y cuánta motivación se requiere, para que se reconozca como delito de odio?

Sin pretender entrar a abordar cada uno de estos debates en extenso, sí podemos centrarnos en alguno de ellos, como el de la elección de uno de los dos modelos legislativos existentes: el de la “hostilidad”, que pone en el centro la motivación o móvil del autor; y el de la “selección discrimi-

minatoria”, que pone en el centro la vinculación entre las características protegidas y la conducta del infractor. La guía de la OSCE subraya las ventajas del segundo modelo, que no exige la difícil prueba del móvil del autor y está más enfocada al daño que pretende prevenir la legislación sobre delitos de odio. El impacto que se causa en la víctima y su comunidad no dependen de la motivación concreta del autor.

Otro debate central es el de la decisión sobre qué categorías incluir. La guía parte de la premisa de que los delitos de odio son delitos contra la identidad. Por ello, las características de las víctimas deberán ser inmutables o al menos, fundamentales. Estas serán las que generen la existencia de una comunidad o grupo, así como la pertenencia al mismo. También serán las que motiven el ataque. Cuanto más amplia sea la “lista”, más se correrá el riesgo de desnaturalizar y cuestionar la legislación y hacer un mal uso de ella. La guía también toma en consideración cuestiones prácticas, como la dificultad de investigar y probar la existencia de determinadas características.

La guía sugiere decidir qué categorías incluir, partiendo de la existencia de una opresión histórica; de los problemas sociales contemporáneos y de la recurrencia de determinados tipos de delitos. La existencia de “listas abiertas”, puede ser difícil de conciliar con la exigencia de seguridad y previsibilidad de la Ley. La guía realiza una comparativa y recoge un elenco de características comúnmente protegidas, como la “raza” o la religión, otras frecuentemente protegidas como el género y otras raramente protegidas, como la ideología.

Otra de las decisiones determinantes que deben tomar los Estados es la de la regulación de la comisión de los delitos de odio por asociación, como en el caso de parejas mixtas y el de la comisión por error, cuando el autor actúa convencido de que la persona atacada presenta una característica que no tiene. La guía menciona la solución de algunas legislaciones de incorporar la referencia a la “pertenencia, real o supuesta”. Otra consideración relevante es la de la interseccionalidad o la posibilidad de motivaciones discriminatorias múltiples e interrelacionadas. Algunas legislaciones, conscientes de esta posibilidad, incorporan cláusulas del estilo “motivado en su totalidad o en parte por el perjuicio”.

En el Estado español, una reflexión similar sobre las opciones reguladoras de la penalización del “discurso de incitación al odio” se halla en el estudio encargado por la Comisión de Seguimiento del Convenio de colaboración y cooperación interinstitucional contra el racismo, la xenofobia y otras formas de intolerancia, titulado “[Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio](#)”, de 14/3/18, elaborado por el profesor de derecho penal Juan Alberto Díaz López. El estudio sintetiza el debate sobre si la justificación del incremento de las penas responde a la motivación de la acción o bien a sus repercusiones cualificadas. El estudio cita los dos modelos legislativos referidos por la OSCE en su guía, y analiza las consecuencias derivadas de cada uno.

El “*animus model*” se centra en castigar la motivación discriminatoria respecto de categorías universales, sin distinguir cuál. En este modelo, la agresión a alguien por razón del color de su piel, será penalizada de manera incrementada, sin importar cual sea el color de la piel. Se trata de una óptica que protege y se fundamenta en el derecho a la igualdad y la prohibición de la discrimina-

ción, ampliando la aplicación de la legislación contra los delitos de odio a las “mayorías”. En el otro extremo, el “*discriminatory model*” se centra en las características identitarias de la víctima, y solo protege a quienes presenten esas características protegidas, que vendrán justificadas por razón de su discriminación histórica. Las consecuencias prácticas de optar por un modelo u otro son mayúsculas. Su elección condicionará la justificación de la punición, los elementos que deberán ser probados en los procesos sancionadores y hasta el tipo de víctimas que se protegerán. El estudio realiza un repaso de la evolución del concepto de delito de odio en Europa, incluyendo el “discurso de incitación al odio”, para afirmar que su elemento determinante es el de la motivación discriminatoria. En el caso de la legislación estatal, concluye que se trata de un “modelo mixto”, en el que el eje central de esas infracciones será la motivación, pero añadiendo un catálogo definido de características que legitiman esa tutela específica del derecho penal.

Otro de los elementos centrales de debate es el de la naturaleza del delito de odio, en concreto del Artículo 510.1 del Código Penal (CP), en el que se contempla la prohibición del “discurso de incitación al odio”. Este debate, si bien es eminentemente de técnica jurídica, de análisis sobre qué bienes jurídicos buscan proteger esos delitos, conlleva un juicio de valor. La determinación de su naturaleza pasa por un debate previo de fondo sobre cuál es la razón de ser de estos delitos y, sobre todo, qué sacrificio para otros derechos estamos dispuestos a asumir a la hora de castigar los mismos. Este debate tendrá consecuencias prácticas sobre los criterios interpretativos del delito.

Un documento útil para situarse en esas disyuntivas es el elaborado por Manuel Jesús Dolz Lago, ex Fiscal del Tribunal Supremo, titulado “[Los delitos de odio en el Código Penal tras la modificación operada por la L.O 1/2015, breve referencia a su relación con el artículo 173 CP](#)”. Para dilucidar cuál es el bien jurídico protegido por ese delito, el Fiscal refiere que la ubicación del Artículo 510 en el capítulo del Código Penal sobre los delitos contra la Constitución española (CE), nos indica que pretende proteger el correcto ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de expresión, manifestación y asociación. Esos derechos se reconocen y protegen porque son la plasmación práctica de los valores superiores del ordenamiento jurídico, que vienen nombrados en el Artículo 1 CE, como la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Para sostener esa delimitación del bien jurídico protegido, añade dos argumentos: 1) la obligación contenida en el Artículo 9.2 CE, según la cual la libertad e igualdad del individuo deben ser reales y efectivas, conllevando un deber proactivo del Estado de promover las condiciones para lograrlas. De ahí que el principio de efectividad obligue a la penalización de las conductas más gravemente antidemocráticas; 2) la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son el fundamento del orden político y de la paz social, como afirma el Artículo 10.1 CE.

En un Estado social y democrático de derecho, es obligado penalizar las conductas que destruyen el fundamento de su orden político y de la paz social. Con ello, concluye que el bien jurídico protegido no es sólo la no discriminación o la protección de la igualdad o, mejor dicho, de la diferencia, sino los propios valores superiores del orden político y social. El orden social democrático es el bien jurídico protegido.

Respecto del análisis de la naturaleza del delito, el estudio repasa los denominados delitos de peligro. Existen los delitos de peligro concreto que, para su penalización, requieren la creación de un peligro de lesión concreto e inmediato. Y existen los delitos de peligro abstracto que, para su penalización, requieren tan sólo una peligrosidad potencial abstracta. La mayoría de juristas eméritos que influyen la evolución del Derecho mediante su estudio, la denominada doctrina, entiende que el Artículo 510.1 del Código Penal es un delito de peligro abstracto, que se proyecta sobre un bien jurídico colectivo, de dimensión individual o grupal. Cuanto más abstracto es el perjuicio que genera una conducta, más difícil es justificar su castigo. Para castigarla, se tiene que poder identificar un efecto dañino causado por la conducta, que sea tangible o al menos potencial. Por ello, el reto de los delitos de peligro abstracto reside en su compatibilidad con el principio de lesividad. Esta lesividad o antijuridicidad material necesita de un desvalor del resultado – sea de lesión o de puesta en peligro – junto con el desvalor de la conducta. El Artículo 510.1 CP, para activar el castigo de las conductas que prevé, entre ellas el del “discurso de incitación al odio”, no requiere que se cause una lesión efectiva al principio de igualdad y de dignidad. Basta con su mera puesta en peligro, mediante el fomento, la promoción o la incitación, al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia. La intervención del derecho penal se adelanta no sólo al castigo de un acto preparatorio, sino a una fase previa al desarrollo del recorrido de consumación del delito o *iter criminis*.

Ese adelanto tan extremo de las barreras de intervención del derecho penal, castigando fases incluso previas a los actos preparatorios, ha motivado críticas radicales al Artículo 510.1 del CP por parte de algunos sectores doctrinales. Para rebatirlas, el Fiscal defiende que hay que asumir el castigo de conductas humanas peligrosas para el orden democrático, por mucho que ello suponga adelantar la barrera punitiva a fases que para otros delitos de lesión serían inadmisibles y considerar autoría directa lo que, en los delitos de lesión, sería considerado autoría por inducción. Lo que en un delito de lesión se consideraría un acto preparatorio impune o, como mucho, una tentativa de comisión del delito, aquí será considerado como una consumación anticipada.

El Fiscal concluye afirmando que *“La peligrosidad de estas conductas debe evaluarse ex ante, sin que se exija un resultado posterior, sin que sea necesario acreditar la peligrosidad ex post. Y lo es ex ante, por experiencia histórica, más que por otras consideraciones. (...) De ahí que estas conductas están tan próximas al bien jurídico protegido, que si queremos ser efectivos en su protección ex Art. 9 CE, no podemos sancionarlas como meros actos preparatorios ex Art. 18 CP, ni como delitos cuya naturaleza exija la prueba de la lesión material del bien jurídico, sino solo su puesta en peligro potencial, ya que esa aptitud es suficiente para colmar la antijuridicidad material de la acción y respetuosa con el principio de ofensividad, que justifica a la postre la tipificación penal de las mismas”*.

Por su parte, el Fiscal de delitos de odio y discriminación de la Audiencia Provincial de Barcelona, Miguel Ángel Aguilar, en su [“Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación”](#), de 8/1/11, discrepa de la anterior catalogación de la naturaleza del delito del Artículo 510.1 CP y refiere: *“La ley pretende castigar la provocación a la discriminación, la violencia y el odio discriminatorio, no la provocación a la comisión de delitos de discriminación, con violencia u odio. 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 aquellas”*.

11.2. **Límites a la libertad de expresión en la normativa estatal**

A nivel de derechos fundamentales, el Artículo 20.1 de la [Constitución española](#) regula el reconocimiento y la protección del derecho a) a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; b) a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica; c) a la libertad de cátedra; y d) a comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión. Su apartado 2.º, menciona que el ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. Su apartado 4.º refiere que estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en ese Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. Finalmente, su apartado 5.º, prevé que sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información, en virtud de resolución judicial.

El Tribunal Constitucional (TC) ha interpretado la libertad de expresión, haciendo suyos los planteamientos del TEDH. En su [sentencia 174/2006](#) de 5 de junio, expresa que *“el derecho a la libertad de expresión, tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor. Según hemos dicho con reiteración, este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues ‘así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe ‘sociedad democrática’ (...) Quiere ello decir que de la protección constitucional que brinda el art. 20.1 a) CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones de que se trate”*.

En relación a los posibles efectos adversos provocados por la restricción a la libertad de expresión mediante el derecho penal, hay que citar dos sentencias relevantes del Tribunal Constitucional:

- La [STC 136/1999](#), de 20 de julio, otorgó amparo a los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna, condenados por colaboración con banda armada, por ceder su espacio electoral a mensajes de ETA. Por primera vez, el TC aludió explícitamente al *“chilling effect”* o efecto disuasorio derivado de la sanción de los delitos que afecta al ejercicio de derechos fundamentales. El Tribunal alude a que “una reacción penal excesiva frente a este ejercicio ilícito de esas actividades, puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos, ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada. Como comprobaremos de inmediato, la exigencia de proporcionalidad de la reacción penal, incluso respecto del ejercicio ilícito de las libertades de expresión e información, ha sido

Int. —

I —

II —

III —

IV —

V —

VI —

VII —

VIII —

IX —

X —

XI —

XII —

XIII —

XIV —

XV —

XVI —

Bib. —

declarada no solo por este Tribunal (por todas, STC 85/1992), sino también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas, sentencia del TEDH Tolstoy Miloslavsky, de 13 de julio de 1995).

- La posterior **STC 110/2000**, de 5 de mayo, analizó de nuevo el efecto disuasorio derivado de la aplicación del derecho penal, cuando la comisión del delito se entrecruza con el ejercicio de derechos fundamentales. *“La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico, permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir “por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto ... disuasorio o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada”. (...) Como ha señalado nuestra jurisprudencia, la interpretación de los tipos penales en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión impone “la necesidad de que ... se deje un amplio espacio” es decir, un ámbito exento de coacción, lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor. De ahí que no disuadir la diligente, y por ello legítima, transmisión de información, constituya un límite constitucional esencial que el art. 20 CE impone a la actividad legislativa y judicial.”*

La imposición de límites a la libertad de expresión, en atención al respeto de los derechos de terceros, se ha plasmado en el establecimiento de prohibiciones tanto en legislación penal, como en la civil y la administrativa. Respecto de esta última, nos remitimos a las previsiones de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI), referida en el apartado 7.2, así como la regulación de infracciones administrativas que se abordará en el apartado XV. En cuanto a la jurisdicción civil, existe la [Ley Orgánica 1/1982](#), de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que regula lo que debe considerarse una intromisión ilegítima a la privacidad, un ataque a la reputación o el uso indebido de la propia imagen por parte de terceros. Además de la legitimidad o no de esas afectaciones, las resoluciones de los tribunales civiles decidirán sobre la compensación económica por daños y perjuicios derivados de esa afectación. Su óptica, pues, no está enfocada a la protección de la dignidad desde un prisma de tutela de la no discriminación.

En la jurisdicción penal, diversos artículos imponen límites a la libertad de expresión. Existen los Artículos 205 y 208 sobre calumnias e injurias, que también parten de un enfoque reputacional, el Artículo 525 sobre el delito contra los sentimientos religiosos, el Artículo 490.3 sobre el delito de injurias a la Corona, el Artículo 169 sobre amenazas y el Artículo 170.1 sobre amenazas colectivas, dirigidas a una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas.

En el ámbito de la tutela penal de la no discriminación, no existe un compendio agrupado de delitos de odio, sino que existe una agravante genérica (Art. 22.4 CP) aplicable a todos los delitos

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

del Código Penal, que se traduce en el incremento de la pena. Y existe una serie de delitos diseminados, como el del Artículo 173 CP contra la integridad moral, el del Artículo 314 CP de discriminación laboral, el del Artículo 511 CP de denegación de prestaciones públicas, el del Artículo 512 CP de denegación de prestación profesional privada, el del Artículo 515.4 CP de asociación ilícita, el del Artículo 522 a 525 CP contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos, el Artículo 607 y 607 bis CP de genocidio.

En cuanto al ámbito del “discurso de incitación al odio”, hasta la reforma del Código Penal del 2015, hubo el Artículo 607.2 CP sobre negacionismo, que castigaba *“la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, con una pena de uno a dos años de prisión”*. También hubo el Artículo 510 del Código Penal, que en su redacción anterior a la reforma de 2015, en su apartado 1, castigaba *“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”*. En su apartado 2, mencionaba que *“Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”*.

11.3. Precedentes jurisprudenciales históricos sobre “discurso de incitación al odio”

La [sentencia del Tribunal Constitucional \(TC\) 214/1991](#), de 11 de noviembre, asunto Violeta Friedman, a pesar de ser una sentencia de tutela de los derechos honoríficos de la jurisdicción civil, viene siendo considerada la primera sentencia sobre “discurso de incitación al odio”. Con ocasión de la entrevista realizada a León Degrelle, ex Jefe de las Waffen S. S en la revista Tiempo, el mismo vertió una serie de expresiones que llevaron a esa señora a demandarle. El Constitucional valoró que se trataba de unas afirmaciones con connotaciones racistas y antisemitas, que solo podía interpretar como una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos. La misma constituía un atentado al honor de la demandante y al de todas aquellas personas que, como ella y su familia, estuvieron internadas en los campos de concentración nazis, puesto que *“el juicio que se hace sobre los hechos históricos, (...) conlleva imputaciones efectuadas en descrédito y menosprecio de las propias víctimas, esto es, las integrantes del pueblo judío que sufrieron los horrores del nacionalsocialismo y, dentro de ellas, la hoy recurrente, razón por la cual exceden del ámbito en el que debe entenderse prevalente el derecho a expresar libremente los pensamientos, ideas y opiniones consagrados en el art. 20.1 CE”*.

Con posterioridad al dictado de esa sentencia, tal como recoge el [mapeo de Crímenes de Odio](#) del Grupo de Investigación sobre Crímenes de Odio, el 6/10/91, unos neonazis asesinaron a la mujer transgénero Sonia Rescalvo en Barcelona y el 13/11/92, un ataque similar en Madrid

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

acabó con la vida de Lucrecia Pérez, una mujer migrada dominicana. Este fue el primer crimen de odio que fue reconocido como tal.

Otro precedente relevante fue el de la [sentencia del Tribunal Constitucional 176/1995](#), de 11 de diciembre, asunto Makoki S.A. Diversas entidades formularon una querrela contra el director y editor de la referida editorial, por delitos de injurias graves y de escarnio de confesión religiosa, por la publicación del cómic “*Hitler=SS*”. El TC alegó que *“al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen el propio sistema democrático. La Constitución –se ha dicho– protege también a quienes la niegan”*. Es decir, la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan el Estado o a una parte cualquiera de la población.

Aun así, avaló la constitucionalidad de la condena, alegando que *“La apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas, no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución. Un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional. Un “cómic” como este, que convierte una tragedia histórica en una farsa burlesca, ha de ser calificado como libelo, por buscar deliberadamente y sin escrúpulo alguno el vilipendio del pueblo judío, con menosprecio de sus cualidades para conseguir así el desmerecimiento en la consideración ajena, elemento determinante de la infamia o la deshonra. Es claro, por lo dicho, que la Audiencia Provincial de Barcelona aplicó el tipo delictivo desde la perspectiva constitucional adecuada”*.

Pero sin duda, la resolución que marcó las bases de cómo los tribunales iban a interpretar el “discurso de incitación al odio” fue la [sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007](#), de 7 de noviembre, asunto Librería Europa. En esta ocasión, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, antes de dictar sentencia, formuló ante el TC una consulta sobre la constitucionalidad del redactado del Artículo 607.2 del Código Penal, de negación del genocidio. En la sentencia del Pleno del TC que resuelve la cuestión, el Tribunal asentó una postura que ha trascendido hasta hoy día. La reforma del Código Penal de 2015 adaptó el redactado de ese delito al criterio interpretativo de esa sentencia. El Tribunal no solo fijó una interpretación de obligado cumplimiento de ese delito, sino que sentó una postura general sobre los límites constitucionales de la punición del “discurso de incitación al odio”. Manifestó: *“Como se sabe, en nuestro sistema –a diferencia de otros de nuestro entorno– no tiene cabida un modelo de “democracia militante”, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución”*. Con ello, vetaba el castigo de la expresión de meras ideas, por muy tóxicas que fueran.

En coherencia con esta postura política, para avalar la punición de ese delito de negacionismo, además de la divulgación de esas ideas, exigió un plus. En su Fundamento Jurídico IX, manifestó que *“La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal, sin quebranto constitucional, castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es, incriminándose conductas que, aunque sea de forma in-*

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

directa supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE. (...) Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación”. La sentencia, declaró inconstitucional la inclusión de la expresión “nieguen o” en el primer inciso del Artículo 607.2 CP y condicionó la constitucionalidad de la condena por ese delito a esos dos supuestos.

Como podrá constatarse en este y sucesivos apartados, las sentencias relevantes en materia de interpretación de los límites a la libertad de expresión en los casos de “discurso de incitación al odio” han dictaminado una decisión mayoritaria que ha venido acompañada de votos discrepantes de varios de sus magistrados, reflejando las pugnas conceptuales internas y debilitando la autoridad jurídica y moral de los criterios interpretativos en ellas contenidos.

En esta trascendente sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre (asunto Librería Europa), las discrepancias dentro del propio Tribunal, motivaron el dictado de varios votos discrepantes. Éstos reflejan las diferentes concepciones sobre dónde debe situarse el inicio de la barrera punitiva, es decir del inicio de la intervención del derecho penal. Esta polémica refleja la misma polémica que ha surgido en el seno de los organismos internacionales y del propio TEDH: ¿Debía pensarse el discurso por su propio contenido, con independencia de sus efectos potenciales o debía pensarse el discurso tan sólo cuando se desprendiera de él un potencial efecto nocivo? Este debate ha seguido abierto hasta hoy y se ha reflejado en sentencias dispares que han forjado una trayectoria jurisprudencial errática.

El voto particular del magistrado Roberto García-Calvo justificaba la constitucionalidad del delito del Artículo 607.2 CP sin necesidad de corregir su redacción. Alegaba la necesidad de ir más allá en la represión de las conductas que pudieran significar apología o difusión y recordaba que su redacción fue aprobada sin oposición de ninguna fuerza parlamentaria. Se trataba de un delito de peligro abstracto, sabiendo los resortes psicológicos y sociales que esos discursos podían estimular. Por su parte, el magistrado Jorge Rodríguez-Zapater, haciendo un guiño al criterio de los tribunales norteamericanos, refirió que la difusión de ideas y doctrinas representaba un “peligro presente y claro”. Apelaba a la propuesta de Decisión Marco europea, que sentaba las bases de la penalización del negacionismo, con un planteamiento conforme con la libertad de expresión contemplada en el CEDH y con un criterio menos restrictivo del que pretendía asentar la sentencia mayoritaria. El voto particular de Pascual Sala, por su parte, entendió que la cuestión de anticonstitucionalidad debió haberse desestimado por innecesaria, por cuanto la redacción del artículo 607.2 CP nunca pretendió incriminar la mera negación fáctica de los delitos de genocidio, y ya incorporaba el elemento tendencial que ahora la sentencia mayoritaria decía añadir con su nueva interpretación.

Int. —

I —

II —

III —

IV —

V —

VI —

VII —

VIII —

IX —

X —

XI

XII —

XIII —

XIV —

XV —

XVI —

Bib. —

XII

Recorrido del Artículo 510 del
Código Penal, antes de la reforma
del Código Penal de 2015

12.1. Origen del Artículo 510 del Código Penal

Para contextualizar y comprender mejor la evolución del Artículo 510 CP, resulta útil citar su origen. Hasta la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, el legislador no modificó el Código Penal de 1973, incorporando la tipificación de la apología de los delitos de genocidio, la provocación y apología a la discriminación y la agravante de racismo. Para justificar esa incorporación, la exposición de motivos de esa Ley señalaba que *“La proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decidida para luchar contra ella. Ello resulta tanto más urgente cuando se presencia la reaparición, en la guerra que asola la antigua Yugoslavia, de prácticas genocidas que los pueblos europeos creían desterradas para siempre. Por desgracia, España no ha permanecido ajena al despertar de este fenómeno, circunstancia que se agrava por el hecho de que la legislación española no contempla suficientemente todas las manifestaciones que este fenómeno genera, manifestaciones, sin embargo, contempladas en Tratados internacionales ratificados por nuestro país. Así, el Convenio de Nueva York, de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y la sanción del delito de genocidio, y el Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965”*.

El redactado del Artículo 510 CP que fue vigente hasta la reforma del 2015, era:

“1. 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. 2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”.

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

La reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, situó el Artículo 510 en su ubicación actual, entre los delitos cometidos con ocasión de los derechos fundamentales. La reforma operada por la Ley Orgánica 5/2015, de 22 de junio, introdujo la mención a la “identidad sexual”. Y como se verá en el apartado XIII, la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, del 30 de marzo, ha reformulado con carácter integral su redactado, que es el actual.

12.2. Polémica sobre la interpretación del término “provocaren” del Artículo 510 CP

La ECRI, en el [Informe sobre su cuarta evaluación del Estado español de 7/12/10](#), y ante las escasas condenas por el Artículo 510 CP, preguntó al Estado español sobre su nula aplicación. La ECRI refiere que la respuesta de las autoridades estatales fue que se trataba de un delito “muy poco frecuente”. Entre las múltiples causas de las escasas condenas por este delito se halla la reticencia de gran parte de la judicatura de aplicar un delito concebido como “ideológico”, junto con el desconocimiento generalizado de los estándares y precedentes internacionales sobre “discurso de incitación al odio”.

La ponencia de la Magistrada Montserrat Comas d’Argemir titulada “[La regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español. Modificación del Artículo 510 del Código Penal, ante la libertad de expresión](#)”, de 24/5/16, sintetiza las dos grandes posiciones desde las que se han ido abordando los casos concretos de “discurso de incitación al odio”: el sector doctrinal que consideraba injustificado haber adelantado tanto la barrera del derecho penal, en detrimento de la libertad de expresión, y el sector doctrinal que entendía que su penalización venía justificada por el cumplimiento de las obligaciones internacionales y el mandato de proteger a las minorías.

Estas dos posturas “ideológicas” de fondo probablemente influyeron en el principal debate técnico que dividió la doctrina y la judicatura. El debate consistía en determinar cuál era la interpretación correcta del término “provocación” contenido en el Artículo 510 CP. Ello, habida cuenta de que el Código Penal, en su Artículo 18.1, ya contenía una definición del término “provocación” de aplicación general a todos los delitos. La Magistrada sintetiza en **tres las posturas enfrentadas:**

- Un primer sector entendía que el término “provocación” debía interpretarse de acuerdo con el Artículo 18.1 del Código Penal, que la definía como una incitación directa y pública a la perpetración de un delito. La consecuencia práctica de adoptar esa interpretación era la de abocar a la práctica inaplicación del Artículo 510 CP, restringiéndolo a los casos en que el discurso provocara a la incitación a un delito de discriminación. Este criterio restrictivo gozó de mucho respaldo y determinó la mayoría de absoluciones que se dictaron.
- Un segundo sector, era partidario de un criterio restrictivo, pero sustentado en la idea de que la “provocación” no era al delito sino a la adopción de actitudes de auténtica

hostilidad. La llamada “antesala de la violencia” y en sintonía con los postulados norteamericanos, sólo los discursos que generaban un peligro real y próximo, de detonación de hechos discriminatorios o violentos, podían ser sancionados.

- Un tercer sector, partidario de un criterio no restrictivo, entendía que la voluntad del legislador era la de castigar toda difusión de ideas intolerantes, peligrosas por sí mismas, tratándose de un delito de peligro abstracto, que no necesitaba de la producción de un resultado, ni tan sólo de una puesta en peligro concreta.

12.3. Precedentes dictados antes de la reforma del Código Penal de 2015

Estas posturas enfrentadas frente a la penalización del “discurso de incitación al odio” y sus criterios interpretativos son claramente perceptibles en las sentencias dictadas hasta que se han empezado a dictar las primeras sentencias condenatorias con la redacción del delito dada por la reforma del 2015. En síntesis, las sentencias partidarias de penalizar el “discurso de incitación al odio” justificaron las condenas en base al mandato derivado de los compromisos internacionales suscritos por el Estado español en materia de no discriminación. Y las sentencias reacias a ello, se escudaron en una interpretación literal y restrictiva del Artículo 510 CP y en la falta de legitimidad de adelantar excesivamente las barreras del derecho penal.

Para citar algunos ejemplos concretos, la [sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona](#), 12/1/04, asunto “Imam de Fuengirola”, condenó a ese líder religioso por su justificación e incentivo del castigo físico hacia las mujeres. *“Estas reflexiones atentan frontalmente contra el derecho a la integridad física y moral protegido en el artículo 15 de la Constitución que prohíbe los tratos inhumanos y degradantes, que tienen su reflejo en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto refieren que la finalidad de los golpes no es humillar y maltratar físicamente sino hacer sufrir psicológicamente, con grave menoscabo de la dignidad de la víctima, que el artículo 10 del Texto Constitucional considera fundamento del orden político y de la paz social, recogiendo como definición de trato degradante la que ofrece el Tribunal Supremo (...)”*.

En la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Logroño, núm. 133/2004 de 2 abril, asunto distribución de pasquines anti inmigración, la condena se fundó en un razonamiento según el cual *“Con ello no se agota nuestro deber de solidaridad y la necesidad de tratar con firmeza estos actos y su proliferación obligó a dar un paso más en la prevención de cuantas conductas puedan significar apología o difusión de las ideologías que defiendan el racismo o la exclusión étnica. Estas obligaciones no pueden verse dimitidas en nombre de la libertad ideológica o de expresión, según ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional STC 214/91 (asunto Violeta Friedman) y por ello, con una más precisa y ampliada redacción, se reproduce el contenido del artículo 165 ter, antiguo, tipificando las conductas xenofóbicas o inconstitucionalmente discriminatorias. Se trata de una tipificación de una provocación específicamente conectada a unos fines determinados”*.

Pero sin duda, la sentencia que volvió a marcar otro punto de inflexión en el debate interpretativo sobre el Artículo 510 CP fue la [sentencia del Tribunal Supremo 259/2011](#), de 12 de abril, asunto Librería Kalki. La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó condena, siendo revocada por parte del Tribunal Supremo. La sentencia del TS, haciéndose eco de la STC 235/2007 (asunto Librería Europa), reafirmó y actualizó la postura doctrinal restrictiva. Respecto de la acusación por el Artículo 510 CP, absolvió porque el término “provocación” debía ajustarse a los parámetros del Artículo 18 CP, exigiendo haber probado la existencia de una incitación directa encaminada a la ejecución de hechos dotados de una mínima concreción que permitieran su calificación como delictivos.

Respecto de la acusación por el Artículo 607.2 CP, absolvió porque no se probó que la divulgación de esas ideas y doctrinas constituyera una incitación indirecta a la comisión de esos delitos o a la creación de un clima de hostilidad, susceptible de concretarse en actos de violencia. La sentencia añadió una clara postura política, manifestando que la Constitución no prohíbe las ideologías que se sitúan en los dos extremos del espectro político, por muy rechazables que puedan considerarse desde la perspectiva de los valores constitucionales. Respecto de la penalización de los delitos de peligro abstracto, manifestó que *“el legislador puede establecer sanciones penales para aquellos hechos que supongan la causación de un resultado de lesión o la creación de un peligro, que, aunque abstracto, debe ser real para la integridad de esos bienes jurídicos”*. Exigiendo la existencia de un peligro “real”, introducía por la vía de la interpretación un plus que el legislador no había contemplado en el redactado del Artículo 510 CP.

Esta sentencia también contó con un voto discrepante del magistrado Martínez Arrieta. Este, discrepaba de que se condicionara la condena al hecho de que el mensaje pudiera provocar la reiteración de un genocidio o un acto agresivo contra alguna minoría. Según él, ambos delitos no penalizan la provocación a la acción sino al sentimiento de odio. Si se espera a que los destinatarios pasen a la acción, quizás el derecho penal “habrá llegado muy tarde”. El Magistrado reivindicaba que lo que pretende la prohibición del “discurso de incitación al odio” es cortar de raíz esos mensajes. Lo que persiguen esos delitos es la interdicción de la difusión de ese tipo de mensajes.

A pesar de ser una sentencia única y de que ese mismo año, el propio Tribunal dictó otras dos sentencias en las que modulaba ese criterio interpretativo, en concreto, la [sentencia 372/2011](#), de 10 de mayo, asunto Blood & Honour y la [sentencia 1396/2011](#), de 28 de diciembre, asunto Hammerskin España (HSE), su dictado colaboró a incrementar aún más el disenso respecto de la interpretación de ese delito.

Ejemplo del impacto de esa sentencia del TS, es el dictado de la sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 787/2012, de 29 de junio, asunto absolución candidato Plataforma per Catalunya por la distribución de panfletos anti inmigración. Siguiendo el criterio restrictivo derivado de la interpretación del término “provocar”, manifiesta: *“La conducta a la que se refiere el artículo 510 está expresamente descrita y formulada en el artículo 18.1 del CP (...) “la provocación” existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante que facilite la publicidad o ante una concurrencia de personas a la perpetración de un delito. Dicho concepto de provocación en el tipo penal que ahora examinamos debe ser directa, concreta, amenazante, definitiva y grave para desplegar la eficacia de la*

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

conducta de provocación. A sensu contrario la provocación genérica, indirecta, no cabe en el precepto pues, como bien apunta en este apartado Landa Gorostiza, las declaraciones generales en democracia deben permitirse. La intención por otro lado, debe ser directa y explícita; la provocación debe dirigirse expresa e inequívocamente a conseguir los resultados que el provocador se propone, a saber, crear en otros la voluntad de realizar actos de violencia, discriminación, odio, hostilidad hacia los extranjeros. Este requisito excluye las meras descalificaciones o juicios de valor negativos”.

La sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, 104/2013, de 1 de febrero, asunto condena a director de la revista “Intemperie”, le absolvió del delito del Artículo 510 CP al entender que los contenidos divulgados en la revista no constituían una incitación directa a la realización del delito de genocidio o a la provocación a la discriminación, pero sí le condenó por el Artículo 607.2 CP, por entender que se ridiculizaba, trivializaba y justificaba el Holocausto.

Otro caso de condena fue el de la sentencia de la Sección Segunda, de la Audiencia Provincial de Canarias, número 107/2014, de 7 de marzo, asunto distribución de poesía anti inmigración. Se condena por el Artículo 510.1 CP, por cuanto en el texto poético se exhortaba palmariamente a reaccionar de manera violenta para repeler lo que se calificaba de agresión inminente a los valores morales y a la propia supervivencia. La divulgación de la poesía en los medios de comunicación, revelaba la intención de hacer partícipe a la ciudadanía de la necesidad de reaccionar, por lo que iba más allá de la mera exposición de opiniones despectivas o humillantes.

La [sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona](#), núm. 713/2014, de 22 de julio, asunto Albiol, alegó que no era de aplicación el Artículo 510.2 CP por cuanto el político del PP de Badalona actuó “*guiado por la intención de denunciar la existencia de la inseguridad ciudadana, exponer las que él creía podían ser soluciones a tal problema y ofrecer un compromiso al cuerpo electoral de la ciudad de Badalona de afrontar y tratar de resolver el mismo caso de ser elegido Alcalde. La citada imputación no la hizo porque los destinatarios fueran gitanos rumanos, sino porque era el colectivo o grupo que a su juicio generaba los problemas”.*

Int. —

I —

II —

III —

IV —

V —

VI —

VII —

VIII —

IX —

X —

XI —

XII —

XIII —

XIV —

XV —

XVI —

Bib. —

XIII

La reforma del Artículo 510 del Código Penal de 2015

13.1. Motivos de la reforma

En 2012, la [Memoria de la Fiscalía General del Estado](#) (FGE), en su apartado de propuestas de modificaciones legales sustantivas, ya proponía la modificación del redactado del Artículo 510 CP, en los siguientes términos:

“En primer lugar, teniendo en cuenta que el uso del verbo provocaren ha generado disquisiciones doctrinales acerca de si la conducta debe enmarcarse o no en la provocación en sentido técnico (art. 18 CP), para evitar interpretaciones en exceso restrictivas, debería introducirse en lugar de provocaren, como verbos típicos los de incitaren, promovieren y difundieren.

En segundo lugar, debería adicionarse además, junto a la discriminación, al odio o a la violencia, el término hostilidad, previsto en el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En relación tanto con el tipo de provocación a la discriminación como con el de informaciones injuriosas contra grupos o asociaciones se sugieren las siguientes modificaciones. En primer lugar, a fin de evitar una banalización del núcleo de prohibición, la descripción típica –aun manteniendo la configuración de delitos de riesgo abstracto–, debe exigir que las conductas tengan un mínimo potencial de eficacia incitadora de comportamientos discriminadores. Este requisito se asume por el CP alemán en su parágrafo 130. En segundo lugar, la nueva redacción de los tipos debe dejar claro que la incitación ha de ser pública, como se recoge en el derecho comparado, si bien, en cuanto a los medios, la redacción debería ser lo más amplia posible, utilizando una fórmula sintética como cualquier que sea el medio o procedimiento o la fórmula portuguesa en una reunión pública, por escrito destinado a la divulgación, o a través de cualquier medio de comunicación social o sistema informático destinado a la divulgación. En tercer lugar, la nueva redacción debe aclarar que el sujeto pasivo del delito no son solo los grupos o asociaciones, sino también las personas físicas individualmente consideradas que pertenecen a ellos. En cuarto lugar, el término «minusvalía» debe ser sustituido por el de «discapacidad». En quinto lugar, debe incluirse el término «situación socioeconómica», para cubrir los ataques a los mendigos o indigentes. Se sugiere además añadir al artículo 510 CP un apartado sobre el enaltecimiento o la justificación a posteriori de los delitos cometidos con este tipo de motivación.

Se propone igualmente que se incorpore una previsión específica en el artículo 510 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis CP) y de las organizaciones sin personalidad jurídica (art. 129 CP) y que declare la aplicabilidad de las penas previstas en el artículo 33.7 CP. Debiera finalmente introducirse la posibilidad de clausura de páginas web, blogs o cualesquiera medios técnicos empleados en la comisión del delito, tanto en su modalidad cautelar como definitiva”.

13.2. Reforma del 2015 del Artículo 510 CP

El Preámbulo de la [Ley Orgánica 1/2015](#), de 30 de marzo, refiere en tres los motivos **que dan pie a la reforma del redactado del Artículo 510 CP:**

- 1) la adaptación del Código Penal a las previsiones de la Decisión Marco 2008/913/JAI, que debía haber sido realizada antes del 28/11/10;
- 2) la adaptación del Artículo 607.2 CP a los criterios interpretativos de la STC 235/2007 (asunto Librería Europa); y
- 3) la necesidad de dejar atrás la división doctrinal y jurisprudencial acerca de la interpretación del término “provocar”.

La nueva redacción del Artículo 510 CP, ha quedado como sigue:

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

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

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

c) *Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan*

a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

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

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

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

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

- 3.** *Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas.*
- 4.** *Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.*
- 5.** *En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.*

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

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

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

Artículo 510 bis

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33. En este caso será igualmente aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo 510 del Código Penal.

La ponencia de la Magistrada Comas sintetiza las modificaciones del Artículo 510 CP del siguiente modo:

- 1) Se elimina el término “provocaren” que se sustituye por los términos “fomenten, promuevan, o inciten”. Así, se desvincula definitivamente el Artículo 510 CP del Artículo 18 CP que regulaba la “provocación”, y se clarifica que la incitación puede ser directa o indirecta.
- 2) Se amplía el catálogo de conductas y, además del odio y la discriminación o violencia, se añade la hostilidad.
- 3) Se explicita que las conductas deben ser realizadas de forma “pública”.
- 4) En el apartado 510.1 b), se añade el delito de posesión o creación de materiales idóneos para materializar esas conductas, con intención de distribuirlos.
- 5) En el apartado 510.1 c), se incorpora la conducta negacionista del Artículo 607.2 CP, que se redacta de acuerdo con el criterio fijado por la STC 235/2007 (asunto Librería Europa).
- 6) En todas las conductas, se incrementa la pena hasta los 4 años de prisión, cuando antes era de máximo 3 años.
- 7) En el apartado 510.2 CP se añaden dos tipos atenuados: los actos de humillación o menosprecio, por un lado, y los de enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra los grupos del anterior apartado, por el otro.
- 8) En el apartado 510.3, se introducen dos modalidades agravadas: la de comisión mediante las redes sociales, que puede llegar hasta los 4 años de prisión y la de comisión de manera que se altere la paz pública o se menoscabe el sentimiento de seguridad de los grupos afectados.

Int. —

I —

II —

III —

IV —

V —

VI —

VII —

VIII —

IX —

X —

XI —

XII —

XIII —

XIV —

XV —

XVI —

Bib. —

- 9) En el apartado 510.5 CP, se añade una elevada pena accesoria de inhabilitación para profesión educativa, en protección a los menores.
- 10) En el apartado 510.6 CP, se prevé la destrucción de documentos o archivos o el bloqueo a cuentas o webs.
- 11) En el Artículo 510 bis, se regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La reforma del 2015 del Código Penal también modificó la agravante genérica del Artículo 22.4 CP, incorporando la agravante por motivos de género, quedando redactada así: *“Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.”*

13.3. Precedentes jurisprudenciales posteriores a la reforma del Código Penal de 2015

La sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona, de 11 de diciembre de 2017, en el asunto condena de un neo nazi por delito de incitación al odio en Internet, revela cómo poco a poco los criterios del TEDH han ido influyendo en los tribunales nacionales. Esa sentencia fue confirmada por la sentencia de la Sección Vigésimo segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona 392/17 de 14/5/18. El Juzgador de instancia valora como criterios determinantes la intención del autor, y el “impacto potencial” de lo divulgado. En este caso se usó una web que tuvo muchas visitas. La sentencia se desmarca explícitamente de la intención del término “provocar” del Artículo 18 CP y afirma que no es menester un llamamiento a un acto concreto de violencia. Menciona que *“Los ataques verbales injuriándoles, ridiculizándoles y difamándoles por las razones expuestas en el Artículo 510 CP son suficientes, siempre que supongan un efectivo llamamiento a la discriminación, al odio y sin duda a la violencia frente a dichos colectivos”*. (...) *“Se trata de expresiones discriminatorias que van más allá de la mera exposición de ideas u opiniones, por chocantes u ofensivas que pudieren resultar. Nos hallamos ante expresiones que a través de la fuerza o vis atractiva de la persuasión y/o por la contundencia del contenido agresivo que emplea, pueden producir los efectos que la norma pretende evitar, esto es, la discriminación y el odio hacia los colectivos identificados”*.

La sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, 55/2017, de 21 de marzo, asunto vídeo de Youtube *“Gaza Girls”*, confirmó la condena del Juzgado de lo Penal número 1 de Pamplona de 11/10/16. La Audiencia sigue reivindicando la interpretación del término “provocación” de acuerdo con el Artículo 18 CP y, por ende, exige que la incitación sea directa y encaminada a la ejecución de hechos dotados de una mínima concreción, que permita su identificación y su calificación como delito. En este caso, se trataba de un vídeo en el que se señalaba reiteradamente *“kill, kill, kill the jewish”*, mostrando la simulación de esa conducta con un muñeco vestido de judío ortodoxo, al que se arranca la cabeza y se hace ade-

mán de clavar reiteradamente un chuchillo. También entiende relevante el resultado real de tal conducta, al incluir las fotografías de tres menores realmente asesinados por su condición de judíos, y las imágenes sangrientas de unos cadáveres, que se identifican con una familia sionista. Puede concluirse en consecuencia y sin género de dudas que la incitación es directa al odio como sentimiento y a la ejecución de una serie de actos violentos contra las personas judías y contra el estado de Israel en general.

En la [sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Cuarta, 2/2017](#), de 26 de enero, asunto del tuitero misógino, se condenó a un tuitero por una serie de mensajes que fueron considerados como enaltecedores del terrorismo y por otra serie de mensajes que fueron considerados como de incitación al odio hacia las mujeres (Art. 510.1 CP). La sentencia refiere que *“De otro lado, la difusión pública es evidente tanto por el hecho de que se emplea una red social, de la que las cuentas del acusado gozaban de seguidores, como porque todo aquel que utiliza como herramienta esa forma de comunicación sabe la potencial difusión que pueden alcanzar sus palabras, en tanto que le consta que los tweets o mensajes se retuitean, dando lugar a una mayor extensión de conocimiento, al llegar a lo que pueden ser millones de usuarios en la red. (...) Difícilmente, por no decir imposible, es sostener y menos aún hacer creer que el texto empleado por el acusado en los mensajes relativos a las mujeres fuera para llamar la atención sobre la violencia hacia las mismas, cuando lo que revelan es todo menos una preocupación existente en la sociedad en todas sus esferas, que comparta el acusado. (...) Lo que rezuman los contenidos de los tweets es la discriminación hacia la mujer, en tanto trato diferente y por debajo del hombre, con consecuencia negativa para las primeras”*.

Esa sentencia fue recurrida ante el Tribunal Supremo, que dictó su [sentencia 72/2018](#), de 9 de febrero, por la que se le absolvió del delito de enaltecimiento y se confirmó su condena por el Artículo 510.1 CP. El Supremo, argumenta que *“Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en el mensaje 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 y, por eso, considerado lesivo”*.

La [sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 7/12/18](#), asunto profesor independentista, absuelve a un profesor de derecho constitucional condenando por el Artículo 510.1 CP, por unos *tweets* que divulgó acerca del proceso soberanista catalán. La sentencia parafrasea el argumentario de un auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) de 28/6/18 y reafirma que la protección del Artículo 510 CP debe proporcionarse a los colectivos vulnerabilizados, de los que se excluye a los funcionarios, fiscales y jueces. La resolución califica el Artículo 510 CP como de peligro abstracto, pero exige que el peligro sea real. En el caso concreto, entiende que el mensaje subliminal de uso de la violencia que podría desprenderse de los *tweets* no era lo suficientemente explícito. Ante la duda, absuelve.

13.4. Nuevas propuestas de reforma del Artículo 510 CP

En la memoria de 2016 de la Fiscalía Provincial de Barcelona especializada en delitos de odio y discriminación, se proponían una serie de modificaciones del Artículo 510 CP. La Fiscalía alerta de que, en el caso de la comisión delictiva mediante redes sociales, la pena alcanza hasta 4 años de prisión, provocando que la pena mínima imponible sea la de dos años y seis meses. En atención de ese “severo régimen punitivo” y en la línea del TEDH y de la Recomendación número 15 de la ECRI, en los casos de “menor entidad”, según el “contexto, contenido, ausencia de reiteración o características y circunstancias personales de autor” se propone rebajar esa penalidad. También se propone la incorporación de penas alternativas, multas o pérdida de derechos políticos. También se propone modificar la elevada pena de inhabilitación profesional prevista en el apartado 510.5 CP. Esta propuesta de modificación fue asumida y divulgada por la Fiscalía General del Estado en [septiembre de 2018](#). Por otro lado, vista la necesidad de armonizar los criterios interpretativos acerca del Artículo 510 CP, en noviembre de 2018, la Fiscalía General del Estado anunció que en el primer trimestre de 2019 se emitiría una circular sobre delitos de odio que colaborará a ir reconduciendo la dispersión interpretativa imperante.

Además de la Fiscalía, un grupo de voces expertas en Derecho está trabajando y propuso al pleno del Congreso de los Diputados [reformular los delitos de expresión del Código Penal](#), reforma que sin duda incluirá la modificación del Artículo 510 CP.

XIV

Confusión entre “discurso de incitación al odio” y crítica política

14.1. Discurso anti monárquico

El recorrido judicial del asunto Stern y Taulats, los dos jóvenes independentistas condenados por el delito de injurias a la Corona de los Artículos 490.3 y 491 del Código Penal, por la quema de las fotos de la pareja real en Girona en 2008, es muy esclarecedor de la postura de los tribunales estatales. En su [sentencia de 8/3/11, el TEDH](#) otorgó amparo a Otegui, por unas críticas contra el Rey, que denominó “*jefe de los torturadores*”. Esa expresión fue emitida en el contexto de la polémica sobre las torturas policiales denunciadas días antes por Martxelo Ota-mendi, director del periódico Egunkaria. El TEDH, en esa sentencia, subrayó que la expresión fue manifestada por un político contra el representante del Estado, en tanto que símbolo, en el marco de un debate de interés público, en concreto, la responsabilidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (FCSE) en la tortura. Su discurso tenía legitimidad para ser provocador y exagerado. Se trataba de un discurso hostil, pero que no apelaba a la violencia. El TEDH reafirma que la protección incrementada de los jefes de Estado no se ajusta al espíritu del CEDH y descarta que el discurso antimonárquico forme parte del discurso de odio. También se posiciona en contra de la pena de un año de prisión impuesta a Otegui, provocando un indeseado efecto disuasorio a la libertad de expresión.

La condena de Stern y Taulats llegó al Tribunal Constitucional, el Pleno del cual dictó la [sentencia 177/2015](#), de 22 de julio, que les denegó el amparo. El TC justifica la denegación del amparo, afirmando que se trata de discurso de odio. El Tribunal considera que, de manera premeditada, se incitó a la violencia contra la persona y la institución monárquica. El TC justifica apartarse del criterio de la sentencia del asunto Otegui c. España, porque los jóvenes no eran políticos profesionales, ni se trataba de un contexto especial (denuncia de torturas). El TC niega que los jóvenes estuvieran expresando una opinión sobre un asunto de debate político. El Tribunal afirma que la condena de los jóvenes no obedeció a su ideología, sino a su acto simbólico destructivo y generador de exclusión.

La sentencia contó con los votos discrepantes de diversos magistrados. El de Adela Asúa, recuerda la doctrina norteamericana del peligro claro e inminente, como estándar operativo que se ha consolidado en los delitos de expresión. La magistrada critica duramente que se califique la quema de fotos como de discurso de odio, que es el discurso dirigido a fomentar la discriminación y la exclu-

Int.

I

II

III

IV

V

VI

VII

VIII

IX

X

XI

XII

XIII

XIV

XV

XVI

Bib.

sión de colectivos secularmente vulnerables, “*tratando de justificar de cualquier manera la desestimación del presente recurso de amparo*”. El voto discrepante de la magistrada Encarnación Roca afirma que, en la condena de los jóvenes, se estaban enjuiciando sus convicciones antimonárquicas, expresadas a través de una acción simbólica y, por tanto, la escenificación tenía relación con un asunto de relevancia pública. El voto discrepante del magistrado Juan Antonio Xiol es el más tajante y denuncia la “*banalización del discurso de odio*”. Este, repasa los precedentes del TEDH sobre acciones políticas críticas simbólicas y denuncia que la sentencia mayoritaria recurre a la reconstrucción de la escenificación y al lenguaje emotivo, para dotar al acto enjuiciado de una significación de incitación directa a la violencia contra el Rey. Exacerba determinados elementos simbólicos, propios de esos actos de protesta, hasta elevarlos a la categoría de incitación al odio y calificarlos como expresión de una amenaza. El magistrado concluye que se trata de la expresión de una reivindicación política, de una manifestación de rechazo hacia la institución monárquica, en la línea del activismo político.

Como era de prever, el TEDH en su sentencia [Stern Taulats y Roure Capella c. España](#), de 13/3/18, reafirma que no se trataba de un ataque personal al Rey, sino de una crítica a lo que representa como jefe y símbolo del aparato estatal. Una puesta en escena, como forma de expresión de una opinión en el marco de un debate sobre una cuestión de interés público. Incluir ese acto de manifestación simbólica de rechazo político a una institución para justificar su exclusión de la libertad de expresión, conllevaría una interpretación demasiado amplia, lo que perjudicaría el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existiría ninguna sociedad democrática.

14.2. Enaltecimiento del terrorismo

La semejanza en la estructura del Artículo 510 CP y la del Artículo 578 CP, sobre enaltecimiento del terrorismo, ha sido puesta de relieve por diversos autores, como Víctor Gómez, en su artículo “[Los delitos de odio en redes sociales](#)”, de 27/11/16. De hecho, diversas sentencias sobre enaltecimiento del terrorismo han catalogado las expresiones divulgadas como “discurso de incitación al odio”. Tratándose ambos de delitos de expresión, las pautas interpretativas sobre los límites a la libertad de expresión que se han ido acuñando en el terreno del enaltecimiento del terrorismo son de utilidad para interpretar la aplicación del delito del Artículo 510 CP.

Una sentencia relevante, mencionada en diversas sentencias que han resuelto casos sobre “discurso de incitación al odio”, es la [sentencia del Tribunal Constitucional 112/2016](#), de 20 de junio, asunto homenaje a Argala. El Constitucional denegó el amparo al político Tasio Erkizia, por su discurso en el acto de homenaje al ideólogo de ETA, Argala. El TC entendió que el discurso no estaba cubierto por la libertad de expresión, al constituir discurso de odio, en concreto un discurso de nacionalismo agresivo. El TC manifestó que el político pidió, con calculada ambigüedad, una reflexión para “*coger el camino que más doliera al Estado, que condujera el pueblo vasco a un nuevo escenario democrático*”. Esa expresión fue considerada idónea para crear un caldo de cultivo, una atmosfera o ambiente social proclive a acciones terroristas; una contribución a la perpetuación de la situación de violencia.

En el voto discrepante, el magistrado Juan Antonio Xiol se mostró partidario de otorgarle el amparo, entendiendo que el discurso no incitaba a la violencia terrorista, ni tan siquiera indirectamente, y formaba parte del discurso político. Para ello, hace suyas las pautas del TEDH y realiza un análisis de contexto, que tiene en cuenta el auditorio ante el que se divulgó el mensaje, de una cincuentena de personas de la izquierda abertzale; el contenido del mensaje, que apostaba por avanzar hacia un escenario democrático; el contexto político temporal y las circunstancias personales del emisor. Se trataba de un político que, en su trayectoria política, de modo notorio, se había manifestado a favor de lograr la independencia por vías pacíficas.

Durante los últimos años, las condenas por enaltecimiento del terrorismo, la mayoría de ellas mediante las redes sociales y en su modalidad de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas (Art. 578.1 CP), han aumentado considerablemente. Entre 2011 y hasta el 2018, se produjeron [121 sentencias](#) por apología de ETA, cuatro veces más que en los siete años anteriores. Amnistía Internacional en su informe “[Tuitea... si te atreves](#)” de marzo de 2018 alerta de la incompatibilidad del redactado del Artículo 578 CP con la libertad de expresión.

La promulgación de la [Directiva 2017/541](#) de 15 de marzo, relativa a la lucha contra el terrorismo, que debía ser transpuesta a los ordenamientos legales nacionales antes del 8/9/18, supuso un punto de inflexión en la argumentación de las sentencias sobre enaltecimiento del terrorismo que se han estado dictando. En su considerando 10º, refiere que los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas, cuando conlleven el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. En cada caso concreto, al examinar si se ha materializado ese riesgo, deberá tenerse en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor, el destinatario del mensaje y el contexto. También deberá considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo.

Este considerando se concreta en el Artículo 5 de la Directiva 2017/541, que refiere “*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, el hecho de difundir o hacer públicos por cualquier otro medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de uno de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos.*”

Una sentencia en la que se refleja ese cambio de rumbo es la sentencia del [Tribunal Supremo, 378/2017](#), de 25 de mayo, que anula la condena previa de la Audiencia Nacional y absuelve a un usuario por sus comentarios en Facebook sobre los GRAPO. El TS cita el espíritu de la Directiva antes aludida y reivindica que se tenga en cuenta la intención del emisor del mensaje. “*Una cosa es proclamar, incluso vociferar, lo que el sujeto «siente», es decir sus deseos o emociones, exteriorizándolos a «rienda suelta» y otra cosa, que tal expresión se haga, no para tal expresión emotiva, sino, más allá, para la racional finalidad de procurar que el mensaje, al menos indirectamente, mueva a otros a cometer delitos de terrorismo*”. Además de ese ánimo tendencial, la sentencia alude al riesgo, afirmando que los comentarios publicados no hicieron aumentar “ni un ápice” la eventualidad de que acaeciera la comisión de delitos terroristas. El Tribunal también analiza el

Int. —

I —

II —

III —

IV —

V —

VI —

VII —

VIII —

IX —

X —

XI —

XII —

XIII —

XIV —

XV —

XVI —

Bib. —

contexto, manifestando que la banda GRAPO está extinta, que los comentarios de Facebook no coincidieron con ninguna acción terrorista y que ni siquiera tuvieron repercusión en las redes sociales.

Otra sentencia en similar sentido fue la [sentencia del Tribunal Supremo 52/2018](#), de 31 de enero, que avala la absolución del tuitero Arkaitz Terrón. La Fiscalía había recurrido su absolución por parte de la Audiencia Nacional. El TS cita la exigencia de la Directiva 2017/541 sobre concurrencia del riesgo de comisión de actos terroristas. Los *tweets* en cuestión siempre coincidían con un acontecimiento, dejando a entender el ánimo crítico que guiaba su emisión. La sentencia manifiesta que *“objetivamente, esos micro-mensajes no enaltecen ni justifican, porque no incitan o alientan ni instigan a la violencia terrorista, ni siquiera de forma indirecta, ni generan un peligro o riesgo de comisión de actos violentos, ni tampoco incrementan el que pudiera existir. Son expresión de opiniones o deseos, actos de comunicación no seguidos de incitación a la acción, porque no contienen llamamiento a la violencia terrorista ni han generado riesgo alguno para las personas, ni los derechos de terceros, ni para el orden jurídico. La mejor demostración de la ausencia de riesgo alguno es que los tuits solo fueron detectados cuando los investigadores policiales realizaron prospecciones en la red social, que se convirtieron en destinatarios de los mensajes”*.

14.3. Producción musical disidente

Otra vertiente de las condenas por enaltecimiento del terrorismo es la asociada a la producción musical disidente, normalmente el rap. Diversos músicos, como Pablo Hasél, los integrantes del grupo La Insurgencia o Valtonlyc han sido condenados en los últimos años. Para justificar el contenido de sus letras, todos ellos han apelado a la licitud de las mismas, en base a la libertad de expresión, ideológica y de creación artística. También han reivindicado la singularidad retórica, metafórica y provocadora de ese género musical extremo. Diversas de estas sentencias se hallan pendientes de demandas de amparo ante el TEDH.

En el caso de Pablo Hasél, el [Tribunal Supremo, en su sentencia 106/2015](#), de 19 de febrero, calificó las letras del rapero de discurso de odio terrorista. El TS entendió que la alabanza de los autores de delitos terroristas o de sus actos merecía una respuesta penal. No se criminalizaba el sentimiento de odio; los pensamientos no delinquen. Se criminalizaban los hechos externos que ensalzaban el odio. El Tribunal refirió que, del análisis de las letras, se desprendía que tenían un único sentido, que era el de alabar a los grupos terroristas, enaltecer a las personas condenadas por terrorismo e invocar la continuidad de tal actividad, incluso contra personas concretas.

Los raperos del grupo la Insurgencia fueron condenados por la [sentencia de la Audiencia Nacional 34/2017](#), de 4 de diciembre, que refiere que el delito consiste en una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico, sin llegar a integrar una provocación directa ni indirecta a la comisión de un delito. Sobre la intención de los raperos, la sentencia refiere que, del contenido de las letras, se constata inequívocamente que el contenido de las canciones se orienta a exaltar a la organización terrorista GRAPO, a sus integrantes y a sus actividades de ese signo, incitando a la violencia terrorista, al igual que la perpetrada por ETA. El Supremo cita la STC 112/2016 (asunto Argala), en la que se decía que *“Supone una legítima injerencia*

en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores, en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio, por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades”. Aun y citar las directrices de la Directiva 2017/541 y admitir que, en el momento de la producción musical de los jóvenes, ya se habían extinguido ambas organizaciones terroristas, reivindica el margen de maniobra de los Estados para apreciar la existencia de riesgo. En este caso, afirma que bastaba con un riesgo “en abstracto como aptitud ínsita en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en el tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas”.

La sentencia provocó la emisión de un voto discrepante por parte de la magistrada Ángela Murillo, en el sentido de afirmar “*con claridad palmaria que en el ánimo de los jóvenes acusados no reinaba una intencionalidad dirigida a enaltecer o justificar acciones terroristas o a individuos pertenecientes a organización de carácter terrorista. Lo que subyacía era lograr notoriedad, reafirmando sus personalidades, en definitiva, llamar la atención que por otras vías no podían conseguir*”.

Otro músico condenado fue el rapero mallorquín Valtonyc. El Tribunal Supremo, en su [sentencia 79/2018](#), de 15 de febrero, avaló la condena de la Audiencia Nacional de 22/2/17 por enaltecimiento del terrorismo, injurias al Rey y amenazas. La sentencia cita la STC 177/2015 (asunto Makoki), afirmando que una de las manifestaciones más toscas del discurso del odio es la que fomenta la discriminación, pero otra de sus vertientes, es la de discurso fóbico, que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política y, aún, la eliminación física de quienes no compartan el ideario de los intolerantes. La sentencia niega la alegación de la defensa del rapero, según la cual el Tribunal reelabora y saca de contexto las letras de las canciones. La sentencia afirma que se trata de letras laudatorias de los GRAPO y de ETA, que van más allá de la coincidencia con los objetivos políticos, consistiendo en la alabanza de los medios empleados y en una incitación a su reiteración.

14.4. Sátira y humor ácido

Otro de los géneros en los que se ha proyectado el enaltecimiento del terrorismo es el de la crítica satírica. Una sentencia representativa de ello es la que finalmente condena a César Strawberry, cantante de Def con Dos. Este, fue inicialmente absuelto por la Audiencia Nacional, el 18/7/16, que entendió que los *tweets* del artista seguían el tono crítico de la realidad social y política, tratando de que el público comprendiera el sentido metafórico y ficticio que envolvían sus obras, con un fondo siempre pacífico y exclusivamente cultural. La Fiscalía recurrió la absolución y el [Tribunal Supremo, en su sentencia 4/2017](#), de 18 de enero, acogió su criterio, según el cual no se trataba “*...de un hecho involuntario ni de un acontecer puntual, ni de una actuación excepcional o incontrolable, ni de una reacción momentánea, ni de una respuesta emocional a un suceso reciente, sino de una voluntaria y permanente actuación agresora y promotora de la violencia terrorista, que jurídicamente debe considerarse continuada en el tiempo*”. El Supremo refiere el potencial expansivo de las redes sociales, así como el hecho de que las víctimas que reciben esos mensajes de burla, lo hacen “*en su integridad, sin matices aclaratorios de la verdadera intención del autor*”.

Ante este pronunciamiento condenatorio, el magistrado Manuel Marchena emitió un voto discrepante, en el que sitúa esos *tweets* en una subcultura que reacciona o protesta contra lo establecido, buscando provocar o escandalizar. Analizando el Artículo 578 CP, en su primer apartado relativo al enaltecimiento o justificación, refiere que lo relevante es su aptitud para producir efectos y la calidad de los mismos. En relación al segundo apartado de ese artículo, sobre menosprecio o humillación a las víctimas del terrorismo, refiere que lo que avalaría su penalización sería su aptitud para estimular la práctica de acciones terroristas, legitimándolas de algún modo. Para eso, los mensajes deben guardar una mínima relación contextual y de efectividad funcional con las mismas, para que quienes ejercen acciones terroristas puedan rentabilizarlas en términos de apoyo, consenso o prestigio social. Los *tweets* de Strawberry fueron meros exabruptos, sin mayor recorrido.

Otra sentencia relevante fue la de la condena de Cassandra Vera, activista transgénero, por unos chistes sobre Carrero Blanco. El escrito de acusación contra Casandra, en enero de 2017, llevó a 200 profesores de derecho penal, impulsados por Javier Dopico, a emitir un comunicado denominado “[Carrero como síntoma](#)”, de repulsa a la deriva condenatoria en casos de sátira. Finalmente, Cassandra fue absuelta por el Tribunal Supremo, en su [sentencia 95/2018](#), de 26 de febrero. El TS apela al contexto, y refiere que el atentado se produjo hace ya 44 años, tiempo más que suficiente para considerarlo como un suceso histórico, cuyo comentario en clave de humor, no puede tener la misma trascendencia que un acontecimiento reciente. *“Máxime si se pondera que los hechos ya han sido objeto de toda clase de comentarios burlones, sin que se activara la mayor parte de las veces una respuesta judicial penal”*. Ese transcurso del tiempo y *“la oxidación o agotamiento del tema en clave de humor negro, permiten considerar que ya no estamos ante acciones especialmente perversas que tienen como objetivo específico la humillación y el descrédito de las víctimas”*.

14.5. Crítica a los cuerpos policiales

La improcedencia de aplicar las prohibiciones legales de lucha contra el “discurso de incitación al odio” para proteger a los cuerpos policiales es un [parecer unánime de las instituciones internacionales y del TEDH](#). A pesar de esa postura unánime, la Fiscalía especializada en delitos de odio y discriminación sigue afirmando su procedencia. En la memoria de la Fiscalía Provincial de Barcelona de 2016 se incluyen como delitos de odio algunas investigaciones judiciales sobre críticas a los cuerpos policiales, emitidas después de la actuación policial en Cataluña el 1 de octubre de 2017.

En concreto, se cita la denuncia contra maestros a quienes se atribuye el herir los sentimientos de los hijos/as de guardias civiles, en hacer críticas a la actuación policial del 1 de octubre, en las aulas. También se cita el caso de las críticas sobre el alojamiento de los policías participantes en el 1 de octubre en los hoteles de la costa catalana. El Ministerio del Interior, en noviembre de 2017, en esta misma línea, incorporó una pestaña para facilitar las denuncias de las víctimas de delitos de odio en Cataluña. La divulgación en los medios de comunicación de esta iniciativa y de lo que se calificó como “alud” de denuncias por “odio” en Cataluña, tanto por parte de particulares, como por la confección de numerosos atestados por parte de las FCSE por ese motivo, incrementó irresponsablemente la confusión conceptual sobre los delitos de odio. Con ello, se

criminalizó indebidamente las críticas a una actuación concreta de los cuerpos policiales, crítica que indudablemente forma parte del debate público y de la libertad de expresión. En alguno de estos procedimientos judiciales posteriores al 1 de octubre, la Fiscalía sostenía la procedencia de la aplicación de los delitos de odio para proteger a los cuerpos policiales, por cuanto habrían sido discriminados por razón de ideología.

Esa interpretación desatiende el hecho de que la categoría protegida que legitima la tutela específica del Artículo 510 CP no es la de quien emite el mensaje, sino la de quién resultaría agraviado por el mismo. Además, una de las premisas de las FCSE, regulada en el Artículo 5.1 b de la [Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad](#), es la neutralidad política de sus integrantes. Otra de las justificaciones de la Fiscalía era la de la discriminación de los agentes, por razón de su nacionalidad. Esa interpretación tampoco es razonable, por cuanto los agentes actuantes el 1 de octubre en Cataluña debían provenir de todas las comunidades autónomas del Estado. Esas interpretaciones distorsionadas generaron un mosaico de resoluciones, muchas de ellas contradictorias e incompatibles con los estándares internacionales, que poco a poco han ido siendo enderezadas por resoluciones de tribunales de rango superior.

En este sentido, el [auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida](#), de 12/6/18, estimaba el recurso de apelación de la defensa de los maestros investigados, validando el archivo acordado por el Juzgado de Instrucción y ampliándolo al resto de investigados. El auto cita la STC 235/2007, la STC 112/2016 y la STS 72/2017 para concluir que *“considerándose simplemente como un mero acto de protesta ante los acontecimientos vividos en Cataluña el día 1 de octubre, que podrá compartirse o rechazarse, pero que se halla dentro de los límites de la libertad de expresión y que desde luego no entran dentro del perímetro de cobertura de la norma penal del Artículo 510.1 CP (...) Y es que el delito del Artículo 510 CP no puede confundirse con un delito de injurias u ofensas, sino que requiere que exista un grupo discriminado o amenazado como sujeto pasivo y con incitación a la lesión de derechos de los miembros de ese grupo, lo cual, claro está no resulta aplicable al supuesto que nos ocupa”*. Ese auto fue recurrido por la Fiscalía y está pendiente de resolución.

Pocos días después, el [auto 72/18](#) de 28/6/18 del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya desestimó la admisión a trámite de la querrela de la Fiscalía contra un diputado catalán, por sus *tweets* y unos contenidos de su *blog*, criticando el alojamiento de policías en los hoteles de la costa catalana, con posterioridad al 1 de octubre. El Auto cita la Recomendación número 15 de la ECRI, que reclama que las herramientas legales contra el “discurso de incitación al odio” se usen para proteger a los colectivos vulnerabilizados y concluye que *“Por lo que se refiere específicamente a la motivación ideológica del discurso de odio, (...) que es la única que menciona de alguna forma el Ministerio Fiscal en su querrela, la propia razón de ser del tipo penal, a la que ya nos hemos referido al describir sus precedentes internacionales, requiere que la motivación se encuentre, precisamente, en la ideología de los que constituyen el objetivo de las expresiones ofensivas, con independencia de la que pueda ostentar el autor o autores de aquellas. Por otra parte, no cualquier colectivo o grupo social de personas puede ser víctima del delito del art. 510 CP, que por su propia definición típica, sólo puede referirse a aquellos que puedan considerarse vulnerables y se identifiquen como tales por razón de alguna condición personal o social. La consecuencia es que el discurso de odio u hostilidad contra la autoridad o contra los agentes de la misma, no puede ser sancionado conforme al art. 510 CP (...)”*. *“Por otra parte, las expresiones que el Fiscal atribuye al querrellado, consideradas en sí*

Int. —

I —

II —

III —

IV —

V —

VI —

VII —

VIII —

IX —

X —

XI —

XII —

XIII —

XIV —

XV —

XVI —

Bib. —

mismas, con independencia de la intolerancia y hostilidad que reflejan, no reúnen las características propias de un discurso de odio propio del delito del art. 510 CP”.

Una última decisión relevante es el [Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona](#), de 12/12/18, que descarta la aplicación del Artículo 510 CP en el caso de un abucheo de un ciudadano a unos policías, que se manifestaban en una convocatoria que reivindicaba la equiparación salarial y la defensa del honor de los miembros de las FCSE después de las críticas recibidas con posterioridad al 1 de octubre de 2017. La sentencia cita el asunto Savva Terentyev c. Rusia y el asunto Toranzo Gómez c. España, ambos del 2018, para reivindicar que debe ceñirse la penalización del “discurso de incitación al odio” a la protección de los colectivos históricamente vulnerabilizados, descartando que los cuerpos policiales formen parte de esos colectivos diana.

XV

Incidentes de odio: las infracciones administrativas

A lo largo del estudio, se ha hecho mención de la postura unánime de las instituciones internacionales sobre la necesidad de contar con diversas herramientas legales— tanto civiles, administrativas como penales— para ofrecer una respuesta adecuada a la gravedad del daño cometido. Esa necesidad de graduación para respetar el principio de proporcionalidad se traduce en la diferenciación entre los delitos (penales) y las infracciones (administrativas) de odio. Las infracciones sobre esta materia, en nuestro ordenamiento jurídico, son escasas y vienen referidas a sectores muy concretos.

Una de las leyes específicas es la [Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo y la xenofobia y la intolerancia en el deporte](#). Esta Ley prevé como infracción muy grave por parte de los organizadores de eventos deportivos el hecho de organizar, la participación activa o el incentivo y promoción de la realización de actos violentos, racistas, xenófobos o intolerantes, de especial trascendencia por sus efectos, para la actividad deportiva, para la competición o para las personas que asisten o participan en la misma (Art. 21.1 g). Esta conducta también podrá ser castigada si se comete por los espectadores (Art. 22.1 a). Se prevén otras infracciones muy graves, que pueden ser cometidas por terceros, como el hecho de difundir por medios técnicos, materiales, informáticos o tecnológicos contenidos que promuevan o den soporte a la violencia, o que inciten, fomenten o ayuden a los comportamientos violentos o terroristas, racistas, xenófobos o intolerantes por razones de religión, ideología, orientación sexual, o cualquier otra circunstancia personal o social, o que supongan un acto de manifiesto desprecio a los participantes en la competición o en el espectáculo deportivo o a las víctimas del terrorismo y a sus familiares (Art. 23.1 c). La Ley penaliza las infracciones graves con multas de 3.001 a 60.000€ y las infracciones muy graves, con multas de entre 60.001 y 650.000 euros (Art. 24.1).

Otra ley sectorial relevante es la [Proposición de Ley contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales](#), registrada el 12/5/2017 en el Congreso de los Diputados, que se halla en fase de tramitación. Esta, prevé diversas infracciones relacionadas con la emisión de contenidos. Por ejemplo, como infracción leve, se prevé el hecho de proferir, por cualquier medio o procedimiento, expresiones, imágenes o contenidos gráficos de cualquier tipo que sean ofensivas o vejatorias, por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género o características sexuales contra las personas LGTBI o sus familias (Art. 94.2 a). Como infracción grave, entre otras, se prevé el hecho de difundir en Internet o en las redes

sociales cualquier tipo de expresiones, imágenes o contenidos que sean ofensivas o vejatorias por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género o características sexuales contra las personas LGTBI o sus familias (Art. 94.3 f). Como infracción muy grave, se prevé, entre otras, el hecho de convocar, por cualquier medio o procedimiento, actos públicos de cualquier tipo que tengan por objeto promover, fomentar o incitar directa o indirectamente a la discriminación, al odio, la hostilidad o la violencia contra las personas por motivos de orientación, identidad sexual o expresión de género o características sexuales (Art. 94.4 e).

Cuando la infracción se haya cometido a través de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), se acordará la retirada de los contenidos. En los casos en los que, a través de un portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo (Art. 96.4). Este artículo recoge una previsión homóloga al Artículo 510.6 del Código Penal. En cuanto a la graduación de la sanción, se tendrá en consideración la reparación voluntaria de los daños y perjuicios causados, o la subsanación de los hechos que dieron lugar a la comisión de la infracción, siempre que ello tenga lugar antes de que recaiga resolución definitiva en el procedimiento sancionador. En el caso de los contenidos publicados en Internet o en las redes sociales, se entenderá por reparación voluntaria la retirada definitiva del contenido publicado junto con la disculpa pública por haber difundido el mismo, siempre que ello tenga lugar dentro del plazo de un día, desde la notificación de la incoación del expediente sancionador (Art. 97.1 k).

El anuncio del registro de la referida Proposición de Ley LGTBI estatal [generó debate acerca de su régimen sancionador](#), que prevé que la Administración pueda retirar contenidos divulgados en Internet, sin intervención judicial. Las posiciones contrarias a ello alertaban del riesgo para la libertad de expresión de legitimar esa potestad de la Administración, sin supervisión judicial. Las voces más críticas tildaron de anticonstitucional esa medida, por cuanto el Artículo 20.5 de la Constitución prevé la necesidad de resolución judicial para *“el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información”*.

En sentido contrario, se justificó que todas las recomendaciones internacionales instan a establecer herramientas diversas y proporcionadas, para no polarizar la intervención para combatir el “discurso de incitación al odio”. De lo contrario, se cae en un escenario de no intervención/impunidad de los contenidos divulgados en Internet, o bien de castigo mediante el Código Penal, con penas de hasta 4 años. Por otro lado, un circuito de retirado de contenidos de Internet análogo al que proponía la Propuesta de Ley había pasado el filtro de constitucionalidad en una ley previa. En concreto, la [Ley 34/2002](#), de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información. El 27/11/18 fue registrado el Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Esta reforma ha suscitado el [rechazo de ese mismo sector crítico](#), en el sentido de que se elimina la figura del juez para determinar la retirada de contenidos denunciados por infracción de la normativa sobre propiedad intelectual (Art. 195.2).

A nivel europeo, en Alemania, se ha desarrollado un debate similar acerca de la retirada de contenidos de Internet y el riesgo de censura indebido, debido a la [Ley denominada NetzDG](#), en vigor desde enero de 2018. Esta Ley prevé la retirada de contenidos cuando se trate de *fake*

news y de “discurso de incitación al odio” y prevé la imposición de importantes multas para las plataformas intermediarias de Internet que no los retiren en 24 horas. El debate sigue abierto y su resolución dependerá probablemente de la aplicación práctica que se haga de esas leyes, así como del logro en diseñar circuitos administrativos de retirada de contenidos que cuenten con la máxima transparencia, participación y garantías de las personas físicas y jurídicas sancionadas por la Administración o incluso con la incorporación de una figura judicial de tutela de los derechos fundamentales en el circuito.

XVI

Conclusiones: criterios para la aplicación del Artículo 510 CP

A modo de aportación al debate colectivo que se proponía en la introducción del presente estudio acerca del balance sobre la aplicación del Artículo 510 CP en términos de eficiencia, de cultura democrática y de promoción de los derechos, se proponen una serie de criterios que pueden ser útiles en la aplicación práctica del Artículo 510 CP:

Internacional

a. Criterios sobre limitación de la libertad de expresión

- La promoción de la libertad de expresión pasa por promover condiciones que todos los sectores sociales hagan oír sus voces, no por la extensión de restricciones a la misma.
- La efectividad de la libertad de expresión es necesaria para la consecución de otros derechos fundamentales.
- La libertad de expresión solo puede limitarse por los motivos previstos en la Ley, en concreto, los previstos en los Artículos 19 y 20 del PIDCP y el Artículo 4 del CERD. Estos artículos deben ser interpretados en base a las recomendaciones de sus respectivos Comités, que contienen interpretaciones autorizadas y obligaciones concretas para los Estados.
- Toda sanción con la que se restrinja la libertad de expresión deberá estar prevista por Ley, de manera clara y previsible, obedecer a una finalidad constitucional legítima y ser proporcionada.
- Siempre debe optarse por la sanción menos restrictiva e igualmente efectiva.
- El TEDH establece la exigencia de que la sanción sea necesaria desde un punto de vista democrático (“*social pressing need*”). Esta exigencia se traduce en un análisis o balance de los derechos individuales que se quiere proteger con la sanción a la libertad de expresión, y los derechos colectivos que se van a sacrificar con su imposición.
- La expresión política y el debate sobre asuntos de interés público están especialmente protegidos, dejando poco margen a los tribunales nacionales para su restricción. Se permite que la expresión política pueda incurrir en ciertas dosis de exageración o de provocación.
- La sátira y la creación artística, deben interpretarse en su propio registro. En ese campo, los tribunales nacionales también gozan de poco margen para su restricción.

- La sanción de actos de expresión con penas de prisión sólo es justificable en casos muy excepcionales. Las penas de prisión, aun dejándolas en suspenso, pueden tener un efecto inhibitorio indeseado del discurso. Las sanciones contra el “discurso de incitación al odio” deberán ser disuasorias, efectivas y proporcionadas.
- Debe evitarse que la redacción de las prohibiciones que afectan al ejercicio de la libertad de expresión, tanto por la ambigüedad de su formulación, como por la severidad de sus penas, genere un efecto inhibitorio o de autocensura (“*chilling effect*”).
- Las sanciones a la libertad de expresión deben responder a un criterio de triple graduación: debe existir un primer nivel, de discurso que choca o molesta, que tiene cobertura bajo la libertad de expresión; un siguiente nivel que debe restringirse mediante sanciones civiles o administrativas; y un tercer nivel que, por su gravedad, legitima la intervención del derecho penal.
- El Estado deberá justificar la finalidad de cada restricción, la idoneidad de la misma para neutralizar la nocividad del mensaje, la proporcionalidad de la sanción y su necesidad en términos democráticos.

b. Obligaciones sobre prohibición del “discurso de incitación al odio”

- Los Estados tienen la obligación legal de luchar contra el “discurso de incitación al odio”, en base a las convenciones internacionales, de los que emana su obligación de actuar proactivamente en la defensa de determinados valores, como la igualdad y la dignidad, así como la protección de las “minorías”. Estos convenios imponen incluso la consideración de determinadas conductas como delito.
- A nivel europeo, el Protocolo Adicional al Convenio sobre Ciberdelincuencia y la Decisión Marco 2008/013/JAI obligan a los Estados parte a castigar como delito algunas conductas.
- La redacción de esos delitos ofrece un cierto margen a los Estados parte para fijar las premisas bajo las que se penalizaran esas conductas. También ofrecen un cierto margen de maniobra a la hora de fijar las penas de determinadas conductas.
- El sector privado está igualmente comprometido con la protección de los derechos humanos y existe legislación administrativa específica (europea y nacional) que prohíbe los contenidos discriminatorios en el comercio electrónico y en el sector audiovisual.
- La prohibición del “discurso de incitación al odio” no se proyecta sólo hacia la responsabilidad de los individuos. Las personas jurídicas también son responsables, incluso a nivel penal, y existe la obligación legal de los Estados de actuar contra las organizaciones que se dediquen a la propaganda discriminatoria.
- Las herramientas legales de restricción a la libertad de expresión, incluida la prohibición del “discurso de incitación al odio”, no deben ser usadas para amordazar la crítica y la disensión política o religiosa, ni para represaliar a los disidentes ni a los activistas de derechos humanos.

c. Criterios sobre prohibición del “discurso de incitación al odio”

- El “discurso de incitación al odio” no tiene una definición consensuada a nivel internacional,

- a pesar de ello, la definición de la ECRI de 2015 goza de gran aceptación. Esta contiene los dos grandes ejes de prohibición: el de incitación y el de denigración.
- La prohibición legal del “discurso de incitación al odio” tiene por objetivo la protección de los colectivos especialmente vulnerabilizados e históricamente oprimidos.
 - El fundamento de la sanción del “discurso de incitación al odio”, sobre todo si es penal, provendrá del contenido en sí del discurso pero, sobre todo, de sus efectos potenciales. En concreto, su capacidad de generar o reforzar un estado de opinión que comporte el riesgo de traducirse en actos de hostilidad, discriminación o incluso violencia contra los colectivos diana. La inminencia y la probabilidad del daño es un criterio a tener en cuenta.
 - El “discurso de incitación al odio” puede adoptar formas explícitas e implícitas de expresión, y no excluye el uso burlesco e insultante. Su comunicación pública es un requisito.
 - Los criterios generales sobre restricción a la libertad de expresión son de aplicación a la prohibición del “discurso de incitación al odio”. Ello incluye los contenidos divulgados en Internet.
 - A estos criterios hay que añadir que, cuando se trate de contenidos que vulneren la dignidad y la prohibición de discriminación de los colectivos vulnerabilizados, los límites a la libertad de expresión serán más restrictivos.
 - En la “prohibición del discurso de incitación al odio” también debe existir la triple graduación: un primer nivel de no intervención sancionadora, el llamado “discurso de incitación al odio” no punible, que es el que inquieta en términos de convivencia, pero no es legítimo restringir; un segundo nivel de sanciones civiles y administrativas; y un tercer nivel de sanción penal.
 - El denominado “test de 7 partes” del Relator de Naciones Unidas sobre la libertad de expresión (ver apartado 8.1) desglosa 7 criterios para analizar si un discurso debe considerarse “discurso de incitación al odio”: la gravedad del discurso; su intencionalidad; el contenido o forma del discurso, la capacidad de divulgación del mensaje; la probabilidad del efecto dañino; la inminencia del daño; y el contexto.
 - Uno de estos criterios, el de los efectos potenciales del discurso, proviene del criterio de los tribunales norteamericanos denominado “peligro claro e inminente” *“clear and present danger”*.
 - La Observación General número 34, del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ofrece interpretaciones autorizadas de términos clave como “odio” u “hostilidad”.
 - La intencionalidad del autor a la hora de emitir el mensaje es uno de los criterios determinantes. Esta deberá deducirse de elementos objetivos. Habrá que diferenciar los actos espontáneos y aislados de las estrategias deliberadas.
 - El contexto es otro de los criterios determinantes: si bien el contenido del mensaje es relevante, tiene más trascendencia el entorno receptor del mismo. El contexto concreto debe interpretarse en términos amplios. Tendrá en cuenta aspectos negativos, como las tensiones previas, el momento político, etc., y aspectos positivos, como la capacidad del colectivo diana de responder a esos discursos y las alianzas con las que cuente para neutralizar su efecto nocivo.

Estatal

a. Criterios generales sobre interpretación de las normas

- El Artículo 1 de la Constitución española define los valores superiores del ordenamiento jurídico español, entre los que se halla la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Esos valores deben guiar la actuación de todos los poderes públicos, incluido el poder judicial. Los principios generales del Derecho son fuente del ordenamiento jurídico (Art. 1 Código Civil).
- La Constitución española obliga a que las normas relativas a los derechos fundamentales sean interpretadas a la luz de los Convenios Internacionales ratificados por el Estado español (Art. 10.2 y Art. 96.1 CE).
- La interpretación de las normas deberá guiarse por el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas (Art. 3 Código Civil).

b. Principios rectores de la jurisdicción penal

- Principio de legalidad (previsibilidad y accesibilidad).
- Principio de intervención mínima (legitimidad de la actuación penal, sólo cuando las medidas de otras jurisdicciones no sean suficientes o efectivas).
- Principio de ofensividad o de lesividad (la punición sólo estará justificada cuando se lesionen o se pongan en peligro bienes jurídicos relevantes).

c. Elementos de contexto

Sobre la restricción de las libertades fundamentales

- En el Estado español, desde el 2015, se han venido aprobando una serie de leyes y de modificaciones legales que han restringido derechos fundamentales y han criminalizado la expresión política de la protesta. Exponente de ello es la Ley de Seguridad Ciudadana del 2015. Además del contenido de las leyes, la aplicación de las mismas también ha navegado en la dirección de la restricción de derechos fundamentales. Exponente de ello es la aplicación del delito de enaltecimiento del terrorismo de forma arbitraria y extensiva.
- El Estado español ha sido sancionado por diferentes injerencias indebidas a la libertad de expresión, muchas de ellas por censurar críticas de contenido políticos por parte de activistas, como en el asunto Stern Taulats y Roure Capella c. España de marzo de 2018, o el asunto Toranzo Gómez c. España de noviembre de 2018.
- El Artículo 510 CP, en los últimos tiempos, se ha aplicado para la protección indebida de colectivos no vulnerabilizados, como los cuerpos policiales. También se ha empezado a aplicar para criminalizar activistas en su acción comunicativa de denuncia política. Su uso ha evidenciado un alto grado de politización del mismo, así como el desconocimiento generalizado de sus pautas interpretativas, internacionales y nacionales, por parte de los operadores jurídicos.

Int. —

I —

II —

III —

IV —

V —

VI —

VII —

VIII —

IX —

X —

XI —

XII —

XIII —

XIV —

XV —

XVI —

Bib. —

Sobre las críticas al redactado actual del Artículo 510 CP

- La redacción del Artículo 510 CP, en algunos puntos, se aleja de las previsiones de la Decisión Marco 2008/013/JAI. Esta permitía la posibilidad tipificar conductas de manera menos restrictiva con la libertad de expresión. Por ejemplo, en el hecho de supeditar la condena de los delitos racistas y xenófobos contemplados en su Artículo 1, solo si se llevan a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes.
- La redacción del Artículo surgida de la reforma del Código Penal del 2015 ha ampliado de forma extensiva las conductas prohibidas.
- El Artículo está redactado de manera ambigua y utiliza diversos conceptos jurídicos indeterminados, que provocan inseguridad jurídica en su aplicación. Esta redacción, junto con la falta de interpretaciones jurisprudenciales autorizadas y consolidadas, abre la puerta a una aplicación equivocada y arbitraria de su contenido.
- Tratándose de la punición de actos preparatorios, debe interpretarse su contenido en clave restrictiva. La intencionalidad y el impacto potencial deberán ser criterios determinantes.
- El hecho de que la sanción por ese delito interfiera en el ejercicio de un derecho fundamental como la libertad de expresión sugiere igualmente una interpretación restrictiva y fruto de un análisis exhaustivo de los datos del caso concreto, así como de la ponderación de los derechos en colisión.
- La elevada penalidad, cuando se trate de divulgación de “discurso de incitación al odio” mediante las redes sociales, con penas de hasta 4 años de prisión, impone igualmente un criterio restrictivo. La propia Fiscalía especializada está sugiriendo la reforma del Artículo 510 CP, para modular sus penas en determinados casos, así como la posibilidad de aplicar penas alternativas.
- El Artículo 510 CP no ofrece la posibilidad de penas alternativas, que permitan adaptar y graduar la respuesta sancionadora.
- El Artículo 510 CP omitió, pudiéndolo hacer, la incorporación de una cláusula de adecuación que explicitara la exclusión de la producción artística o científica.
- La pena accesoria que conlleva ese Artículo es muy elevada y aboca al enjuiciamiento indebido de estos delitos ante las Audiencia Provinciales. La decisión de ceñir esa pena accesoria tan sólo al ámbito docente es muy discutible.

Sobre la práctica de los operadores jurídicos

- La respuesta del Estado contra el “discurso de incitación al odio” se está dirigiendo hacia responsables individuales, pero no hacia las personas jurídicas que lo promueven, como los medios de comunicación, los partidos políticos, las instituciones religiosas o las empresas, entre otros.
- La judicatura suele ser reacia a dar importancia y a desplegar recursos para investigar y sancionar los delitos de odio, incluyendo el “discurso de incitación al odio”.
- La jurisprudencia dictada hasta la fecha revela que no siempre se tiene en cuenta la normativa y los estándares internacionales en la penalización del discurso de odio.

Int. —

I —

II —

III —

IV —

V —

VI —

VII —

VIII —

IX —

X —

XI —

XII —

XIII —

XIV —

XV —

XVI —

Bib. —

- La falta de penas alternativas y la alta penalidad del Artículo 510 CP pueden provocar que algunas de las condenas dictadas por “discurso de incitación al odio” acaben siendo revocadas por el TEDH, no por la legitimidad de su contenido, sino por la desproporción de la sanción aplicada. Esas sentencias pueden provocar el efecto contraproducente de avalar determinados discursos nocivos.

Sobre el desconocimiento del fenómeno del “discurso de incitación al odio”

- Existe un desconocimiento generalizado de qué tipo de expresiones pueden considerarse “discurso de incitación al odio” punible y cuáles no. Ese desconocimiento tiene el doble efecto de alimentar la infradenuncia de las personas agraviadas, y la de generar autocensura, por el miedo a no saber cuál es el límite de lo que puede expresarse. La falta de divulgación de las sentencias condenatorias colabora a este desconocimiento.
- En el estado español, el déficit de mecanismos efectivos de recogida, comparación y análisis de datos impide conocer y dimensionar el impacto del fenómeno: quién emite el “discurso de incitación al odio”, qué tipo de discursos son prevalentes y contra qué colectivos, qué lógica sigue la réplica de esos discursos, qué organizaciones civiles o políticas promueven esos discursos, los factores que condicionan la respuesta del Estado según quién emita el discurso, qué cifra de infradenuncia existe, cuántos casos se logra condenar, con qué tipo de reparaciones se está reparando a las víctimas/supervivientes, etc.
- Dado que no se realiza un análisis sobre la tipología de sentencias dictadas, no se puede evaluar ni la efectividad de las reformas legales aprobadas, ni la adecuación de la actuación de los operadores jurídicos.
- Se desconoce igualmente el eventual grado de reincidencia de los autores condenados.

Sobre la falta de priorización de los derechos de las víctimas/supervivientes

- Dado que no se realizan encuestas de victimización, se desconoce el grado de satisfacción de las personas y de los colectivos agraviados respecto de esos resultados judiciales. Se desconoce qué tipo de reparaciones se está otorgando a las víctimas/supervivientes, tanto simbólicas como económicas. También se desconoce la adopción de medidas que aseguren la garantía de no repetición.

Sobre la escasez y la descoordinación de las herramientas legales de otras jurisdicciones

- El Estado español no se ciñe al criterio de la triple graduación en la sanción de los excesos en la libertad de expresión, disponiendo de medidas graduales, integrales y compatibles entre sí, que sigan el criterio de: a) no intervención, b) sanción civil o administrativa, y c) sanción penal.
- La jurisdicción administrativa cubre solo algunas conductas de ámbitos específicos.
- La jurisdicción civil está enfocada a la protección de la honorabilidad en clave reputacional.

Bibliografía y documentos clave

AGENCIA EUROPEA POR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES – FRA, *Combating hate crimes in the EU, giving victims a face and a voice*, FRA, Vienna, 2013. [en línea]. <https://fra.europa.eu/en/press-release/2013/combating-hate-crime-eu-giving-hate-crime-victims-face-and-voice>

AGENCIA EUROPEA POR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES – FRA, *Ensuring justice for hate crime victims: professional perspectives*, FRA, Vienna, 2016. [en línea]. <https://fra.europa.eu/en/publication/2017/ensuring-justice-hate-crime-victims-professional-perspectives-summary>

AGENCIA EUROPEA POR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES – FRA, *Hate crime recording and data collection practice across the EU*, FRA, Vienna, 2018. [en línea]. <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/hate-crime-recording>

AGUILAR, M.A. (Dir.), *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2015. [en línea]. http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/manual_investigacion_delitos_odio.pdf

ALTA COMISIONADA DE LA NACIONES UNIDAS PARALOS DERECHOS HUMANOS, *Informe A/HRC/22/17/Add.4 Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos acerca de los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso*, 2017. [en línea]. https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-17-Add4_sp.pdf

ALTO COMISIONADO DE LA NACIONES UNIDAS PARALOS DERECHOS HUMANOS, *Informe A/HRC/35/9 Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet: medios de cerrar la brecha digital entre los géneros desde una perspectiva de derechos humanos*, s.l., 2017. [en línea]. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/111/86/PDF/G1711186.pdf?OpenElement>

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Toxic Twitter: A Toxic Place For Women*, s.l., Amnistía Internacional, 2018. [en línea]. <https://www.amnesty.org/en/latest/research/2018/03/online-violence-against-women-chapter-1/>

- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Tuitea... si te atreves*, s.l., Amnistía Internacional, 2019. [en línea]. <https://www.ecestaticos.com/file/26d0219db523cfd1d97a364144fc3ad/1520944268-amnistia-internacional-espana-2018-delitos-terrorismo-ley-mordaza.pdf>
- ARTICLE 19, *Self-regulation and 'hate speech' on social media platforms*, Article 19, 2018. [en línea]. https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/03/Self-regulation-and-%E2%80%98hate-speech%E2%80%99-on-social-media-platforms_March2018.pdf
- ASSOCIATION POUR LE PROGRÈS DES COMMUNICATIONS, *Mettre fin à la violence: Les droits des femmes et la sécurité en ligne. Les intermédiaires de l'internet et la violence envers les femmes en ligne. Sommaire et conclusions*, Association pour le progrès des communications, s.l., 2014. [en línea]. https://www.apc.org/sites/default/files/FLOW-CNyst-Summary-FR_Rev_20140725_0_0.pdf
- ASSOCIATION POUR LE PROGRÈS DES COMMUNICATIONS, *End violence: Women's rights and safety online. From impunity to justice: Improving corporate policies to end technology-related violence against women*, Association pour le progrès des communications, s.l., 2015. [en línea]. https://www.genderit.org/sites/default/files/flow_corporate_policies_formatted_final_1.pdf
- CABO ISASI, A. y GARCÍA JUANATEY, A., *El discurso del odio en las redes sociales: un estado de la cuestión*, Ajuntament de Barcelona, Barcelona, 2016. [en línea]. http://ajuntament.barcelona.cat/bcnvsodi/wp-content/uploads/2015/03/Informe_discurso-del-odio_ES.pdf
- CASTILLA JUÁREZ, K., *Crimen de odio, discurso de odio: en el Derecho las palabras importan*, 2018. [en línea]. <https://www.idhc.org/es/investigacion/publicaciones/discriminacio-intolerancia-i-odi/crimen-de-odio-discurso-de-odio-en-el-derecho-las-palabras-importan.php>
- CODING RIGHTS, INTERNET LAB, 2017, *Violencias de género na Internet: diagnóstico, soluções e desafios*, 2017. [en línea]. https://www.academia.edu/35642655/Viol%C3%AAncias_de_g%C3%AAnero_na_Internet_diagn%C3%B3stico_solu%C3%A7%C3%B5es_e_desafios
- COMISIÓN EUROPEA CONTRA EL RACISMO Y LA INTOLERANCIA – ECRI, *Informe de la ECRI sobre España*, ECRI, Strasburgo, 2018. [en línea]. <https://rm.coe.int/fifth-report-on-spain-spanish-translation-/16808b56cb>
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación general N° 34. Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión*, CCPR/C/GC/34, 2011. [en línea]. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fGC%2f34&Lang=en
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, *Recomendación general 15 relativa al artículo 4 de la Convención, A/48/18, 1993*. [en línea]. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7487&Lang=en
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, *Recomendación general 35. La lucha contra el discurso de odio racista*, CERD/C/GC/35, 2013. [en línea]. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2fC%2fGC%2f35&Lang=en

DÍAZ LÓPEZ, J.A., *Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio. Estudio encargado por la Comisión de Seguimiento del Convenio de colaboración y cooperación Interinstitucional contra el racismo, la xenofobia y otras formas de intolerancia*, Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2018. [en línea]. <http://www.mitramiss.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/InformeConceptualDelitosOdio.pdf>

FUNDACIÓN ABOGACÍA ESPAÑOLA – FAE, *Delitos de odio, Guía práctica para la abogacía*, 2018, FAE, Madrid, 2018. [en línea]. <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2018/12/guia-delitos-de-odio.pdf>

FUNDACIÓN SECRETARIATO GITANO, *Guía para combatir el discurso de odio*, Fundación Secretariado Gitano, Madrid, 2017. [en línea]. https://www.gitanos.org/upload/96/00/GUIA-COMBATIR_DISCURSO_ODIO_FSG.pdf

GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art.510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2016. [en línea]. <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-20.pdf>

IGANSKI, P., *Hate Crimes Hurt More*, American Behavioral Scientist, 45(4), 2001, pp. 626-638.

INSTITUT DE DRETS HUMANS DE CATALUNYA, SOS RACISME, SPORA, *Serveis d'entitats i administracions de Barcelona per a víctimes de delictes d'odi*, Institut de Drets Humans de Catalunya/SOS Racisme, Barcelona, 2017. [en línea]. <https://www.idhc.org/arxius/recerca/Serveis-victimes-delictes-odi-v3.pdf>

INSTITUT DE DRETS HUMANS DE CATALUNYA, SOS RACISME, UNITED EXPLANATIONS, *Ciberespect. Guía práctica de intervención en línea para ciberactivistas*, Ecos do Sur, s.l., 2017. [en línea]. <https://www.idhc.org/es/investigacion/publicaciones/discriminacio-intolerancia-i-odi/ciberespect-guia-practica-de-intervencion-en-linea-para-ciberactivistas.php>

KAYE D., *Informe A/HRC/29/32 del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, s.l., 2011. [en línea]. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/095/88/PDF/G1509588.pdf?OpenElement>

LA RUE F., *Informe A/HRC/17/27 del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Principios generales sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión e Internet*, Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, s.l., 2011. [en línea]. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10048.pdf?view=1>

LA RUE F., *Informe A/67/357 del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, 2012. [en línea]. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10048.pdf?view=1>

MCDONALD S., HOGUE A. *Étude des besoins des victimes de crimes motivés par la haine*, Ministerio de Justicia de Canadá, s.l., 2007. [en línea] https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jp-cj/victim/rr07_vic1/rr07_vic1.pdf

MINISTERIO DE INTERIOR, *Instrucción 16/2014. Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio y Conductas que Vulneran las Normas Legales sobre Discriminación*, 2014. [en línea] <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/PROTOCOLO+ACTUACION/99ef64e5-e062-4634-8e58-503a3039761b>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA – UNESCO, *Combattre les discours de haine sur Internet*, UNESCO, París, 2015. [en línea] <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000234620>

ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y COOPERACIÓN EN EUROPA – OSCE, *Legislación sobre los Delitos de Odio, Guía Práctica*, OSCE, s.l., 2009. [en línea] <http://www.mitramiss.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/legislacionDelitosVinculando.pdf>

ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y COOPERACIÓN EN EUROPA – OSCE, *Hate Crime Data-Collection and Monitoring Mechanisms A Practical Guide*, OSCE, s.l., 2014. [en línea] <https://www.osce.org/odihr/datacollectionguide>

RELATORIA ESPECIAL DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias acerca de la violencia en línea contra las mujeres y las niñas desde la perspectiva de los derechos humanos A/HRC/38/47*, Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, 2012. [en línea]. <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/HRC/38/47&Lang=S>

SIMONOVIC D., *La violencia en línea contra las mujeres en México*, s.l., Coalición Internet es nuestra México, 2017. [en línea]. <https://www.apc.org/es/pubs/informe-la-violencia-en-l%C3%ADnea-contra-las-mujeres-en-m%C3%A9xico>

TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Internet: la jurisprudencia de la Cour européenne des droits de l'homme*, Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, s.l., 2015. [en línea]. https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_internet_FRA.pdf

UNIVERSITAT DE GIRONA, *Trabajar con víctimas de delitos de odio antiLGTB. Manual práctico*, Universidad de Girona, s.l., 2015. [en línea]. http://treballiaferssocials.gencat.cat/web/.content/03ambits_tematicas/09lgtbi/Servei_Atencio_Integral/Trabajar_con_victimas_de_delitos_de_odio_anti-LGTB_Manual_practico.pdf

