



Ilustre colegio provincial de
ABOGADOS DE LA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER DE ABOGACÍA

El “*odio*” en las redes: guía práctica para el abogado

O “*odio*” nas redes: guía práctica para o avogado

“*Hate speech*” in social media: useful guide for the attorney

Sergio Baña Domínguez

Tutor: José Antonio Ramos Vázquez

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	3
II. NORMATIVA APLICABLE	4
1. Normas de carácter internacional ratificadas por el Estado español.	4
2. Los matices de la libertad de expresión en la CE de 1978.	6
3. El <i>discurso del odio</i> como límite a la libertad de expresión.	9
III. EL DISCURSO DEL ODIO EN EL ART. 510 CP.....	14
1. Consideraciones previas.....	14
2. El artículo 510.1 a) del Código penal: fomento, promoción o incitación pública al odio, hostilidad, discriminación o violencia.....	15
2.1 ¿Cuáles son los colectivos vulnerables?	16
3. El art. 510.1 b) del Código penal: elaboración, tenencia y/o difusión de soportes aptos para incitar al odio, hostilidad, discriminación o violencia.	20
4. El art. 510.1 c) del Código penal: negación, trivialización grave o enaltecimiento de crímenes contra la humanidad.	22
5. El art. 510.2.a) del Código penal: humillación, menosprecio o descrédito contra la dignidad de las personas.	24
6. El art. 510.2.b) del Código penal: enaltecimiento o justificación de los delitos de odio.	26
7. El art. 510.3 del Código Penal: la difusión mediática.....	27
8. El art. 510. 4 del Código penal: la alteración de la paz pública o la creación de un grave sentimiento de inseguridad o temor.	29
9. La responsabilidad civil como alternativa.....	29
IV. APUNTES PROCESALES SOBRE EL DISCURSO DEL ODIO.....	33
1. Inicio del procedimiento penal.	33
2. Admisión a trámite de los delitos relativos a actos de expresión.....	36
3. La competencia territorial en casos de discurso del odio en redes sociales.....	38
4. Particularidades de la investigación penal y los medios electrónicos.	39
4.1 El art.510.6 del Código penal como consecuencia accesoria.....	39
4.2 La problemática de las redes sociales.	41
V. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS: CUATRO CLAVES PARA UNA ASISTENCIA LETRADA FRENTE A UNA ACUSACIÓN POR UN DELITO DE ODIO	43
VI. BIBLIOGRAFÍA	45
ÁPENDICE JURISPRUDENCIAL	47

ABREVIATURAS

Artículo	Art.
Auto	A
Audiencia Nacional	AN
Audiencia Provincial	AP
Boletín Oficial del Estado	BOE
Código civil	Cc
Constitución española	CE
Convenio Europeo de Derechos Humanos	CEDH
Código penal	Cp
Declaración Universal de los Derechos Humanos	DUDH
Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal	EOMF
Fundamento Jurídico	FJ
Ley de Enjuiciamiento Civil	LEC
Ley de Enjuiciamiento Criminal	LECrim
Ley Orgánica de Protección civil del derecho al Honor	LOPH
Real Academia Española	RAE
Tribunal Constitucional	TC
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	TEDH
Tratado de Funcionamiento de la UE	TFUE
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	TJUE
Tribunal Supremo	TS
Sentencia	S
Unión Europea	UE

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como fin orientar en la asistencia letrada cuando el proceso penal se deriva de una aplicación práctica de un valor fundamental de toda democracia: la libertad de expresión. Para ello, presentará tanto una breve introducción a la normativa y a sus interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales como claves prácticas de cómo actuar ante casos en los que una persona acaba en un juzgado por hacer uso de este derecho fundamental.

No es una labor fácil para un trabajo de fin de máster condensar un tema como la libertad de expresión. Por ello, el enfoque teórico será mínimo y se abandona la voluntad académica tradicional para centrarse en lo que sucede en la realidad de la práctica jurídica. Es decir, saber cómo un letrado ha de actuar cuando a su despacho llega un caso relativo a este tema. El grueso del trabajo versará sobre el análisis penal, dado que la incidencia en la vía civil es escasa, aunque ello no es óbice para que se trate de forma breve la idoneidad del orden jurisdiccional en este asunto.

En definitiva, la ambición de este trabajo es la de servir como guía o referencia, dando claves, por ejemplo, para resolver cuestiones que puedan surgir acerca de un mal uso de las redes sociales, ante un posible delito de odio. Por tanto, el objetivo no es otro que alcanzar una cierta seguridad para enfrentarse a la resolución de estos casos que están a la orden del día y generan gran litigiosidad¹.

¹ Esta introducción fue redactada el día 20 de abril de 2021. Una de las noticias más sonadas en este día fue la apertura de diligencias de investigación contra el partido político Vox por un posible delito de incitación al odio, la violencia o la discriminación contra grupos vulnerables (art.510 Cp). Todo ello, por la colocación de un cartel electoral que compara el coste mensual de los menores extranjeros no acompañados con la pensión que reciben los mayores jubilados. Entre otros, véase Garea, Fernando; y Parera, Beatriz. 20/04/2021. “Fiscalía investiga si Vox comete un delito de odio por el cartel electoral contra los menas”, en *El Confidencial*, consultado 20/04/2021, disponible en: https://www.elconfidencial.com/espana/madrid/2021-04-20/fiscalia-vox-delito-odio-cartel-electoral-menas_3042735/. En contraposición, el día 10 de enero de 2022 se finalizó este trabajo. La noticia más significativa fue la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que absolvía al humorista David Suárez de un delito del art. 510.2 Cp, por humillación, menosprecio o descrédito contra la dignidad de las personas. Concretamente, la publicación de un *tweet* en el que hacía un chiste sobre las personas con síndrome de *down* daba inicio al proceso penal. Por todos, véase Jiménez Gálvez, José María. 23/12/2021. “Absuelto el humorista David Suárez: Hay que saber distinguir el mal gusto de lo que es delito”, en *El País*, consultado el 10/01/2022, disponible en: <https://elpais.com/espana/madrid/2021-12-23/absuelto-el-humorista-david-suarez-hay-que-saber-distinguir-el-mal-gusto-de-lo-que-es-delito.html>.

II. NORMATIVA APLICABLE

1. Normas de carácter internacional ratificadas por el Estado español.

El punto de partida ineludible para tratar la libertad de expresión es la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH). Las fuentes de las que emanan la consagración de este Tratado Internacional, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948, son varias. Sin embargo, deben destacarse como precedentes más importantes el Bill of Rights y la Constitución de los Estados Unidos, primera norma fundamental escrita de la historia.

En cuanto al *Bill of Rights*, se trata de una ley que declara los derechos y las libertades de los ingleses. Se promulga esta norma en 1688 e interesa lo que dispone acerca de la libertad de expresión. Concretamente, establece una primera aproximación en relación con una prerrogativa en favor de los miembros del Parlamento inglés. En la enmienda IX, figura expresamente que “*las libertades de expresión, discusión y actuación del Parlamento no pueden ser juzgadas ni investigadas por otro Tribunal que el Parlamento*”².

Por tanto, este texto prevé una de las primeras protecciones al derecho de libertad de expresión, aunque solo en relación con los parlamentarios, lo que tiene cierta reminiscencia con la protección que nuestro ordenamiento jurídico brinda a los Diputados y Senadores cuando hacen uso de la palabra en sede parlamentaria³.

Igualmente, merece ser nombrada la I enmienda de la Constitución de 1791 de los Estados Unidos de América. En ella se establece: “*el Congreso no hará ley alguna por la que ... coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios*”⁴. Es de destacar que Estados Unidos es uno de los Estados que consagra una libertad de expresión altamente protegida⁵.

Volviendo a la DUDH, es un texto vital que influye en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados que conforman la Organización de Naciones Unidas. Su proclamación fue en París el 10 de diciembre de 1948, tras el grave impacto social que causa el fin de la II Guerra Mundial. En el

² Véase una transcripción del texto en la página oficial de Reino Unido, en la que se publica toda su legislación, en concreto: <https://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/introduction> (consultado el día 20/04/2021).

³ Cfr. Art. 71 CE, en el que se fija el estatuto de los miembros de las Cortes Generales. En este sentido, interesa la actuación en 2015 del diputado de Amaiur, Sabino Cuadra, que arrancó varias páginas de la CE. Se intentó adoptar una sanción disciplinaria en el Congreso, pero su protección reforzada como parlamentario evita que por este acto de expresión se pueda perseguir en vía penal. En el diario de sesiones del Congreso de los Diputados y Diputación Permanente, año 2015, X legislatura, núm. 306, sesión plenaria núm. 286, de 16 de septiembre de 2015, se retiró toda referencia a este acto. No obstante, figura en la página 135 una referencia por parte de Sabino Cuadra a estos hechos: “he arrancado dos páginas de la Constitución que reflejaban eso. Si eso se entiende como una violación del Reglamento, eso quiere decir que la libertad de expresión en esta Cámara está tremendamente cuarteada y que es además tremendamente parcial”.

⁴ Véase una transcripción de la Constitución en la página oficial del Senado de los Estados Unidos: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amendments (consultado el día 20/04/2021).

⁵ Véase FREIXES MONTES, J., “La protección constitucional de la libertad de expresión en Estados Unidos: ¿un modelo para Europa?”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 10, 1996, pág., 278: “*existe en la actualidad una doble protección constitucional de la libertad de expresión: la proporcionada por la Primera Enmienda de la Constitución federal y la atribuida por los preceptos relativos a la libertad de expresión contenidos en todas y cada una de las cincuenta Constituciones propias de los Estados miembros de la Unión*”.

caso de España, este documento es ratificado al socaire de la redacción de nuestra Constitución, con el *Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*⁶. La DUDH está al mismo nivel que la Constitución española (en adelante CE), puesto que así lo reconoce el art. 10 CE⁷.

En lo que se refiere a la libertad de expresión, hay que acudir al art. 19 de la DUDH. En este precepto se establece que: *“todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”* Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, elaborado en 1966, delimita este derecho en su art. 19:

*“Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 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. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; y, la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”*⁸.

Una vez se ha tratado someramente el nacimiento de la libertad de expresión como derecho humano, hay que acudir al contexto europeo. En este sentido, se trata de otro reconocimiento que refuerza este derecho y que tiene traslación al ordenamiento jurídico español. El Consejo de Europa vela por el cumplimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) y cuenta con un Tribunal específico para ese cometido: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El CEDH en su art. 10 reconoce el derecho a la libertad de expresión, la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones. Sin embargo, el propio precepto permite limitar legalmente cualquiera de estos derechos con el fin de preservar *“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”*⁹. Por tanto, a la vez que se reconocen estas libertades, también se recogen los cauces para limitarlas, de manera que cada legislador nacional puede establecer hasta donde alcanza la libertad de expresión.

⁶ B.O.E. Núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23.564 a 23.570, Disposiciones generales, Jefatura del Estado (BOE-A-1979-24010).

⁷ El art.10 CE establece: *“las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*.

⁸ Véase el Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (B.O.E. núm.103, de 30 de abril de 1977).

⁹ “Al tratarse de la formulación de pensamientos, ideas y opiniones, su argumento viene delimitado porque no haya expresiones indudablemente injuriosas, o que resulten innecesarias por la exposición de las mismas: (SSTEDH Caso *Castells; Bergus, Tiedende, y otros; López Gómez, Da Silva; y Tammen*).

En lo que respecta a España, con su adhesión a la Unión Europea en 1985¹⁰, se le aplica la normativa europea de forma preferente. Concretamente, en el art. 93 CE de nuestro texto constitucional se reconoce el principio de primacía del derecho de la UE. Este principio no solo conlleva la aplicación directa y preferente de la normativa comunitaria, también obliga a acatar las interpretaciones que de estas normas hagan tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como el TEDH¹¹. Por ello, los límites que el legislador español haya podido establecer para el ejercicio de la libertad de expresión pueden contravenir la normativa y la jurisprudencia europea. En ese caso, el ordenamiento jurídico nacional y su aplicación por parte de los Jueces debe acatar los mandatos que le llegan desde Europa, ya sea a través de normas jurídicas como de Sentencias del TEDH.

En conclusión, con estos apuntes *a calamo currente* acerca de la normativa internacional se puede comenzar a valorar nuestra Constitución de 1978. Desde esta aproximación se puede tener una visión acerca de la importancia con la que cuenta la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico internacional. Es uno de los valores y derechos humanos de mayor trascendencia, siendo la libre expresión y difusión de opiniones e ideas un elemento esencial en todo Estado Democrático, Social y de Derecho.

2. Los matices de la libertad de expresión en la CE de 1978.

La libertad de expresión se reconoce en el art. 20.1 a) CE, dentro del capítulo dedicado a los *derechos y libertades*, y a su vez, dentro de la sección *de los derechos fundamentales y de las libertades públicas*. Concretamente, este precepto recoge el derecho “*a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción*”. Este es el tenor literal de la Constitución, que no establece unos límites claros. Por ello, ha sido tarea de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional interpretar el contenido de este artículo, de manera que, en este epígrafe se tratará la esencia y límites de la libertad de expresión en nuestra Ley Fundamental.

A modo de comienzo, es interesante diferenciar la libertad de expresión del art. 20.1 CE de la libertad de información del art. 20.4 CE. Al ser dos libertades íntimamente conectadas y que cuentan con elementos comunes, su diferenciación *a priori* no es algo sencillo. La libertad de expresión tiene una clara connotación subjetiva, pues cada sujeto construye una opinión propia a través de su representación personal de la realidad. En contraposición, la libertad de información debe tender a la objetividad y por esta razón la libertad de información debe estar más limitada. Habitualmente, existe una combinación entre la libertad de expresión y la de información, ya que el informador puede manifestar su propia opinión. Por ello, la línea divisoria entre estas dos libertades es difícil de

¹⁰ Véanse *Instrumento de Ratificación del Tratado hecho en Lisboa y Madrid el día 12 de junio de 1985, relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica*. (BOE-A-1986-1); y, el Diario Oficial UE, núm., L 302 de 15/11/1985 p. 0005 – 0006.

¹¹ Sobre el principio de primacía, interesa la STJUE de 15 de julio de 1964, *asunto Flaminio Costa vs. Enel*, en la que se determina que el Derecho procedente de las instituciones europeas se integra en los sistemas jurídicos de los Estados miembros que están obligados a respetarlo. Por lo tanto, el Derecho europeo tiene primacía sobre los Derechos nacionales. En consecuencia, si una norma nacional es contraria a una disposición europea, las autoridades de los Estados miembros deben aplicar la disposición europea. El Derecho nacional no se anula ni deroga, pero su carácter obligatorio queda suspendido.

delimitar sin hacer un examen exhaustivo de quién es el emisor, quién es el receptor y, sobre todo, el carácter del mensaje¹².

En todo caso, la anterior diferenciación no excluye que la libertad de expresión y la de información puedan ser ejercidas por cualquier ciudadano. No obstante, existen mayores limitaciones en lo que se refiere a los profesionales de la información, con el fin de evitar un mal empleo de los medios de comunicación, que pueden priorizar la captación de audiencia y dejar en un segundo plano la verosimilitud informativa. En definitiva, son tenues las fronteras entre la libertad de expresión y la libertad de información, si bien es cierto que existen matices que las diferencian.

Antes de comenzar a analizar la jurisprudencia del TC sobre los límites de la libertad de expresión, es útil traer a colación una famosa frase de Jean-Paul Sartre: “*mi libertad se termina donde empieza la de los demás*”¹³. En concreto, esta oración tiene gran relevancia para introducir el límite con el que cuenta la libertad de expresión, ya que su ejercicio se ve restringido en cuanto perjudique la libertades y derechos del resto de ciudadanos¹⁴. El ejemplo más representativo de esta colisión es la afectación a los derechos fundamentales al honor, la intimidad y la propia imagen del resto de personas¹⁵. Por tanto, ante este tipo de situaciones debe realizarse una ponderación de bienes y circunstancias propias de cada caso para determinar si existe una extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión¹⁶.

Con el ánimo de facilitar este balance de derechos entre el art. 18.1 y 20.2 de la CE, el TC ha establecido en diferentes sentencias una serie de reglas:

- En ningún caso se admite el insulto o las calificaciones claramente difamatorias¹⁷;
- La ocupación o cargo de la persona afectada tiene gran relevancia, puesto que existen personas que por su profesión se ven expuestas al público y deben soportar una minoración de su intimidad y una mayor crítica social¹⁸;
- Las expresiones tienen que ser acordes con los usos sociales, es decir, puede ocurrir que expresiones que en el pasado eran atentatorias del honor hoy en día resulten inocuas;
- y, por último, la cuarta, no desvelarán aspectos de la vida privada que son irrelevantes para la información¹⁹.

¹² Véase la STC 160/2003, de 15 de septiembre de 2003 (ECLI:ES:TC:2003:160).

¹³ Véase SARTRE, J.P., *El Existencialismo es un humanismo*, Editorial UNAM, 2006, pág. 77.

¹⁴ Véase la STC 110/2000, de 11 de mayo (ECLI:ES:TC:2000:110): “*los derechos fundamentales analizados no son ilimitados, pues ninguno lo es*”.

¹⁵ Por todas, la STC 6/2020, de 27 de enero (ECLI:ES:TC:2020:6).

¹⁶ Véase la STC 359/1987, de 23 de marzo (ECLI:ES:TC:1987:359).

¹⁷ Véase la STC 204/2001, de 15 de octubre (ECLI:ES:TC:2001:204); la STC 20/2002, de 28 de enero (ECLI:ES:TC:2002:20); la STC 181/2006, de 20 de julio (ECLI:ES:TC:2006:181); y la STC 9/2007, de 15 de enero (ECLI:ES:TC:2007:9).

¹⁸ Véase la STC 101/2003, de 2 de junio (ECLI:ES:TC:2003:101)

¹⁹ Véase la STC 185/2002, de 14 de octubre (ECLI:ES:TC:2002:185); y la STC 127/2003, de 30 de junio (ECLI:ES:TC:2003:127).

Por otra parte, es interesante añadir que la libertad de expresión en nuestro país cuenta con otro matiz, y es que no se trata de una democracia militante²⁰. Este concepto se refiere a aquella libertad de expresión que permite el ataque a los valores esenciales de la democracia, sus principios y objetivos. Por tanto, todo ciudadano puede pronunciarse en contra de la legalidad y del orden constitucional, siempre que *de facto* los respete. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2003 establece de forma precisa cuál es el límite esencial²¹:

“la única exigencia al pluralismo, impuesta por el propio texto constitucional en plena sintonía con Convenio de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, es que la defensa de sus postulados por los partidos debe hacerse respetando la legalidad y por cauces democráticos, nunca a través de la violencia y nunca cercenando derechos fundamentales de los demás, esto es, nunca aprovechándose de un marco constitucional de extrema amplitud para lesionar unos derechos fundamentales de las personas que ostenta un nivel no inferior de protección”.

No obstante, en el momento en el que las expresiones inciten al odio o a la violencia pierden toda protección posible. Esta ha sido la línea que ha ido fijando el TEDH y que ha llevado a los Estados a la represión penal de los mensajes que inciten al odio. Por ejemplo, en lo que se refiere a la difusión de ideas nacionalsocialistas, el TEDH ha entendido que se produce un abuso de la libertad de expresión y, por ello, no se encuentra amparado por el art. 10 CEDH. Para esta interpretación el Tribunal se sirve del tenor literal del art. 17 CEDH: *“ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”*²².

Además, el TEDH se ha encargado de interpretar el contenido del art. 10.2 del CEDH con el fin de establecer cómo se deben establecer sus límites:

- Cada Estado miembro puede establecer las medidas limitadoras de la libertad de expresión, siempre y cuando se haga por una ley formal compatible con el Estado de Derecho;
- esta injerencia en la libertad de expresión debe tener como objetivo la protección de intereses generales, derechos individuales y los dirigidos a mantener la imparcialidad judicial;
- que la restricción sea proporcional en relación al objetivo legítimo perseguido²³.

²⁰ Véase como aproximación a este concepto, la STC 177/2015, de 22 de julio (ECLI:ES:TC:2015:177): *“la libertad de expresión comprende la libertad de crítica ‘aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática’; y que la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones ‘acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población’, ya que en nuestro sistema 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”.*

²¹ Véase la STS 2133/2003, de 27 de marzo (ECLI: ES:TS:2003:2133).

²² Véase la STEDH de 23 de setiembre de 1994, *asunto Jersild contra Dinamarca*; la STEDH de 23 de setiembre de 1998, *asunto Lehieux e Isorni vs. Francia*; y la STEDH de 10 de octubre del 2000, *caso Ibrahim Aksoy: “las declaraciones tendentes a incitar a la sociedad al odio racial... no pueden beneficiarse del artículo 10 del CEDH”.*

²³ Véase RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 246 y 247.

En resumen, se traen a colación las consideraciones del TEDH por una sencilla razón y es que el Tribunal Constitucional nunca se ha pronunciado acerca de los límites que establece el art. 20.4 CE²⁴. Por ello, se ha seguido la línea de ponderación marcada por el TEDH, que consiste en reconocer el valor esencial de la libertad de expresión sin permitir determinados discursos. La consecuencia directa de esta dinámica es que en cada caso se deberá realizar un juicio sobre la proporcionalidad de la restricción y una ponderación de los intereses en conflicto²⁵.

En conclusión, la Constitución española consagra la libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones, excluyendo las expresiones que según el caso sean ofensivas y a la vez innecesarias para manifestar las opiniones o ideas de las que se trate²⁶. El problema surge a la hora de realizar la ponderación de derechos en conflicto, ya que en unos casos la interpretación judicial puede tensar la cuerda sobre la que pende la libertad de expresión y en otros simplemente aflojarla²⁷. En mi opinión, el contenido de la libertad de expresión y sus límites deben interpretarse siguiendo esta consideración del TC:

“No cabe definir lo objetivamente ofensivo al margen por completo de las circunstancias y del contexto en el que se desarrolla la conducta expresiva, ni tampoco limitar la cobertura que ofrece la libertad de expresión a aquello que sea necesario, entendido en el sentido de imprescindible, adecuado y absolutamente pertinente, ni reducir su ámbito de protección a las expresiones previsibles o al uso en situaciones de acuerdo o avenencia, pues esa lectura de los márgenes de actuación del derecho fundamental supondría reducir el ámbito de la libertad de expresión a las ideas de corrección formal abstracta y utilidad o conveniencia, lo que constituiría una restricción no justificada de esos derechos de libertad de los ciudadanos e implicaría desatender, en contra de las posiciones de nuestra jurisprudencia, la libertad del sujeto y el entorno físico o de situación en el cual se produce su ejercicio”²⁸.

3. El discurso del odio como límite a la libertad de expresión.

En este epígrafe se trata uno de los límites a la libertad de expresión que constituyen el tema principal de este trabajo: el discurso del odio. Anteriormente, se ha tratado el reconocimiento que el CEDH otorga a los Estados miembros para establecer límites para proteger intereses generales y derechos particulares. Asimismo, el art. 20.4 CE recoge una cautela similar, de manera que la represión penal se reconoce legítimamente como control de la libertad de expresión. La necesidad de

²⁴ Cfr. art.20.4 CE: “estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este 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”.

²⁵ Véase la STC 158/2003, de 15 de septiembre (ECLI:ES:TC:2003:158): “este Tribunal ha elaborado un cuerpo consolidado de doctrina en los casos en que exista un conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor, coincidente en lo sustancial con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 10.1 del Convenio europeo de derechos humanos”. En el mismo sentido, la STC 54/2004, de 15 de abril (ECLI:ES:TC:2004:54).

²⁶ Véase la STC 107/1988, de 8 de junio (ECLI:ES:TC:1988:107); la STC 1/1998, de 12 de enero (ECLI:ES:TC:1998:1); la STC 200/1998, de 14 de octubre (ECLI:ES:TC:1998:200); la STC 180/1999, de 11 de octubre (ECLI:ES:TC:1999:180); y la STC 6/2000, de 17 de enero (ECLI:ES:TC:2000:6).

²⁷ Véase sobre la ponderación de derechos la STC 51/2008, de 14 de abril (ECLI:ES:TC:2008:51): “en los conflictos entre particulares que afectan al art. 18.1 CE, la concurrencia de otros derechos fundamentales y el carácter no absoluto, sino principal y, por lo tanto, apriorístico, de todos ellos hacen de la ponderación judicial el método interpretativo materialmente empleado para resolver dichos conflictos, otorgando prevalencia a uno de ellos a la luz de las circunstancias del caso”. Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Op.cit.*, págs. 293 a 295.

²⁸ Véase la STC 151/2004, de 20 de septiembre (ECLI:ES:TC:2000:6).

que el Código penal proteja los derechos consagrados por la CE hace necesario la existencia de delitos que sancionen una extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión. Precisamente, si se realizan con una clara voluntad discriminatoria. Además, la lucha contra el odio debe ser exigente, ya que se trata de un problema de urgente actualidad y en el que existe un alto porcentaje de infradenuncia²⁹.

En el contexto de la Unión Europea se han ido fijando los hitos normativos necesarios para la persecución del discurso del odio. Por ello, antes de entrar a valorar qué es, interesa visualizar cuáles son los precedentes y las razones por las que se persigue este tipo de delito de odio. En este sentido, la propia normativa europea prevé una limitación del derecho a la libertad de expresión cuando su uso suponga un fomento de la discriminación racial. En este sentido, el Tratado de Funcionamiento de la Unión europea en su art. 67.3 establece que *“la Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales”*.

Por tanto, con el amparo legal que ofrece el TFUE se elabora la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, que tiene como objetivo que los Estados miembros establezcan sanciones penales para las conductas racistas³⁰. Asimismo, se promulga la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 que alude al crimen de odio, explicando que se trata de delitos llevados a cabo *“por motivos de odio, prejuicios o discriminación”*. Es a partir de este momento cuando se amplía la protección a otros colectivos que no se ven afectados por el racismo o la xenofobia, sino que se ven afectados por razón de su religión, orientación sexual, por sufrir una discapacidad o una enfermedad, por su género...³¹

²⁹ Los datos más recientes son de una encuesta sobre delitos de odio del Ministerio de Interior, realizada en junio de 2021, del que se quiere destacar que: “Los resultados muestran que un 41,65% de los participantes (n = 437) ha sido víctima de delitos de odio en los últimos 5 años en más de una ocasión. Por un lado, han recibido comentarios o gestos ofensivos en más de 10 ocasiones (40,05%; Tabla 7), aunque en un porcentaje elevado no llegan a tener mayor gravedad, al no ser amenazas de carácter violento (41,19%; Tabla 8), ni agresiones (64,07%; Tabla 9), ni mensajería instantánea o emails ofensivos (76,9 %; Tabla 11). Por otro lado, más de un 50% de ellos han recibido ofensas o amenazas por redes sociales o internet (Tabla 10), lo que pone de manifiesto lo importante del fenómeno del discurso de odio en esa vía de comunicación. Por último, más de un 70 % de los encuestados ha recibido en los últimos 5 años, ya sea una o más veces, algún trato discriminatorio”. Este informe se encuentra disponible en: http://www.interior.gob.es/documents/642012/13622471/Informe_encuesta_v%C3%ADctimas_delitos+de+odio_versi%C3%B3n_definitiva.pdf/3d1b8ccd-d6d3-48ba-8a09-813cd99d0704 (Consultado el día 14/10/2021).

³⁰ Véase la Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal: *“el objetivo de esta Decisión marco es garantizar que determinadas manifestaciones graves del racismo y la xenofobia sean punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias en toda la Unión Europea (UE). Asimismo, pretende mejorar y fomentar la cooperación judicial en este campo”*.

³¹ Véase el Considerando (56): *“las evaluaciones individuales deben tomar en consideración las características personales de la víctima, como edad, sexo, identidad o expresión de género, etnia, raza, religión, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, estatuto de residente, dificultades de comunicación, relación con el infractor o dependencia del mismo, experiencia anterior de delitos. Deben tener en cuenta, asimismo, el tipo o la naturaleza del delito y las circunstancias del mismo, por ejemplo, si se trata de un delito por motivos de odio, prejuicios o discriminación”*. En términos similares se pronuncia el art.22.3 de la Directiva (Diario Oficial de la UE, de 14 de noviembre de 2012). La transposición de esta Directiva al derecho español se hace mediante la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

En otro orden de cosas, para comenzar a centrar la cuestión es útil traer a colación una definición elaborada por el Consejo de Europa, que establece que el discurso del odio es: *“cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, la discriminación y la hostilidad contra las minorías y los inmigrantes”*³². De igual modo, la jurisprudencia del TEDH ha contribuido a crear esta definición que se perfila en distintas sentencias y que define este discurso como *“aquel que desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular”*³³. Esta definición ha seguido perfilándose en resoluciones más recientes y se consolida la idea de que *“el ataque a personas cometido mediante el insulto, exponiendo al ridículo o a la difamación de grupos específicos de la población es suficiente razón para que las autoridades combatan el discurso racista de frente a la libertad de expresión ejercida en una manera irresponsable”*³⁴.

En esta línea, es interesante señalar que el Tribunal Constitucional entiende por discurso del odio. Es un nuevo límite a la libertad de expresión, una nueva categoría en la que se enmarcan aquellos mensajes de contenido racista o xenófobo, que inciten al odio racial o a la violencia contra determinados colectivos y que desprecian la dignidad humana³⁵. Siguiendo con este criterio, el TC hila más fino al explicar que la razón por la que este discurso no encuentra protección constitucional es el potencial peligro que genera³⁶.

En resumen, el TC presenta el discurso del odio como una incitación directa a la violencia, gracias a la interpretación sistemática de distintas Sentencias del TEDH. Igualmente, asume que se puede producir esta incitación de forma indirecta si se le añaden elementos que sean propicios para generar un clima de hostilidad hacia determinados colectivos. Sirven estas consideraciones como una introducción para cuando se trate el aspecto material del art. 510 del Cp, ya que este precepto es el máximo exponente del discurso del odio en nuestro ordenamiento jurídico penal³⁷.

Por último, es pertinente no solo saber qué es el discurso del odio, sino también identificarlo. Por ello, interesa señalar tres factores; víctima, autor y contexto para determinar si existe un

³² Véase la Recomendación 97 (20) de 30 octubre 1997 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

³³ Véase, por todas, la STEDH de 8 de julio de 1999, asunto *Erdogdu e Ince vs. Turquía*.

³⁴ Véase la STEDH de 9 de mayo de 2012, asunto *Vejdeland and Others vs. Suecia*. Asimismo, como siguen la doctrina de esta sentencia, véase la STEDH de 10 de julio de 2008, asunto *Soulas vs. Francia*; la STEDH de 7 de mayo de 2010, asunto *Jean Marie Le Pen vs. Francia*; y, la STEDH de 17 de diciembre de 2013, asunto *Perinçek vs. Suíza*.

³⁵ Véase la STC 214/1991, de 11 de enero (ECLI:ES:TC:1991:214): *“ni la libertad ideológica (art. 16 C.E.) ni la libertad de expresión (art. 20.1 C. E.) comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que, tal como dispone el art. 20.4, no existen derechos ilimitados y ello es contrario no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (art. 10 C.E.), que han de respetar tanto los poderes públicos como los propios ciudadanos, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9 y 10 de la Constitución”*.

³⁶ Véase la STC 235/2007, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TC:2007:235): *“se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados en 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”*.

³⁷ Véase LANDA GOROSTIZA, J.M., *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs.50 a 63; y PORTILLA CONTRERAS, G., “La represión penal del odio”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. (dir.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A (coord.), VENTURA PÜSCHEL, A. (coord.), *Tratado de derecho penal español. Parte especial IV. Delitos contra la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs.387 a 390.

componente de odio en un acto de expresión³⁸. Esto último no es una tarea sencilla, por lo cual, con el fin de facilitar esta apreciación de la existencia o no del componente discriminatorio, existe una herramienta de gran utilidad. En concreto, se trata del Plan de Acción de Rabat³⁹, es un test en el que se recogen los elementos a tener en cuenta y que sirve de apoyo para multitud de operadores jurídicos, ya sean abogados, fiscales o Jueces⁴⁰.

En resumen, las circunstancias que valora el test de Rabat son las siguientes: -el contexto; - quién emite el mensaje y su proyección social; - la intención; - el contenido y la forma del mensaje; - la extensión del discurso; - la probabilidad del riesgo que se crea⁴¹. A continuación, conviene explicar a qué se refieren algunos de estos parámetros.

En lo que se refiere al contexto, es una situación previa que el Estado no puede controlar, puesto que el contexto sociopolítico, valga la redundancia, es diferente en cada país. A modo de ejemplo, el problema migratorio español no es comparable con el de otros Estados y una situación socialmente conflictiva como esta es ideal para generar intolerancia y estereotipos⁴². Sin embargo, no es necesaria la existencia de un contexto de crisis que debilite los bienes jurídicos que la norma penal protege, lo realmente importante es la posible creación de un peligro a raíz de la conducta⁴³.

En relación con la capacidad para generar odio, también es distinta según quiénes sean los emisores del discurso. En concreto, cuentan con una gran influencia los representantes políticos y los medios de comunicación por su alta visibilidad y su posición autorizada frente a la sociedad⁴⁴.

La víctima es un elemento importante a la hora de valorar la existencia de un posible delito de odio. En principio, puede dar una primera aproximación acerca del motivo de la conducta, ya que, como se verá más adelante, uno de los requisitos del discurso del odio es la pertenencia de la víctima a un colectivo considerado vulnerable. El objetivo es proteger el riesgo que el discurso del odio genera contra un determinado colectivo o un sujeto integrante del mismo⁴⁵.

³⁸ Véase la STEDH de 20 de octubre de 2015, *asunto Balazs vs Hungría*, que establece como criterio que “cuando se investiguen incidentes violentos, las autoridades del Estado tienen la obligación adicional de tomar todas las medidas razonables para descubrir cualquier motivación racista y determinar si el odio o los prejuicios étnicos han intervenido o no en los acontecimientos”.

³⁹ Informe del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso (A/HRC/22/17/Add.4, 11 de enero 2013).

⁴⁰ Véase la STEDH de 17 de julio de 2018, *asunto Mariya Alekhina y otros vs. Rusia*, en la que el Tribunal hizo referencia al Plan de Acción de Rabat en el inciso relativo a materiales internacionales de referencia.

⁴¹ Cfr. con la Recomendación de Política General núm. 15 relativa a la lucha contra el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI). Consejo de Europa, adoptado el 8 de diciembre de 2015 (trad. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación) y Memorándum explicativo (trad. AIM Asociación de intérpretes de Madrid), Estrasburgo, 21 de marzo de 2016, pág. 21.

⁴² Cfr. ALCÁCER GUIRAO, R., “Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14-02, 2012, pág. 02:30: “una sociedad estable en la que no existan situaciones estructurales de desequilibrio o desigualdad entre distintos colectivos sociales, poseerá mecanismos suficientes para ofrecer resistencia al discurso del odio, por lo que no estaría justificado el recurso a un instrumento de ultima ratio como es la pena”.

⁴³ Véase la STS 335/2017, 11 de mayo (ECLI: ES:TS:2017:1851) al referirse a estas conductas establece que es necesario que: “alimente un clima favorable a su reproducción o se constituya en germen, remoto pero real, de nuevas acciones de esa naturaleza, acciones que cuartejan los pilares del Estado de derecho”.

⁴⁴ Véase ROVIRA OLIVÉ, E. y LABORDA CLOPAS, E., *El prejuicio fet noticia, Estudio del Observatorio del discurso del odio en los medios de comunicación*, Grupo de periodistas Ramón Barnils y Ayuntamiento de Barcelona, 2017.

⁴⁵ Véase LANDA GOROSTIZA, J.M., *Op.cit.*, pág.66. Una única persona puede ser víctima del delito siempre que se entienda que actúa como representante vicario de un determinado grupo. En el mismo sentido, el AAP de Girona 48/2019, de 30 de enero (ECLI: ES:APGI:2019:46A): “sólo debería existir la sanción cuando las conductas del autor del

En cuanto al autor, se emplean diversos datos para afirmar si existe un componente de odio en su conducta. En primer lugar, se valora si hay antecedentes penales que se refieran a algún delito de odio contra los colectivos señalados por la ley penal⁴⁶. En segundo lugar, son de gran importancia las manifestaciones que se hagan en las redes sociales, ya que se examinan con detalle todos los perfiles del autor en internet para fundamentar el móvil de odio. En tercer y último lugar, el entorno social del autor por su integración en grupos que se caracterizan por odiar a determinados colectivos puede servir para sustentar el motivo de odio.

Por último, la intención, la forma y el contenido del discurso son otros de los criterios a tener en cuenta. No obstante, es harto difícil explicar cómo debe construirse una manifestación de odio hacia un colectivo o sujeto concreto. La clave interpretativa se centra en la incitación directa al odio como objetivo del discurso. Por ello, se exige un examen sobre el riesgo o el incremento de peligro que genera el mensaje, en consonancia con el medio empleado.

En conclusión, puede ser ilustrativo un análisis de un caso real siguiendo el test de Rabat, para ello, se trae a colación la Sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 7 de marzo de 2014⁴⁷. En esta Sentencia se condena a un diario por un delito de provocación al odio por la publicación de un “poema” con contenido xenófobo, en el que se trata el tema de la inmigración en pateras con frases como: “*Comparemos mosquetones pistolas, fusiles y cañones, y hasta un barco cañonero con ellos dispararemos, y estos intrusos invasores que regresen por donde vinieron*”. El texto es mucho más largo y recoge otras expresiones vejatorias contra los inmigrantes, el poema lo transcribe literalmente la Sentencia.

El contexto de agitación en las islas Canarias sobre el problema migratorio es mensurable aún hoy. Por ello, no es difícil imaginar que este tipo de mensajes pueden ayudar a generar más tensión entre la población. El objetivo del mensaje son personas de origen africano que llegan a las islas, es decir, que su procedencia es una molestia y una razón para un trato discriminatorio⁴⁸. El medio empleado para la difusión es un diario de alcance provincial, lo que implica una capacidad de incidir en gran cantidad de lectores. En cuanto a si la ciudadanía tinerfeña es más o menos proclive a este tipo de mensajes es una cuestión valorativa, que dependerá de cada momento y de cada persona que reciba el mensaje. El formato que se emplea de un poema puede que le reste seriedad y dote de ironía al mensaje, dándole de esta forma un cariz crítico. En definitiva, siguiendo con la aplicación del test de Rabat, este poema puede ser interpretado como una incitación al odio contra un colectivo vulnerable⁴⁹.

delito puedan ser expansivas al resto de los miembros del colectivo víctima, no cuando la acción se perpetra contra un miembro de un determinado colectivo sin tener en cuenta esa pertenencia”.

⁴⁶ El Ministerio Fiscal está aplicando como antecedentes las infracciones cometidas según la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad Ciudadana en relación con la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. En la mayoría de los casos se trata de grupos ultras que vierten expresiones contra determinados colectivos sin que tengan el alcance de ilícito penal, de ahí que no se puedan considerar antecedentes penales.

⁴⁷ Véase la SAP de Santa Cruz de Tenerife 286/2014, de 7 de marzo (ECLI:ES:APTF:2014:286).

⁴⁸ *Ídem*: “*las intenciones del autor de los versos de dirigirse a través de un medio de comunicación de gran difusión en la provincia a sus conciudadanos para hacerles partícipes de la necesidad de reaccionar ante dicha supuesta situación de emergencia, por lo que va más allá de la mera expresión de opiniones despectivas o humillantes respecto de un grupo social al que entiende debe repelerse para impedir una invasión de trascendentales y nefastas consecuencias*”.

⁴⁹ Véase LANDA GOROSTIZA, J.M., *Op.cit.*, págs. 110 a 112. En contraposición a esta Sentencia, entiende que en este caso el impacto contextual no tiene relevancia jurídico penal.

III. EL DISCURSO DEL ODIOS EN EL ART. 510 CP

1. Consideraciones previas.

El contenido de este artículo no deja de ser prolijo, por ello, es interesante marcar el núcleo del contenido del mismo. Por tanto, el objetivo de los siguientes epígrafes es fijar explicar la conducta punible que se recoge en el art. 510 Cp. El primer paso es el de establecer cuándo se está ante un ilícito penal y cuándo una extralimitación de la libertad de expresión. Para ello, se acude a la doctrina del discurso del odio, que permite delimitar qué es el acto de expresión punible. Asimismo, es importante recalcar que lo que se denomina discurso del odio es una de las formas de comisión de los delitos de odio⁵⁰. En definitiva, la aplicación de este precepto a casos concretos reviste de grandes dificultades, por lo que, se hace necesario precisar lo máximo posible el contenido de este artículo complejo.

Una de las razones por la que se hace complicada su aplicación es la incerteza del sujeto pasivo. Es decir, el legislador no ha precisado cuáles son los colectivos concretos protegidos, solo ha delimitado las razones que pueden generar discriminación. Por ello, la apreciación acerca de cuáles son los colectivos vulnerables es importante, ya que la norma al citar, por ejemplo, la discriminación por razón de género no está pensando en el género masculino y así sucede con más características que se pueden incardinar dentro de estas categorías tan amplias.

Concretamente, una de las conductas que se tipifican es la de *“fomento a la promoción o incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia”*. Estos son los verbos principales del tipo: fomentar, promover e incitar. La incitación equivale a la provocación del antiguo art. 510⁵¹. El fomento y la promoción son conductas de favorecimiento. Por tanto, todas estas acciones tienen una finalidad común y es la de tratar de generar un comportamiento de odio, violencia o discriminación contra alguno de los colectivos o uno de sus miembros⁵².

En conclusión, con esta breve introducción se enfoca la problemática de la aplicación del Código penal a este tipo de conductas, puesto que no es fácil interpretar quién es el sujeto pasivo y si existe una motivación de odio. La casuística suele ser tan heterogénea que no permite valorar con facilidad el matiz que exige el art. 510 Cp, es decir, cometer un delito por sentir odio contra colectivos protegidos por la norma penal. A modo de comienzo, se analiza la conducta más problemática del art. 510, que se recoge en su apartado 1 a) y, seguidamente, se delimitan en otro

⁵⁰ Véase ALCÁCER GUIRAO, R., *La libertad del odio, Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pág. 25; y FUENTES OSORIO, J.L., “El odio como delito”, en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, nº19-27, 2017, págs. 44 y 45.

⁵¹ El contenido del art.510 Cp antes de la reforma de 2015 empleaba el verbo *“provocar”*. Con la nueva redacción se pretende solucionar el debate suscitado entre este precepto y la provocación del art.18 Cp. Cfr. con el FJ 9º de la STC 235/2007, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TC:2007:235); en igual sentido, la STEDH de 16 de julio de 2019, asunto *Féret c. Bélgica*: *“la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación...”*.

⁵² Véase LANDA GOROSTIZA, J.M., *Op.cit.*, pág.69: *“La relevancia penal de la conducta se alcanza, sin embargo, cuando el contenido tendencial es de tal intensidad que puede colegirse con claridad que la hostilidad, el odio, la violencia o la discriminación se despliegan como medios eficaces para promover, fomentar o incitar su repetición a una escala que pueda llegar a afectar el ejercicio de derechos fundamentales de los miembros del colectivo contra el que el discurso se despliega”*.

epígrafe cuáles son los colectivos que el legislador ha considerado vulnerables. Una vez se hayan analizado estos extremos, se retomará el análisis del contenido del art. 510 del Código penal.

2. El artículo 510.1 a) del Código penal: fomento, promoción o incitación pública al odio, hostilidad, discriminación o violencia.

El texto de este precepto es extenso e incierto, lo que obliga a analizar y separar todos los elementos que encierra. Por ello, el objetivo de este epígrafe es explicar qué tipifica el art. 510.1 a) del Código penal. El tenor literal de este artículo es el siguiente: *“serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: 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”*.

El fomento, la promoción o la incitación directa a la discriminación y a la violencia son conductas idóneas para generar un riesgo de lesión frente un determinado bien jurídico. Este bien jurídico suele referirse a la dignidad e integridad de determinados colectivos. Además, se incluye la incitación indirecta como conducta delictiva, de forma que solo creando un clima de hostilidad ya permite la aplicación del tipo. El concepto de “clima” debe entenderse como el estado de opinión propicio para la reproducción de conductas violentas, hostiles, de odio o discriminatorias contra determinados colectivos protegidos⁵³.

En este orden de cosas, se puede precisar que el bien jurídico que se ve afectado por la comisión de este delito no solo es la dignidad de cada uno de los colectivos o sus integrantes. Es decir, también se ven afectados otros derechos fundamentales como el correcto ejercicio de la libertad de expresión y de opinión del art. 20 CE y, sobre todo, el derecho a la igualdad del art. 14 CE. Por tanto, es un tipo penal pluriofensivo, ya que afecta a varios derechos y libertades íntimamente conectados⁵⁴.

⁵³ Véase AGUILAR GARCÍA, M.A. (Dir.), *Guía Práctica para la Investigación y Enjuiciamiento de delitos de odio*, Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2015, pág.206. Cfr. con la STS 396/2018, de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:396): *“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 por eso considerado lesivo”*.

⁵⁴ Véase la STC 214/1991, de 11 de noviembre (ECLI:ES:TC:1991:214): *“ni la libertad ideológica (art. 16 C.E.) ni la libertad de expresión (art. 20.1 C. E.) comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que, tal como dispone el art. 20.4, no existen derechos ilimitados y ello es contrario no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (art. 10 C.E.) (...) la efectiva vigencia de los valores superiores del ordenamiento, en concreto la del valor de igualdad consagrado en el art. 1.1 de la Constitución, en relación con el art. 14 de la misma, por lo que no pueden considerarse como constitucionalmente legítimas”*.

En otro orden de cosas, la conducta que se castiga es la de generar odio y hostilidad. Estos términos tienen un significado concreto, ya que son sentimientos que no tienen porqué estar vinculados a un delito. No obstante, si se dirige un mensaje contra determinados colectivos de forma pública, se entiende que pretende generar una opinión de animadversión por medio de la opinión contra grupos considerados vulnerables⁵⁵.

En definitiva, para valorar si existe la conducta que describe el art. 510.1 a), tiene que existir una expresión que suponga un trato desigual o discriminatorio con un claro desprecio hacia la dignidad de la persona o colectivo frente al que se dirige⁵⁶. Este mensaje, además, debe suponer un aumento del riesgo, valorándolo en atención a la potencialidad con la que cuenta la expresión para poner en peligro a los colectivos protegidos por el precepto penal. Por tanto, lo que se sanciona es la puesta en peligro de los bienes jurídicos anteriormente relatados mediante la exteriorización pública de ideas u opiniones de odio⁵⁷.

2.1 ¿Cuáles son los colectivos vulnerables?

Esta primera aproximación a qué es el discurso del odio permite concluir que, para delimitar la tipicidad de la conducta, es preciso atender a la posición social del grupo contra el que se dirige el mensaje hostil; *sensu contrario*, si el colectivo social no se encuentra en una situación de discriminación o vulnerabilidad no merece la protección penal otorgada por el art. 510 Cp⁵⁸. Por tanto, el objetivo es amparar a “una minoría desprotegida o que sufra prejuicios socialmente enraizados, hostilidad o discriminación, o bien que resulte vulnerable por alguna razón, y precise por ello, en principio, de una protección reforzada frente a ataques cometidos a través del insulto a la difamación”⁵⁹.

El elemento común y esencial es el colectivo social frente al que se dirige el mensaje, ya que debe existir una motivación discriminatoria. Por ello, el Tribunal Supremo indica unas reglas para ponderar cuando un acto expresivo puede suponer una agresión a un determinado colectivo⁶⁰:

- *el autor debe seleccionar a sus víctimas por motivos de intolerancia, y dentro de los colectivos vulnerables a los que alude la norma, exigencia que también juega respecto de las víctimas de delitos terroristas.*
- *la conducta no sólo atemoriza a la persona destinataria del mensaje, sino a todo el colectivo al cual pertenece, creando sentimientos de lesión de la dignidad, de inseguridad y de amenaza.*

⁵⁵ Véase ALCÁCER GUIRAO, R., “Discurso del odio y discurso político...”, *Op.cit.*, pág.17.

⁵⁶ Véase el apartado 44 del Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión (A/ 67/357, de 7 de septiembre de 2012): “Por ‘discriminación’ se entiende 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”.

⁵⁷ Véase, de nuevo, la STS 396/2018, de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:396), se reproducen los tweets que fueron considerados incitación al odio por razón de género: “53 asesinadas por violencia de género machista en lo que va de año, pocas me parecen con la de putas que hay sueltas”; “(...) no es una buena marca pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos esa cifra, gracias»; «ya la he maltratado, tú eres la siguiente»; “a mí me gusta follar contra la encimera y los fogones, porque pongo a la mujer en su sitio por parte doble”.

⁵⁸ ALCÁCER GUIRAO, R, *Op.cit.*, pág. 196.

⁵⁹ Véase la STEDH de 28 de agosto de 2018, asunto *Savva Terentyev c. Rusia*.

⁶⁰ Véase la STS 4133/2018, de 14 de diciembre (ECLI:ES:TS:2018:4133).

- *las expresiones realizadas deben agredir, también, a las normas básicas de convivencia basadas en el respeto y la tolerancia, de manera que toda la sociedad se vea concernida por la expresión de las ideas que contrarían abiertamente los mensajes de tolerancia que el ordenamiento jurídico, como instrumento de control social, expone a la ciudadanía que los hace propios, lo que permitiría excluir de la consideración aquellas opiniones sobre personas de notoriedad pública por su actuación y sometidas a cuestionamiento ciudadano.*
- *debe tratarse de mensajes que merezcan una calificación de graves y serios para la incitación a la comisión de actos terroristas (art. 579 Cp), o la generación del sentimiento de odio, aptitud y seriedad para conformar un sentimiento lesivo a la dignidad.*
- *el ánimo que persigue el autor es el de agredir, lo que permitiría excluir las manifestaciones pretendidamente hilarantes y las que se efectúan desde la venganza puntual, desprovistas de la necesaria medida.*

El problema principal es determinar qué es un colectivo especialmente vulnerable para el art. 510 Cp. En principio el apartado a) y b) del precepto enumeran un grupo de categorías limitado en el que se encierran un gran número de colectivos que son el sujeto pasivo del acto expresivo punible. Sin embargo, hay que acudir a la normativa internacional para recabar una mayor precisión. Concretamente, las expresiones de odio tienen como objetivo personas que reúnen determinadas características relativas a la raza, color de piel, idioma, religión o creencias, nacionalidad, etnia, edad, capacidad económica, identidad de género, sexo y orientación sexual⁶¹. Son categorías amplias y el examen debe ser exhaustivo para determinar la conducta típica.

En este sentido, puede ayudar un análisis en profundidad sobre el sujeto pasivo del delito de odio, puesto que se entiende que el art. 510 Cp hace una enumeración restrictiva de cuáles son estos sujetos. En estos términos se pronuncia la Fiscalía General del Estado al establecer que no se debe apreciar la vulnerabilidad de un grupo o sujeto en concreto, sino corroborar que se trata de uno de los colectivos recogidos en el tipo penal⁶². En el mismo sentido, los Tribunales entienden que se debe aplicar de forma precisa el precepto penal⁶³.

En cuanto a la protección de etnias y razas, el TEDH ha dado una tímida aproximación a estas categorías. Sobre la raza establece que se trata de una clasificación biológica de los seres humanos en subespecies según características morfológicas como el color de la piel o rasgos faciales. Sin embargo, la etnicidad tiene su origen en grupos sociales de una nacionalidad común, afiliación tribal, creencias religiosas, lenguaje compartido o antecedentes culturales y tradiciones similares⁶⁴.

⁶¹ Véase la Recomendación de Política General núm. 15 relativa a la lucha contra el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI). Consejo de Europa, adoptado el 8 de diciembre de 2015 (trad. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación) y Memorandum explicativo (trad. AIM Asociación de intérpretes de Madrid), Estrasburgo, 21 de marzo de 2016, pág. 32.

⁶² Véase la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. Concretamente, dictamina que “los colectivos a los que se refiere el artículo 510, al igual que los expresados en el art. 22.4.ª CP, deben entenderse como *numerus clausus*, no siendo posible su aplicación a otros distintos... la vulnerabilidad del colectivo no es un elemento del tipo delictivo que requiera ser acreditado, sino que el legislador, haciendo ese juicio de valor previo, al incluirlo en el tipo penal, ha partido de esa vulnerabilidad intrínseca o situación de vulnerabilidad en el entorno social”.

⁶³ Véase el ATSJ de Cataluña 393/2018, de 28 de junio de 2018 (ECLI:ES:TSJCAT:2018:393): “no cualquier colectivo o grupo social de personas puede ser víctima del delito del art. 510 CP, que por su propia definición típica solo puede referirse a aquellos que puedan considerarse vulnerables y se identifiquen como tales por razón de alguna condición personal o social”.

⁶⁴ Véase la STEDH de 13 de diciembre de 2005, caso *Timishev c. Rusia*: “la etnicidad y la raza están relacionadas y son conceptos que se solapan. Mientras la noción de raza está basada en la idea de clasificación biológica de los seres

En definitiva, por raza se entiende la construcción cultural para incluir o excluir a las personas en determinados grupos en función de su constitución genética. Es decir, en base a criterios de color de piel u otras características morfológicas semejantes que incidan en la identidad personal. En contraposición, por etnia se enmarcan las circunstancias socioculturales propias de cada grupo o individuo como factor de diferenciación.

La noción de etnia es más amplia que la de raza, incluso puede llegar a abarcar otras categorías protegidas como la religión o la nacionalidad de las personas. Por tanto, si la raza se dirige hacia condiciones físicas de cada sujeto, la etnia puede abarcar esas condiciones dotándolas de una significación cultural propia en base a la lengua, costumbre y tradiciones de colectivos concretos⁶⁵.

En otro orden de cosas, se pasa a analizar la ideología, la religión y las creencias como elementos caracterizadores de colectivos protegidos por la norma penal. En lo que se refiere a la ideología, se trata de las convicciones políticas acerca de la organización política del Estado que tenga la víctima. El precepto penal al referirse al término ideología se refiere a un contexto concreto, en el que la motivación del autor viene determinada por el odio ideológico hacia una persona o grupo⁶⁶.

En cuanto a la religión, la delimitación conceptual se vuelve compleja dadas las diversas interpretaciones a las que se puede acudir. Por un lado, no es posible que adquiera la protección de la norma penal toda creencia, credo o Iglesia, sino solamente aquellas que Entidades religiosas que sean oficiales⁶⁷. Esta es una interpretación que no incluiría otras creencias como el ateísmo o grupos religiosos que no se encuentren inscritos en el Registro de Entidades religiosas. Por otro lado, una opción es entender que la religión es cualquier creencia que encuentre cobijo en la libertad religiosa y el principio de igualdad consagrados en nuestra Constitución⁶⁸. En definitiva, se puede interpretar que no se protege a la religión en sí misma, sino al peligro al que pueden sufrir sus miembros ante una incitación al odio.

La noción de creencia tampoco es fácil de delimitar, puesto que parece una línea intermedia entre ideología y religión. En función de lo que un sujeto crea puede encuadrarse en la ideología o en la religión. En mi opinión, creo que lo que pretende la norma es proteger a aquellos sujetos que no entran ni en la ideología ni en la religión protegida por la ley penal. Por tanto, entran en estos supuestos los ateos, ya que no creen en ninguna religión, y también aquellas ideas políticas más allá de la organización territorial del Estado.

humanos en subespecies según características morfológicas como el color de la piel o características faciales, la etnicidad tiene su origen en la idea de grupos sociales marcados por una nacionalidad común, afiliación tribal, creencias religiosas, lenguaje compartido u orígenes y antecedentes culturales y tradicionales. [...] Una discriminación debido a la etnicidad real o percibida de una persona es una forma de discriminación racial”.

⁶⁵ Véase CANCIO MELIÁ, M., y DÍAZ LÓPEZ, J.A., *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal*, Aranzadi, Navarra, 2019, págs. 74 y 75.

⁶⁶ Véase la STSJ de Navarra 1405/2005, de 14 de diciembre (ECLI:ES:TSJNA:2005:1405) y la STS 7935/2006, de 23 de noviembre (ECLI:ES:TS:2006:7935): “actuó movido por un sentimiento ideológico (...) entre otras cosas por su condición de socio y miembro fundador de la asociación “GURASOAK LANEAN” y considerarle un etarra”. En el mismo sentido, la STS 713/2002, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2002:2937); la STS 2019/2010, de 22 de abril (ECLI:ES:TS:2010:2019); y, la STS 5131/2011, de 11 de julio (ECLI:ES:TS:2011:5131).

⁶⁷ Véase el Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, *por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas*. Las confesiones oficiales en España más representativas son: católicos; evangélicos; testigos de Jehová; judíos; musulmanes; mormones; budistas; y ortodoxos. Las entidades y confesiones religiosas oficiales en España se pueden consultar en: <https://maper.mjusticia.gob.es/Maper/buscarRER.action> (consultada el 03/11/2021).

⁶⁸ Véase CANCIO MELIÁ, M., y DÍAZ LÓPEZ, J.A., *Op.cit.*, pág.77.

En relación con la nacionalidad, uno de los motivos discriminatorios el país de procedencia de la víctima. La única interpretación jurisprudencial sobre este concepto la ha hecho el Tribunal constitucional sobre el trato desigual de hijos legítimos respecto de los ilegítimos⁶⁹. Además, el concepto nacionalidad puede confundirse con el de etnia, puesto que la discriminación puede derivar de la lengua, costumbres o tradiciones de un concreto país. Por último, el concepto nación es problemático, qué se encuadra en este concepto puede dar lugar a una tesis política. Por ello, lo más conveniente es creer que el legislador ha querido proteger a cualquier persona que pueda escapar de la protección en la categoría de etnia.

En cuanto al sexo se refiere a la realidad biológica de ser hombre o mujer, nada tiene que ver este concepto con la orientación o identidad sexual⁷⁰. No obstante, lo realmente importante en correlación con el sexo es el género. Es decir, los roles, comportamientos, actividades y atribuciones que la sociedad considera propio de uno u otro sexo⁷¹. No es sencillo delimitar cuando se trata de una discriminación por razón de sexo y cuando por género, ya que habría que analizar la motivación del autor. En concreto, si actúa porque si interpreta que el rol de un hombre o de una mujer no se corresponde con el que debería de ser en base a los estereotipos de género, o si, por el contrario, es un odio a la persona por su sexo⁷². En resumen, solamente podrían entrar dentro de la categoría sexo los colectivos de hombres y mujeres, mientras que en la discriminación de género será más habitual que se dé en el femenino que en el masculino⁷³.

En relación con la identidad y la orientación sexual es sencillo diferenciar ambos conceptos, ya que la identidad es como una persona se percibe o relaciona ante el mundo independientemente de su realidad biológica⁷⁴. En contraposición, la orientación sexual es “*la atracción física y emocional hacia personas del mismo sexo y/o del sexo opuesto, así como a la falta de interés o atracción sexual (asexualidad)*”⁷⁵. Por tanto, la motivación que lleva a cometer el delito de odio radica en no tolerar como se identifica una persona más allá de su sexo y género, y en no aceptar sus relaciones físico-afectivas.

⁶⁹ Véase la STC 200/2001, de 4 de octubre (ECLI:ES:TC:2001:200): “*dentro de la prohibición de discriminación del art. 14 CE y, más concretamente, dentro de la no discriminación por razón del nacimiento, este Tribunal ha encuadrado la igualdad entre las distintas clases o modalidades de filiación*”.

⁷⁰ Véase, como ejemplo de discriminación por razón de sexo, la STC 182/2005, de 4 de julio (ECLI:ES:TC:2005:182): “*Tal tipo de discriminación comprende, sin duda, aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres*”.

⁷¹ Véase el art.3 c) del Convenio del Consejo de Europa núm.210, *sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*.

⁷² Es interesante diferenciar el sexismo de la misandria o la misoginia: el primero, es una discriminación asociada al género; mientras que, la misandria es una aversión hacia los hombres, y la misoginia es una aversión hacia las mujeres. Esta es una conclusión que se extrae de las definiciones dadas por la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.4 en línea] (<https://dle.rae.es>, consultado 06/11/2021).

⁷³ Asimismo, la STC 59/2008, de 14 de mayo (ECLI:ES:TC:2008:59): “*No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino –una vez más importa resaltarlo– el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieran como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología*”.

⁷⁴ Véase la STC 99/2019, de 18 de julio (ECLI:ES:TC:2019:99), que hace una importante apreciación sobre la identidad sexual: “*La propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad*”.

⁷⁵ Véase el Glosario de términos sobre diversidad afectivo sexual. Plan Nacional sobre el Sida, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Gobierno de España, 2018, pág.20.

Por último, faltan por analizar otro de los colectivos que recoge el art. 510 Cp, se trata de todas aquellas personas que sufran alguna enfermedad o discapacidad. Sobre esta última, se entiende que son personas con discapacidad *“aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*⁷⁶. Asimismo, el Código penal en el art.25 recoge de forma prácticamente literal esta definición de discapacidad.

Sin embargo, no es necesario que exista una incapacitación judicial para que se entienda a tenor del Código penal que estamos ante una persona con discapacidad, es suficiente que el Juez interprete que la persona es incapaz para gobernarse por sí misma⁷⁷. Aun así, sigue sin ser suficiente esta apreciación, ya que existen personas con discapacidad que son independientes. Por tanto, se trata de un juego de prueba del grado de discapacidad y su correlación con el delito, siendo tarea del Juez valorar si se dan las condiciones para entender que se trata de una persona con discapacidad.

En cambio, más facilidades ofrece la enfermedad, puesto que esta condición personal debe incidir necesariamente en la identidad del sujeto y ha de tener carácter duradero. Por ello, existen algunas interpretaciones sobre la aplicación del art. 510 Cp en casos de *COVID-19*⁷⁸. Efectivamente, se puede entender que se incite al odio hacia la población asiática y que interpretado el caso siguiendo el test de Rabat se pueda aplicar el tipo. No obstante, la enfermedad vírica del *COVID* no puede servir como colectivo diana enfermos que superarán la enfermedad en máximo dos semanas. En contraposición, la protección contra la discriminación por razón de enfermedad responde a personas portadoras del VIH y ello tiene una sólida justificación actualmente⁷⁹.

En conclusión, todas estas categorías sirven como elemento básico del tipo, al ser el sujeto pasivo una persona o colectivo diana de la incitación al odio. Sin embargo, el análisis ha de realizarse en conjunto con todos los parámetros tratados al hablar del test de Rabat. Solo de esta forma se puede determinar si se está ante un discurso del odio y si el grupo o la persona frente al que se dirige se encuentra en una situación de vulnerabilidad.

3. El art. 510.1 b) del Código penal: elaboración, tenencia y/o difusión de soportes aptos para incitar al odio, hostilidad, discriminación o violencia.

En este epígrafe, una vez visto, el apartado a) del art. 510.1 y cuáles son los colectivos vulnerables, se va a tratar otra conducta similar que no se separa de las consideraciones hechas en los epígrafes anteriores. Por ello, no se vuelven a analizar determinados aspectos que ya han sido tratados con anterioridad.

El art. 510.1 b) del Código penal castiga a: *“quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan*

⁷⁶Cfr. Art.1 del *Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (B.O.E. núm.96, de 21/04/2008).

⁷⁷ Véase la SAP Barcelona 954/2016, de 12 de diciembre (ECLI:ES:APB:2016:10976)

⁷⁸ Diligencias Previas del Juzgado de Instrucción núm.1 de Torreveja 551/2020, de 11 de abril de 2020.

⁷⁹Véase el Pacto social por la no discriminación y la igualdad de trato asociada al VIH. Plan Nacional sobre el Sida, Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social; 2018, págs. 9 a 30, justifica la necesidad de combatir la discriminación contra las personas enfermas de VIH.

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”.

Para comenzar, interesa analizar los verbos típicos que son la producción y elaboración de materiales idóneos para cometer la conducta del art. 510 a). Igualmente, se castiga la posesión de este tipo de materiales con la finalidad de distribuirlos, facilitando así su acceso por parte de terceros. Estos objetos pueden ser de cualquier clase, tanto escritos como soportes audiovisuales, lo importante es que su contenido sirva para fomentar, promover o incitar al odio contra los grupos considerados vulnerables o alguno de sus integrantes.

En este sentido, se desprende que se trata de la misma conducta que sanciona el art. 510.1 a), solo que con una diferencia. Es decir, se trata de castigar una serie de comportamientos con un objeto material determinado, teniendo en consideración su idoneidad para incitar al odio. En concreto, es la puesta a disposición de terceros de contenidos que faciliten la promoción del odio, pero sin que ello suponga la comisión del delito contenido en el art. 510.1 a). No se trata de materiales que por sí solos sirvan para la incitación, promoción y fomento del odio, sino que su contenido puede interpretarse en clave discriminatoria⁸⁰.

En efecto, la confusión entre el apartado a) y b) del art. 510 es patente, incluso puede resultar que el material no solo sea idóneo, sino que sirva también para incitar el odio. En ese caso, se aplicaría íntegramente el art. 510.1 a), puesto que, a tenor del art .8. 3ª Cp, se daría un concurso de normas que se resuelve con la absorción del precepto penal más amplio.

Por último, uno de los problemas más relevantes de este tipo penal es su valoración en cuanto a qué materiales son idóneos para la incitación pública al odio. Exige una atención extrema este tipo de comportamientos en caso de posesión con la finalidad de distribución. La razón es que se pretende castigar conductas que sirvan para generar un contexto de odio, hostilidad y discriminación contra determinadas personas y colectivos. En mi opinión, no solo se debe atender a la posesión o puesta a disposición de ese material como idóneo para crear odio, sino también a la voluntad de la persona que facilita esos contenidos de colaborar a la proliferación de la discriminación⁸¹.

⁸⁰ Véase STS 3386/2011, de 12 de abril (ECLI:ES:TS:2011:3386): *“tratándose de editores o libreros, la posesión de algunos ejemplares de tales obras, en mayor o menor número, con la finalidad de proceder a su venta, o a su distribución, al igual que ocurriría si se tratara de otras muchas obras posibles de temática similar, o incluso contraria en su sentido más profundo aunque igualmente discriminatoria y excluyente, no supone por sí misma un acto de difusión de las ideas más allá del mero hecho de poner sus soportes documentales a disposición de los posibles usuarios, y por lo tanto, nada distinto de lo esperable de su dedicación profesional, sin que, aunque contengan alguna forma de justificación del genocidio, se aprecie solo por ello una incitación directa al odio, la discriminación o la violencia contra esos grupos, o indirecta a la comisión de actos constitutivos de genocidio, y sin que tampoco, aunque en esas obras se contengan conceptos, ideas o doctrinas discriminatorias u ofensivas para grupos de personas, pueda apreciarse que solo con esos actos de difusión se venga a crear un clima de hostilidad que suponga un peligro cierto de concreción en actos específicos de violencia contra aquellos”.*

⁸¹ *Idem*: *“acto de promoción, publicidad, defensa pública, recomendación, ensalzamiento, incitación o similares imputados a los acusados que vinieran referidos a la bondad de las ideas o doctrinas contenidas en los libros que editaban, distribuían o vendían en razón de su contenido filonazi, discriminatorio o proclive al genocidio o justificativo del mismo, o a la conveniencia de adquirirlos para conocimiento y desarrollo de aquellas, o que aconsejaran de alguna*

En conclusión, no es fácil delimitar bien estas conductas, dado que pueden colisionar con materiales que tienen una finalidad artística, científica o histórica. Ello obliga a determinar la relevancia penal de los hechos ponderando los bienes jurídicos que se puedan ver afectados. Por tanto, ante esta compleja misión valorativa, resulta de gran ayuda la aplicación del test de Rabat⁸².

4. El art. 510.1 c) del Código penal: negación, trivialización grave o enaltecimiento de crímenes contra la humanidad.

Previamente a analizar este precepto, debe tenerse en consideración que su origen viene de la mano de, la ya citada, Decisión marco del Consejo de 28 de noviembre de 2008. Concretamente, en su art. 1 c) recomienda que se penalice: *“la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal y como se definen en los arts. 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo”*⁸³. En base a esta recomendación, en la reforma operada en el Código penal se introduce el art. 510.1 c) como figura delictiva novedosa en nuestro cuerpo legal.

Para comenzar, este artículo establece la responsabilidad penal de *“quienes 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”*.

En otras palabras, se trata de una conducta que tiene como fin justificar, ensalzar o negar determinados delitos y, en consecuencia, ello fomente un clima de hostilidad y odio contra los colectivos protegidos. Sobre este punto, el precepto considera que existen tres comportamientos idóneos para la creación de ese clima de violencia: negar, trivializar gravemente y enaltecer, todo ello de forma pública⁸⁴. Sin embargo, estas conductas solo resultan perseguibles por el art. 510.1 c) cuando se refieran a delitos de genocidio, lesa humanidad y contra los bienes y las personas en caso

forma su puesta en práctica, que pudieran considerarse como actividades de difusión, que tuvieran mayor alcance y fueran distintas del hecho de editar determinadas obras o de disponer de ejemplares a disposición de los eventuales clientes”.

⁸² Vid. Supra.

⁸³ El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en sus arts.6,7 y 8 define el genocidio, la lesa humanidad y los crímenes de guerra respectivamente. Véase Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998 (B.O.E. núm. 126, de 27 de mayo de 2002).

⁸⁴ Cfr. con las definiciones de la Recomendación de Política General núm. 15 relativa a la lucha contra el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI): negacionismo del holocausto es *“el acto de negar, cuestionar o admitir dudas, de forma parcial o total, sobre el hecho histórico del genocidio de judíos durante la Segunda Guerra Mundial”*; *“trivialización se refiere a hacer que algo parezca que no tiene importancia o es insignificante”*; y, *“enaltecimiento se refiere a la alabanza o exaltación de una persona por haber hecho algo”*.

de guerra⁸⁵. Asimismo, otra exigencia es que esos delitos se hayan cometido contra las personas y colectivos vulnerables que establece el precepto.

Es preciso detenerse en cada verbo, ya que cada uno de ellos puede estar sujeto a distintas interpretaciones. En primer lugar, la trivialización grave parece indicar un sentimiento de desprecio hacia la dignidad de las víctimas de estos delitos, lo que favorece la discriminación contra ese colectivo. La ponderación de la gravedad de la trivialización no es sencilla, en principio, permitiría descartar conductas satíricas, irreflexivas o puntuales⁸⁶. En todo caso, lo que pretende la norma es castigar una minimización de delitos tan graves, casi hasta el punto de llegar a justificarlos⁸⁷.

En segundo lugar, el enaltecimiento comprende no solo los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, sino que también engloba a sus autores. En concreto, el concepto de autor de un acto delictivo se concreta en el art. 28 del Cp, por lo que el concepto abarcaría al enaltecimiento de coautores, inductores y cooperadores necesarios.

Sobre el contenido del término enaltecer resulta necesario acudir a las consideraciones que se han hecho sobre el delito de enaltecimiento de terrorismo (art. 578 Cp)⁸⁸. Esto permite entender el alcance penal de ciertas manifestaciones que ensalzan los delitos recogidos en el art. 510.1 c). En cualquier caso, debe existir en las manifestaciones una clara incitación al odio, de acuerdo con los criterios hasta ahora vistos al tratar el discurso del odio⁸⁹.

En tercer y último lugar, deben hacerse las mismas consideraciones respecto del negacionismo. Es decir, al igual que en los anteriores comportamientos, requiere un sujeto pasivo concreto, los colectivos vulnerables y sus miembros. Finalmente, ha de darse un contexto de creación de un clima de hostilidad que ponga en peligro a ese sujeto pasivo.

⁸⁵ Véase, nuevamente, la STC 235/2007, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TC:2007:235), que se pronunció acerca del reproche penal de la negación del genocidio antes de la existencia del art.510.1 c) Cp: *“cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados en 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”*.

⁸⁶ Véase la AAN 165/2015, de 1 de octubre (ECLI:ES:AN:2015:165): *“el derecho a bromear como ejercicio de la libertad de expresión está limitado por el derecho de las víctimas y sus familiares de que no se trivialice, ni se banalice restándole importancia al dolor que han padecido”*.

⁸⁷ Véase la STS 3386/2011, de 12 abril (ECLI:ES:TS:2011:3386): *“justificar algo supone constatar la existencia de buenas razones a su favor. Desde otra perspectiva, se alcanzaría la justificación mediante la negación de los aspectos éticamente rechazables de la conducta que se justifica, o incluso, a través de la minusvaloración o trivialización de aquellos, para presentarla como un mal menor, que resulta aceptable en función de los beneficios que finalmente reportaría. Cuando lo que se justifica es un genocidio, se niega al tiempo la existencia de razones procedentes de la consideración de la dignidad de las víctimas que impidiera tal justificación, lo que implica un juicio negativo, despreciativo y minusvalorador sobre las mismas”*.

⁸⁸ Véase la STS 687/2011, de 2 de febrero (ECLI:ES:TS:2011:687): *“en esta clase de delito es importante, no solo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con los que han sido utilizadas. Pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad criminal por un delito de enaltecimiento del terrorismo, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en la ocasión a la que la acusación se refiere”*

⁸⁹ Véase, de nuevo, la STS 396/2018, de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:396): *“tanto el delito de enaltecimiento como el de incitación al odio, no requieren un dolo específico, siendo suficiente la concurrencia de un dolo básico que ha de ser constatado a partir del contenido de las expresiones vertidas. El dolo de estos delitos se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto y la constatación de no tratarse de una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar”*.

En conclusión, la expresión que niegue estos crímenes debe ser analizada conforme a los criterios del test de Rabat, valorando en todo caso si se contribuye a generar el clima de violencia que derive en actos de discriminación⁹⁰.

5. El art. 510.2.a) del Código penal: humillación, menosprecio o descrédito contra la dignidad de las personas.

El tenor literal del art. 510.2 a) del Código penal es el siguiente: *“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”*.

El contenido literal del precepto es extenso, pero se pueden diferenciar claramente dos conductas típicas: lesionar la dignidad y la puesta a disposición de medios idóneos para lesionar la dignidad.

Igualmente, se trata de conductas que requieren de un sujeto pasivo delimitado por la norma y se realizan por motivos discriminatorios. No obstante, cabe diferenciar que la lesión de la dignidad es una acción que persigue un resultado, mientras que la fabricación o puesta a disposición de medios es una conducta similar al art. 510.1 b) Cp.

En primer lugar, debe examinarse qué implica la humillación, el menosprecio o el descrédito como conductas que lesionan la dignidad. En el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se define humillar en su tercera acepción como: *“herir el amor propio o la dignidad de alguien”*; la definición de menospreciar es la de *“tener a alguien o algo en menos de lo que merece”*; y, por último, por descrédito se entiende la *“disminución o pérdida de la reputación de las*

⁹⁰ Véase, en el mismo sentido, la STC 35/2020, de 25 de febrero (ECLI:ES:TC:2020:35) que aplica los parámetros de la Recomendación núm.15 de la ECRI: *“el mayor o menor impacto de difusión pública dependiendo de la naturaleza de la conducta desarrollada (así, SSTEDH de 8 de julio de 1999, as. Gerger c Turquía, § 50; o de 2 de octubre de 2008, as. Leroy c France, § 45); las circunstancias personales de quien realiza la conducta (así, SSTEDH de 23 de abril de 1992, as. Castells c España, § 42; de 1 de febrero de 2011, as. Faruk Temel c Turquía, § 55; o de 15 de marzo de 2011, as. Otegi Mondragón c España, § 50; o DTEDH de 20 de enero de 2000, as. Hogefeld c Alemania); que la conducta desarrollada coincidiera en el tiempo con actos terroristas (SSTEDH de 25 de noviembre de 1997, as. Zana c Turquía, § 56; o de 2 de octubre de 2008, as. Leroy c France, § 45) o que se acreditara un contexto de violencia en que esa manifestación hubiera tenido alguna influencia (STEDH de 28 de septiembre de 1999, as. Öztürk c Turquía, § 69); o el contenido de las concretas manifestaciones proferidas, destacando que la valoración debe ser especialmente cautelosa cuando, aunque se trate de tonos hostiles e incluso de la defensa de objetivos contrarios al orden legal y constitucional establecidos, no puedan ser identificados como defensa de actitudes violentas en la consecución de esos objetivos (así, SSTEDH de 11 de diciembre de 2007, as. Karakoyun y Taran c Turquía, § 30; o de 21 de febrero de 2008, as. Yalciner c Turquía § 47)”*.

personas, o del valor y estima de las cosas”⁹¹. En consonancia, conviene remarcar que las consideraciones del Tribunal Supremo acerca de estos conceptos siguen las definiciones reseñadas⁹².

En segundo lugar, hecha esta aproximación a los significados de los verbos, se sostiene que el bien jurídico que protege este artículo es la dignidad de las personas. En este caso, no se trata como en anteriores preceptos de un delito de creación de riesgo, sino que es un delito de resultado⁹³. Por tanto, debe existir una lesión efectiva de esos bienes reconocidos constitucionalmente, que se encuentran reforzados cuando la conducta se dirija contra un colectivo vulnerable.

Por último, en relación la segunda conducta que sanciona el art. 510.2 a) Cp, se encuentra vinculada con las infracciones recogidas en los apartados anteriores. Sin embargo, existe un importante matiz diferenciador, ya que en este caso sí se está ante un delito de clima. Es decir, se castiga la puesta a disposición de un material idóneo para la discriminación contra las personas y colectivos protegidos, poniendo en peligro de esta forma su dignidad.

En este sentido, la interpretación de este inciso del precepto es idéntica a la del art. 510.1 b) Cp. Cuentan con la misma conducta y los mismos medios materiales, aunque sí existe una diferencia que distingue la aplicación de un artículo u otro. En este sentido, la distinción radica en la gravedad de la conducta, siendo este punto un elemento puramente valorativo y ponderable en cada caso.

En otro orden de cosas, a título ilustrativo, es interesante recoger una serie de ejemplos de humillación y menosprecio a víctimas de terrorismo (art. 578 Cp). La razón de traer a colación estos casos es que los mensajes vertidos y reconocidos como auténticas conductas lesivas de la dignidad podría suponer la aplicación del art. 510.2 a) Cp, si se extrapolan a los grupos protegidos por este precepto. Los actos expresivos serían los siguientes: “¿Cómo monta Emma a caballo? Con velcro; El humor negro mola, pero el summum son los de Emma. Son la bomba; ¿En qué se parece Romeo a un delfín? En el agujero de la nuca”⁹⁴; “Imagen de policías envueltos en llamas con comentarios *“KE BIEN ARDE.... LA MADERA JEJEJEJE...”*”⁹⁵; y, “A ver si con un poco de suerte te pegan un tiro antes de la tregua definitiva y así te reúnes con ‘los tuyos’, so zorra ... un besito’, mensaje tipo *“post” que envía a las 22,55 accediendo seguidamente a la sección de tal página dedicada a su hermano D. Juan Luis asesinado en Sevilla el 30 de enero de 1998 junto a su esposa Dña. Debora por miembros del comando Andalucía de la organización terrorista ETA*”⁹⁶.

En conclusión, existen casos en los Juzgados de lo penal en los que se condena por este delito. A modo de ejemplo, caben resaltar los siguientes mensajes discriminatorios contra colectivos vulnerables:

“En el video el acusado dice lo siguiente: El Papa quiere mano dura con la pedofilia, con la pederastia, no hay lugar para la pedofilia en los ambientes clericales, muy bien, estupendo, eso que la pedofilia clerical es una minimísima, muy mínima parte comparada con la pederastia global, pero bueno, muy bien, al pederasta leña al

⁹¹ Véase el Diccionario de la R.A.E. en <https://dle.rae.es/> (consultado el 27/11/2021).

⁹² Véase la STS 656/2007, de 17 de julio (ES:TS:2007:4936) recoge estas definiciones: el descrédito como “*disminución o pérdida de la reputación de las personas o del valor y estima de las cosas*”; menosprecio como “*equivalente a poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén*”; y humillación como “*herir el amor propio o dignidad de alguien, pasar por una situación en la que la dignidad de la persona sufra algún menoscabo*”.

⁹³ Véase la STS 752/2012, de 3 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:6628), aunque se refiere a enaltecimiento del terrorismo interesa esta consideración: “*la humillación o desprecio a las víctimas afecta directamente a su honor como víctimas y, en último término, a su dignidad, valores que tienen reconocida igual relevancia en la Carta Magna (arts. 18.1 y 10 CE)*”.

⁹⁴ Véase la STS 623/2016, de 13 de julio (ECLI: ES:TS:2016:3113).

⁹⁵ Véase la STS 948/2016, 15 de diciembre (ECLI: ES:TS:2016:5495).

⁹⁶ Véase la STS 752/2012, de 3 de octubre (ECLI: ES:TS:2012:6628).

mono hasta que hable inglés, pero ¿qué pasa con la homosexualidad, tenemos el mismo criterio de tolerancia cero? Porque no nos engañemos, homosexualidad, es decir, sodomía y pedofilia o pederastia son dos ramas del mismo tronco. Son dos degeneraciones anticristianas y por tanto inhumanas, que vienen del mismo lado de la separación entre sexo y amor que es vital, sexo y entrega que es vital entre los seres humanos, que son la única especie racional, por lo tanto, dice, si tolerancia cero frente a la pedofilia por supuesto, al que masacre a un niño hay que masacrarle a él, dice, ahora bien, dice, lo mismo se pudiera decir de la homosexualidad, y la prueba es que el noventa y tantos por ciento, también los hay heterosexuales, pero el noventa y tantos por ciento de los casos de pedofilia son homosexuales. De práctica sodomítica. Hombre, no neguemos la evidencia”⁹⁷.

6. El art. 510.2.b) del Código penal: enaltecimiento o justificación de los delitos de odio.

El contenido del art. 510.2 b) Cp castiga a *“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”*.

La existencia de este precepto es curiosa, dado que sanciona la apología de los delitos que se cometan contra las personas y grupos protegidos. Es decir, que debe darse un enaltecimiento de la persona que cometa estos delitos y no se exige la creación de un peligro para aplicar este precepto. Por tanto, con las matizaciones que se hacen a continuación, basta con realizar la conducta para que concurra este delito.

Nuevamente, resulta de gran utilidad acudir al Diccionario de la RAE para delimitar el significado del verbo enaltecer, dado que cuenta con sinónimos como *“ensalzar o hacer elogios, alabar, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo”*. Asimismo, la jurisprudencia se ha servido de estas definiciones para explicar qué tipo de discursos se adecuan a estos verbos⁹⁸.

En otro orden de cosas, no es un requisito de este tipo penal la existencia de una incitación a la discriminación. Solamente, en el párrafo segundo del art. 510.2 b) Cp se prevé la agravación de la pena cuando concurra ese favorecimiento a un clima de violencia, hostilidad u odio. En resumen, el mero enaltecimiento o la justificación de delitos cometidos por motivos de odio hacia determinados colectivos supone la aplicación íntegra del art. 510.2 b). Todo ello, sin perjuicio de la agravación contenida en el mismo precepto cuando se genera un clima de hostilidad.

⁹⁷ Véase la SAP de Madrid 762/2017, de 29 de diciembre (ECLI:ES:APM:2017:17599)

⁹⁸ Véase la STS 180/2012, de 14 de marzo (ECLI: ES:TS:2012:1619): *“hay que coincidir en que “enaltecer, según el Diccionario de la Real Academia Española, es sinónimo de ensalzar, que significa engrandecer, exaltar, alabar. Exaltar, es elevar a alguien o a algo a gran auge o dignidad, realzar el mérito o circunstancias de alguien. Alabar es elogiar, celebrar con palabras. Se coloca así al ensalzado, exaltado o alabado en una posición preferente de virtud o mérito convirtiéndolo en referente y ejemplo a imitar. El que enaltece -sujeto activo del delito- otorga a los delitos de terrorismo y a los que en ellos intervienen -autores y partícipes- la condición de modelo a seguir, otorgándoles un valor de asimilación al orden jurídico, pese a contradecirlo frontalmente. “Justificar” es, también según el diccionario, probar una cosa con razones convincentes o con testigos o documentos y también hacer justo algo”*.

Además, otro elemento importante de este artículo es la difusión por cualquier medio de expresión pública. Sin embargo, este requisito requiere de cierta entidad y relevancia para poder entender el alcance que ha podido tener el mensaje que justifica o ensalza el delito de odio.

En definitiva, como se hizo con anterioridad, conviene recoger la jurisprudencia sobre enaltecimiento. Igualmente, la casuística está copada por la aplicación del art. 578 Cp, pero las Sentencias existentes son extrapolables para explicar el art. 510.2 b) Cp. En este sentido, interesan los siguientes casos: “retwitteó una imagen con la foto del miembro de la organización terrorista ETA Pelayo donde aparece junto al mismo el lema AGUR ETA OHORE Adiós con honor y seguidamente la frase zure duintasuna gure eredu! Tu dignidad nuestro modelo”⁹⁹; “Vivan los terroristas que asesinan a políticos del Partido Popular! ¡Larga vida a aquellos que nos libren de esta dictadura! ¡GORA ETA!”¹⁰⁰; “publica un video titulado “Hombres de Irak” en el que se observa a un grupo de hombres disparando con armas de fuego en diversos entrenamientos, haciendo el siguiente comentario: Vamos muhaidines garrote a esos putos con uniforme que solo buscan saquear países pobres pero ricos de recursos!! Glorifico a todos los mártires!! No les queda mucho de vida a estos yankis... Disparen hasta que las balas les fundan”¹⁰¹.

Por último, se hace transcripción de un caso en el que resultó aplicable el art. 510.2 b):

“Al hilo de la notificación reflejada en la cuenta de la cadena Antena 3 Noticias en la red social Twitter, que informaba ‘MUERE LA PRIMERA VICTIMA DE VIOLENCIA MACHISTA DEL AÑO TRAS SER APUÑALADA POR SU PAREJA ATRES.REDIOQDCWB1’, empleando la cuenta en dicha red social (...) introdujo en la misma el comentario ‘ALGO HABRA HECHO LA MUY ZORRA, UNA MENOS. Y BASTA DE TANTO CULPAR A LOS HOMBRES COÑO, SUS RAZONES TENDRÍA. #BASTAFEMINAZISMO’, denigrando la memoria de la mujer fallecida y pretendiendo disculpar y excusar el reciente homicidio cometido por un hombre contra una mujer unidos por relación de pareja y del que la noticia se hacía eco, tratándose de una cadena de información de gran relevancia y una red social con millones de usuarios”¹⁰².

7. El art. 510.3 del Código Penal: la difusión mediática.

El art. 510.3 del Código penal, recoge una agravación de la pena de cualquiera de los delitos tratados hasta ahora 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”.

Para comenzar, es interesante definir algunos elementos de esta agravante específica. El concepto que se refiere a medio de comunicación abarca gran cantidad de tipos. Tradicionalmente, solo cabría pensar en la prensa, la televisión o la radio. No obstante, en la actualidad, existen nuevas formas de comunicación desde la aparición de internet y la creación de soportes audiovisuales. Este fenómeno implica que no se pueda restringir el concepto de medios de comunicación a una tipología concreta, ya que la evolución en este sector es constante.

Asimismo, esta novedad a la hora de comunicarse ha generado una preocupación por el uso indebido de estos medios, que pueden alcanzar en cuestión de segundos a una audiencia de millones

⁹⁹ Véase la STS 706/2017, de 27 de octubre (ECLI: ES:TS:2017:3804).

¹⁰⁰ Véase STS 335/2017, de 11 de mayo (ECLI: ES:TS:2017:1851).

¹⁰¹ Véase STS 221/2017, de 29 de marzo (ECLI: ES:TS:2017:1177).

¹⁰² Véase la SAP de Madrid 1039/2020, de 8 de enero (ECLI:ES:APM:2020:1039).

de personas¹⁰³. Por ello, se pretende castigar con penas más duras el perjuicio que supone para las víctimas, la gran dificultad que puede suponer investigar estos delitos e identificar a los autores¹⁰⁴.

En definitiva, de lo que se trata es de sancionar con mayor dureza al cometer el acto de expresión por alguno de estos medios. La razón es que se entiende que reviste de una gran potencialidad de generar un clima de odio o violencia contra determinados colectivos. Además, estos mensajes demuestran una intencionalidad más clara de lesionar, ya que no se trata de manifestaciones espontáneas, sino más o menos meditadas¹⁰⁵.

En otro orden de cosas, debe tratarse la similitud que existe entre este precepto y los que se han analizado anteriormente. En este sentido, el art. 510 Cp, en los apartados 1.a) y 1.c), exige que la conducta se realice “*públicamente*” o “*por cualquier medio de expresión pública o de difusión*” en el apartado. 2. b). La confusión con el art. 510.3 Cp es fácil, de ahí que se precisen sus diferencias.

En efecto, el carácter público al que se refiere el art. 510.1 y 2 en sus distintos apartados debe ser interpretado en el sentido en el que la conducta no emplea medios de comunicación masiva. A modo de ejemplos, se tratarían de actos de expresión con audiencias limitadas como puede darse en casos de ponencias, charlas, conferencias, mítines políticos, siempre que no se realicen con una finalidad de difusión masiva. El problema es claro, dado que hoy en día todo el mundo puede grabar este tipo de actos, eso implica que solo se atiende a la finalidad del autor de llegar a un gran número de personas o solo a esa audiencia congregada.

En contraposición, en el art. 510.3 Cp se trata de medios idóneos para alcanzar a un número indeterminado de personas. Es decir, el elemento del tipo es la mayor puesta en peligro solo porque a ese mensaje pueda acceder un gran número de personas. Entonces, no se requiere que, en efecto, llegue ese mensaje a un gran número de personas, sino que el hecho de que puedan acceder a él con facilidad por estos medios cualquier usuario¹⁰⁶.

En definitiva, el fin de la agravación es la mayor potencialidad de perjudicar a las víctimas, al contribuir a generar un clima de hostilidad a través de medios de comunicación masiva. Además, al

¹⁰³ Véase el Instrumento de Ratificación del Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 2003 (B.O.E. núm.26, de 30 de enero de 2015): “*Conscientes de que los sistemas informáticos ofrecen un medio sin precedentes para facilitar la libertad de expresión y de comunicación en todo el mundo; Reconociendo que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y que es una de las condiciones básicas para su progreso y para el desarrollo de todo ser humano; Preocupados, sin embargo, por el riesgo de la mala utilización o de la utilización abusiva de esos sistemas informáticos para difundir propaganda racista y xenófoba*”.

¹⁰⁴ Véase, en este sentido, la STS 31/2017, de 18 de enero (ECLI:ES:TS:2017:31): “*quien hoy incita a la violencia en una red social sabe que su mensaje se incorpora a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad. Además, carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión. Los modelos comunicativos clásicos implicaban una limitación en los efectos nocivos de todo delito que hoy, sin embargo, está ausente. Este dato, ligado al inevitable recorrido transnacional de esos mensajes, ha de ser tenido en cuenta en el momento de ponderar el impacto de los enunciados y mensajes que han de ser sometidos a valoración jurídico-penal*”.

¹⁰⁵ Véase, en este sentido, la STS 846/2015, de 30 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5682): “*por más que los medios de comunicación modernos de la mano de las TICS aceleren la difusión de mensajes escritos hasta acercarlos en su dinámica a las manifestaciones verbales por su rápida génesis y transmisión inmediata, sigue siendo factor relevante a la hora de evaluar el tipo subjetivo y el contexto que se trate de expresiones escritas: exigen en todo caso cierta mayor reflexión pues se prestan a ser releídas antes de la difusión, al modo de las que se denominaron injurias ilativas*”.

¹⁰⁶ Véase la STC 235/2007, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TC:2007:235): “*la tipicidad no resulta de la mera difusión, sino de la difusión en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que se protege*”.

igual que los artículos anteriores, es preciso atender a cada caso en concreto para analizar las circunstancias y si se dan los elementos integradores del discurso del odio. Por último, remarcar que no se debe probar el alcance concreto del mensaje en relación con un número de personas, solamente bastará con demostrar que cualquier persona ha tenido la posibilidad de acceder al mensaje difundido¹⁰⁷.

8. El art. 510. 4 del Código penal: la alteración de la paz pública o la creación de un grave sentimiento de inseguridad o temor.

En este precepto se recoge otra agravación de las conductas hasta ahora descritas. Concretamente, agrava la pena “*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*”. En principio, este precepto no recoge una situación de creación de un clima de violencia o hostilidad grave, sino que establece la agravación por generar un sentimiento de temor a las personas o al grupo, que se sienten atemorizados.

En este orden de cosas, se debe precisar el concepto de paz pública para comprender en qué situaciones se puede ver afectada. Es decir, la paz pública se define como el “*sentimiento subjetivo y colectivo de confianza en la normalidad de la convivencia en el espacio público*”¹⁰⁸. Asimismo, la jurisprudencia ha delimitado el contenido de este concepto “*la paz pública, concepto más amplio se integraría por el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y en definitiva la observancia de las reglas que facilitan esa convivencia y por tanto permiten el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas*”¹⁰⁹.

En conclusión, como se apuntó brevemente al comienzo del epígrafe, lo que se sanciona en este artículo no es la creación de un peligro contra el sujeto o el grupo protegido. En contra, se castiga la idoneidad del mensaje para generar un sentimiento de terror e inseguridad. Por tanto, deben existir en algunos casos la creación de un clima de hostilidad o violencia que, a su vez, genere una alteración de la paz pública o atemorice al sujeto pasivo del delito.

9. La responsabilidad civil como alternativa.

El derecho civil no escapa a conocer y proteger el ámbito de la libertad de expresión, ya que exista un estrecho vínculo entre la libertad de expresión y la intimidad, el honor y la propia imagen. Concretamente, se puede aplicar la responsabilidad civil prevista en el art.1902 del Código civil

¹⁰⁷ Véase, de nuevo, la STS 396/2018, de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:396): “*de tales expresiones se vierten a través de la red social cuyos contenidos se encuentran en Internet, por lo tanto, son de aplicación las respectivas agravaciones previstas en el articulado que invoca. La fundamentación de la agravación radica en la proyección, buscada por el autor, del mensaje que se emite*”.

¹⁰⁸ Véase el Diccionario panhispánico del español jurídico en <https://dpej.rae.es/lema/paz-p%C3%BAblica> (consultado el 05/12/2021)

¹⁰⁹ Véase, por todas, la STS 987/2009, de 13 de octubre (ECLI: ES:TS:2009:6448).

como vía de solución al daño que generan determinadas expresiones¹¹⁰. En este sentido, el encaje en la figura de la responsabilidad civil depende de varios factores.

En primer lugar, que el acto de expresión no se corresponda con ninguno de los delitos que se han visto hasta ahora. Igualmente, puede que encaje con la conducta delictiva, pero que no se dirija frente al sujeto pasivo previsto en la norma penal, es decir, colectivos vulnerables. Por tanto, ante la inaplicación del derecho penal cabe acudir al proceso civil.

En segundo lugar, es necesaria la concurrencia de los elementos integradores de la responsabilidad civil. En este sentido, debe existir una manifestación que genere una lesión en el honor, intimidad o propia imagen de una persona o de un colectivo. Además, esa expresión debe ser intencionada y así valorar la existencia de culpa. También es importante que la creación del daño se origine por el acto expresivo, de forma que exista un claro nexo causal entre acción y resultado lesivo. Por último, el daño que se genera es moral, puesto que afecta de forma directa a elementos de la personalidad de cada sujeto o colectivo¹¹¹.

En tercer y último lugar, es importante recordar que en el proceso penal se dirime también la responsabilidad civil derivada de la comisión de delitos. Sin embargo, esto no es óbice para que se pueda seguir únicamente un procedimiento civil cuando, por ejemplo, se determine la ausencia de responsabilidad penal.

En otro orden de cosas, conviene hacer un análisis sucinto de los aspectos más interesantes de la *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. Para comenzar, el art.1 establece la protección civil de los derechos fundamentales al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen frente a intromisiones ilegítimas. Asimismo, este precepto prevé la aplicación preferente del derecho penal cuando la conducta se incardine a su vez en un delito. No obstante, esta Ley se aplica en lo que se refiere a la fijación de la responsabilidad civil derivada del ilícito penal.

Además, los arts.4,5 y 6 de esta Ley contiene una previsión para el supuesto de fallecimiento del titular del derecho lesionado. La razón es que la memoria del fallecido supone la prolongación de su personalidad más allá del momento de su muerte. Por ello, se contempla la legitimación activa para recabar la protección de la memoria del fallecido: a la persona a la que se designa en testamento para este cometido; a los parientes; y, finalmente, al Ministerio Fiscal. Por último, si

¹¹⁰ Véase el AAP de Barcelona 1719/2020, de 3 febrero (ECLI:ES:APB:2020:1719): “en todo caso, si se considera agraviado en su honor puede acudir a la vía civil interponiendo la correspondiente demanda en reclamación de daños y perjuicios al amparo de lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/82 pero intentar obtener tutela penal por un (inexistente) delito tan grave como lo son los exponentes del discurso del odio, surgidos al albur de experiencias históricas deleznales, supone de una parte una intolerable banalización del mismo y de otra, un intento de perversión y utilización de la Justicia penal -y de los caudales públicos en definitiva- a fines privados y ajenos al constitucionalmente asignado”

¹¹¹ Véase la STS de 25 de junio de 1984 (RJ 1986/1145): “daño moral es aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extrapatrimonial de la personalidad”.

existía al momento del fallecimiento una acción ya entablada existe sucesión procesal en favor de estas personas, para que continúen en nombre del fallecido el procedimiento¹¹².

Todo ello, con un plazo de caducidad de 4 años para ejercitar las acciones de protección, tal y como prevé el art.9. Sin embargo, existe una previsión en el art.4.3 en la que, si debe intervenir el Ministerio Fiscal o existe una persona jurídica designada en el testamento para recabar la protección del fallecido, el plazo es de 80 años a contar desde el fallecimiento.

Por otra parte, la Ley establece definiciones de las intromisiones en el ámbito del honor, la intimidad y la propia imagen, en los arts.7 y 8. En concreto, interesa el art.7.7 que dispone que *“la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”*. En este precepto se puede valorar la similitud existente con los delitos de discurso del odio que se han analizado. Es decir, se trata de expresiones que lesionan la dignidad de una persona sin tener en cuenta su pertenencia a un grupo considerado vulnerable o la creación de un clima de hostilidad. Por tanto, es posible la aplicación de esta Ley cuando no se den los elementos integradores del tipo penal que se refiere al discurso del odio.

Por último, el art.9 de esta Ley establece la tutela jurisdiccional civil con unas medidas concretas. En este sentido, cabe destacar que si se trata de una intromisión en el derecho al honor debe publicarse total o parcialmente la sentencia a costa del condenado con, al menos, la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida.

En conclusión, la posible prevalencia del derecho civil frente al penal para solucionar este tipo de cuestiones supone respetar varios principios importantes. Entre ellos se encuentran, el principio de subsidiaridad¹¹³ y el principio de intervención mínima¹¹⁴. No obstante, la tendencia del legislador es la de soslayar el vigor de estos dos principios¹¹⁵. Por tanto, existe la urgencia de adaptar correctamente el Código penal a los delitos que limiten la libertad de expresión, sin obviar incluso la

¹¹² Cfr. Art. 6.2 LOPH en relación con el art.16.1 LEC: *“cuando se transmita mortis causa lo que sea objeto del juicio, la persona o personas que sucedan al causante podrán continuar ocupando en dicho juicio la misma posición que éste, a todos los efectos”*.

¹¹³ Véase el Diccionario panhispánico del español jurídico que lo define como *“principio que limita la utilización del derecho penal por parte del Estado, restringiendo su uso como instrumento protector de bienes jurídicos a los casos en que otros sectores del ordenamiento jurídico se han mostrado insuficientes para dicho fin”*. (<https://dpej.rae.es/lema/principio-de-subsidiariedad-penal>, consultado 08/12/2021).

¹¹⁴ Véase la STS 14/2020, de 8 de enero (ECLI:ES:TS:2020:14): *“la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico. En este sentido se manifiesta por la STS. 13.10.98, que se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, hasta el punto de convertir en dogma que la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos. Principio de intervención mínima que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal”*.

¹¹⁵ Véase GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 33 a 43. Véase, en consonancia, la Comunicación del Grupo de Estudios de Política Criminal de fecha 17 de febrero de 2021 (disponible en <https://www.politicacriminal.es/documentos/comunicados/comunicado-del-gepc-en-materia-de-delitos-de-expresion>, consultado el 08/12/2021).

despenalización del discurso del odio, entendiendo que la jurisdicción civil puede ser la alternativa idónea¹¹⁶.

¹¹⁶ Véase, en este sentido, MIRÓ LLINARES, F. (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pág.60.

IV. APUNTES PROCESALES SOBRE EL DISCURSO DEL ODIO

1. Inicio del procedimiento penal.

Para comenzar, es importante clarificar como se inicia la investigación y posterior enjuiciamiento de cualquiera de los delitos contenidos en el art.510 Cp. Para ello, siempre debe existir la puesta en conocimiento del hecho delictivo como máxima manifestación del principio acusatorio.

En principio, no todas las personas tienen la facultad de iniciar la investigación penal ni de formar parte del procedimiento. Según la tipología del delito las exigencias en cuanto al ejercicio de la acción penal son distintas.

Cuando se trata de delitos públicos, no es necesario que el ofendido ponga en conocimiento la existencia de un posible hecho delictivo para dar inicio al procedimiento. Es más, cualquier ciudadano puede interponer una denuncia, ya que esta clase de delitos afectan al interés público. Igualmente, el Ministerio Fiscal tiene el deber de denunciar y perseguir aquellos delitos públicos de los que tenga conocimiento¹¹⁷.

En cuanto a los delitos semipúblicos, no se afecta una forma clara al interés general, por ello, debe existir una denuncia previa por parte del ofendido o perjudicado por el hecho delictivo. Sin embargo, una vez se pone en conocimiento de la autoridad la *notitia criminis*, el procedimiento continuará hasta su finalización, incluso en el caso de que el ofendido retire la acusación. En estos casos, se condiciona el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal a la existencia de esa denuncia previa del ofendido por el posible delito.

No obstante, es relevante traer a colación el art.105.2 LECrim que establece que: *“En los delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquélla fuere menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida”*. Por tanto, cuando se trate de menores o personas con discapacidad la exigencia de denuncia previa del ofendido se hace innecesaria, dado que el Ministerio Fiscal cuenta con esta facultad. En concreto, las personas con discapacidad son uno de los colectivos vulnerables que se recogen a lo largo del art.510 Cp, por ello, los Fiscales podrán denunciar esta clase de delitos cuando la víctima sea una persona discapacitada.

Finalmente, en los delitos privados se requiere la interposición de querrela. Es decir, únicamente pueden ser perseguidos si los hechos se ponen en conocimiento de la autoridad por parte de la persona ofendida. Al contrario de lo que sucede con los delitos semipúblicos, en el caso de que la querrela del ofendido sea retirada, la investigación penal finaliza. Por último, únicamente forman parte de los delitos privados las injurias y las calumnias¹¹⁸.

En este orden de cosas, cabe hacer una consideración importante sobre esta clase de delitos. Es posible que se pueda interpretar que una injuria o calumnia en la que concurre un motivo discriminatorio del art.22.4 Cp entra dentro de la consideración de un delito privado y que, por ello, el discurso del odio solamente pueda ser perseguido mediante querrela.

¹¹⁷ Véanse los arts. 259 y 262 LECrim y el art. 5 EOMF.

¹¹⁸ Véanse los arts.104, 804 y ss. LECrim, en relación con el art.215 Cp.

No obstante, no se puede sostener esta posibilidad por diversas razones. Una de ellas es que el bien jurídico que se ve afectado es distinto al de las injurias o las calumnias, ya que los delitos contenidos en el art.510 en sus distintos apartados castigan una lesión que no solo afecta al derecho al honor, sino también a la dignidad humana.

Otra de las razones por las que no se puede considerar el discurso del odio como un delito privado es la diferencia con el sujeto pasivo del delito. Es decir, puede ser que exista una injuria o calumnia discriminatoria contra una determinada persona. Pero, si esa discriminación tiene como origen la pertenencia a un colectivo, es posible que también se ponga en peligro a todo ese colectivo además de a la persona concreta. Por tanto, la condición de ofendido no solo recae en el interés privado de un solo sujeto, sino que alcanza al interés general de todo el colectivo social e incluso al interés público del Estado.

En consonancia con lo anterior, el gran alcance que puede tener un mensaje de odio, en las redes sociales, por ejemplo, supone alterar el orden y la paz social. Por ello, el discurso del odio puede llegar a tener un alcance tan amplio que lo aparta de la posibilidad de ser un delito privado. Además, de la lectura de los tipos penales contenidos en el art.510 Cp, en todos ellos se exige una comunicación pública o la implicación de terceras personas¹¹⁹.

En definitiva, el discurso del odio como delito reconocido en el art.510 Cp se incardina en los denominados delitos públicos. La razón es que el bien jurídico que se ve afectado no solo perjudica a al colectivo social ofendido, sino también a toda la sociedad. Concretamente, el ataque a la dignidad humana como derecho fundamental, así como a los valores superiores del ordenamiento jurídico supone transgredir el contenido mínimo de todo orden social.

Toda vez se ha llegado a la conclusión de que el discurso del odio es un delito público, hay que tratar la posibilidad de la acción popular. En concreto, la acusación popular es una figura que se contempla en el art.125 CE y en el art.101 LECrim, que reconoce que: *“La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley”*¹²⁰. Por tanto, la acusación popular es una prerrogativa para todos los ciudadanos a la hora de iniciar la acción penal cuando tengan conocimiento de un hecho delictivo.

No obstante, existen casos en los que determinadas personas no pueden ejercitar la acción popular. En precisión, todas aquellas personas que no se encuentren en plenitud de sus derechos civiles; las personas que hayan sido condenadas dos veces por sentencia firme por un delito de denuncia o querrela calumniosas; y los jueces y magistrados, siempre que no se trate de asuntos que les afecten a ellos directamente o a alguno de sus familiares¹²¹.

¹¹⁹ Véase, de nuevo, la STS 31/2017, de 18 de enero (ECLI:ES:TS:2017:31): *“la extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios”*.

¹²⁰ Véase la STC 34/1994, de 31 de enero (ECLI:ES:TC:1994:34): *“La tutela jurisdiccional en materia penal incluye el ejercicio de la acción penal por las personas privadas. En nuestro Derecho, junto a la oficialidad de la acción encomendada al Ministerio Fiscal, se atribuye su ejercicio a los sujetos privados, a los perjudicados por del delito mediante la llamada acción particular y a todos los ciudadanos, independientemente de que hayan resultado o no ofendidos por el delito, a través de la denominada acción popular. Dependiendo de si el particular es o no ofendido por el delito, el ejercicio de la acción penal está sujeto a determinadas particularidades, de entre las que cabe destacar la necesidad de la presentación de querrela, que se impone al acusador popular que ejercita la acción penal (art. 270 L.E.Crim.) y la obligación de prestar fianza para responder de las resultas del juicio, de la que, en cambio, se encuentra exonerado el ofendido por el delito (arts. 280 y 281 L.E.Crim.)”*.

¹²¹ Cfr. Arts.102 y 103 LECrim.

Además, es relevante que solamente cabe la acusación popular cuando el delito afecta al interés público, siendo este el efecto legitimador de la interposición de la acción penal. Este requisito solamente se cumple respecto de los delitos públicos.

Por último, el art.109.3 *bis* LECrim establece que: “*la acción penal también podrá ser ejercitada por las asociaciones de víctimas y por las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas, siempre que ello fuera autorizado por la víctima del delito*”. Es decir, cabe la posibilidad de que las asociaciones de colectivos vulnerables afectados por delitos del art.510 Cp ejerciten esta acción penal y sean parte en el proceso.

2. Admisión a trámite de los delitos relativos a actos de expresión.

El punto de partida del procedimiento penal es la admisión a trámite de una denuncia o querrela por cualquiera de los delitos recogidos a lo largo del art.510 del Código penal. Sin embargo, es necesario un examen previo para la admisión a trámite de la denuncia. Es decir, el Juzgador debe valorar *ex ante* si los hechos son constitutivos de delito mediante una resolución motivada¹²².

En concreto, el art.269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que: *“formalizada que sea la denuncia, se procederá o mandará proceder inmediatamente por el Juez o funcionario a quien se hiciere a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiere carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa. En cualquiera de estos dos casos, el Tribunal o funcionario se abstendrán de todo procedimiento, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran si desestimaren aquélla indebidamente”*. En el mismo sentido, el art.313 LECrim respecto de la querrela: *“desestimará en la misma forma la querrela cuando los hechos en que se funde no constituyan delito, o cuando no se considere competente para instruir el sumario objeto de la misma”*.

En este sentido, es preciso detallar cuáles son los elementos que conforman este examen previo. En principio, debe existir una ponderación de derechos que supone delimitar si existe o no una extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión¹²³. Por tanto, los Jueces y Tribunales están obligados a interpretar de forma restrictiva el precepto penal, con el objetivo de realizar un juicio de proporcionalidad tendente a evitar lo que se denomina el “efecto desaliento”¹²⁴.

Asimismo, la necesidad de una justificación para la aplicación del art.510 Cp se refuerza de forma que, si no se realiza esta ponderación de derechos, ello supone vulnerar el derecho fundamental que no se toma en consideración¹²⁵. En otras palabras, la falta de examen preliminar

¹²² Véase, por todas, la STC 26/2018, de 5 de marzo (ECLI:ES:TC:2018:26): *“el ejercicio de la acción penal no comporta, en el marco del artículo 24.1 CE, un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino sólo a obtener en la fase instructora un pronunciamiento judicial motivado sobre la calificación jurídica que merecen los hechos, expresando las razones por las que se inadmite su tramitación, o bien se acuerda posteriormente el sobreseimiento y archivo de las actuaciones. De modo que las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva se verán satisfechas por la resolución de inadmisión si se fundamenta de forma razonable en la exclusión ab initio del carácter delictivo de los hechos imputados”*.

¹²³ Véase, en este sentido, STC 35/2020, de 25 de febrero (ECLI:ES:TC:2020:35): *“...no todo ejercicio extralimitado del derecho a la libertad de expresión ni la existencia de un sentimiento de odio convierten sin más la conducta enjuiciada en un ilícito penal. Esta afirmación, sin embargo, no resulta suficiente, por sí sola, para entender completada en su integridad la ponderación constitucionalmente necesaria con carácter previo al examen de la tipicidad, en la medida en que no permite conocer cuáles han sido las bases sobre las que se puede concluir que la conducta del recurrente debía ser considerada como un ejercicio, sea o no extralimitado, del derecho a la libertad de expresión —con la consiguiente entrada en juego del principio de proporcionalidad en la restricción de un derecho fundamental— o debía ser excluida de este concepto”*.

¹²⁴ Véase la STC 136/1999, de 20 de julio (ECLI:ES:TC:1999:136) y la STC 110/2000, de 5 de mayo (ECLI:ES:TC:2000:110): *“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 ... disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada”*.

¹²⁵ Véase la STC 299/2006, de 23 de octubre (ECLI:ES:TC:2006:299): *“esta total falta de valoración judicial acerca de si los hechos imputados a la demandante de amparo constituían o no legítimo ejercicio de las libertades alegadas no sólo impide conocer los fundamentos de las decisiones judiciales citadas sino que constituye ya, en sí misma, una vulneración de dichos derechos fundamentales”*; y la STC 89/2010, de 15 de noviembre (ECLI:ES:TC:2010:89): *“la*

sobre el ejercicio legítimo de la libertad de expresión supondría infringir ese mismo derecho constitucional. En definitiva, se puede dar la situación de que se obvие este previo pronunciamiento y se dicte una la resolución judicial, que, al lesionar un derecho fundamental, debe instarse su anulación¹²⁶.

No obstante, cabe la posibilidad de que, ante una falta de examen previo, tanto la defensa como la acusación puedan plantear una cuestión previa en un momento posterior. Concretamente, en virtud del art.786.2 de la LECrim, se ofrece esta posibilidad en la fase del juicio oral. Por tanto, se abre otra vía para que el Juez se pronuncie sobre el examen omitido¹²⁷.

Por último, es importante destacar que la interposición de la denuncia o de la querrela no da derecho a su admisión a trámite, ni a la apertura de un procedimiento, ni a que se practiquen diligencias, solamente da derecho a obtener una resolución motivada sobre la pretensión ejercitada¹²⁸.

En este sentido, cuando los hechos no son constitutivos de delito, solo cabe que la resolución que el Juez adopte sea la inadmisión a trámite de la denuncia. La razón no es otra que proteger el ejercicio legítimo de la libertad de expresión cuando no se dan los elementos típicos del discurso del odio¹²⁹.

En base a lo expuesto, no se debe permitir la apertura del procedimiento penal por conductas que se engloban dentro de la libertad de expresión o que incluso no cumplen con todos los elementos necesarios para constituir una incitación al odio, por ejemplo. Por tanto, no se puede proceder a la práctica de diligencias de investigación si no se supera la ponderación de derechos en juego¹³⁰.

Además, es habitual que el Juzgador admita a trámite la denuncia o la querrela y llame a declarar al investigado, para más tarde sobreseer la causa por falta de tipicidad de la conducta. Esta

ausencia de ese examen previo al que está obligado el Juez penal, o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible”.

¹²⁶ Véase, por todas, la STC 35/2020, de 25 de febrero (ECLI:ES:TC:2020:35).

¹²⁷ Véase la STC 177/2015, de 22 de julio (ECLI:ES:TC:2015:177): “*Así las cosas, el órgano judicial debe valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión. Pues es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito*”.

¹²⁸ Véase, por todas, la STC 31/1996, de 27 de febrero (ECLI:ES:TC:1996:31): “*el ejercicio de la acción penal no comporta tampoco un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solamente a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación*”.

¹²⁹ Véase la STS 752/2012, de 3 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:6628): “*el Juez penal debe examinar, en aquellos casos en los que pueda estar en juego el ejercicio legítimo de las libertades de los apartados a) o d) del art. 20.1 CE , si los hechos exceden los márgenes del ejercicio de los derechos fundamentales que en ellos se protegen, ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar, puesto que las libertades del art. 20.1 a) y d) CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta*”.

¹³⁰ Véase, por todos, ATS 4043/2019, de 1 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:4043): “*una interpretación de la norma que no desconozca el sentido común conduce a sostener que no se justifica la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos meramente sospechosos, por si los mismos pudiesen ser constitutivos de delito, es decir, una investigación prospectiva, sin aportar un indicio objetivo de su realidad de conocimiento propio del querellante. De lo contrario, cualquier ciudadano podría verse sometido a una investigación basada en la mera apariencia. En realidad, se trata de aplicar el mismo principio que es exigible cuando se trata de restringir los derechos fundamentales del artículo 18 C.E., en este caso los derechos a la libertad personal y a la seguridad del artículo 17.1 del Texto Constitucional*”.

práctica se aparta completamente de lo dispuesto en el art.269 LECrim y puede dar origen al efecto desaliento¹³¹.

En conclusión, es imprescindible este examen previo para admitir a trámite tanto la denuncia como la querrela, siendo necesario incluir todos los parámetros que se trataron al hablar del test de Rabat. Es decir, un análisis detallado de todos los elementos necesarios para castigar un acto de expresión¹³².

3. La competencia territorial en casos de discurso del odio en redes sociales.

En principio, los delitos del art.510 Cp no ofrecen dificultades a la hora de determinar el lugar en el que se cometen, ya sea porque se trata de un discurso en un lugar concreto, un establecimiento que produce o difunde materiales discriminatorios... La ubicuidad en estos casos no plantea grandes problemas. Sin embargo, sí los plantea cuando el lugar en el que se comete uno de estos delitos es en Internet como red global de comunicación.

Para la atribución de la competencia territorial para la investigación penal se emplea la regla genérica *forum loci delicti comissi*, tal y como se reconoce en el art.14 LECrim. Por ello, la competencia se atribuye al Juzgado de Instrucción del lugar en el que se cometa el delito.

El primer problema surge cuando no se puede determinar la competencia territorial por tratarse de delitos cometidos por mensajes de odio vertidos en plataformas sociales. La solución que se ha adoptado para estos casos es la aplicación de la doctrina de la ubicuidad.

En este sentido, se entiende que el discurso del odio se comete en todas las jurisdicciones en las que se realicen algún elemento del tipo. Por tanto, el primer Juzgado de Instrucción, de cualquiera de esas jurisdicciones en las que se ha dado un elemento delictivo, que inicie la investigación de ese delito concreto será el competente territorialmente¹³³.

No obstante, no es fácil determinar la conexión entre lo físico y lo informático. Es decir, es posible adoptar la postura de que el delito se comete en el lugar en el que se encuentra el servidor del usuario, el equipo informático o bien en el lugar del servidor de la persona ofendida¹³⁴. Sobre este punto, no debería existir mayor discusión, puesto que el primer Juzgado que conozca del delito será el competente.

¹³¹ Véase la STC 112/2016, de 20 de junio (ECLI:ES:TC:2016:112): “esas limitaciones siempre han de ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de expresión no resulte desnaturalizado, lo que obliga al Juez penal a tener siempre presente su contenido constitucional para no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático”.

¹³² Véase la STS 185/2019, de 2 de abril (ECLI:ES:TS:2019:1070): “entre el odio que incita la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo que lo que no es acogido en que la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo”.

¹³³ Véase el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 3 de febrero de 2005: “El delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa”.

¹³⁴ Véase la ATS 3181/2009, de 12 de marzo (ECLI:ES:TS:2009:3181A).

En mi opinión, al tratarse de mensajes que se dan en línea en redes sociales, la actividad y el resultado del delito se da en multitud de ubicaciones¹³⁵. Por ello, en estos casos, que ya de por sí revisten una complejidad propia para su investigación, los conflictos de competencia no pueden suponer una traba añadida. En definitiva, en ocasiones conviene desplazar la teoría de ubicuidad por un criterio de eficacia en la instrucción¹³⁶.

4. Particularidades de la investigación penal y los medios electrónicos.

4.1 El art.510.6 del Código penal como consecuencia accesoria.

En este precepto penal aparece una previsión sobre las medidas que el Juez ha de adoptar en los delitos contemplados en el art.510 Cp. Concretamente, establece el art.510.6 del Código penal: *“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”*.

Es decir, se trata de una consecuencia accesoria del delito específica de este tipo penal, comparable con lo dispuesto en los arts.127 y siguientes del Código penal. No obstante, aunque el art.127 Cp trata la regla general de las consecuencias accesorias, no contempla la posibilidad de que los bienes, medios o instrumentos utilizados para el delito sean contenidos en Internet.

Tanto es así, que el art.510.6 Cp permite la retirada de contenidos, el bloqueo de acceso o la interrupción de la prestación cuando el delito se lleve a cabo a través de tecnologías de la comunicación, como por ejemplo las redes sociales.

Sobre este punto, es interesante traer a colación las previsiones que se contemplan para delitos contra la propiedad intelectual que se cometen a través medios tecnológicos. En concreto, la retirada de contenidos publicados en páginas web es más sencilla, dado que la interrupción del servicio permite clausurar o bloquear el acceso al portal web con un requerimiento¹³⁷.

Sin embargo, para la retirada de publicaciones en redes sociales es necesario un requerimiento judicial a las empresas gestoras de estas plataformas. Esta obligación de colaboración nace incluso antes del procedimiento penal. Concretamente, existe un Código de Conducta en el que

¹³⁵ Véase la SAP de Barcelona 1301/2008, de 29 de enero (ECLI:ES:APB:2008:1301): *“para evitar discusiones de foro (que sólo favorecen el anonimato delincuencia y la demora en la persecución de estos delitos, que por su naturaleza precisan de la rápida actuación del investigador), el Tribunal Supremo, ha considerado que el delito informático, de trazo mutante e itinerante, y que establece sus efectos en múltiples ubicaciones geográficas, se produce (y por lo tanto es competente) en todos y cada uno de los sitios donde se manifiestan sus efectos, lo que incluye tanto el lugar de la acción como el del resultado”*.

¹³⁶ Véase el ATS 971/2020, de 16 de enero (ECLI:ES:TS:2020:971A).

¹³⁷ Véase la Circular 8/2015, de 21 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015.

estas empresas se comprometen a crear mecanismos para la retirada de contenidos constitutivos de delito de incitación al odio¹³⁸.

En este sentido, estas empresas deben adoptar aquellas medidas necesarias para eliminar las publicaciones de mensajes de odio, ya sea por petición de un usuario de la red social o por aplicación de un mecanismo de control. No obstante, dada la ingente cantidad de mensajes que se publican en las redes sociales es imposible hacer un control exhaustivo. Más bien, de lo que se trata es de eliminar aquellas expresiones de odio cuando la empresa tenga o haya podido tener conocimiento de las mismas. En caso contrario, podrán ser sancionadas por desatender su deber de control y colaboración contra discurso del odio en internet¹³⁹.

Asimismo, la obligación no solo recae en las plataformas sociales, la Unión Europea insta a los Estados miembros a incorporar normas y protocolos para combatir los contenidos ilícitos en línea¹⁴⁰. Por último, es importante señalar que cada año la Comisión Europea evalúa el cumplimiento y las cifras relativas al Código de Conducta¹⁴¹.

En definitiva, es complejo perseguir los delitos de odio tanto para los operadores jurídicos como para las propias empresas prestadoras de servicios. En ocasiones la localización de servidores y prestadores de servicios radica en terceros países, o existe una fuerte encriptación de datos o incluso la facilidad que ofrece Internet para el anonimato. Todos estos factores contribuyen a que la persecución penal sea laboriosa. Por tanto, se hace preciso la creación de una cooperación jurídica internacional, un refuerzo de medidas de autocontrol por parte de las empresas prestadoras de servicios, fomentar códigos deontológicos entre los usuarios y, todo ello, acompañado de un marco normativo internacional y homogéneo¹⁴².

En otro orden de cosas, el art.510.6 Cp emplea expresiones imperativas de cara al Juez “acordará” u “ordenará” la adopción de estas medidas, siempre que exista responsabilidad criminal. En caso contrario, de no existir sentencia condenatoria, se trataría de medidas cautelares tendentes a evitar que subsista el discurso del odio en el medio o soporte empleado. Es decir, la destrucción de soportes, la retirada de contenidos o restringir el acceso a terceros sirven para evitar la desaparición de las pruebas del delito y, sobre todo, para proteger al colectivo perjudicado por el discurso del odio¹⁴³.

En contraposición, este tipo de medidas cautelares existe en otros delitos como el de pornografía infantil, en el art.189.8 Cp; contra la propiedad intelectual, en el art.270.3 Cp; y, en el de

¹³⁸ Véase el Código de Conducta para la lucha contra la Incitación Ilegal al Odio en Internet promovido por la Comisión Europea, de 31 de mayo de 2016 (Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_19_805, consultado el 30/12/2021).

¹³⁹ Véase la STEDH de 16 de junio de 2015, *asunto Delfi AS vs. Estonia*, párrafos 157 y ss.

¹⁴⁰ Véase la Recomendación (UE) 2018/334, de 1 de marzo de 2018, *sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea* (D.O.U.E., de 6 de marzo de 2018).

¹⁴¹ Véase el último Informe de 7 de octubre de 2021, en el que analizan el comportamiento de empresas como *Facebook, Instagram, Youtube, Jeuxvideo.com, Twitter y Tik tok* y han concluido que en este año la orientación sexual es el motivo más común de incitación al odio (18,2%) seguido de la xenofobia (18%) y el antigitanismo (12,5%) (Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/fs_21_5106, consultado el 02/01/2022).

¹⁴² Véase MARABEL MATOS, J.J., “Delitos de odio y Redes sociales: El derecho frente al reto de las nuevas tecnologías”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 27, 2021, págs.164 a 170.

¹⁴³ Cfr. Art.13 LECrim: “*se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley*”.

terrorismo, en el art.578.4 Cp. No obstante, en el delito del art.510, no se prevén medidas cautelares específicas, por ello se debe acudir a la aplicación genérica del art.13 LECrim.

Subsidiariamente, existen medidas en el ámbito administrativo gracias a la Ley 32/2002, de 11 de julio, *de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico*. En concreto, en el art.8.1 c) de esta Ley permite a las autoridades administrativas competentes adoptar todas las medidas necesarias para interrumpir un servicio o retirar contenidos cuando afectan al “*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*”.

En este sentido, si bien no se prevé de forma expresa el carácter cautelar de las medidas contempladas en el art.510.6 Cp, resultaría incomprensible que puedan adoptarse en vía administrativa y no en un procedimiento penal. Sobre todo, teniendo en cuenta que se cumplen las condiciones expresadas en la LECrim para la adopción de medidas cautelares.

Por último, para la adopción de alguna de estas medidas es preciso que exista una resolución motivada por parte del Juez. En esta resolución se examina la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, que en el procedimiento penal se exterioriza con los indicios de criminalidad de una persona concreta; y, el *periculum in mora*, que se justifica en el incremento de un riesgo o peligro para la víctima si no se adopta la medida cautelar¹⁴⁴.

4.2 La problemática de las redes sociales.

La creación de las plataformas digitales ha supuesto la consecución de un gran logro en el ámbito de las comunicaciones, ya que interrelaciona a millones de personas de forma instantánea y desde cualquier lugar del mundo. Estas características tienen especial incidencia en el ámbito jurídico y, sobre todo, en el ámbito penal. Por tanto, es interesante tratar en este epígrafe algunas de las dificultades que las redes sociales ofrecen a la investigación.

La información que se puede obtener de las redes sociales para probar hechos delictivos es de vital trascendencia. Más aun, cuando se emplean como el medio más eficaz para la difusión del discurso del odio. En este sentido, la publicación de un mensaje en una plataforma digital sirve como prueba para el procedimiento penal de la existencia de un delito.

Sin embargo, sigue faltando un elemento importante y es el autor. Normalmente, los distintos usuarios emplean su nombre y apellidos reales, apodos o incluso sus iniciales. Por ejemplo, en la red social *Facebook* suele ser habitual emplear datos reales, mientras que en *Twitter* es más común emplear abreviaturas, sobrenombres, nombres de personajes famosos... Por tanto, en ocasiones no es tan sencillo identificar al emisor de un mensaje concreto que se está investigando.

¹⁴⁴ Véase la STC 187/1999, de 25 de octubre (ECLI:ES:TC:1999:187): “no cabe deducir que la única medida cautelar que puedan adoptar los órganos judiciales y que afecte a medios de comunicación social, o a cualquier instrumento de divulgación de opiniones, ideas, creencias o informaciones, sea el secuestro, entendido éste como la puesta a disposición del órgano judicial que lo ha acordado del soporte material, sea éste un impreso, publicación, grabación o cualquier otro medio de difusión de mensajes”. Igualmente, la STC 34/2010, de 19 de julio (ECLI:ES:TC:2010:34) se refiere a esta Sentencia de la siguiente forma: “en dicha decisión vinimos a reconocer en primer lugar la posibilidad constitucional de medidas judiciales por las que se prohíba la difusión de una obra o información, que no pueden ser incardinadas en el concepto de censura previa, vetada por el art. 20.2 CE”.

El dato más fiable para la identificación de un usuario de cualquier red social es su dirección IP, que ha sido empleada para subir a la plataforma el contenido ilícito. Al tratarse de una nomenclatura numérica asociada a un determinado equipo es sencillo localizar al autor¹⁴⁵.

No obstante, puede que la dirección IP sea insuficiente y se deba proceder de acuerdo con lo establecido en el art.588 *ter* k) LECrim, siendo necesaria la autorización judicial para la identificación del usuario¹⁴⁶.

Asimismo, puede suceder que la dirección IP esté asociada a un equipo conectado en otro Estado distinto al español. La solución es distinta si ese tercer país pertenece o no a la Unión Europea. En el primer supuesto, la cooperación jurídica se reconoce en el Convenio de Budapest¹⁴⁷ y, en el segundo supuesto, la existencia de la orden europea de investigación facilita la colaboración entre autoridades judiciales en materia penal¹⁴⁸. Por tanto, esta es otra de las dificultades que debe sortear la investigación penal.

Igualmente, es importante señalar que todas las informaciones que existan en un perfil social y abierto al público se cuelgan libremente por el usuario, por ello, nunca existiría una intromisión en su intimidad si se aportan al proceso. Por el contrario, si en un determinado perfil se restringen las personas que pueden acceder a su información, la investigación que se lleva a cabo sobre este extremo exige un mayor control judicial¹⁴⁹.

Por último, la identificación del usuario o del equipo informático empleado puede ser aún más complejo. Por ejemplo: si una persona se conecta desde un ordenador habilitado para otros fines, al que tienen acceso multitud de usuarios, es posible que en cuestión de pocos minutos pueda crearse un perfil en una red social y publicar cualquier tipo de mensaje.

A título ilustrativo se puede pensar en un caso en el que se emplea un ordenador de una biblioteca pública. Normalmente, estos equipos tienen conexión a internet para emplear el catálogo y no requieren autenticación por parte del usuario que lo usa. Por tanto, solamente tendrá que crear un correo electrónico falso y rellenar los datos que le pide la plataforma social para generar un perfil. Otro ejemplo puede ser el uso de una conexión a internet de una cafetería o de cualquier otro local para cometer esta clase de delitos. En estos casos la investigación penal se encuentra con obstáculos difíciles de superar¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Véase la definición de dirección IP en el Diccionario panhispánico del español jurídico: “*identificación numérica de un elemento conectado a una red que utiliza el protocolo TCP/IP*”. (Disponible en <https://dpej.rae.es/lema/direcci%C3%B3n-ip>, consultado el 02/01/2022).

¹⁴⁶ Cfr. Art. 588 *ter* k) LECrim: “*cuando en el ejercicio de las funciones de prevención y descubrimiento de los delitos cometidos en internet, los agentes de la Policía Judicial tuvieran acceso a una dirección IP que estuviera siendo utilizada para la comisión algún delito y no constara la identificación y localización del equipo o del dispositivo de conectividad correspondiente ni los datos de identificación personal del usuario, solicitarán del juez de instrucción que requiera de los agentes sujetos al deber de colaboración según el artículo 588 *ter* e, la cesión de los datos que permitan la identificación y localización del terminal o del dispositivo de conectividad y la identificación del sospechoso*”.

¹⁴⁷ Véase el Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001 (B.O.E. núm.226, de 17 de septiembre de 2010).

¹⁴⁸ Véase la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014 relativa a la orden europea de investigación en materia penal.

¹⁴⁹ En este caso, se puede interpretar que se trata de una intervención de las comunicaciones telemáticas y serán de aplicación los arts.588 *bis* y 588 *ter* LECrim.

¹⁵⁰ Véase VELASCO NÚÑEZ, E., (Dir.), *Delitos contra y a través de las nuevas tecnologías. ¿Cómo reducir su impunidad?*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, 1ª edición, Madrid, 2006, págs. 121 a 126.

V. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS: CUATRO CLAVES PARA UNA ASISTENCIA LETRADA FRENTE A UNA ACUSACIÓN POR UN DELITO DE ODIOS

A lo largo de este trabajo se recogen las claves legales y jurisprudenciales necesarias para que cualquier letrado pueda afrontar un delito de odio del art.510 Cp. En este sentido, se ha detallado la doctrina constitucional del derecho a la libertad expresión, como elemento de descargo más importante ante el discurso del odio. Además, se han desgranado todos los elementos integradores del tipo penal en base a Sentencias que delimitan su interpretación. Por último, se ha tratado la problemática concreta que supone la investigación de este tipo de delitos, así como algunos incidentes procesales.

Por tanto, el objetivo de este epígrafe es servir de recapitulación a todo lo expuesto hasta ahora, haciendo énfasis en la posición que debe asumir la defensa por una acusación por un delito del art.510 Cp, y teniendo en cuenta la importancia insoslayable del respeto a los derechos y garantías del proceso penal.

En este sentido, mis conclusiones para llevar adelante con éxito una defensa letrada en un caso de este tipo son las siguientes:

1.

En primer lugar, todas las normas citadas de rango internacional, así como la jurisprudencia del TEDH y de nuestro TC, deben ser citadas hasta la saciedad. La razón no es otra que sostener con toda la argumentación posible que el ejercicio de la libertad de expresión alcanza, en principio, a todo tipo de mensajes. Por ello, debe existir una prueba de cargo tendente a demostrar que el acto de expresión se extralimita de la protección constitucional que merece. Por el contrario, un planteamiento distinto a este supone una vulneración de la presunción de inocencia¹⁵¹.

2.

En relación con lo anterior, es de vital importancia que los abogados examinen la actividad probatoria, así como su valoración. En este sentido, si se cumplen con las garantías legales pertinentes para la intervención de las comunicaciones, la localización de servidores informáticos u otros elementos que puedan servir para identificación del autor. En fin, si se consigue desvincular a la persona acusada del supuesto mensaje de odio, el éxito de la defensa está garantizado.

3.

Si, en cambio, la ponderación de derechos en juego permite que el Juez continúe con el proceso y se ha identificado al autor del delito, la actividad defensiva debe restarle importancia al elemento motivacional del delito. Es decir, que decaiga la relevancia penal del hecho en relación con el contexto. Para ello, la interpretación más favorable es la que entiende que se trata de una crítica,

¹⁵¹ Véase la STC 81/1998, de 2 de abril (ECLI:ES:TC:1998:81): “La presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio -que sería la relevante en este caso- opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías”. Asimismo, la STC 124/2001, de 4 de junio (ECLI:ES:TC:2001:124): “En definitiva, nuestra doctrina está construida sobre la base de que el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones”.

una sátira o una exageración que, desde luego, entra dentro del mal gusto, pero no supone una puesta en peligro de la integridad del colectivo social afectado.

El elemento clave es la existencia un afán discriminador que genere un peligro concreto y mensurable sobre el colectivo protegido frente al que se dirige el mensaje. Por ello, el pronunciamiento judicial debe motivar, en base a todos los parámetros que recoge el test de Rabat, esta motivación del delito. La ventaja que esto ofrece para la defensa es que, si se elimina una de las circunstancias, ya sea del contexto, de la víctima o del autor, difícilmente se obtendrá una condena. Por tanto, hay que ser incisivo en aquellos elementos en los que la prueba por parte de la acusación sea más débil.

4.

En último lugar, no se debe olvidar que pueden concurrir cualquiera de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. En este sentido, cabe la posibilidad de que alguien pueda publicar un *tweet*, por ejemplo, ante un estado de arrebato, bajo los efectos del alcohol... pero, sobre todo, la apreciación de la reparación o disminución del daño del delito con la publicación de un mensaje pidiendo disculpas¹⁵². Los ejemplos de posible aplicación de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal pueden ser extensos, es por eso por lo que habrá que examinar cada caso concreto.

También, es importante destacar que de ningún modo cabe aplicar la agravante de motivos discriminatorios del art.22.4 Cp. La razón es obvia, ya que, si la propia conducta recoge como elemento típico la existencia de un móvil de odio, volver a valorarlo como una posible agravante vulnera el principio *ne bis in idem*¹⁵³.

5.

En definitiva, las opciones son: justificar un ejercicio legítimo de la libertad de expresión; falta de identificación del autor; falta de relevancia penal de la conducta; y posible concurrencia de circunstancias atenuantes. En mi opinión, la existencia del art.510 Cp tiene un claro objetivo que se pierde ante una mala *praxis* legislativa. En concreto, la aplicación de este precepto penal debe suponer la excepción a la regla ante ataques contra los denominados colectivos vulnerables. Por tanto, la vía penal debe reservarse para aquellos casos que revisten de especial gravedad y trascendencia, debiendo preponderar la sanción administrativa o la aplicación de la responsabilidad civil como mecanismos de resolución menos lesivos tanto para la víctima como para el autor.

¹⁵² Cfr. Art.21 del Cp: “*Son circunstancias atenuantes: 1.ª Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos. 2.ª La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo anterior. 3.ª La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante. 4.ª La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades. 5.ª La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral. 6.ª La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa. 7.ª Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores*”.

¹⁵³ Cfr. Art.67 Cp: “*las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse*”.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GARCÍA, M.A. (Dir.), *Guía Práctica para la Investigación y Enjuiciamiento de delitos de odio*, Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2015.

ALCÁCER GUIRAO, R., “Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14-02, 2012, págs. 02:1 a 02:32.

ALCÁCER GUIRAO, R., *La libertad del odio, Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

BOIX PALOP, A., “La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 173, 2016, págs. 55 a 112.

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

FREIXES MONTES, J., “La protección constitucional de la libertad de expresión en Estados Unidos: ¿un modelo para Europa?”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 10, 1996, págs., 269 a 296.

FUENTES OSORIO, J.L., “El odio como delito”, en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, nº19-27, 2017, págs. 1 a 52.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

LANDA GOROSTIZA, J.M., *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MARABEL MATOS, J.J., “Delitos de odio y Redes sociales: El derecho frente al reto de las nuevas tecnologías”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 27, 2021, págs.137 a 172.

MIRÓ LLINARES, F. (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

PORTILLA CONTRERAS, G., “La represión penal del odio”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. (dir.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A (coord.); y VENTURA PÜSCHEL, A. (coord.), *Tratado de derecho penal español. Parte especial IV. Delitos contra la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ROIG TORRES, M., “El declive de la libertad de expresión: propuesta de penalizar un discurso político”, en GÓNZALEZ CUSSAC, J.L. (dir.), *et alters* (Coord. LEÓN ALAPONT, J.), *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2020.

ROVIRA OLIVÉ, E. y LABORDA CLOPAS, E., *El prejuici fet notícia, Estudio del Observatorio del discurso del odio en los medios de comunicación*, Grupo de periodistas Ramón Barnils y Ayuntamiento de Barcelona, 2017.

SARTRE, J.P., *El Existencialismo es un humanismo*, Editorial UNAM, 2006.

VELASCO NÚÑEZ, E., (Dir.), *Delitos contra y a través de las nuevas tecnologías. ¿Cómo reducir su impunidad?*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, 1ª edición, Madrid, 2006.

ÁPENDICE JURISPRUDENCIAL

STEDH de 23 de setiembre de 1994, asunto *Jersild contra Dinamarca*

STEDH de 23 de septiembre de 1998, asunto *Lehideux e Isorni vs. Francia*

STEDH de 10 de octubre del 2000, caso *Ibrahim Aksoy*

STEDH de 8 de julio de 1999, asunto *Erdogdu e Ince vs. Turquía*

STEDH de 9 de mayo de 2012, asunto *Vejdeland and Others vs. Suecia*

STEDH de 10 de julio de 2008, asunto *Soulas vs. Francia*

STEDH de 7 de mayo de 2010, asunto *Jean Marie Le Pen vs. Francia*

STEDH de 17 de diciembre de 2013, asunto *Perinçek vs. Suíza*

STEDH de 20 de octubre de 2015, asunto *Balazs vs Hungría*

STEDH de 17 de julio de 2018, asunto *Mariya Alekhina y otros vs. Rusia*

STEDH de 16 de julio de 2019, asunto *Féret c. Bélgica*

STEDH de 28 de agosto de 2018, asunto *Savva Terentyev c. Rusia*

STEDH de 13 de diciembre de 2005, caso *Timishev c. Rusia*

STEDH de 8 de julio de 1999, *as. Gerger c Turquía*

STEDH de 2 de octubre de 2008, *as. Leroy c France*

STEDH de 1 de febrero de 2011, *as. Faruk Temel c Turquía*

STEDH de 15 de marzo de 2011, *as. Otegi Mondragón c España*

STEDH de 28 de septiembre de 1999, *as. Öztürk c Turquía*

STEDH de 11 de diciembre de 2007, *as. Karakoyun y Taran c Turquía*

STEDH de 16 de junio de 2015, *asunto Delfi AS vs. Estonia*

STC 160/2003, de 15 de septiembre de 2003 (ECLI:ES:TC:2003:160)

STC 110/2000, de 11 de mayo (ECLI:ES:TC:2000:110)

STC 6/2020, de 27 de enero (ECLI:ES:TC:2020:6)

STC 359/1987, de 23 de marzo (ECLI:ES:TC:1987:359)

STC 204/2001, de 15 de octubre (ECLI:ES:TC:2001:204)

STC 20/2002, de 28 de enero (ECLI:ES:TC:2002:20)

STC 181/2006, de 20 de julio (ECLI:ES:TC:2006:181)

STC 9/2007, de 15 de enero (ECLI:ES:TC:2007:9)

STC 101/2003, de 2 de junio (ECLI:ES:TC:2003:101)

STC 185/2002, de 14 de octubre (ECLI:ES:TC:2002:185)
STC 127/2003, de 30 de junio (ECLI:ES:TC:2003:127)
STC 177/2015, de 22 de julio (ECLI:ES:TC:2015:177)
STC 158/2003, de 15 de septiembre (ECLI:ES:TC:2003:158)
STC 54/2004, de 15 de abril (ECLI:ES:TC:2004:54)
STC 107/1988, de 8 de junio (ECLI:ES:TC:1988:107)
STC 1/1998, de 12 de enero (ECLI:ES:TC:1998:1)
STC 200/1998, de 14 de octubre (ECLI:ES:TC:1998:200)
STC 180/1999, de 11 de octubre (ECLI:ES:TC:1999:180)
STC 6/2000, de 17 de enero (ECLI:ES:TC:2000:6)
STC 51/2008, de 14 de abril (ECLI:ES:TC:2008:51)
STC 151/2004, de 20 de septiembre (ECLI:ES:TC:2000:6)
STC 214/1991, de 11 de enero (ECLI:ES:TC:1991:214)
STC 235/2007, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TC:2007:235)
STC 214/1991, de 11 de noviembre (ECLI:ES:TC:1991:214)
STC 200/2001, de 4 de octubre (ECLI:ES:TC:2001:200)
STC 182/2005, de 4 de julio (ECLI:ES:TC:2005:182)
STC 59/2008, de 14 de mayo (ECLI:ES:TC:2008:59)
STC 99/2019, de 18 de julio (ECLI:ES:TC:2019:99)
STC 35/2020, de 25 de febrero (ECLI:ES:TC:2020:35)
STC 34/1994, de 31 de enero (ECLI:ES:TC:1994:34)
STC 26/2018, de 5 de marzo (ECLI:ES:TC:2018:26)
STC 136/1999, de 20 de julio (ECLI:ES:TC:1999:136)
STC 110/2000, de 5 de mayo (ECLI:ES:TC:2000:110)
STC 299/2006, de 23 de octubre (ECLI:ES:TC:2006:299)
STC 89/2010, de 15 de noviembre (ECLI:ES:TC:2010:89)
STC 177/2015, de 22 de julio (ECLI:ES:TC:2015:177)
STC 31/1996, de 27 de febrero (ECLI:ES:TC:1996:31)
STC 112/2016, de 20 de junio (ECLI:ES:TC:2016:112)
STC 187/1999, de 25 de octubre (ECLI:ES:TC:1999:187)
STC 34/2010, de 19 de julio (ECLI:ES:TC:2010:34)
STC 81/1998, de 2 de abril (ECLI:ES:TC:1998:81)

STC 124/2001, de 4 de junio (ECLI:ES:TC:2001:124)

ATS 4043/2019, de 1 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:4043)

ATS 3181/2009, de 12 de marzo (ECLI:ES:TS:2009:3181A)

ATS 971/2020, de 16 de enero (ECLI:ES:TS:2020:971A)

STS 2133/2003, de 27 de marzo (ECLI:ES:TS:2003:2133)

STS 335/2017, 11 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1851)

STS 396/2018, de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:396)

STS 4133/2018, de 14 de diciembre (ECLI:ES:TS:2018:4133)

STS 7935/2006, de 23 de noviembre (ECLI:ES:TS:2006:7935)

STS 713/2002, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2002:2937)

STS 2019/2010, de 22 de abril (ECLI:ES:TS:2010:2019)

STS 5131/2011, de 11 de julio (ECLI:ES:TS:2011:5131)

STS 3386/2011, de 12 abril (ECLI:ES:TS:2011:3386)

STS 687/2011, de 2 de febrero (ECLI:ES:TS:2011:687)

STS 656/2007, de 17 de julio (ES:TS:2007:4936)

STS 752/2012, de 3 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:6628)

STS 623/2016, de 13 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3113)

STS 948/2016, 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2016:5495)

STS 180/2012, de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2012:1619)

STS 706/2017, de 27 de octubre (ECLI:ES:TS:2017:3804)

STS 335/2017, de 11 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1851)

STS 221/2017, de 29 de marzo (ECLI:ES:TS:2017:1177)

STS 31/2017, de 18 de enero (ECLI:ES:TS:2017:31)

STS 846/2015, de 30 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5682)

STS 396/2018, de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:396)

STS 987/2009, de 13 de octubre (ECLI:ES:TS:2009:6448)

STS de 25 de junio de 1984 (RJ 1986/1145)

STS 14/2020, de 8 de enero (ECLI:ES:TS:2020:14)

STS 185/2019, de 2 de abril (ECLI:ES:TS:2019:1070)

ATSJ de Cataluña 393/2018, de 28 de junio de 2018 (ECLI:ES:TSJCAT:2018:393)

STSJ de Navarra 1405/2005, de 14 de diciembre (ECLI:ES:TSJNA:2005:1405)

AAP de Girona 48/2019, de 30 de enero (ECLI: ES:APGI:2019:46A)

AAP de Barcelona 1719/2020, de 3 febrero (ECLI:ES:APB:2020:1719)

SAP de Santa Cruz de Tenerife 286/2014, de 7 de marzo (ECLI:ES:APTF:2014:286)

SAP Barcelona 954/2016, de 12 de diciembre (ECLI:ES:APB:2016:10976)

SAP de Madrid 762/2017, de 29 de diciembre (ECLI:ES:APM:2017:17599)

SAP de Madrid 1039/2020, de 8 de enero (ECLI:ES:APM:2020:1039)

SAP de Barcelona 1301/2008, de 29 de enero (ECLI:ES:APB:2008:1301)