

Igualdad de trato y no discriminación: Discurso de odio y delito de odio hacia la población migrante y refugiada

Cuadernos sobre el derecho
de asilo en España

Nº 2

CEA(R)
Comisión Española
de Ayuda al Refugiado



Universidad de Oviedo
University of Oviedo



Máster
Internacional de
Protección Jurídica
de las Personas y
Grupos Vulnerables

LA COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO (CEAR) ES UNA ORGANIZACIÓN NO GUBERNAMENTAL FUNDADA EN 1979, DE ACCIÓN VOLUNTARIA Y HUMANITARIA, INDEPENDIENTE Y PLURAL. ESTÁ INSPIRADA POR UN PROFUNDO SENTIDO ÉTICO Y POR LOS VALORES DE JUSTICIA, SOLIDARIDAD, LIBERTAD E IGUALDAD. LA DEFENSA DE ESTOS PRINCIPIOS CONSTITUYE SU PRINCIPAL PATRIMONIO, FORTALECE E INSPIRA TODAS SUS ACTUACIONES Y ES LA MOTIVACIÓN ESENCIAL DE SU TRABAJO Y SU EXISTENCIA. SUS CARACTERÍSTICAS SON:

- ES UNA ORGANIZACIÓN DE VOCACIÓN GLOBAL PORQUE, AUNQUE TRABAJA SOBRE TODO EN ESPAÑA, SU ACTUACIÓN SE PROYECTA HACIA TODOS LOS LUGARES DONDE EXISTEN PERSONAS REFUGIADAS, ABORDANDO LAS CAUSAS QUE GENERAN LOS DESPLAZAMIENTOS FORZADOS DE POBLACIÓN.
- ES UNA ORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL POR SU ORIGEN, SUS FINES Y SU VOLUNTAD DE TRABAJAR JUNTO CON LA CIUDADANÍA EN LA DEFENSA DEL DERECHO DE ASILO.

SUS OBJETIVOS FUNDAMENTALES SON LA DEFENSA Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE ASILO Y DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS REFUGIADAS Y DESPLAZADAS. CEAR ASUME TAMBIÉN LA DEFENSA Y LA PROTECCIÓN DE QUIENES LLEGAN A NUESTRO PAÍS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD O SON APÁTRIDAS.

EL PRESIDENTE DE CEAR ES CARLOS BERZOSA Y LA DIRECTORA GENERAL, ESTRELLA GALÁN. SU ASAMBLEA ESTÁ INTEGRADA POR DIVERSAS ORGANIZACIONES SOCIALES DEFENSORAS DE LOS DERECHOS HUMANOS (IEPALA, ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ESPAÑA, CLUB DE AMIGOS DE LA UNESCO); LAS CENTRALES SINDICALES MÁS REPRESENTATIVAS (CCOO, UGT, USO); ENTIDADES RELIGIOSAS (CÁRITAS ESPAÑOLA, IGLESIA EVANGÉLICA ESPAÑOLA, ASOCIACIÓN MUSULMANA EN ESPAÑA) Y FUERZAS POLÍTICAS DE ÁMBITO ESTATAL (PSOE, PP, IU). ASIMISMO, HAN FORMADO PARTE DE LA MISMA PERSONALIDADES QUE SE HAN DISTINGUIDO A LO LARGO DE SU VIDA POR UNA IRRESTRICTA DEFENSA DEL DERECHO DE ASILO Y DE LAS PERSONAS REFUGIADAS, COMO D. JUAN MARÍA BANDRÉS (PRESIDENTE DE HONOR HASTA SU FALLECIMIENTO), D. JOAQUÍN RUIZ-GIMÉNEZ, D. JUAN JOSÉ RODRÍGUEZ UGARTE Y D. RAMÓN MUÑAGORRI.

CEAR PARTICIPA DE MANERA ACTIVA EN IMPORTANTES PLATAFORMAS ESPAÑOLAS Y EUROPEAS DE DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, COMO EL CONSEJO EUROPEO PARA LOS EXILIADOS Y LOS REFUGIADOS (ECRE), LA RED MIGREUROP, EUROMED RIGHTS, EL CONSEJO ESTATAL DE ONG DE ACCIÓN SOCIAL, LA FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES PARA LA DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, LA PLATAFORMA DE ONG DE ACCIÓN SOCIAL Y LA RED EUROPEA DE LUCHA CONTRA LA POBREZA Y LA EXCLUSIÓN SOCIAL.

CEA(R)

Comisión Española
de Ayuda al Refugiado

COORDINACIÓN: Paloma Favieres (CEAR)

REDACCIÓN: María Ludivina Valvidares Suárez, Miguel Ángel Presno Linera y Patricia García Majado.

DISEÑO E IMPRESIÓN: Arcrom

DEPÓSITO LEGAL: M-9440-202

OFICINAS CENTRALES DE CEAR
AVDA. GENERAL PERÓN, 32. 2º DCHA.
28020 MADRID
TF.: 91 598 05 35
FAX: 91 597 23 61
WWW.CEAR.ES



Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional.

Se permite que la obra sea descargada y compartida siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede modificar de ninguna manera ni se puede utilizar con fines comerciales.

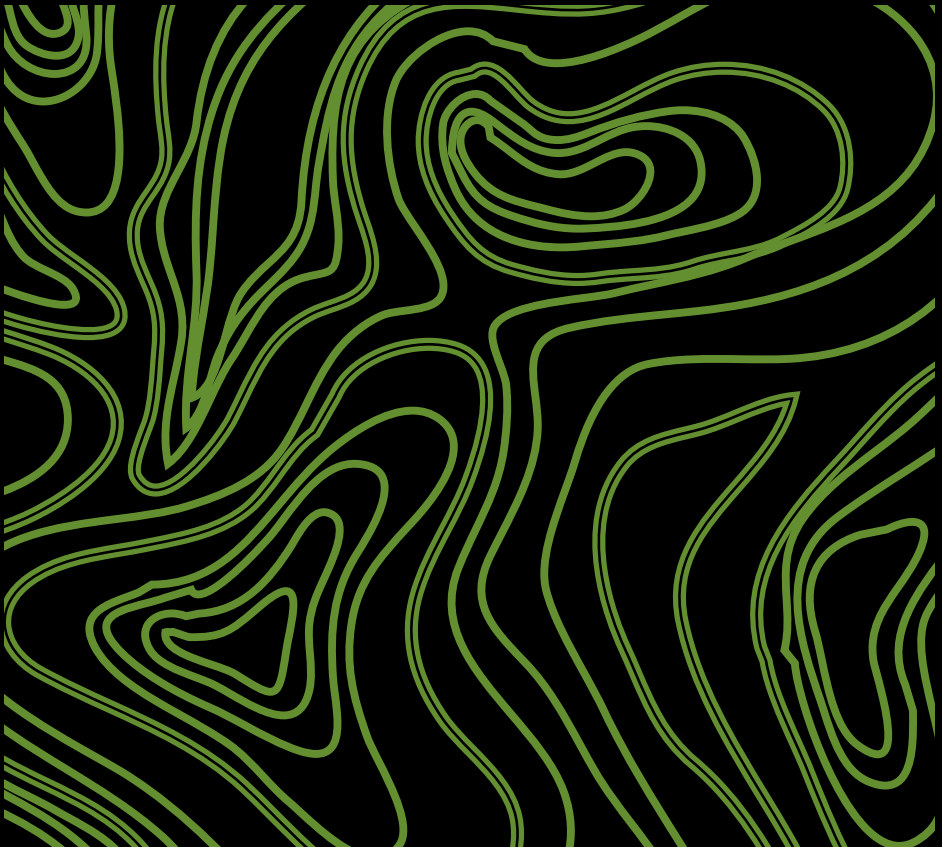
Índice

1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN	14
1.1. El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en sentido amplio	15
1.2. La prohibición de discriminación en sentido estricto: su carácter grupal o colectivo	17
1.3. Los tipos de discriminación	22
1.4. La igualdad efectiva	25
2. LA VULNERABILIDAD	30
2.1. ¿De quién hablamos cuando hablamos de personas o colectivos vulnerables?	31
2.2. La condición de grupo vulnerable de las personas demandantes de asilo según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	35
2.3. La exigencia de especial atención a las personas demandantes de asilo en las que concurren, además, otros factores de vulnerabilidad	38
a) Las personas menores de edad demandantes de asilo	38
b) Las familias con hijos pequeños necesitados de atención sanitaria que solicitan asilo	43
c) Las personas demandantes de asilo por razón de su orientación sexual	45
d) Las personas solicitantes de asilo y protección internacional en el contexto de la pandemia de COVID-19	46

3. LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL ODIO	54
3.1. Los delitos de odio y el discurso del odio	55
3.2. Discurso del odio	60
a) Regulación jurídica en los instrumentos normativos internacionales	60
b) Desarrollo jurisprudencial del concepto por parte del TEDH	66
c) Regulación jurídica nacional: Delito de discurso de odio o de incitación al odio (art.510 CP)	74
d) La incitación al odio como infracción administrativa	83
3.3. Delitos de odio	86
4. BIBLIOGRAFÍA	98

CAPÍTULO 3:

LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL ODIO



por Patricia García Majado

1. Los *delitos de odio* y el *discurso del odio*

El primer interrogante que surge al estudiar los delitos de odio es, justamente, su propio significado. Dicho término, procedente del anglosajón *hate crimes*, cuyo empleo es muy común en el ámbito de las organizaciones internacionales, carece de una definición normativa. Sin embargo, distintas instituciones han tratado de ofrecer una aproximación al mismo. Así, por ejemplo, la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (ODIHR), definió en 2005 el delito de odio como “(A) cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, sus bienes o el objetivo son elegidos por su real o asimilada conexión, afiliación, apoyo o pertenencia a un grupo definido en la parte B. (B) un grupo debe estar basado en una característica común de sus miembros, tal y como su real o perceptiva raza, nacional o étnico origen, lenguaje, color, religión, sexo, edad, minusvalía mental o física, orientación sexual u otro factor similar”.

Más conocido, no obstante, es el concepto de delitos de odio ofrecido por La Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) que, en el Consejo de Ministros celebrado en Maastricht en diciembre de 2003 definió aquéllos como: “toda infracción penal, incluidas las infracciones contra las personas y la propiedad, cuando la víctima, el lugar o el objeto de la infracción son seleccionados a causa de su conexión, relación, afiliación, apoyo o pertenencia, real o supuesta, a un grupo que pueda estar basado en la raza, origen nacional o étnico, el idioma, el color, la religión, la edad, la minusvalía física o mental, la orientación sexual u otros factores similares, ya sean reales o supuestos.”

Así las cosas, podríamos decir que los delitos de odio son todos aquellos comportamientos delictivos que se llevan a cabo por intolerancia o animadversión hacia ciertos colectivos vulnerables, identificados por compartir una característica común como el

sexo, la raza, el origen nacional, la identidad sexual, la ideología, etc. Lo relevante, por tanto, es que la víctima es escogida en virtud de su pertenencia (real o percibida) a alguno de esos colectivos vulnerables. De ahí que tales conductas causen un mal no solo, y de manera directa, a la víctima más inmediata sino al colectivo en el que aquélla se inserta, que es el atacado²⁴.

¿Qué es, entonces, el discurso del odio? Procedente de la expresión anglosajona de *hate speech*, el discurso del odio se vincula de manera específica con la libertad de expresión y la pregunta por sus límites, de manera que la infracción se realiza a través de actos de pura expresión y/o propaganda²⁵. Sin embargo, no todo discurso de odio tiene que ser necesariamente sancionado como delito. Como se verá en las próximas páginas, las recomendaciones a nivel internacional señalan que deben distinguirse las formas más graves de discurso de odio -merecedoras de una sanción penal-, de las que solo deben estar protegidas por acciones civiles y también de aquellas que, aunque no den lugar a responsabilidad, siguen siendo problemáticas desde el punto de vista de la convivencia democrática²⁶. Como tendremos ocasión de señalar al final de este informe, en el caso español, además de la tipificación penal, nos encontramos con una regulación de infracciones y sanciones administrativas frente al discurso de odio con motivaciones racistas, xenófobas e intolerantes en un ámbito sectorial tan relevante como el deportivo.

La Recomendación n.º R (97) 20, de 30 de octubre de 1997, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre discurso de odio, fue la primera en ofrecer una definición de discurso de odio que es, aún hoy, una de las más utilizadas habitualmente. La Recomendación, por lo demás, surge como respuesta a la preocupación por la reaparición de movimientos antisemitas, xenófobos y racistas:

24 DE VICENTE BENÍTEZ, R., *El discurso del odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp.32-33.

25 LANDA GOROSTIZA, J., *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, p.25.

26 Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred, Asamblea General de Naciones Unidas, 2013.

“El término «discurso de odio» debe ser entendido abarcando toda 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, incluyendo la intolerancia expresada por el nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante.”

Tal y como señala el preámbulo de la Recomendación nº 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Xenofobia (ECRI), a la que posteriormente se aludirá con más detalle, la “obligación de recordar, vigilar y combatir el aumento del racismo, la discriminación racial, la discriminación basada en el género, el sexismo, la homofobia, la transfobia, la xenofobia, el antisemitismo, la islamofobia, la discriminación contra los gitanos y la intolerancia, así como los delitos de genocidio, los delitos de lesa humanidad o los delitos en caso de conflicto armado y la negación, trivialización, justificación o condonación en público de tales actos delictivos” nace de la historia europea y se inserta en la obligación de protección y promoción de los derechos humanos.

Es por ello que no se puede compartir la ampliación indiscriminada -podría decirse que equidistante o ciega²⁷ que se recoge en la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de discurso de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. En dicha Circular se afirma que, si bien “el origen del delito de odio está relacionado con la protección a los colectivos desfavorecidos, pero la vulnerabilidad del colectivo no es un elemento del tipo delictivo que requiera ser acreditado, sino que el legislador, haciendo ese

27 En el sentido que tiene esta expresión en el marco de la relación entre la igualdad formal y material. La referencia a Constituciones (u ordenamientos) sex-blind, race-blind, etc., hace referencia al hecho de no tener en cuenta la desigualdad real o material que las personas sufren por su adscripción a determinados rasgos de su identidad, por lo que pudiera parecer que con la proclamación de la igualdad formal a nivel legal, se resuelven los problemas de discriminación y falta de igualdad de oportunidades.

juicio de valor previo, al incluirlo en el tipo penal, ha partido de esa vulnerabilidad intrínseca o situación de vulnerabilidad en el entorno social. Tampoco lo es el valor ético que pueda tener el sujeto pasivo. Así una agresión a una persona de ideología nazi, o la incitación al odio hacia tal colectivo, puede ser incluida en este tipo de delitos”²⁸.

Tal vez el problema radica, en este caso, en que no se identifica correctamente el objetivo perseguido por la protección frente a los discursos y los crímenes de odio, que no es tanto el de proteger un supuesto e inexistente derecho a no sentirse ofendido, sino garantizar los derechos fundamentales de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, ese bien público que se concreta en “el sentido de seguridad en el espacio que habitamos” (...), y que resulta socavado no solo por la insinuación de la discriminación y la violencia, sino también “por reavivar las pesadillas” de cómo era esta sociedad en el pasado . Desde el punto de vista de las personas beneficiarias, supone, para “los miembros de minorías vulnerables, minorías que en un pasado reciente han sido odiadas” la confirmación de que son miembros de la sociedad, merecedores de protección y preocupación²⁹.

28 Ese alejamiento de la caracterización de las víctimas por su vinculación con procesos históricos de discriminación y por su situación actual de vulnerabilidad de sus derechos parece a todas luces inadecuada, y resulta más sorprendente aún en el marco del derecho penal en el que se dicta esta Circular: ¿es realmente necesario configurar los delitos de odio de tal manera que cualquiera pueda ser sujeto pasivo? Esta visión, pretendidamente “neutral” o “ciega” a la discriminación que se da por ciertos factores, se desvincula de esa obligación nacida de nuestra historia europea reciente (en este sentido, el ejemplo referido en la Circular se me antoja particularmente desafortunado) y desconoce que no todas las personas necesitan una protección reforzada -lo que también puede implicar una mayor injerencia en determinados derechos, como la libertad de expresión- sino tan solo aquellas que, por adscripción a determinadas identidades, están mucho más expuestas a una vulneración de sus derechos.

En todo caso, el problema no parece privativa de nuestras instituciones. Como señala Michel Rosenfeld “es irónico que la primera persona condenada al amparo de la Ley sobre Relaciones Raciales del Reino Unido que penaliza el discurso del odio fuera un hombre negro que pronunció un epíteto racial contra un policía blanco”, “El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo”, *Cardozo Law Review*. Abril de 2003. Conferencia inaugural del Centro Floersheimer para la Democracia Constitucional: fundamentalismos, igualdades y el desafío a la tolerancia en el entorno posterior a los sucesos del 11 de septiembre, p. 156.

29 Cfr. WALDRON, J., *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, 2012, p. 4.

En este sentido y como ha destacado la doctrina, la institución del *hate speech* se vincula con la protección específica de “grupos sociales caracterizados por su situación actual o potencial de marginación social, o por haber sido tradicionalmente objeto de discriminación”³⁰. Así pues, la protección se proyecta sobre las personas “en atención a la pertenencia de éstas a ciertos grupos sobre los que recaen generalizaciones negativas hondamente arraigadas en la sociedad (los grupos que se benefician de la protección constitucional más arraigada del Derecho antidiscriminatorio)”³¹. Ha de tenerse en cuenta que “el carácter vulnerable del colectivo determina el efecto dañino del discurso del odio, en tanto que la mayor permeabilidad del grupo para sufrir las consecuencias discriminatorias derivadas del mensaje sería la razón que justificaría la limitación a la libertad de expresión que supone su incriminación”³². Es por ello que cobra pleno sentido referirse a estos discursos como discursos discriminadores³³, poniendo con ello de relieve tanto el origen de esta garantía en el derecho antidiscriminatorio, como el fundamento mismo de la protección: impedir la pervivencia y difusión de discursos que sustentan la pervivencia de una desigualdad real en el interior de las sociedades.

Desdibujar este vínculo con el derecho antidiscriminatorio y la igualdad de oportunidades supone una *banalización* de la categoría del discurso de odio³⁴, restando legitimidad a aquellas restricciones de la libertad de expresión que pueden considerarse innecesarias, al no dirigirse el discurso contra personas en situación de vulnerabilidad por su adscripción a una categoría tradicionalmente discriminada.

30 ALCÁCER GIRAO, R., “Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática”, *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 18, 2019, p. 20

31 REY MARTÍNEZ, F., “Discurso del odio y racismo líquido”, en REVENGA SÁNCHEZ, M. (ed.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá - Defensor del Pueblo, 2015, p. 54.

32 CORRECHER MIRA, J., “La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?”, *InDret*, núm. 2, 2021, p. 126.

33 REY MARTÍNEZ, F., “Discurso del odio y racismo líquido”, *ob. cit.*, p. 54. Del mismo autor, *Derecho antidiscriminatorio*, *ob. cit.*, en particular, pp. 63-80.

34 CORRECHER MIRA, J., “La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?”, *ob. cit.*

2. Discurso del odio

a) *Regulación jurídica en los instrumentos normativos internacionales.*

El discurso del odio no es una realidad nueva, sino que, como advierte la Comisión Europea contra el Racismo y la Xenofobia (ECRI), ha sido un elemento determinante en la comisión de delitos de genocidio, de lesa humanidad y crímenes en conflictos armados. Esto explica que las raíces normativas del discurso del odio puedan remontarse a la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948 y, especialmente, a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (ICERD), de 21 de diciembre de 1965, en virtud de la cual (art. 4) los Estados parte “(...) condenan toda propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin (...) tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

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

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

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

Al hilo de dicha Convención, el Comité dictó diversas recomendaciones generales respecto del discurso de odio que sirven para completar e interpretar la anterior, tales como la Nº 7 (1985), relativa a la aplicación del artículo 4 de la Convención; la Nº 15 (1993), sobre el artículo 4, que hacía hincapié en la compatibilidad entre el artículo 4 y el derecho a la libertad de expresión; la Nº 25 (2000), relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género; la Nº 27 (2000), relativa a la discriminación de los romaníes; la Nº 29 (2002), relativa a la discriminación basada en la ascendencia; la Nº 30 (2004), sobre la discriminación contra los no ciudadanos; la Nº 31 (2005), sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal; la Nº 34 (2011), sobre la discriminación racial contra afrodescendientes o, finalmente, siendo la más relevante, en lo que ahora nos ocupa, la Nº35 (2013) que versa, específicamente, sobre la lucha contra el discurso del odio racista.

No obstante, el instrumento normativo internacional que taxativamente proscribe el discurso del odio -ocupando así un lugar destacado en esta materia- es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 diciembre de 1966 (PIDCP) que, en su art. 20.2, dispone que «toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley».

Descendiendo al ámbito europeo, lo primero que debe ponerse de manifiesto es que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 14 de noviembre de 1958 no contiene ninguna previsión expresa relativa al discurso del odio, a diferencia, por ejemplo, del ya mencionado PIDCP. Ha sido, por tanto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia, el que, en base a los límites a la libertad de expresión (art.10 CEDH) y a la proscripción del abuso de derecho (art.17 CEDH), ha ido construyendo la noción que ahora nos ocupa.

Antes de pasar a analizar dicha cuestión, que abordaremos en páginas subsiguientes, es preciso poner de manifiesto que, a pesar del silencio del CEDH en esta materia, el discurso del odio está presente en el ámbito normativo europeo en el *soft law*. Así, como señalamos anteriormente, fue la Recomendación n.º R (97) 20, de 30 de octubre de 1997, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre discurso de odio, la primera que ofreció una definición de discurso de odio. Dicha Recomendación insta a los Estados a incorporar o mantener medidas legales, bien penales, administrativas o civiles para combatir el discurso del odio. La referencia a estas tres vías de reacción permite distinguir entre crímenes de odio y discurso de odio, y con ello pone claramente de relieve que la prohibición y protección contra los discursos de odio tiene un espacio mayor que el de la mera protección penal. Es decir, el concepto de discurso de odio no debe entenderse como equivalente al delito de discurso de odio. Así pues, no es necesario que el discurso de odio encaje en el tipo penal para que surja la obligación de los poderes públicos de reaccionar ante el mismo.

Esta distinción permite conjurar el riesgo de que el discurso de odio no tenga consecuencias, ya que si el ordenamiento focaliza de manera predominante en la represión penal, puede ser que el discurso no sea considerado tan grave como para superar las exigencias propias del principio de legalidad penal, ya sea por la difícil aprehensión del tipo penal, ya sea porque se considere desproporcionada la respuesta, sobre todo teniendo en cuenta que la categoría de discurso de odio se proyecta frente al derecho fundamental a la libertad de expresión. Manteniendo separadas ambas esferas, se abre un amplio margen para poner en práctica, por un lado, sanciones civiles y administrativas que no impliquen una criminalización del discurso de odio y, por otro, políticas basadas en el contenido objetivo de los derechos fundamentales, es decir, en aquellas herramientas que permiten a los poderes públicos promover las expresiones de libertad que favorecen los valores constitucionales frente a aquellas que no lo hacen. Por ejemplo, la no concesión de subvenciones o la prohibición de utilizar espacios

públicos para difundir discursos que puedan considerarse incluidos en la categoría de discursos de odio.

Por supuesto, la Recomendación n.º R (97) 20 también subraya la necesidad de que las limitaciones que se establezcan a la libertad de expresión sean precisas, objetivas, y siempre sujetas a control judicial y pone igualmente de manifiesto el importante rol que tienen, en este campo, los medios de comunicación, a cuya actividad debe prestarse atención para luchar contra el discurso del odio.

En la misma línea, y posteriormente, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa (ECRI, en adelante), en su Recomendación núm. 7 de política sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial (13 de diciembre de 2002), recomendó a los Estados miembros penalizar la «incitación pública a la violencia, al odio o a la discriminación», los «insultos en público y difamación» y las «amenazas» contra personas o categorías de personas por motivo de su raza, y el negacionismo público de los crímenes de guerra o contra la humanidad, abriendo las conductas punibles a «la expresión en público [...] de una ideología que reivindique la superioridad o que desprecie o denigre a una categoría de personas» por motivos racistas, «la divulgación o distribución pública o la producción o almacenamiento con la intención de divulgar o distribuir públicamente [...] material» de cualquier índole que contenga manifestaciones de las descritas; y «la creación o el liderazgo de un grupo que promueva el racismo; el apoyo prestado a un grupo de tal naturaleza; y la participación en sus actividades».

La distinción entre discurso de odio y criminalización tuvo ulterior desarrollo a nivel internacional. En 2013 se publicó el ya citado Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, relativo a los encuentros de personas expertas sobre la prohibición de incitación al odio nacional, racial o religioso. Tales seminarios culminaron en octubre de 2012 en Rabat, encuentro en el que se alcanzaron una serie de conclusiones

y recomendaciones que condujeron a la adopción del Plan de Acción de Rabat, incluido en el Anexo del Informe (Documento de la Asamblea General de Naciones Unidas: A/HRC/22/17/Add.4). A pesar de que el objeto de la Recomendación y del Plan de Acción de Rabat es más limitado en cuanto a las categorías protegidas, sus directrices poseen un gran valor a la hora de perfilar la institución del *hate speech*:

1) Las restricciones a la libertad de expresión han de tener como objetivo proteger a las personas y las comunidades frente a la hostilidad, la discriminación o la violencia que puedan sufrir por los rasgos previamente señalados; ya que en ningún caso se busca negar la posibilidad de debate sobre las creencias, las opiniones o las instituciones (parágrafo 11);

2) La segunda tiene que ver con la afirmación de que resulta “esencial distinguir entre a) formas de expresión que deben constituir una ofensa criminal; b) formas de expresión que no son penalmente punibles, pero pueden justificar acciones civiles; y c) formas de expresión que no dan lugar a sanciones civiles ni penales, pero que aún así siguen despertando preocupaciones en términos de tolerancia, civismo y respeto por las creencias ajenas” (parágrafo 12).

A este respecto, el Plan de Acción de Rabat ofrece un test formado por seis elementos que, a juicio del grupo de personas expertas, deben tenerse en cuenta a la hora de considerar que el discurso de odio es constitutivo de delito: a) el contexto social y político, b) el estatus de la persona que realiza el discurso, c) la intención, d) el contenido y la forma del mensaje, e) la extensión del mismo (su naturaleza pública, la magnitud de la audiencia, los medios de difusión...), y f) las probabilidades de que incite a una acción contra el grupo señalado.

En el marco de la Unión Europea, las exigencias de castigar penalmente los discursos más graves han cristalizado en la Decisión

marco 2008/913/JAI del Consejo, “relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal”, 28 noviembre 2008. Ésta prevé la tipificación como delitos de determinados actos, tales como: incitación pública a la violencia o al odio, dirigidos contra un grupo de personas o contra un miembro de dicho grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión o creencia, la ascendencia o el origen nacional o étnico; el delito anterior realizado con la difusión, por cualquier medio, de escritos, imágenes u otros soportes; apología pública, negación o trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se define en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (artículos 6, 7 y 8) y los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo. También serán punibles la incitación, la participación intencional o la tentativa de cometer alguno de los actos anteriormente mencionados.

Volviendo al ámbito internacional regional, esta línea se consolida recientemente, ya que en 2016 la ECRI elaboró la Recomendación de Política General núm. 15, relativa a la lucha contra el discurso del odio y memorándum explicativo, en la que ha definido el discurso del odio como:

“el uso de una o más formas de expresión específicas —por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones— basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico, al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual”.

Asimismo, se reconoce que el discurso del odio puede «adoptar la forma de negación, trivialización, justificación o condonación públicas» de los crímenes contra la humanidad. Finalmente, se señala que también «puede tener por objeto incitar a otras personas a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a quienes van dirigidas, o cabe esperar razonablemente que produzca tal efecto».

Por último, y también en el seno del Consejo de Europa, conviene recordar el Protocolo Adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia (más comúnmente conocida como Convención de Budapest del 2001), relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por sistemas informáticos, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 2003. Éste insta a los Estados a adoptar las medidas legislativas y de otro orden que sean necesarias para tipificar como delito, entre otras cosas, la difusión o puesta a disposición del público de otro modo material racista y xenófobo por medio de un sistema informático; la amenaza, por medio de un sistema informático, de la comisión de un delito grave i) a personas por razón de su pertenencia a un grupo caracterizado por la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como la religión en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cualquiera de esos factores; o ii) a un grupo de personas que se distinga por alguna de esas características; o el insulto en público, por medio de un sistema informático, a esas mismas personas.

b) Desarrollo jurisprudencial del concepto por parte del TEDH

Como adelantábamos en las páginas precedentes, el CEDH no contiene previsión expresa alguna respecto al discurso del odio. Sin embargo, para comprender su conceptualización, es preciso partir del art.10 CEDH que dispone:

“1.- Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar

informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2.- El ejercicio de estas libertades, que entrañen deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

El TEDH ha subrayado, en numerosas ocasiones, que la libertad de expresión es uno de los fundamentos esenciales de la democracia y que la misma sirve “no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población”. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una “sociedad democrática” (*Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976). Sin embargo, eso no significa que el derecho a la libertad de expresión sea un derecho ilimitado. Pueden establecerse limitaciones siempre que las mismas estén previstas en una ley, persigan un fin legítimo y sean necesarias en una sociedad democrática.

Precisamente en relación con este último requisito, el TEDH ha sostenido, entre otras cosas, que “en principio se puede juzgar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar o prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan

o justifiquen un odio basado en la intolerancia”, subrayando que “a semejanza de cualquier otra declaración contra los valores que subyacen en el Convenio, las expresiones que tienden a propagar, incitar o justificar el odio basado en la intolerancia (...) no se benefician de la protección del artículo 10 del Convenio” (Asunto *Müslüm Gündüz c. Turquía*, 4 de diciembre de 2003). Así pues, la prohibición del discurso del odio sería una medida necesaria en una sociedad democrática. La cuestión, como veremos seguidamente, consiste en saber qué expresiones constituyen o pueden ser calificadas como tal pues, una vez que lo sean, no gozan de la protección del art.10 CEDH.

La primera vez que el TEDH se refirió al discurso del odio fue en 1999 en cuatro casos contra Turquía - *Sürek* (nº 1), *Sürek y Özdemir*, *Sürek* (nº 4) y *Erdogdu e Ince*- aunque en éstos no se ofrece, como tal, una definición del discurso del odio. Su conceptualización (más tardía en la jurisprudencia) como toda expresión que propague, incite, promueva o justifique un odio basado en la intolerancia -citada en el párrafo anterior- reproduce, de manera prácticamente literal, las definiciones contenidas en las Recomendaciones europeas ya mencionadas, particularmente, la Recomendación n.º R (97) 20, de 30 de octubre de 1997.

Dicho concepto de discurso de odio fue posteriormente desarrollado por el propio TEDH introduciendo un elemento esencial en su configuración jurídica: el carácter no necesario de la violencia como elemento identificador del mismo. Así, en el asunto *Féret c. Bélgica*, de 16 julio de 2009, subrayó que:

“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 son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una

libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos”.

La no exigibilidad de la violencia fue reiterada en pronunciamientos posteriores, en los que el TEDH nuevamente subrayó que “incitar al odio no implica necesariamente un llamamiento a un acto de violencia o a otros actos delictivos. Los ataques contra personas cometidos insultando, ridiculizando o calumniando a grupos específicos de la población pueden ser suficientes para que las autoridades favorezcan la lucha contra el discurso racista frente a la libertad de expresión ejercida de manera irresponsable” (asunto *Vejdeland y otros c. Suecia*, de 9 febrero 2012; asunto *Beizaras y Levickas c. Lituania*, de 14 enero 2020).

De lo expuesto hasta el momento se desprende, entre otras cosas, que el discurso del odio es tal cuando tiene por objeto propagar, incitar, promover o justificar el odio, sin necesidad de incitar a la violencia, hacia grupos vulnerables que sufren algún tipo de discriminación por las denominadas *categorías sospechosas* (sexo, religión, raza, nacionalidad, etc.). El destinatario es, a estos efectos, determinante, pues no cabe considerar como discurso del odio aquel discurso crítico, incluso “odioso”, dirigido contra colectivos que no sean vulnerables o, sencillamente, instituciones públicas.

Así lo descartó, por ejemplo, el TEDH -a diferencia del Tribunal Constitucional español- en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, de 13 marzo 2018 relativo a la quema de la foto del Rey puesta boca abajo, en el curso de una manifestación antimonárquica e independentista. En lo que aquí interesa, y sin perjuicio de lo desarrollado en las siguientes páginas, en diversas sentencias el TEDH ha puesto de manifiesto que las personas migrantes sí constituyen un grupo vulnerable (véase, entre otros, los asuntos *Soulas y otros c. Francia*, de 10 julio 2008, *Féret c. Bélgica*, de 16 julio

de 2009), por lo que el discurso que pretendiese propagar, incitar, promover o justificar el odio hacia aquéllos si podría considerarse discurso del odio a efectos del CEDH.

Sentadas conceptualmente estas bases, el Tribunal se ha encargado asimismo de identificar unos factores -como veremos, contextuales- cuya concurrencia es relevante a efectos de considerar si una determinada expresión constituye discurso del odio. Su sistematización se recoge y en el asunto *Perinçek c. Suiza*, de 15 octubre 2015 y posteriormente también en el asunto *Erkizia Almandoz c. España*, de 22 junio 2021. En primer lugar, es relevante determinar si los comentarios se hicieron “en un contexto político o social tenso”. Si eso es así, normalmente el Tribunal reconoce cierta justificación a los límites que pudieran establecerse a las declaraciones concernidas.

En lo que respecta al ámbito relativo a la extranjería e inmigración, que es el que ahora nos ocupa, el Tribunal ha prestado particular atención, por ejemplo, al clima político y social de Francia, donde existen claros problemas de establecimiento e integración de inmigrantes no europeos, particularmente musulmanes (asuntos *Soulas y otros c. Francia*, de 10 julio 2008 y la Decisión en el asunto *Le Pen c. Francia*, de 20 de abril de 2010), siendo más proclive, en tales casos, a justificar la injerencia en la libertad de expresión. En sentido contrario, por ejemplo, en el ya citado asunto *Perinçek c. Suiza*, de 15 octubre 2015, el Tribunal tomó en consideración a efectos de valorar si había habido una lesión de la libertad de expresión, el hecho de que los comentarios vertidos por un político turco en Suiza -acerca de que las deportaciones en masa y las masacres sufridas por los armenios en el Imperio Otomano en 1915 no constituían un genocidio- tuvieran lugar en un contexto no caracterizado por la tensión social o por connotaciones históricas especiales.

En segundo lugar, El Tribunal también sopesa a “si las declaraciones, interpretadas y valoradas correctamente en su contexto inmediato o más general, pueden considerarse como un llamamiento

directo o indirecto a la violencia o como una justificación de la violencia, el odio o la intolerancia.” A la hora de analizar esta cuestión, además, el Tribunal es particularmente sensible “a las declaraciones categóricas que atacan o denigran a grupos en su conjunto, bien sean étnicos, religiosos o de otro tipo”. Así, por ejemplo, en el asunto *Soulas y otros c. Francia*, el Tribunal consideró que no se había violado el derecho a la libertad de expresión de los autores del libro «La colonización de Europa» y subtítulo «Discurso verdadero sobre la inmigración y el Islam», que pretendía subrayar «la incompatibilidad de la civilización europea con la civilización islámica en un área geográfica concreta». El TEDH prestó particularmente atención a que el discurso concernido se dirigiese contra los inmigrantes no europeos, particularmente musulmanes, en Francia. Además, otorgando la razón a la interpretación realizada por el Tribunal nacional, subrayó que las palabras utilizadas en el libro “tenían por objeto provocar en los lectores un sentimiento de rechazo y antagonismo, acrecentado por la imitación del lenguaje militar, frente a las citadas comunidades, designadas como el enemigo principal, y llevarlos a compartir la solución recomendada por el autor, la de una guerra de reconquista étnica.”

En tercer lugar, el Tribunal también toma en consideración “la forma en que se formularon las declaraciones y su capacidad, directa o indirecta, de hacer daño”. Así, por ejemplo, el Tribunal ha considerado que las octavillas de un partido político que contenían eslóganes como “oponerse a la islamificación de Bélgica”, “interrumpir la política de pseudointegración”, “expulsar a los parados extraeuropeos”, «reservar a los Belgas y europeos la prioridad de la ayuda social», «dejar de sustentar las asociaciones socio-culturales de ayuda a la integración de los inmigrantes», «reservar el derecho de asilo (...) a las personas de origen europeo realmente perseguidas por razones políticas» o «entender la expulsión de los inmigrantes en situación irregular como una mera aplicación de la Ley» -era un discurso racista o xenófobo que tenía mayor alcance y era más dañino al vehiculizarse a través de dichas octavillas, dado que a través de ellas se accede a la población en sentido amplio, y en el

marco de una campaña electoral, donde las fórmulas estereotipadas tienden a imponerse sobre los argumentos razonables, lo que contribuye a avivar el odio frente a tales colectivos (*Féret c. Bélgica* de 16 de julio de 2009).

En la misma línea, en el asunto *Šimunić c. Croacia*, de 22 de enero de 2019, el Tribunal consideró relevante el hecho de que las expresiones concernidas -en este caso, el grito hasta cuatro veces de la frase “For home” (saludo oficial del movimiento Ustashe y del régimen totalitario del Estado Independiente de Croacia- fueran vertidas por un jugador de fútbol en medio del campo de juego ante numerosos espectadores, pues esas proclamas provocativas de tal figura pública, expresadas tales circunstancias, tenían una mayor capacidad de impactar negativamente en el comportamiento de los espectadores. Asimismo, el Tribunal en el asunto *Vejdeland y otros c. Suecia*, de 9 febrero 2012 consideró relevante que los comentarios concernidos -esta vez dirigidos contra personas homosexuales- se contuvieran en folletos distribuidos en las taquillas de estudiantes de secundaria, dado que los destinatarios en cuestión están en una edad impresionable y sensible y, en el caso concreto, además, no tuvieron la posibilidad de no aceptarlos.

Siendo estos los criterios manejados por el TEDH para determinar si una determinada expresión constituye o no discurso del odio, es preciso tener en cuenta que él mismo ha señalado que generalmente es la combinación de dichos factores y no la exclusiva concurrencia de uno de ellos la que conduce a sostener dicha calificación, recordando nuevamente la importancia del contexto a la hora de realizar el análisis (*Perinçek c. Suiza*, de 15 octubre 2015 y posteriormente también en el asunto *Erkizia Almandoz c. España*, de 22 junio 2021). Además, y al margen de los mismos, el TEDH ha considerado en repetidas ocasiones que “una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el marco del debate político solo es compatible con la libertad de expresión en unas circunstancias excepcionales”, siendo una de esas circunstancias excepcionales el supuesto, precisamente, del discurso del odio (*Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, de 13 marzo 2018).

Hasta ahora hemos analizado el discurso del odio en relación con el art.10 CEDH y sus límites. Sin embargo, conviene también tener presente que, en otras ocasiones, el TEDH no entra a analizar si una determinada expresión constituye o no discurso del odio y, por tanto, si cae o no dentro del ámbito de aplicación de la libertad de expresión. Si estima que constituye un abuso del derecho (en este caso a la libertad de expresión), la demanda se inadmite. El art.17 CEDH establece que:

“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”

El TEDH considera que una determinada expresión o discurso constituye abuso del derecho (en este caso a la libertad de expresión), cuando se usa para fines distintos para los que aquél ha sido creado y que, en lo que ahora nos ocupa, tienen que ver con fomentar o justificar el odio, la violencia, la xenofobia y la discriminación racial, etc. Como tales, resultan incompatibles con los valores del CEDH. Así, cuando el discurso del odio se incardina dentro del art.17 CEDH, se rechaza de plano la demanda, sin entrar en el fondo del asunto y, por tanto, sin analizar su posible colisión con la libertad de expresión (lo que sí se hace en otras ocasiones, como hemos visto). Sencillamente no se examina. Esto es lo que se conoce como el “efecto guillotín” del art.17 CEDH. Veamos algunos ejemplos de esta aplicación.

En el asunto *Glimmerveen and Hagenbeek* c. Holanda, de 11 de octubre de 1979, el TEDH inadmitió el recurso de dos sujetos, líderes de un partido político, que poseían y repartían panfletos dirigidos al “pueblo blanco holandés”, poniendo de relieve la necesidad de homogeneidad étnica en la sociedad y, por ende, de expulsión de

los que no fueran blancos. El TEDH consideró que los recurrentes pretendían expulsar a la población no blanca de Holanda al margen de cualquier otra circunstancia personal -lo que constituía una clara discriminación racial- y que estaban utilizando la libertad de expresión para socavar los derechos y libertades garantizados por el Convenio, esto es, para difundir ideas discriminatorias, algo prohibido por el art.17 CEDH.

Asimismo, en el asunto *Norwood c. Reino Unido*, de 16 de noviembre de 2004, el recurrente había sido condenado por colgar en su ventana un póster de las Torres Gemelas en llamas con el lema “Islam fuera de Reino Unido – proteged al pueblo británico” y con una suerte de símbolo de prohibición formado por una media luna y una estrella. El TEDH consideró que dicha exhibición constituía un ataque contra un grupo religioso (el musulmán) pues se vinculaba a todo él con la comisión de actos de terrorismo, lo que resultaba incompatible con los valores subyacentes al Convenio, especialmente la tolerancia, la no discriminación y la paz social. Algo similar sucedió en el asunto *Pavel Ivanov c. Rusia*, de 20 de febrero de 2007. El propietario y editor de un periódico fue condenado por autorizar y publicar artículos que retrataban a los judíos como la fuente de todos los males de Rusia, demandando así su exclusión de la vida social. Se les acusaba, como grupo étnico, de tejer una conspiración contra Rusia, se atribuía ideología fascista a su líder y se les negaba el derecho a la dignidad nacional. El TEDH consideró que ese era un discurso claramente antisemita que constituía un ataque vehemente hacia un grupo étnico en particular incompatible, nuevamente, con los valores subyacentes al Convenio.

c) Regulación jurídica nacional: Delito de discurso de odio o de incitación al odio (art.510 CP)

En el plano nacional, el discurso del odio no aparece mencionado en la Constitución Española. Sin embargo, ésta contiene una serie de previsiones donde puede hallar su fundamento. No en vano, como ya se ha señalado previamente, se ordena a los poderes

públicos “promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud y facilitar la participación de todos en la vida política, económica, cultural y social” (art.9.2 CE), que constituye uno de los pilares del Estado Social; se consagra a la dignidad de la persona, junto con los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamento del orden político y de la paz social (art.10.1 CE); se prohíbe taxativamente la discriminación por nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otra circunstancia personal o social (art. 14 CE), y se consagra como límites a la libertad de expresión “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” (art.20.4 CE).

Descendiendo ya al ámbito puramente sancionador, tras la reforma del Código Penal en el año 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), el art. 510 CP tipifica el delito de incitación al odio³⁵. Así, el apartado primero establece que serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus

³⁵ Nos encargamos previa y brevemente de él en PRESNO LINERA, M.A., “Del odio como discurso al odio como delito, pasando por el discurso del odio”, en VÁZQUEZ ALONSO, V.J; RÍOS VEGA, L.E., SPIGNO, I (dirs.), *Estudios de casos líderes europeos y nacionales. Vol. XIV. La libertad de expresión en el siglo XXI: Cuestiones actuales y problemáticas*, Tirant lo Blanch, 2021, pp.337-340, cuyas reflexiones utilizamos aquí.

miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

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

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

Por su parte, el artículo 510.2 CP sanciona con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses a:

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

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

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

discriminación” (art.510.2 CP). Por su parte, el art. 510.3 CP regula como subtipo agravado la realización de alguna de las conductas previstas en los apartados anteriores “a través de un medio de comunicación social, por medio de Internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que aquél se hiciera accesible a un elevado número de personas”. En apartados anteriores del artículo 510 se exige que la conducta sea realizada públicamente —art. 510.1.a), 510.1.c)— o por cualquier medio de expresión pública —510.2.b)— por lo que debe entenderse que la publicidad prevista en el artículo 510.3 CP se refiere no a cualquier medio de comunicación pública sino a los vinculado, como se dice en el propio precepto, a las tecnologías de la información y la comunicación (páginas web, blogs, redes sociales...).

Asimismo, el art. 510.4 CP define otro subtipo agravado: “cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado”. Por último, el art.510 bis recoge, en este ámbito, la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

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

A la vista de la regulación penal previamente señalada debe destacarse, en primer lugar, que el bien jurídico protegido por los delitos del art.510 CP es la dignidad de la persona, uno de los

fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE)³⁶. En segundo lugar, que aquéllos son delitos de peligro abstracto. Con respecto al art.510 CP, el Tribunal Supremo ha señalado que:

“El elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica. Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del ‘discurso del odio’, que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad. Estos refieren la antijuricidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo. El tipo penal requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio pues esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación. De alguna manera son expresiones que por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad.” (STS 72/2018 de 9 febrero, FJ único).

En términos muy similares, la STS 675/2020 de 11 diciembre ha subrayado que el delito de odio es un delito de mera actividad que, como tal

“se consuma por la sola incitación a las variables discriminatorias que en el mismo ha contemplado el legislador; en consecuencia, los únicos elementos que

³⁶ Seguimos, de aquí en adelante la caracterización del tipo penal y sus elementos que, entre otros, se contiene en la Circular 7/2019, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP.

exige el tipo son la emisión del mensaje provocador o discriminatorio (elemento objetivo) y la voluntad de emitirlo, pese a ser conocedor de ese contenido (elemento subjetivo), al que, si se quiere, habrá que añadir ese riesgo, pero insistiendo que se trata de un riesgo abstracto, entendido en el sentido de que sea potencialmente idóneo a la incitación, aunque sin necesidad de que se consiga lo que con ella se persiga, pues, hay que insistir, el delito se consuma con la simple realización de esa conducta idónea generadora del riesgo; el delito aflora de su propia descripción típica, porque no precisa de ningún resultado.”

En tercer lugar, la conducta delictiva, para ser tal, debe realizarse “contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél”. Por tanto, un delito de odio es tal cuando se dirige contra un determinado grupo o individuo precisamente por formar parte de un determinado colectivo identificado por ciertos rasgos (raza, género, sexo, orientación sexual... como veremos a continuación). El sujeto pasivo es, así pues, plural. Si no se dirige contra tales sujetos, el comportamiento en cuestión no será delito del art.510 CP. Esto explica, por ejemplo, que el Tribunal Supremo haya inadmitido a trámite una querrela presentada por el partido político VOX por delito de odio contra una diputada y Ministra que, en campaña electoral, había expresado que Vox hacía “publicidad filofascista” y que acabarían “siendo evidentemente lo que son, unos nazis, pero ya a cara descubierta”. El Tribunal Supremo puso de manifiesto, entre otras cosas, que los delitos de odio abarcan “comportamientos que tienen como sujetos pasivos a tales grupos, que están caracterizados por su raza, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad ideología, religión o creencias. Tales grupos no son, en línea de principio, partidos políticos, constituidos legalmente, que se encuentran en liza electoral en un debate público, en el contexto de unas elecciones democráticas” (ATS de 29 de julio de 2021).

En cuarto lugar, y en estrechísima relación con lo anterior, es necesario que exista una motivación discriminatoria. El art.510 CP identifica los motivos que pueden resultar discriminatorios: “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”. Dicho catálogo de motivos se ha considerado *numerus clausus*, de forma que no podrían considerarse otros motivos que no vinieran recogidos en el art.510 CP. Respecto a esta cuestión, el Tribunal Supremo ha subrayado que “el elemento que caracteriza a los delitos de odio es el ánimo subjetivo que conduce al autor a la comisión del hecho agresivo. El ánimo consiste en la animadversión hacia la persona, o hacia colectivos que, unificados por el color de su piel, por su origen, su etnia, su religión, su discapacidad, su ideología, su orientación o su identidad sexual, o por su condición de víctimas conforman una aparente unidad que permite configurar una serie de tipos de personas.” (STS 185/2019, de 2 abril FJ 3).

En lo que ahora nos ocupa, se contemplan los “motivos racistas” y la pertenencia de los sujetos “a una etnia, raza o nación” o su “origen nacional” como circunstancias cuya concurrencia justifica las sanciones señaladas. Respecto al primer motivo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 21 de diciembre de 1965, define la expresión discriminación racial como «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública».

En lo referente a la pertenencia a una etnia o raza, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que «mientras la

noción de raza está basada en la idea de clasificación biológica de los seres 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» (STEDH *Timishev c. Rusia*, de 13 de diciembre de 2005). Por último, el origen nacional hace referencia al lugar de procedencia o nacimiento de una persona, que no tiene que ser coincidente, obviamente, con aquél en el que reside.

En quinto lugar, los delitos del art.510 CP son delitos dolosos. Sin embargo, para apreciar su concurrencia, es suficiente con que exista dolo genérico. Esto quiere decir, como ha explicado el Tribunal Supremo, que “no es exigible una especie de ‘animus’ singularizado de buscar específica y exclusivamente humillar a los concretos destinatarios de la acción como si fuese un añadido al dolo genérico: basta con conocer el carácter objetivamente humillante y vejatorio de las expresiones consideradas aislada y contextualmente, y asumirlo y difundirlo haciéndolo propio” (STS 820/2016, de 2 de noviembre). “El dolo en estos delitos -sigue aclarando en un pronunciamiento posterior el Tribunal Supremo- 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.” (STS 72/2018, de 9 febrero).

En sexto lugar, el art.510 CP no castiga una única conducta sino una pluralidad de ellas. Éstas son, con carácter general la promoción o difusión de ideas u opiniones; la emisión de expresiones o realización de actos de menosprecio, descrédito o humillación; o que inciten a la violencia física o psíquica; el enaltecimiento de ese tipo de hechos o de sus autores; o la justificación, trivialización o negación de graves actos contra la humanidad.

A estos efectos, es relevante tener en cuenta que para que concurra el tipo del art.510.1 a) CP debe tratarse de un comportamiento “público” y que el fomento, promoción o incitación pueden ser directos o indirectos. Respecto de la letra b) del mismo precepto, se incluyen materiales o soportes que sean idóneos para fomentar, promover, o incitar “directa o indirectamente” al odio, hostilidad, discriminación o violencia. Asimismo, el apartado b) del art.510.2 CP se diferencia del apartado c) del art.510.1 CP en que en el precepto segundo no se sanciona la “justificación”, lo que sí ocurre en el primero. Además, las conductas previstas en el 510.1.c) se vinculan a delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, mientras que en el 510.2.b) se estaría ante otros delitos cometidos por los motivos discriminatorios indicados en el tipo penal³⁷.

d) *La incitación al odio como infracción administrativa**

Tal y como ha sido señalado en páginas previas, en 2013 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas, incluyendo las conclusiones del taller de personas expertas relativo a la prohibición de incitación al odio nacional, racial o religioso, cuyas conclusiones se recogen en el Apéndice bajo el título de Plan de Acción de Rabat. En dicho Plan se señala la necesidad de que los Estados distingan con claridad tres tipos de expresión del odio: las que han de ser constitutivas de delito (se trataría del delito de discurso de odio); las que no son penalmente sancionables, pero pueden dar lugar a sanciones civiles o administrativas y, por último, las expresiones que, sin dar lugar a ninguno de estos tres tipos de sanciones, resultan igualmente problemáticas “en términos de tolerancia, civismo y respecto por los derechos de los demás” (parágrafo 20).

37 GÓMEZ MARTÍN, V., “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo artículo 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista en MIRÓ LLINARES, F.(dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, 2017.

* Este apartado ha sido elaborado por María Valvidares Suárez

En nuestro ordenamiento jurídico esta previsión se ha acogido con cierta intensidad de manera sectorial en el ámbito deportivo. La Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. Tal y como declara el Preámbulo, su objeto es “regular en un solo texto legal todas las medidas de lucha contra la violencia, el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia o cualquier otra manifestación inaceptable de discriminación de las personas, partiendo de la experiencia en la lucha contra la violencia en el deporte”, dado su “papel educativo y su capacidad de transmitir valores de tolerancia y respeto”.

En particular, el art.2.2 define como acto racista, xenófobo o intolerante, a efectos del discurso de odio:

a) La realización de actos en que, públicamente o con intención de amplia difusión, y con ocasión del desarrollo de una prueba, competición o espectáculo deportivo, o próxima su celebración, una persona física o jurídica emita declaraciones o transmita informaciones en cuya virtud una persona o grupo de ellas sea amenazada, insultada o vejada por razón del origen racial, étnico, geográfico o social, así como por la religión, las convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual.

c) Las declaraciones, gestos o insultos proferidos en los recintos deportivos con motivo de la celebración de actos deportivos, en sus alrededores o en los medios de transporte públicos en los que se puedan desplazar a los mismos, que supongan un trato manifiestamente vejatorio para cualquier persona por razón de su origen racial, étnico, geográfico o social, así como por la religión, las convicciones, la discapacidad, edad, sexo u orientación sexual así como los que inciten al odio entre personas y grupos o que atenten gravemente contra los derechos, libertades y valores proclamados en la Constitución.

d) La entonación, en los recintos deportivos con motivo de la celebración de actos deportivos, en sus alrededores o en los medios de transporte públicos en los que se puedan desplazar a los

mismos, de cánticos, sonidos o consignas así como la exhibición de pancartas, banderas, símbolos u otras señales, que contengan mensajes vejatorios o intimidatorios, para cualquier persona por razón del origen racial, étnico, geográfico o social, por la religión, las convicciones, su discapacidad, edad, sexo u orientación sexual, así como los que inciten al odio entre personas y grupos o que atenten gravemente contra los derechos, libertades y valores proclamados en la Constitución.

La comisión de estos actos puede justificar que el árbitro o juez deportivo decida suspender provisionalmente el encuentro o incluso un desalojo total o parcial del aforo (art. 15). En cuanto al régimen sancionador, tales conductas podrán calificarse como muy graves en el caso de que se generen perjuicios, riesgos o peligros, pudiendo oscilar en este caso las sanciones económicas entre 60.000 y 650.000 euros. En función de la gravedad y repercusión social, la ley también prevé la posibilidad de aplicar como sanción la prohibición de acceso al recinto por diversos períodos graduables (art. 24).

Estas medidas parece que se van extendiendo y se trasladan a leyes transversales sobre igualdad de trato. Así, por ejemplo, están vigentes en el marco jurídico español diversas leyes autonómicas relacionadas con la igualdad y no discriminación de las personas LGBTI, que incorporan medidas de fomento de la igualdad y de protección administrativa frente a los comportamientos discriminatorios³⁸. Entre estas medidas se recogen también infracciones y sanciones, entre las que se puede distinguir con claridad la tipificación de conductas relacionadas con el discurso de odio, relativas a la utilización o emisión de expresiones vejatorias por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género.

Actualmente, se tramite ante las Cortes Generales la Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación. En su

38 PRESNO LINERA, M.A., “El discurso del odio contra las minorías sexuales: respuestas penales y administrativas”. MATIA, F.J, ELVIRA, A., ARROYO, A., (Coords.), *La protección de los derechos fundamentales de personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 279-312.

art. 6 se define como “acoso discriminatorio” cualquier conducta realizada por razón de alguna de las causas de discriminación previstas en la ley (entre ellas el origen racial o étnico), con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona o grupo en que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Este artículo podría ser base jurídica para sancionar los discursos de odio que no sean constitutivos de delito. Asimismo, en el trámite de enmiendas se han presentado varias propuestas para introducir previsiones específicas frente al discurso de odio, por lo que habrá que esperar al texto final en el caso de que resultase finalmente aprobada.

3. Delitos de odio

Al margen del delito de incitación al odio, en sus múltiples facetas, recogido en el art.510 CP, existen en el ordenamiento jurídico español otros delitos de odio. Sin embargo, los mismos no están recogidos en un Título concreto del Código Penal, sino que aparecen diseminados a lo largo del mismo. Aún así, pueden englobarse bajo esa categoría común toda vez que responden a un mismo esquema. En los delitos de odio (*hate crimes*), y a diferencia del discurso del odio (*hate speech*), el odio es la motivación para llevar a cabo *actos* considerados delictivos. Aquél se impone, ahora, por la fuerza de los hechos y no a través de la expresión³⁹. Lo relevante es que, nuevamente, los mismos se dirigen contra personas o grupos que forman parte de colectivos tradicionalmente vulnerables⁴⁰. En muchas ocasiones, como se comprobará en las siguientes páginas, se trata de delitos comunes a los que se añade una protección específica o reforzada, en forma de pena agravada, cuando los mismos se dirigen contra los grupos diana (colectivos vulnerables). Según el último Informe sobre la evolución de los delitos en España (2020), elaborado por la Oficina Nacional de lucha contra los delitos de odio, los delitos motivados por racismo y xenofobia figuran en primer lugar.

³⁹ LANDA GOROSTIZA, J., *Los delitos de odio*, ob. Cit., p.25

⁴⁰ *Ibidem*

Dada la dispersión de los tipos delictivos, lo que en ocasiones entraña una cierta dificultad para identificar un delito como un delito de odio, la Fiscalía General del Estado ha elaborado una lista sobre los mismos, de los que se encarga la Delegación de Tutela Penal de la Igualdad y contra la Discriminación, que procederemos a identificar a continuación.

En primer lugar, y aunque no es propiamente un delito, debe señalarse el agravante por “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad» (art.22.4 CP). Lo que se exige para aplicar dicha agravante es que algunos o varios de los motivos discriminatorios sean el desencadenante para llevar a cabo el hecho delictivo de que se trate. En base a dicho precepto, entonces, pueden perseguirse penalmente determinadas conductas dirigidas hacia ciertos grupos siempre que las mismas no encajen dentro del tipo del art.510 CP. Véase el caso, por ejemplo, de unas agresiones físicas por motivos discriminatorios.

Para aplicar este agravante, los tribunales han venido usando una serie de indicios, principalmente el empleo de expresiones de odio de manera previa a la comisión del delito y la gratuidad de la agresión, entendida como la ausencia de un móvil alternativo⁴¹. No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta, además, que el art.22.4 CP también resulta aplicable en estos otros dos casos. Por un lado, cuando existe *error in personam*. Por ejemplo, cuando se quiere atentar contra una persona por ser demandante de asilo y se ataca a una persona que no lo es pero que se le parecía. Por otro lado, cuando la circunstancia discriminatoria no determina la acción que se va a llevar a cabo (el delito), pero sí la elección de la

41 DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Motivos racistas o similares”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Memento penal 2011*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, pp.479 y ss.; MIRÓ LLINARES, F.(dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, 2017, p.123.

víctima⁴². Por ejemplo: un grupo de personas agredir a alguien, pero eligen a las víctimas por condición de extranjeros.

En segundo lugar, hallamos el delito de amenazas a colectivos vulnerables, regulado en el art.170 CP:

“1. Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior.

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años, los que, con la misma finalidad y gravedad, reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de organizaciones o grupos terroristas.”

En tercer lugar, hallamos los delitos contra la integridad moral por razones discriminatorias recogido en el art.173.1 CP:

“El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.

42 SANTANA VEGA, D.M., CUESTA LÓPEZ, V., *Estado de Derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp.398-399.

Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.”

En cuarto lugar, figura el delito de tortura por razones discriminatorias del art.174.1 CP:

“Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, *o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación*, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a 12 años.”

En quinto lugar, encontramos el delito contra la discriminación en el ámbito laboral (público o privado) del art. 314 CP:

“Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o

por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses.”

En sexto lugar, figuran los delitos de denegación discriminatoria de prestaciones o servicios públicos y de prestaciones o servicios en el ámbito empresarial, recogidos en los arts. 511 y 512 CP respectivamente:

Art.511.”1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad.”

3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años.

4. En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre uno y tres años al de la duración de la pena impuesta si esta fuera de privación de libertad, cuando la pena impuesta fuera de multa, la pena de inhabilitación especial tendrá una duración de uno a tres años. En todo caso se atenderá proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurran en el delincuente.”

Art.512 CP: “Quienes en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años.”

En séptimo lugar, encontramos el delito de asociación ilícita para cometer un delito discriminatorio. El art.515.4 CP considera asociaciones ilícitas a:

“4.º Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, situación familiar, enfermedad o discapacidad”.

En octavo lugar, figuran los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos, regulados en los arts.522 y ss.

Art.522 CP: “Incurrirán en la pena de multa de cuatro a diez meses:

1.º Los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos.

2.º Los que por iguales medios fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen.

Art.523 CP: “El que con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, si el hecho se ha cometido en lugar destinado al culto, y con la de multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar.”

Art.524 CP: “El que en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses.”

Art.525 CP: “1. Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican.

2. En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna.”

Art.526 CP: “El que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere, alterare o dañare las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.”

Por último, se encuentran los delitos de genocidio y de lesa humanidad de los arts.607 y 607 bis CP:

“1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

Con la pena de prisión permanente revisable, si mataran a alguno de sus miembros.

Con la pena de prisión permanente revisable, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.

Con la pena de prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150.

Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.

Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los numerales 2.º y 3.º de este apartado.

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

Art.607 bis: “1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o

sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

a) Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

b) En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:

a) Con la pena de prisión permanente revisable si causaran la muerte de alguna persona.

b) Con la pena de prisión de 12 a 15 años si cometieran una violación, y de cuatro a seis años de prisión si el hecho consistiera en cualquier otra agresión sexual.

c) Con la pena de prisión de 12 a 15 años si produjeran alguna de las lesiones del artículo 149, y con la de ocho a 12 años de prisión si sometieran a las personas a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud o cuando les produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 150. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las lesiones del artículo 147.

d) Con la pena de prisión de ocho a 12 años si deportaran o trasladaran por la fuerza, sin motivos autorizados por el derecho internacional, a una o más personas a otro Estado o lugar, mediante la expulsión u otros actos de coacción.

e) Con la pena de prisión de seis a ocho años si forzaran el embarazo de alguna mujer con intención de modificar la composición étnica de la población, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos.

f) Con la pena de prisión de doce a quince años la desaparición forzada de personas. Se entenderá por desaparición forzada la aprehensión, detención o el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola de la protección de la ley.

g) Con la pena de prisión de ocho a 12 años si detuvieran a otro, privándolo de su libertad, con infracción de las normas internacionales sobre la detención. Se impondrá la pena inferior en grado cuando la detención dure menos de quince días.

h) Con la pena de cuatro a ocho años de prisión si cometieran tortura grave sobre personas que tuvieran bajo su custodia o control, y con la de prisión de dos a seis años si fuera menos grave. A los efectos de este artículo, se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos. La pena prevista en este número se impondrá sin perjuicio de las penas que

correspondieran, en su caso, por los atentados contra otros derechos de la víctima.

i) Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las conductas relativas a la prostitución recogidas en el artículo 187.1, y con la de seis a ocho años en los casos previstos en el artículo 188.1. Se impondrá la pena de seis a ocho años a quienes trasladen a personas de un lugar a otro, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. Cuando las conductas previstas en el párrafo anterior y en el artículo 188.1 se cometan sobre menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, se impondrán las penas superiores en grado.

j) Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si sometieran a alguna persona a esclavitud o la mantuvieran en ella. Esta pena se aplicará sin perjuicio de las que, en su caso, correspondan por los concretos atentados cometidos contra los derechos de las personas.

k) Por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque.

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

BIBLIOGRAFÍA

ACCEM, *Estudio sobre las necesidades de la población inmigrante en España: tendencias y retos para la inclusión social*, 2020.

BARRERE UNZUETA, M.A., MORONDO TARAMUNDI, D., “Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, pp. 15-42.

CORRECHER MIRA, J., “La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?”, *InDret*, núm. 2, 2021.

DE OTTO Y PARDO, I., “El principio de igualdad en la Constitución Española”, en *Obras completas*, Universidad de Oviedo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

DE VICENTE BENÍTEZ, R., *El discurso del odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp.32-33.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Motivos racistas o similares”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Memento penal 2011*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016

FERRAJOLI, L., “Igualdad y diferencia”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, 1999.

FREDMAN, S., “Substantive equality revisited”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 14 No. 3, 2016, pp. 712-738.

GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

– *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, 2004.

GÓMEZ MARTÍN, V., “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo artículo 510 CP y su aplicabilidad al

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

HENRI, C., “The Responsiveness of a Positive State – Vulnerability and Positive Obligations under the ECHR”, Strasbourg Observers, <https://strasbourgobservers.com/2016/10/13/blog-seminar-on-positive-obligations-4-the-responsiveness-of-a-positive-state-vulnerability-and-positive-obligations-under-the-echr/> (a 18 de febrero de 2022).

MARGALIT, A., *La sociedad decente*, Paidós, Barcelona, 1997.

NICOLOSI, S., DELBAERE, R., “A.S. v. Switzerland: missed opportunity to explain different degrees of vulnerability in asylum cases”, Strasbourg Observers, <https://strasbourgobservers.com/2015/07/16/a-s-v-switzerland-missed-opportunity-to-explain-different-degrees-of-vulnerability-in-asylum-cases/> (a 28 de febrero de 2022).

PERONI, L., TIMMER, A. “Vulnerable Groups: the Promise of an Emergent Concept in European Human Rights Convention Law”, *International Journal of Constitutional Law*, num.11, 2013, pp. 1056-1085.

PRESNO LINERA, M. A. (coord.), *Protección jurídica de las personas y los grupos vulnerables*, Procuradora General del Principado de Asturias, Oviedo, 2013

– “El discurso del odio contra las minorías sexuales: respuestas penales y administrativas”, MATIA, F.J., ELVIRA, A., ARROYO, A., (coords.), *La protección de los derechos fundamentales de personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 279-312.

– “Del odio como discurso al odio como delito, pasando por el discurso del odio”, en VÁZQUEZ ALONSO, V.J; RÍOS VEGA, L.E., SPIGNO, I (dirs.), *Estudios de casos líderes*

europesos y nacionales. Vol. XIV. La libertad de expresión en el siglo XXI: Cuestiones actuales y problemáticas, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 323-354

REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw Hill, 1995

– “La discriminación múltiple: una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2008, núm. 84, pp. 251-283.

– “Discurso del odio y racismo líquido”, en REVENGA SÁNCHEZ, M. (ed.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá - Defensor del Pueblo, 2015, pp. 51-88

– *Derecho antidiscriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

ROSENFELD, M., “El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo”, *Cardozo Law Review*, 2003.

VOLOU, A., “Feilazoo v. Malta: immigration detention in the context of the COVID-19 pandemic and beyond and the right of individual petition, Strasbourg Observers, <https://strasbourgobservers.com/2021/05/12/feilazoo-v-malta-immigration-detention-in-the-context-of-the-covid-19-pandemic-and-beyond-and-the-right-of-individual-petition/> (disponible a 28 de febrero de 2022).

SANTANA VEGA, D.M., CUESTA LÓPEZ, V., *Estado de Derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

WALDRON, J., *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, 2012.